

LA ABOLICIÓN DE LA PENA CAPITAL EN EUROPA: EL CÍRCULO VIRTUOSO DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS RIESGOS DE RUPTURA¹

STEFANO MANACORDA
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Nápoles II, Italia

Introducción

Tal y como varios documentos oficiales lo subrayan, Europa constituye una “zona liberada de la pena de muerte”². Sin embargo, ante una situación tan reconfortante en nuestra región, ¿podemos realmente considerar que el debate sobre la pena capital en Europa está definitivamente cerrado? Una conclusión de estas características sería precipitada, teniendo en cuenta que este acervo —a pesar de su carácter aparentemente consensual y su estabilidad relativa— esconde una serie de problemáticas que merecen un análisis profundo.

Es verdad que en el debate jurídico europeo la problemática acerca de la justificación de la pena capital y de las objeciones que se oponen ya no ocupa una dimensión central. Lo que ha llevado a Europa a in-

¹ Traducido al Español por Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO.UCLM. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI: “Abolición o moratoria universal de la pena capital: puesta en marcha de la Red Académica contra la pena capital (REPECAP) en apoyo a la iniciativa de la Presidencia española de la UE”. El texto es una adaptación del artículo “Restraints on Death Penalty in Europe: A Circular Process” en *Journal of International Criminal Justice* 2003, v. 1, pp. 263-283.

² Sobre la evolución del abolicionismo europeo, véase M. ANCEL, *The death penalty in European countries*, Council of Europe, European Committee on Crime Problems, 1962; W.R.G. HOOD *et al.*, *The Death Penalty-Abolition in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 1999, y recién G. MARINUCCI, La pena di morte, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 1 s. Para una panorámica mundial: W.A. SCHABAS, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3a edición, Cambridge University Press, 2002; W.R.G. HOOD, *The death penalty: a worldwide perspective*, 4a edición, Oxford University Press, 2008.

troducir progresivamente límites infranqueables que impidan recurrir a esta sanción extrema, se rige por la escala de valores en una sociedad democrática y no solo por criterios utilitaristas³.

Lejos de poder considerar que la reflexión sobre la pena de muerte en Europa ya se ha acabado, ésta sigue teniendo un gran interés y ello por dos razones. En primer lugar, desde la perspectiva de análisis de los procesos de integración normativa la experiencia europea, que ha llegado a la abolición (casi) integral, muestra una gran especificidad. Así, pese a la presentación lineal que a menudo se ha hecho, el abolicionismo europeo se muestra según un modelo que podríamos definir como “circular”, en el sentido que el mecanismo de producción de la prohibición está a caballo entre una pluralidad de niveles que interactúan entre sí, a través de la jurisprudencia de las cortes supremas⁴. En un primer momento, las principales fases de este *círculo virtuoso* serán objeto de análisis (I).

Posteriormente, será necesario señalar que dicho mecanismo está lejos de ser perfecto: el marco jurídico que consideramos que se ha alcanzado totalmente presenta una serie de fragilidades, que conviene valorar. El desplazamiento progresivo que se efectúa en los Estados Unidos desde el 2001 hacia una comprensión más fuerte de los espacios de libertad individual, y de los que Europa claramente se influencia, llevan a riesgos de debilitamiento, incluso de ruptura, del círculo abolicionista, que implican la inversión de la lógica normativa que lleva a la creación de este espacio libre de la pena capital. Sin querer subestimar el alcance efectivo de los peligros que amenazan las fronteras actuales del derecho a la vida, conviene sin embargo prestar atención a las tentativas de derogar, debilitar o restablecer la prohibición: de ahí que la segunda parte de esta presentación tenga por objeto el análisis de algunos *riesgos de ruptura* del círculo abolicionista (II).

³ D. PULITANÒ, *Ergastolo e pena di morte. Le “massime pene” tra referendum e riforma, Democrazia e diritto*, 1981, p. 115 s.

⁴ B. MATHIEU, *Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2005.

