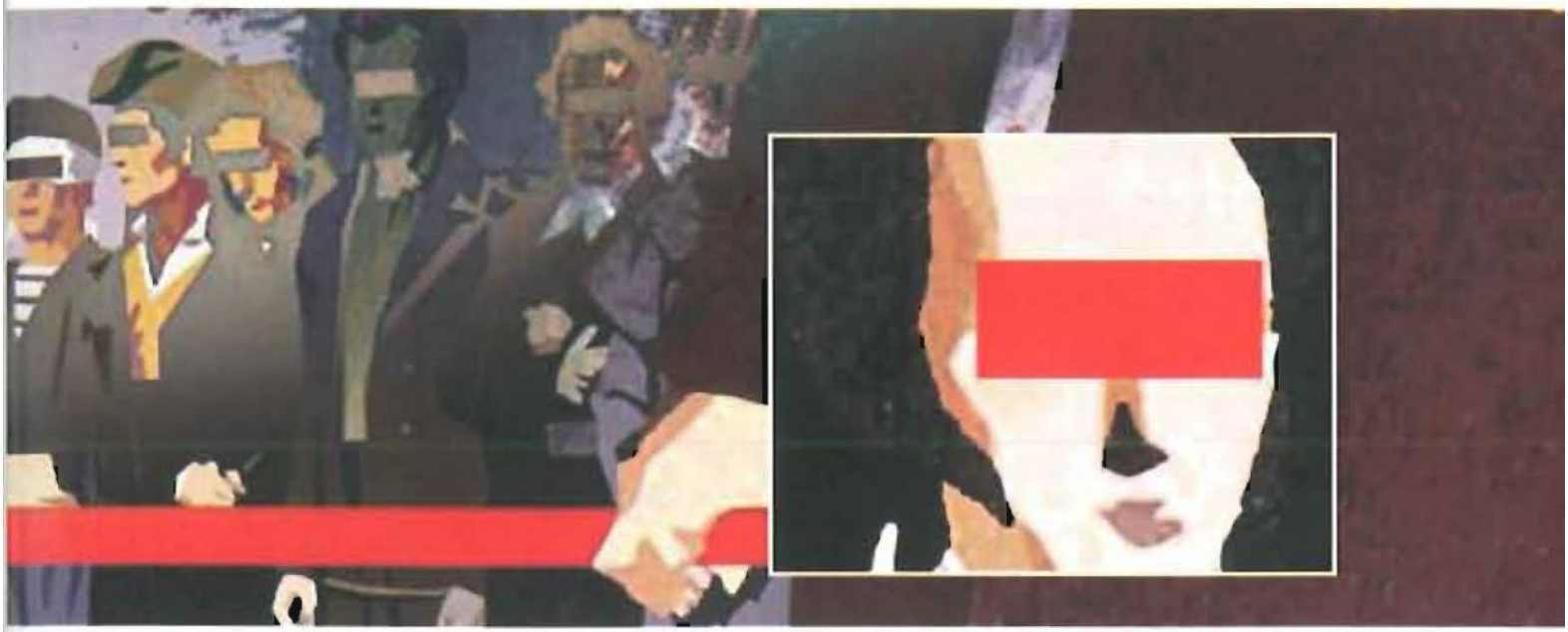
Editores
Luis ARROYO - Paloma BIGLINO - William SCHABAS

Hacia la Abolición Universal de la pena capital



Presentación
José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO

REPECAP
INTERNATIONAL ACADEMIC NETWORK
FOR THE ABOLITION OF CAPITAL PUNISHMENT
RED ACADÉMICA INTERNACIONAL
POR LA ABOLICIÓN DE LA PENA CAPITAL

tirant lo blanch
Abolición de la pena de muerte

ÍNDICE

- hacer click en los títulos para acceder a los capítulos -

Nota de los editores 11

Por la Abolición Universal de la Pena de Muerte..... 13
José Luis Rodríguez Zapatero, *Presidente del Gobierno de España*

Presentación de la Red Académica contra la Pena de Muerte..... 23
Simone Rozes, *Presidenta honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social*

Las Naciones Unidas y la abolición de la Pena de Muerte 25
William A. Schabas, *Centro Irlandés de Derechos Humanos. Universidad nacional de Galway, Irlanda*

La Pena Capital: valoración y crítica de las estrategias abolicionistas 69
Peter Hodgkinson; Seema Kandelia; Lina Gyllensten, *Universidad de Westminster*

REGIONES

Europa

La evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa: la renuncia al derecho del soberano a imponer la pena de muerte 107
Jon Yorke, *Universidad de la Ciudad de Birmingham, Reino Unido*

La abolición de la Pena Capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura..... 147
Stefano Manacorda, *Universidad de Nápoles II, Italia*

La Pena de Muerte 159
Giorgio Marinucci, *Universidad de Milán, Italia*

El Tribunal Constitucional de Rusia y su decisión del año 2009 sobre la moratoria de la Pena de Muerte 189
Svetlana Paramonova, *Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional. Friburgo Alemania*

América

La Pena de Muerte en los Códigos Penales Iberoamericanos..... 199
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Universidad de Salamanca*

Pena de Muerte 215
Sérgio Salomão Shecaira, *Instituto brasileño de Ciencias Penales, Sao Paulo, Brasil*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Pena de Muerte ... 229
Sergio García Ramírez, *ExMagistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. México*