I. El «círculo virtuoso» de la Supresión de la Pena Capital

Un verdadero movimiento abolicionista continental sólo tuvo lugar a partir de la fase constituyente que siguió a la segunda guerra mundial. A ésta seguirá una internacionalización considerable de la prohibición, de la que se encargará a escala regional esencialmente el Consejo de Europa, lo que tendrá a su vez repercusiones profundas en los sistemas de los Estados que hasta ahora se habían mostrado reticentes. Del ámbito nacional al regional, del regional al nacional, la política criminal se construye de manera circular. Una primera fase, denominada *reduccionismo* (a), lleva a limitar sin prohibir la pena capital en Europa. Un segundo movimiento de la política criminal se centra en la abolición de la pena capital *en tiempos de paz* (b), seguido finalmente de la supresión de la pena capital incluso en *tiempos de guerra* (c).

a) La fase reduccionista

Toda la primera fase que tuvo lugar en Europa respecto a la liberación de esta pena odiosa coincide con el final de la segunda guerra mundial, y es fruto no tanto de la adopción de textos regionales de protección de los derechos fundamentales, sino más bien de las cartas constitucionales aprobadas en esa época. No sorprende el hecho de que los sistemas que habían vivido directamente la barbarie nazi-fascista fuesen los primeros en Europa en abolir la pena de muerte. En relación a Italia, la pena de muerte, que la legislación fascista preveía para numerosos delitos, se suprimió a partir de 1944. La experiencia de la República federal alemana no es diferente: La *Grundgesetz*, adoptada en 1949, prevé de manera clara y explícita que «*die Todesstrafe ist abgeschafft*» (§102 GG)⁵, aunque la experiencia del Derecho penal militar ante los tribunales de ocupación se perseguirá todavía durante unos años. Paralelamente en Austria, cuya Constitución prevé en el artículo 85 que la pena de muerte queda abolida, este país continuará manteniéndola para los delitos ordinarios hasta 1950 y para los crímenes de guerra hasta 1968, incluso la última ejecución se remonta a 1955, en relación a

⁵ H.H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5a edición, Duncker & Humblot, 1996, p. 751 s.

una condena pronunciada por un tribunal militar americano de la zona de ocupación.

Otros países, por el contrario, optarán inmediatamente después de la guerra, por el mantenimiento de la pena capital. Es el caso, lo sabemos, del Reino Unido y por supuesto de Francia hasta la abolición en 1981⁶. Paradójicamente, fue más fácil conservar una política represiva en el ámbito penal, previendo como recurso extremo la pena capital, en aquellos Estados que no habían conocido ruptura constitucional alguna a lo largo del siglo XX, que en aquellos Estados en los que fue necesario reafirmar los derechos fundamentales.

Ante este marco jurídico comparativo, no debe sorprender el hecho de que el Convenio europeo de derechos humanos de 1950 consagre en su artículo 2 el derecho a la vida, pero no excluya la pena capital. El convenio opta por una visión *minimalista*, que consiste en concebir el recurso a la pena capital por la vía de las limitaciones de naturaleza procesal o de naturaleza sustancial, que tienen a su vez carácter objetivo (por ejemplo, en relación a la gravedad del delito) o subjetivo (relativas al autor excluyendo, por ejemplo, a menores de edad, enfermos mentales y mujeres embarazadas). Así, el CEDH no prohíbe a los Estados privar a un individuo de la vida, pero sólo admite dicha consecuencia si la pena es dictada por un juez, tras la comisión de una infracción penal, y si la pena misma está prevista por la ley. Como veremos, la jurisprudencia de Estrasburgo aplicará progresivamente a la pena capital otras garantías establecidas por el Convenio como la prohibición absoluta de tratos inhumanos y degradantes, proceso justo, derechos de defensa.

b) La fase abolicionista en tiempos de paz

Una segunda fase verdaderamente abolicionista —que se manifestó en primer lugar a nivel regional— comenzó treinta años más tarde, con la aprobación, el 28 de abril de 1983 del protocolo n° 6 al CEDH. Tras la cinco primeras ratificaciones, el 1 de marzo de 1985, este instrumento jurídico entra en vigor, y por tanto la abolición se convierte definitivamente en parte del patrimonio jurídico común de Europa, con la previ-

⁶ R. BADINTER, *L'abolition*, Fayard, 2000.

sión expresa de que la pena capital será abolida y que nadie puede ser condenado a dicha pena, ni ejecutado, así que refuerza la naturaleza de la misma como derecho fundamental del individuo⁷.

La norma no está exenta de ambigüedades. La naturaleza adicional y no modificativa del protocolo en relación al CEDH (artículo 6 del Protocolo), la facultad atribuida a los Estados signatarios de los territorios en los que el protocolo no es de aplicación (artículo 5.1), la posibilidad explícitamente admitida de recurrir a la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra pero igualmente en casos “de peligro inminente de guerra” (artículo 2), son elementos que debilitan considerablemente el alcance de este instrumento.

c) La fase abolicionista en tiempos de guerra

En referencia a este último aspecto, se empezó a gestar una tercera fase relativamente reciente y no ajena a dificultades. Un último texto adicional al Convenio europeo fue adoptado el 3 de mayo de 2002 en Vilnius sobre la propuesta de Suecia, el Protocolo n° 13 relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias y en particular en tiempos de guerra.

El principal problema tiene que ver con la efectividad del instrumento: Se trata en este caso de realizar una modificación en los códigos penales militares, tan penetrante en un terreno considerado impermeable a los impulsos exteriores en razón de su gran proximidad con el núcleo duro de la soberanía. Ello explica por qué este texto hace frente todavía un gran número de dificultades: Pese a su rápida entrada en vigor, el 1 de julio de 2003, ni Rusia ni Azerbaiyán han firmado el acuerdo y —lo que es todavía más sorprendente— las ratificaciones de algunos países de envergadura, como España, son defectuosas. Es urgente pues interrogarse por la evolución ulterior en estos dos sistemas.

⁷ F. PALAZZO, ‘Pena di morte e diritti umani (a proposito del Sesto protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo)’, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 759 et s.

II. ¿Riesgos de ruptura del círculo Abolicionista?

Aunque Europa esté liberada de la pena de muerte, diversos factores ponen en peligro el círculo virtuoso que ha llevado al viejo continente a abandonar esta reliquia premoderna que representa la pena capital. Más allá de las amenazas de algunos nuevos Estados miembros, de los que se dice que están deseosos de reestablecer la pena capital, perspectiva empujada con el desdén tanto de la pequeña como de la gran Europa, los principales riesgos derivan actualmente del propio mecanismo abolicionista. Las debilidades de la dinámica abolicionista pueden derivar de los *mecanismos de cooperación judicial y policial* (a), así como de la *naturaleza convencional de los compromisos internacionales que prohíben la pena capital* (b), aspectos que merece la pena tener en cuenta, en particular frente a las exigencias de la lucha contra el terrorismo.

a) La pena capital frente a la cooperación judicial y policial

El primero de los riesgos que la tendencia abolicionista puede concretamente encontrarse deriva de la cooperación que a uno de los Estados europeos se le pueda requerir por parte de un Estado tercero no abolicionista (*retentionist country*) en un procedimiento judicial de naturaleza penal. En cuanto a las relaciones entre los Estados europeos, ya en el Convenio de extradición del Consejo de Europa, adoptado en 1957, se preveía un mecanismo en el caso de que el Estado requerido no admitiese la pena capital: «Si el hecho que motivase la solicitud de extradición estuviere castigado con pena capital por la Ley de la Parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la Parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que la Parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada” (artículo 11)⁸. Se trata de una fórmula pragmática y de compromiso que ha parecido asegurar en términos satisfactorios durante varios años, el respeto de la promesa europea de una zona libre de la pena capital.

⁸ A. MARCHESI, Estradizione e pena di morte secondo l'art. 11 della Convenzione europea di estradizione', *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 281 s.

En el interior de la Unión europea se aplica ahora el mecanismo de la orden de detención y entrega: El Preámbulo de la Decisión marco que la instituyó, excluye en todo caso la aplicación del instrumento cuando se ponga en peligro la vida del individuo.

Este círculo abolicionista está amenazado, sin embargo, en los casos de extradición entre los Estados miembros de la Unión europea y los Estados terceros cuyas relaciones se rigen mediante fuentes convencionales⁹. En la famosa decisión *Soering*, adoptada en 1989, el Tribunal de Estrasburgo fue interrogado sobre las garantías que debían ofrecerse a la persona que encontrándose en territorio europeo, era objeto de una solicitud de entrega para la ejecución de una condena capital adoptada en Estados Unidos¹⁰. Como sabemos, el Tribunal afirmó claramente que el denominado corredor de la muerte, y en particular las consecuencias psicológicas que suponen para el detenido la espera de la ejecución, implican tratos inhumanos y degradantes inaceptables a la luz del Convenio.