La Pena de Muerte en Estados Unidos: evolución jurisprudencial y social 265
Naomi Norberg, *Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne*

El Estado de la pena de muerte en Puerto Rico 275
Juan F. Matos de Juan, *Presidente de la Comisión contra la pena de muerte. Colegio de Abogados de Puerto Rico*

Algunas reflexiones sobre la pena de muerte en el Perú 283
José Hurtado Pozo, *Universidad de Friburgo, Suiza*

Asia

La pena de muerte en Japón 293
Kanako Takayama; María Verónica Yamamoto, *Universidad de Kyoto*

La reforma del sistema de la pena de muerte en China antes de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 311
Lu Jianping, *Departamento de Derecho Penal de la Universidad Normal de Beijing*

Los esfuerzos contemporáneos en China para la abolición de la pena de muerte 335
Shizhou Wang, *Escuela de Derecho de la Universidad de Pekín*

África

Avanzando en el debate sobre la pena de muerte: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 341
Lilian Chenwi, *Centro de Derechos Humanos. Universidad de Pretoria*

RELIGIONES, CULTURAS Y VALORES

Victimológica y esperanzada hermenéutica filosófico-teológica de la Pena Capital 375
Antonio Beristain Ipiña, *Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco*

La Muerte como Castigo en la Sharia 387
M. Cherif Bassiouni, *Universidad DePaul de Chicago, y Presidente Emérito del Instituto Internacional de Derechos Humanos, y Presidente del Instituto Internacional de Altos Estudios Penales de Naciones Unidas, Siracusa, Italia*

Apuntes sobre la vida y la muerte en Europa 411
Geneviéve Giudicelli-Delage, *Presidenta de ARPE. Universidad de París I Phantéon-Sorbonne*

El Derecho a morir su propia muerte 427
Maria Zelia de Alvarenga, Oswaldo Henrique Duek Marques, *Universidad Pontificia de Sao Paulo, Brasil*

Diplomacia y política internacional en la lucha contra la pena de muerte 449
Mohammed Charfi, *Exministro de Justicia de Argelia*

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La Cooperación Judicial en la Unión Europea como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los Derechos Humanos 463
Adán Nieto Martín, *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la UCLM*

La Unión Europea hace frente a la Pena de Muerte con nuevas competencias 489
Antonio Muñoz Aunión, *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la UCLM*

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO MILITAR Y EN TIEMPOS DE GUERRA

La pena de muerte en la filosofía jurídica y en los derechos penal y militar e internacional penal 499
José Luis Guzmán Dalbora, *Universidad de Valdeparaíso, Chile*

LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESTRICCIÓN DE PENA DE MUERTE

La prohibición de la Pena capital a los menores de dieciocho años en el Derecho Internacional: ¿un paso hacia la abolución universal de la pena de muerte? 525
Pilar Trinidad Núñez, *Universidad Rey Juan Carlos*

¿Pena de Muerte para los Traficantes de Drogas? 545
José Luis de la Cuesta, *Universidad del País Vasco*

A MODO DE EPÍLOGO

Pena de Muerte: Abolición Universal 553
Bonifacio de la Cuadra, Periodista del diario *El País*

Relación de autores 557

POR LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE

Coordinador:

Antonio Muñoz Aunión
Investigador Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la UCLM

Editores:

Luis Arroyo
Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la UCLM

Paloma Biglino Campos
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

William A. Schabas
Director del Centro Irlandés de Derechos Humanos

tirant lo blanch
Valencia, 2010

Copyright ® 2010

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com (http://www.tirant.com).

Esta edición ha contado con el patrocinio del Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Acción Complementaria DER2009-08240-E/JURI: "Abolición o moratoria universal de la pena capital: Red Académica contra la pena capital (REPECAP)".

© ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN (Coord.)

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL: V - 0000 - 2010
I.S.B.N.: 978 - 84 - 9876 - 775 - 9
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/politicas.htm* nuestro Procedimiento de quejas.

NOTA DE LOS EDITORES

Luis Arroyo
Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la UCLM

Paloma Biglino Campos
Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

William A. Schabas
Director del Centro Irlandés de Derechos Humanos

La idea de los Derechos Humanos es con seguridad la mejor invención de la humanidad. Se trata, sin embargo, de una idea todavía en construcción. Tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como reacción ante los mismos se concibió la primera Declaración verdaderamente universal de derechos del hombre. No hubo acuerdo entonces para abolir la pena capital. La guerra fría hizo imposible la construcción de un verdadero orden jurídico internacional de los derechos humanos y de un sistema de protección de los mismos. Los Pactos Internacionales de 1966 representaron un avance pero, a la vez, la escisión de los derechos de la persona en políticos y sociales. Tampoco llegaron a abolir la pena de muerte. Las relevantes transformaciones del orden internacional desde 1989 han ofrecido nuevas oportunidades, muy especialmente el segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte, que se alcanzó en 1989. Su preámbulo proclama que: la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos. Tras numerosas tentativas, el 18 de diciembre de 2007 por vez primera la Asamblea General de Naciones Unidas lograba mayoría para aprobar un resolución en pro de la moratoria de la aplicación de la pena de muerte (AG 62/149).

El Presidente del Gobierno de España, José Luis Rodríguez Zapatero, en la Asamblea General de Naciones Unidas de 2008, expresó un compromiso, personal y para su tiempo de Presidencia española de la U.E., para impulsar el proceso a favor de la abolición y, en su caso, de la moratoria de la pena capital y, para la firma y ratificación del segundo

Protocolo opcional. A su vez, planteó la idea novedosa de trabajar por la abolición no sólo como objetivo específico sino en el marco conjunto del progreso de los Derechos Humanos y de la lucha por los objetivos de la Declaración de Milenio. Posteriormente, valoró el alto grado de coordinación internacional de las ONGs, todas las cuales se integran en la *World Coalition against the Death Penalty* y sus congresos, cuya 4ª edición organiza en Ginebra, a fines de febrero de 2010 el *Ensemble contre la peine de mort*. Por ello nos invitó a impulsar la cooperación de las sociedades e instituciones académicas especializadas para acrecentar los conocimientos sobre la materia y su difusión en el plano internacional. La idea fue expuesta en la Haya con ocasión de la magna reunión en la que Cherif Bassiouni presentó el informe final del gran proyecto *Fighting Impunity and Promoting International Justice*. A él mismo y a otros colegas les pareció de gran interés no sólo el impulso y coordinación de los trabajos académicos sino el planteamiento de la cuestión de la pena de muerte en combinación con los Objetivos del Milenio. Simone Rozès explica en su introducción la génesis de la Red Académica Internacional contra la pena capital que se constituyó en Madrid, diciembre de 2009, en el Coloquio "Por la abolición universal de la pena de muerte", organizado al efecto por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* y el *Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional* de la Universidad de Castilla-La Mancha y con los auspicios de las Sociedades Científicas: Société Internationale de Défense Sociale, Asociación Internacional de Derecho Penal, Sociedad Internacional de criminología y Fundación Internacional Penal y Penitenciaria.

Este libro es el primer fruto en lengua española del compromiso de poner a disposición de la Comunidad internacional los materiales académicos de mayor relevancia, le seguirán otros con trabajos presentados en el coloquio de Madrid y se pondrá a disposición general un portal internacional para los documentos elaborados por las organizaciones internacionales y por las organizaciones científicas.

1 de febrero de 2010

POR LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE

José Luis Rodríguez Zapatero
Presidente del Gobierno de España

Señor Presidente de la República de Benin; señora Directora General del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; señora Simone Rozès, Presidenta de Honor de la Sociedad Internacional de Defensa Social; autoridades Judiciales y Académicas; representantes de organizaciones no gubernamentales; Ministro; Defensor del Pueblo; amigas y amigos,

Quiero comenzar por donde se debe, expresando mi agradecimiento por haber sido invitado a participar en la sesión inaugural de estas jornadas sobre la abolición universal de la Pena de Muerte, organizadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Mi agradecimiento es por partida doble, ante todo, por la oportunidad que me ofrecen de reafirmar uno de los compromisos más queridos de la acción exterior de mi Gobierno: el logro de una moratoria universal de la pena de muerte en 2015 como primer paso para conseguir su abolición definitiva. También, por hacerlo ante ustedes, expertos españoles, europeos, latinoamericanos y de los demás continentes que durante tres días van a debatir e intercambiar puntos de vista con un común objetivo, que comparto plenamente.

Anuncié mi propósito en junio de 2008 y tuve la ocasión de proclamarlo públicamente en el mejor escenario posible para hacerlo: la Asamblea General de Naciones Unidas. Allí, en septiembre de ese mismo año, demandé a los países que aún contemplan la pena capital en sus ordenamientos que apoyen la moratoria y acepten participar en un proceso de reflexión sobre el sentido de este castigo infligido por el Estado.

Pero es que, además, y probablemente no por casualidad, la celebración de este Coloquio Internacional coincide con la conmemoración del

61 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y esta efeméride nos ofrece una excelente ocasión para reivindicar una vez más los valores que la Declaración proclama. Es lo que hacen, por cierto, día a día con su dedicación, con su esfuerzo y con su generosidad, tantos cooperantes en el mundo.

Desde aquel 10 de diciembre de 1948 las relaciones internacionales se han transformado de forma decisiva. En un mundo globalizado los principios y los valores de los derechos humanos se han ido extendiendo paulatinamente a todas las regiones del mundo, lo que es, sin duda, el mejor modo de configurar un orden internacional que merezca tal nombre.

Hoy ya nadie puede poner en duda que los Derechos Humanos son universales por pertenecer intrínsicamente a todos los seres humanos considerados individualmente y, por tanto, con independencia de su pertenencia a cualquiera de las distintas identidades y diferencias culturales existentes en el mundo.

No son, pues, el resultado de imponer unos valores sobre otros. No son patrimonio de nadie, ni de Occidente frente a Oriente, ni del Norte frente al Sur; son la consagración misma de la dignidad del ser humano en cuanto tal. Son valores universales que todos los Estados tienen la obligación de proteger en su propio territorio; obligación de proteger y también de denunciar su violación cuando no sean respetados de conformidad con el Derecho Internacional.

Ningún país ni ningún líder que asuma esa causa pueden ignorar la tensión que se produce entre el principio de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, internacionalmente reconocido como fundamental en la propia Carta de Naciones Unidas, y la exigencia universal del respeto a los Derechos Humanos. Y hoy es un buen momento para desde aquí, desde España, volver a reclamarlo públicamente.

España es un país en la primera línea de protección y garantía de los Derechos Humanos, en el que existe una conciencia pública de su valor y que ha asumido como prioridad política que se conviertan en verdadero patrimonio común de todas las personas, de todas las culturas y civilizaciones.