El famoso asunto del Tribunal de Estrasburgo, pese al hecho de que marca innegablemente un paso adelante en la supresión de la pena capital, no nos parece totalmente satisfactorio. El Tribunal constitucional italiano fue mas protector aun y declaró inconstitucional la ley de transposición del convenio italo-americano de extradición por la falta de garantías suficientes en el caso de la pena capital¹¹.

Si nos inspirásemos en esta sentencia podríamos establecer a nivel europeo un derecho fundamental del ciudadano a no ser entregado allí donde su vida corría peligro. El objetivo sería el de sustraer a los Es-

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, A161.

¹⁰ F. PALAZZO, La pena di morte davanti alla Corte di Strasburgo, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 366; F. SUDRE, Extradition et peine de mort. Arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989, *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 103 s. *Amplius*: S.A. WILLIAMS, Human Rights Safeguards and International Cooperation in Extradition: Striking the Balance, *Criminal Law Forum*, 1992, p. 191 s. J. DUGARD - C. VAN DEN WYNGAERT, Reconciling extradition with human rights, *American Journal of International Law*, 1998, p. 187 s.

¹¹ C. Cost. 27 giugno 1996, n. 223. F. SCHIAFFO, Una sentenza storica in materia di estradizione e pena di morte (Nota a C. Cost. 27 giugno 1996, n. 223), *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1996, p. 1126 et s.

tados el control de la prohibición, lo cual es hoy la consecuencia de su naturaleza esencialmente convencional.

b) La naturaleza convencional de la prohibición de la pena capital y su evolución

Llegamos así al segundo riesgo de ruptura del *círculo virtuoso* del abolicionismo: Es necesario considerar, en efecto, la posibilidad de que los instrumentos internacionales puedan ser denunciados por los Estados contratantes. La cuestión, de naturaleza eminentemente teórica, se planteó en ocasión de la decisión del Consejo constitucional francés de 13 de octubre de 2005 relativa al Protocolo n° 13 al Convenio europeo de derechos humanos, que ya hemos mencionado. En los términos de la decisión, aunque en el Protocolo “se excluye cualquier tipo de derogación o reserva, este puede ser denunciado en las condiciones fijadas por el artículo 58 de dicho Convenio”, con la consecuencia que este texto no implica “vulneración a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”. La misma apreciación no puede realizarse respecto al Segundo protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas. Este último compromiso, que no admite ni explícita ni implícitamente denuncia, vincula irrevocablemente a Francia incluso, en el caso en el que el peligro excepcional amenazase la existencia de la Nación. La conclusión del Consejo constitucional es que dicho instrumento implica, pues, una vulneración a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional”.

La decisión fue objeto de consideraciones críticas en cuanto a la forma, constatando en particular la “*imperatoria brevitatis*” de los argumentos presentados en apoyo del razonamiento¹². Pero es igualmente sobre el fondo que la decisión resulta decepcionante: Cualquier referencia a los derechos humanos es defectuosa en esta decisión de 2005, lo que parece extremadamente sorprendente, teniendo en cuenta el objeto de la decisión y las sentencias históricas adoptadas por muchos otros tri-

¹² D. SIMON - F. MARITATE, Le Conseil constitutionnel et l'abolition définitive de la peine de mort: oui et non ..., *Europe*, Diciembre 2005, p. 4 s. *Amplius*: H. LABAYLE, L'abolition de la peine capitale, exigences constitutionnelles et mutations européennes, *Revue française de droit administratif*, 2006, p. 308 s.

bunales constitucionales y por el Tribunal europeo de derechos humanos. En el fondo, es la lógica subyacente lo que resulta discutible: Más que inquietarse por valorar el alcance de la prohibición, todo el razonamiento del Consejo está en efecto orientado a meditar la posibilidad de reintroducir la pena capital en caso de amenaza para la seguridad de la Nación.