Pero debo recordar que la realización y perfeccionamiento del sistema de derechos de un país depende del compromiso cotidiano que

adopten sus poderes públicos y sus ciudadanos, pues es un hecho de experiencia que, en el mismo momento en que dejan de promoverse, los Derechos Humanos corren el riesgo cierto de debilitarse.

Hoy, por primera vez, los Derechos Humanos se han convertido en uno de los ejes vertebradores de la política exterior española. No es una causa fácil; requiere de firmeza, coherencia e ideas claras, y de una eficaz acción diplomática construida sobre el diálogo y, en ocasiones, sobre la discreción.

Por ello, no fue casual que el discurso sobre política internacional que pronuncié en el Museo de El Prado, al comienzo de esta Legislatura, llevara por título "En interés de España, una política exterior comprometida.". El compromiso de nuestro Gobierno con los Derechos Humanos es firme y tiene una de sus señas más claras en el Plan sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008. Con él hemos atendido a la recomendación de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, que propuso que cada Estado considerara la posibilidad de elaborar un Plan Nacional en el que se determinaran las medidas necesarias para mejorar en su ámbito la promoción y la protección de los Derechos Humanos.

El Plan español tiene por objeto asegurar las garantías efectivas de los derechos de forma coordinada y sistemática, adecuar nuestro ordenamiento interno a todos los compromisos internacionales y vincular actores públicos y privados en su defensa. El Plan ordena nuestras actuaciones internas desde el convencimiento de que la salvaguarda de los intereses nacionales se puede vincular a la construcción de una sociedad global más justa y solidaria. Y el Plan contempla diversos ámbitos de nuestra acción internacional a favor de los derechos, convergiendo todos ellos en el valor que les une y confiere sentido: la dignidad humana.

En España y desde España queremos contribuir a que la libertad y la igualdad sean cada vez más efectivas, como sabiamente reclama nuestra Constitución. En España y desde España queremos convertir a los Derechos Humanos en una referencia viva de nuestra experiencia vital como sociedad, y en un signo de nuestra identidad. En España y desde España, con los pies firmes en nuestro presente, queremos unir nuestras miradas a las de otros y poner la vista en el futuro de todos, llevando

nuestra acción solidaria a cuantos en el mundo sufren los totalitarismos, la violencia, la discriminación, el hambre y la pobreza.

2015 es ya una fecha emblemática para ese futuro y para la lucha por la dignidad humana. En 2015 hemos de pasar revista a los Objetivos del Milenio y a sólo cinco años de ese momento la situación es preocupante. Si nos habíamos propuestos reducir a la mitad el hambre en el mundo, hace unos días recibíamos una nueva señal de alarma desde la FAO: en los últimos tres años el número de personas que pasan hambre en el mundo habría pasado de 850 a 1.020 millones de personas. No sólo no nos acercamos al Objetivo del Milenio, sino que nos alejamos.

Esta realidad, que contrasta con las capacidades científicas, tecnológicas y productivas actuales, es la expresión más lacerante de que vivimos en un mundo inaceptablemente injusto y desigual, en el que afortunadamente somos capaces de concertarnos para evitar un crack financiero global, pero que se muestra todavía perezoso y renuente a la hora de dar una respuesta global y definitiva al desafío del cambio climático, y más pasivo aún en la batalla contra el hambre y la pobreza extrema.

Si, como señalé en mi intervención, en 2008 en Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue el testimonio vivo de la decidida voluntad de dejarnos un mundo mejor que el tuvo la generación de nuestros padres, una generación que padeció y venció a los totalitarismos, y que condensó en aquel texto sus aspiraciones de libertad y prosperidad; los Objetivos del Milenio han de reflejar la voluntad no menos resuelta de nuestra generación de afrontar, por fin, la pobreza extrema para dejar a nuestros hijos un mundo sin millones de seres humanos sufriendo diariamente el hambre y la miseria.

Ambos propósitos, la afirmación del respeto a los Derechos Humanos y la consecución de los Objetivos del Milenio, son, posiblemente, los más nobles y comprometidos con la dignidad de los seres humanos que se hayan planteado en la historia de la Humanidad. Tanto si miramos en el horizonte de los Objetivos del Milenio, como si lo hacemos en el de los Derechos Humanos, la conclusión es la misma: hay avances, al menos, en la toma de conciencia sobre la necesidad de su vigencia, pero están lejos de colmar nuestras aspiraciones.

También queda mucho por hacer en la lucha contra la pena de muerte. El derecho a la vida es el derecho supremo, como lo ha calificado el

Comité de Derechos Humanos, porque, sin su garantía efectiva, todos los demás derechos carecen de significado y de razón de ser. Algo que parece obvio a ojos de todos pero que, si lo fuera de verdad, no nos empujaría hoy y mañana, y pasado mañana, a reclamar de los poderes públicos de todo el mundo que sean plenamente consecuentes con el carácter inviolable e incondicionado de la vida humana y con el derecho a no ser sometido a penas crueles, inhumanas y degradantes.

La abolición de la pena de muerte tiene su fundamento en los Derechos Humanos, en la afirmación de la dignidad humana. Por ello, a medida que la Comunidad Internacional ha avanzado en el reconocimiento de éstos, la causa de la erradicación de la pena capital se ha ido también extendiendo por el mundo.

Durante los últimos decenios la progresión ha sido evidente, sobre todo, gracias al desarrollo de un poderoso movimiento internacional a favor de la abolición, promovido por organizaciones internacionales y regionales, por representantes del mundo político y por relevantes actores de la sociedad civil. Mientras que hace sesenta años la abolición sólo se había abierto paso en un grupo muy limitado de países, hoy ya rige en casi las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas.

Fruto de ese avance, cada vez se consolida más el consenso internacional de que la pena de muerte es incompatible con los Derechos Humanos y, con ello, la idea de que debe procederse a su abolición universal. Esta misma incompatibilidad la percibimos con nitidez los españoles cuando conquistamos la democracia. Una sociedad, un país, que arrastraba una historia negra de ejecuciones, más o menos formalizadas, pero todas innecesarias, todas inicuas, fue capaz de entender que la renuncia a esa forma de sanción, no sólo se debía vincular a su ejercicio por la dictadura de la que salíamos, sino que debíamos afirmarla también para el Estado democrático que comenzábamos a conformar.

El monopolio de la fuerza, que da sentido al Estado y que lo legitima cuando éste lo ejerce con arreglo a las leyes y a las garantías del debido proceso, ha de tener ese momento final de templanza, la templaza del no matar, del no matar a sangre fría, porque entonces la legitimidad rebosa y se alza como un muro frente a los asesinos y, en particular, frente a los terroristas; como un muro y como un espejo a la vez, que desnuda su imagen a ojos de todos. El no matar del Estado se convierte,

así, en un arma eficaz para combatir a quienes están dispuestos a hacer lo que se halla más inalcanzablemente lejos de su disponibilidad moral: a arrebatarle la vida a un congénere.

Con la Constitución de 1978 los españoles recuperamos, en ésta como en tantas otras cosas, nuestra dignidad como sociedad de ciudadanos libres y la Ley Orgánica 11/1995 completaría la tarea al proscribir la pena capital también en tiempos de guerra.

Hemos ratificado todos los Tratados Internacionales que promueven la abolición de la pena de muerte. En las próximas semanas, tras haber recibido la autorización del Parlamento, se depositará el instrumento de ratificación del Protocolo número 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el marco del Consejo de Europa, que, como es conocido, establece la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, en línea con nuestra legislación.

Hoy, con el impulso del Consejo de Europa, la OSCE y la Unión Europea, prácticamente todo el continente europeo rechaza la pena de muerte; pero la causa por la erradicación de la pena de muerte es universal y los progresos se han realizado paralelamente en todas las regiones del mundo.

También puede decirse que es una seña de identidad latinoamericana. En América Latina, donde una mayoría de países son abolicionistas de hecho, la Convención Interamericana de Derechos Humanos limita la aplicación de la pena de muerte y estipula taxativamente que no se restablecerá en los Estados que la han abolido, lo que constituye un avance muy significativo. Un Protocolo a esta Convención, aprobado por la OEA en 1990, prevé la abolición total de la pena de muerte, aunque todavía permite que Estados partes la apliquen en tiempo de guerra si han realizado una declaración al respecto en el momento de la ratificación.

En el continente africano se está produciendo una evolución positiva que conviene alentar. En este sentido, es importante destacar el reciente llamamiento realizado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para que los Estados miembros establezcan una moratoria con vistas a su abolición.

A lo largo de 2009 se han producido nuevas incorporaciones al grupo de países y Gobiernos abolicionistas; concretamente, el Estado de

Nuevo México en los Estados Unidos, que se suma al grupo de estados abolicionistas, Burundi y Togo. Nos congratulamos por ello y, desde luego, tengo muy presente el honor y la oportunidad que las autoridades togolesas me concedieron este año de dirigirme a la Asamblea Nacional de este país el mismo día en que ésta había acordado abolir la pena de muerte, al igual que es para mí un gran honor estar hoy acompañado en este acto por el Presidente de la República de Benín, señor Yayi Boni, al que quiero felicitar por la reforma constitucional que suprimirá la pena de muerte en su país. Le felicito y le agradezco el firme apoyo de su Gobierno a la iniciativa para la abolición universal de la pena capital que nos acaba de exponer.

Quiero agradecerle, asimismo, su presencia en este Coloquio Internacional por la abolición de la pena de muerte, que significa mucho para nosotros como un ejemplo y para esta causa. El Presidente Boni da muestras, así, de un claro compromiso con el respeto de los Derechos Humanos. Éste es uno de los ejes que ha presidido la acción política de su Gobierno, junto a la moralización de la vida pública y la erradicación de la pobreza. Por ello, su Gobierno se ha embarcado en un ambicioso programa de reformas sociales y económicas con logros importantes en los últimos años.

Comprendo muy bien las repercusiones que la crisis podría tener en esta política, por lo que invito al Presidente Boni a redoblar los esfuerzos del programa para la reducción de la pobreza y ayuda al crecimiento. Deseo trasmitirle mi apoyo a su política y mi voluntad de cooperar con Benín, en particular a través de las Cumbres de España con la Comunidad de los Países del África Occidental.

En efecto, el pasado mes de junio, en Aguja (Nigeria), los Jefes de Estado y de Gobierno de los quince países de la Comunidad del África Occidental y España acordamos reforzar la cooperación en todos los ámbitos. África Occidental es hoy una región prioritaria para nuestro país y, con la iniciativa que se nos presenta hoy, Benín se suma a los Estados africanos que han decidido enriquecer su lucha por la dignidad del ser humano combatiendo la pobreza, la exclusión o el analfabetismo, y con su esfuerzo por extender el respeto a los Derechos Humanos y abolir la pena de muerte.