Se trata —por fortuna— de riesgos absolutamente abstractos en el momento histórico actual. Por cierto, en relación a Francia se introdujo un nuevo artículo 66-1 en la Constitución, en virtud del cual “Nadie puede ser condenado a pena de muerte”. Sin embargo, ello no puede esconder la fragilidad de los compromisos europeos, si no se les toman en serio, y el riesgo de ruptura del círculo abolicionista, vinculado a la posibilidad de una denuncia a los protocolos al CEDH, no puede ser totalmente descartado.

Estas inquietudes podrían superarse ampliamente si, —como esperamos— tiene lugar una evolución ulterior y el marco jurídico que acabamos de presentar adopta una mayor estabilidad. Es en la famosa sentencia *Ocalan* del Tribunal europeo de derechos humanos cuando se empieza a esbozar una nueva fase abolicionista¹³. El Tribunal se pregunta si la segunda frase del artículo 2 §1 del CEDH se ha derogado por vía consuetudinaria, ya que una gran mayoría de Estados partes había procedido a la abolición. De un análisis comparativo, el Tribunal extrae la consecuencia de que “es absolutamente posible considerar que esta tendencia real traduce en el presente un acuerdo de los Estados contratantes para derogar, o al menos modificar, la segunda frase del artículo 2 §1, en particular cuando se tiene en cuenta que todos los Estados contratantes han firmado ya el Protocolo n° 6 y que cuarenta y uno de ellos lo han ratificado. Podemos preguntarnos si es necesario esperar a la ratificación del Protocolo n° 6 por los otros tres Estados miembros restantes para concluir que la excepción relativa a la pena de muerte prevista en el artículo 2 §1 se ha modificado sustancialmente. Tomando en cuenta la convergencia de todos estos elementos, podemos decir que la pena de muerte en tiempos de paz viene a considerarse como una forma de sanción inaceptable, incluso inhumana, que ya no está auto-

¹³ A. CLAPHAM, ‘The Ocalan case and the Evolving law on the death sentence’, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 483 s.

rizada por el artículo 2" (párrafo 196). Se trata sin embargo de un *obiter dictum* del Tribunal, el cual precisa que una cuestión de esta naturaleza no tiene importancia para la decisión, porque otras violaciones se han constatado en el caso concreto. Si bien es cierto que podría ser quizás prematuro llegar a la conclusión de que la prohibición de la pena capital en tiempos de paz ha alcanzado el rango de regla consuetudinaria en Europa, susceptible de modificar el artículo 2 del CEDH, o que se vincula a partir de ahora a la protección de la dignidad humana, la vía nos parece que se ha trazado.

Conclusión

En definitiva, a modo de resumen de estas reflexiones, el pluralismo y la unidad de Europa han resultado ser las dos caras dialécticas sobre las cuales la prohibición de la pena capital se ha derrotado en el continente. Esto es el fruto de una interacción positiva entre los Estados miembros, con sus tradiciones y sus opciones de política criminal, y Europa con sus garantías. Como Mireille Delmas-Marty lo ha señalado en sus escritos, detrás del pluralismo de Europa se esconde su fuerza, pero es a condición de que seamos capaces de encontrar un orden —ciertamente no cartesiano sino racional— a dicho marco jurídico¹⁴.

Inquietudes aparecen sin embargo en lo que concierne el tema de abolición de la pena capital: Las fragilidades del marco convencional y la resistencia a su adopción integral dificultan la consolidación definitiva de la prohibición a escala regional. Nos gustaría sinceramente no tener que hacer desmentidos y no asistir a dicha marcha atrás, por razones que tienen un retroceso autoritario en el trabajo hasta ahora realizado en el viejo continente. Los signos o los riesgos de la ruptura están hoy presentes: Aunque la pena capital se llegó a prohibir definitivamente en el panorama penal-internacional, renunciando a su aplicación en la La Haya y en Arusha, la espectacular ejecución de Saddam Hussein amenaza con una vuelta a la situación histórica anterior¹⁵.

¹⁴ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit: Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

¹⁵ M. DONINI, La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 343 s.

Dividida entre un futuro esplendor y el riesgo de ensombrecer en la deriva de la derogación, la prohibición de la pena capital en Europa parece tener que adquirir todavía una estabilidad plena y definitiva. Es tarea del jurista vigilar de cerca estos procesos para hacer en cierto modo que todo lo último alrededor de este *círculo virtuoso* del abolicionismo se cumpla.