Señor Presidente, hoy es usted un ejemplo para África y para el mundo, y contará con todo el apoyo de mi país y de la Unión Europea para que otros le sigan en este camino.

Cada nuevo paso nacional, como el que hoy da Benín, representa un avance para todos pero, a pesar de estos avances, todavía se practica la pena capital en demasiados países del mundo. Por eso hay que redoblar los esfuerzos en el seno de la Comunidad Internacional y por eso tienen pleno sentido encuentros como el que hoy nos convoca.

La Coalición Mundial contra la Pena de Muerte acaba de lanzar una campaña internacional para la ratificación del 2º Protocolo Facultativo, de 1989, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966. Este Protocolo posee una particular relevancia, porque es el único instrumento jurídico de alcance universal que prevé la abolición total de la pena de muerte por los Estados miembros. Hasta la fecha, sólo ha sido ratificado por 72 países, a pesar de que el Pacto Internacional cuenta con 164 Estados miembros. España apoya esta iniciativa y colaborará plenamente con ella para que el 2º Protocolo se convierta en el mayor instrumento vinculante que prohíba la pena de muerte en el Derecho Internacional.

También en el marco de Naciones Unidas, la aprobación por la Asamblea General de dos Resoluciones, en diciembre de 2007 y en diciembre de 2008, promoviendo el establecimiento de una moratoria del uso de la pena de muerte por los países que todavía la mantienen con vistas a su total abolición, ha representado un nuevo punto de inflexión. Ambas Resoluciones se aprobaron por una amplia y creciente mayoría de países, y, aunque por su propia naturaleza no son vinculantes, se han convertido en útiles herramientas para animar a los países que todavía son retencionistas a que se unan a la mayoría de países abolicionistas, ya sea de hecho, porque en la práctica suspenden las ejecuciones, o de derecho, porque sus legislaciones excluyen la pena capital.

Lo que el Gobierno de España pretende con su iniciativa sobre la pena capital es contribuir a reforzar este creciente corriente internacional que pugna por extender la abolición. Hemos dado ya los primeros pasos para la creación en el segundo semestre del próximo año de una Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, que actuará como un órgano impulsor y se unirá a todos los esfuerzos que con esta finalidad está realizando la Comunidad Internacional.

Esta Comisión Internacional, que estará integrada por destacadas personalidades de todas las regiones del mundo en materia de Derechos Humanos, seguirá dos líneas básicas de actuación: en primer lugar, el objetivo de luchar por la aplicación universal de una moratoria efectiva en el año 2015 como paso previo a su abolición total. 2015, de nuevo 2015, no por casualidad. La lucha por afirmar la dignidad humana hay que librarla en todos los frentes a la vez y es tan indivisible como lo es la propia dignidad. Si nos hemos fijado para ese año para revisar el grado de consecución de los Objetivos del Milenio, qué mejor que llevar a 2015 la moratoria universal que proponemos.

Hay situaciones, sin embargo, que no pueden esperar a la realización de una moratoria. La Comisión Internacional que vamos a auspiciar deberá exigir como segunda línea de acción la proscripción universal inmediata y definitiva de la pena de muerte en los supuestos en los que ya el Derecho Internacional restringe su aplicación, como son, entre otros, por su particular vulnerabilidad, los menores de edad en el momento de la comisión del delito, las mujeres embarazadas y los discapacitados mentales.

Durante la Presidencia española de la Unión Europea en el primer semestre de 2010 la abolición universal de la pena de muerte va a ser una de nuestras prioridades en materia de Derechos Humanos, siguiendo e impulsando las directrices aprobadas por la Unión Europea en 1998, que han sido recientemente actualizadas.

A tal efecto, vamos a intensificar todas las iniciativas que están en marcha por la acción de anteriores Presidencias de la Unión y con este propósito acudiremos a los foros internacionales, singularmente al Congreso Internacional de Ginebra el año próximo, y se elaborarán los documentos oportunos para su difusión; promoveremos proyectos de cooperación para estimular reformas en los sistemas jurídicos de los países que mantienen la pena de muerte en sus legislaciones nacionales y se instará la ratificación de los instrumentos internacionales que promueven la abolición de la pena de muerte. Lo vamos a hacer con todos los medios a nuestro alcance y en coordinación con los actores de la sociedad civil que, como esta red académica internacional, están realizando un trabajo indispensable sobre el terreno.

Quiero, con todo, ir más allá. Voy a proponer formalmente la incorporación a las tareas del que será en pocas semanas el nuevo Servicio

Europeo de Acción Exterior la asistencia jurídica y diplomática, subsidiaria y complementaria, en su caso, a la de los Estados miembros, a los ciudadanos de Europa que puedan verse sometidos a una condena a la pena capital. Creo que el estatus de ciudadano europeo merece enriquecerse con esta garantía adicional: la protección de la Unión frente al riesgo de la pena capital en cualquier país donde este riesgo se produzca.

También desde la Unión Europea vamos a coordinar la actividad de los Estados miembros para impulsar con otros países de todas las regiones del mundo la aprobación de una nueva Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, a finales de 2010, sobre el establecimiento de la moratoria en el uso de la pena de muerte, que será más ambiciosa y que podrá contar con más apoyos de los obtenidos en 2007 y 2008.

En definitiva, vamos a desplegar un gran esfuerzo para reducir en el mundo la aplicación de la pena de muerte. Lo haremos como Estado ante todos los foros internacionales y lo haremos aprovechando especialmente el período en que ostentamos la Presidencia de la Unión Europea.

Como saben, en el pasado mes de octubre designamos un Embajador en misión especial para estas tareas, Rafael Valle, que seguro que va a contribuir a llevarlas a buen puerto.

La Humanidad no deja de avanzar hacia un futuro que está en nuestras manos construir y ese futuro solo puede tener una dirección, sólo una, la que se corresponde por fortuna con la voluntad muy mayoritaria de las diversas comunidades que pueblan el globo. Es la voluntad que nos pide acabar con los conflictos que amenazan la paz; la misma a la que le repugna cada vez más que una parte de la Humanidad tenga que luchar cada día por su subsistencia y sucumbir habiendo posibilidad de evitarlo; la misma que nos apremia encontrar una respuesta definitiva a las consecuencias del cambio climático y la misma que rechaza la violencia ejercida sobre los seres humanos, la violación de sus derechos o la privación deliberada de su vida allí donde se produzcan.

Esa voluntad, que habla tantos idiomas en defensa de la dignidad humana, es la que da pleno sentido cívico a iniciativas como la del Presidente de Benín o a la participación en encuentros como éste. A unos y a otros, a todos ustedes, les felicito por ello y felices jornadas.

PRESENTACIÓN DE LA RED ACADÉMICA CONTRA LA PENA DE MUERTE

Simone Rozès
Presidenta honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social

Es un placer y un honor para mí tomar parte en este acto de inauguración del Coloquio para la abolición universal de la Pena de Muerte, para acompañar vuestra iniciativa de impulsar la política internacional por la abolición que vuestra excelencia lleva a cabo desde hace tiempo y se propone ahora reforzar desde la presidencia de la Unión Europea del año que viene. Yo represento aquí a todos los juristas del Foro, de la Magistratura y de la Universidad que se integran en la *Red académica internacional contra la pena capital* que se crea estos días en Madrid..

El pasado mes de junio, con ocasión del Congreso de la Fundación Internacional y Penitenciaria en la Universidad de Lieja, el Profesor Luis Arroyo, Presidente de la Societé Internationale de Defense Sociale nos informó a los Presidentes de las Sociedades científicas reunidos allí de vuestra iniciativa para dar un impulso internacional al proceso de abolición de la pena de muerte que había sido anunciado en Togo, con motivo de la abolición adoptada por el Parlamento de esta República Africana. Nos propuso la constitución de esta Red Académica y todos decidimos con entusiasmo apoyar vuestra iniciativa con los recursos académicos y con los conocimientos jurídicos y criminológicos forjados en el estudio y en las experiencias de las Universidades y de las profesiones jurídicas.

Integramos la Red las cuatro grandes asociaciones científicas y a su comité de coordinación: A la Societé Internationale de Defense Sociale le sigue la Asociación Internacional de Derecho penal, creada en 1889 por Franz von Liszt, Van Hamel y Prins. Hoy la preside un también un español, Jose Luis de la Cuesta, catedrático de San Sebastian. Integra a más de 4.000 penalistas de todo el mundo y en su último congreso de Estambul del pasado mes de septiembre decidió sumarse a esta iniciativa; la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, fundada inicialmente como órgano de la Sociedad de Naciones y que se encuentra en

el origen de la acción de Naciones Unidas por la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes, presidida por George Kellens, de la Universidad de Lieja, también presente aquí hoy. La Sociedad Internacional de Criminología, fundada en 1938 y que preside Tony Peters, de la Universidad de Lovaina, que integra a todos los criminólogos del mundo y cuyo último Congreso tuvo lugar en Barcelona bajo los auspicios de las Universidades Ramón Lull y la de Barcelona.

Además integran la Red 25 Institutos Universitarios de investigación de todo el mundo. Pekín, Kioto, Manila, Chicago, Méjico, Sao Paulo, Buenos Aires, Galway, Paris, Friburgo, Milán, Nápoles, Castilla-La Mancha, Coimbra, Pretoria y Estambul. A los que se añaden un amplio elenco de personalidades del mundo jurídico, de los que como ejemplo puedo mencionar aquí a Silvia Steiner Juez de la Corte Penal Internacional, que inaugura nuestro Coloquio o, Sergio García Ramírez, que ha sido Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la que sigue siendo Magistrado, Peter Hodkinson, Presidente del Instituto contra la pena de muerte de Gran Bretaña, Willian Schabas, Presidente del Instituto de Derecho humanos de Irlanda, Anabela Miranda, Catedrática de la Universidad de Coimbra y directora de la Escuela judicial de Portugal, Raul Pan-Galangan, Decano de la Facultad de Derecho de Manila o Shizhou Wang, Catedrático de la Universidad de Pekin, y Juan José Solozabal, Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Muñoz Conde de Sevilla, y otros reconocidos colegas.

La Red esta dando ya, incluso antes de constituirse formalmente, los primeros frutos: a iniciativa de las Facultades de Derecho de la Universidad de Bolonia, de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico y de la de Estambul se organiza un manifiesto que se pretende que sea firmado por las Facultades de Derecho del mundo y se propone también que sea asumido por el conjunto de las Universidades.

El compromiso de todos nosotros es redoblar los esfuerzos académicos, investigadores y de comunicación para cooperar con las organizaciones no gubernamentales especializadas en Derechos Humanos y pena de muerte y con los gobiernos, como el suyo Señor Presidente, que están comprometidos en conseguir una abolición universal de la pena capital y, cuando menos, una moratoria antes de 2015, año de la revisión de la Declaración del Milenio.

LAS NACIONES UNIDAS Y LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE[1]

William A. Schabas[2]
Centro Irlandés de Derechos Humanos
Universidad Nacional de Galway, Irlanda

Mientras los diplomáticos estaban trabajando en San Francisco para crear las Naciones Unidas en 1945, otro movimiento paralelo surgió en Londres para establecer el primer tribunal internacional encargado de las violaciones más graves del derecho internacional. La institución que resultó, el Tribunal Militar Internacional, sesionó en Nuremberg y juzgó a varios de los dirigentes nazis, fue creada por las cuatro "grandes" potencias y era independiente de las Naciones Unidas. No obstante los principios que se establecieron en Nuremberg fueron respaldados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su primer período de sesiones, en diciembre de 1946[3]. Sólo unas semanas antes, el Tribunal concluyó sus trabajos con la ejecución por ahorcamiento, de once de los líderes nazis[4]. Aunque la Asamblea General de las Naciones Unidas no habla concretamente del uso de la pena capital para castigar a los criminales de guerra nazis, el asunto no dio lugar, en la época, a controversia alguna. Un informe sobre la pena de muerte preparado por la Secretaría de las Naciones Unidas hace más de treinta años señaló que "los años de post-guerra no fueron propicios para que los Estados miembros llegaran a una posición inequívoca sobre el tema. Algunos países con

---

1 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".

2 Traducido por Antonio F. Rubio Rincón (UCLM) y Antonio Muñoz Aunion (UCLM) del texto original de Schabas W. (Cap. 2) del libro de Yorke, Jon, *Against the death penalty*, ed. Ashgate. 2008.

3 GA Res. 95(1).

4 *Agreement for the prosecution and Punishment of mayor War Criminals of the European Axis. and Establishing the Charter of the International Military Tribunal (l.M T.),* annex (1951) 82 UNTS 279, art. 27.

una tradición abolicionista sostuvieron durante mucho tiempo la prohibición de la pena de muerte en tiempos de guerra, mientras que otros miembros defendían una excepción para los delincuentes culpables de crímenes contra la humanidad"[5].

Transcurrido poco menos de medio siglo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció dos tribunales penales internacionales, para hacer juzgar a las atrocidades cometidas en la Ex Yugoslavia y Rwanda[6]. En al menos una característica principal, las nuevas instituciones diferían de su predecesor en Nuremberg, en el que las nuevas instituciones solo podían imponer penas de prisión[7]. Durante el debate en el Consejo de Seguridad sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, el representante de Nueva Zelanda señaló que durante más de tres décadas las Naciones Unidas habían tratado de eliminar paulatinamente la pena de muerte. Sería totalmente inaceptable, y un terrible paso hacia atrás, el presentarla de nuevo aquí[8]. De hecho, durante los cuarenta y nueve años desde la creación de las Naciones Unidas, la opinión mundial y la práctica nacional con respecto a la pena capital ha ido cambiando de forma radical, y así se refleja en la acción de la organización. Este capitulo intenta trazar la evolución del debate sobre la pena de muerte en el ámbito de las Naciones Unidas.

El establecimiento de normas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La Carta de las Naciones Unidas, adoptada en San Francisco en junio de 1945 contiene varias referencias a los derechos humanos, al declarar que "la promoción y el estímulo en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de

---

5 UN Doc. *A/CONF.87/9*, para, 4.

6 UN Doc. S/RES/827 (1993); UN Doc. *S/RES/955 (1994).*

7 *Statute of the international Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.* UN Doc. S/RES/827 (1993), annex, art. 24(1); *Statute of the International Criminalli-ibul1al for Rwanda,* UN Doc. S/RES/955 (1994), annex, art 23(1). See 3lso: *Statute of the Special court of Sierra Leone,* art 19(1); *Statute* o/*the Special Tribunal for Lebanon,* UN Doc. S/RES/1757 (2007), Attachment. 11, art. 24 (1).

8 *Ibid.,* p. 5.

raza, sexo, idioma o la religión", se establecía como uno de los propósitos de las Naciones Unidas[9]. Sin embargo, para consternación de muchos las grandes potencias renegaron de los compromisos anteriores para incluir una declaración de los derechos humanos dentro de la propia *Carta* (Lauren, 2003). El compromiso en San Francisco consistía en hacer una amplia referencia a los derechos humanos en la Carta, pero aplazando la adopción de cualquier aspecto sustantivo. A principios de 1947, la Comisión de Derechos Humanos comenzó el trabajo sobre dos documentos, una declaración general de principios relativos a los derechos humanos de carácter no vinculante y un tratado perfectamente pergeñado o "pacto" para que los Estados pudiesen adherirse si así lo decidían. Tres años más tarde, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos[10]. Los trabajos del pacto que se había previsto tomaron mayor tiempo y solo en 1966 se aprobó un texto definitivo[11]. Importantes debates sobre la pena capital se sucedieron en la preparación de ambos instrumentos, principalmente en el contexto del alcance sobre el "derecho a la vida".

La cuestión de la pena capital se debatió de manera meticulosa por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General en el curso de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, durante 1947 y 1948. Esta fue la primera consideración relevante sobre la pena de muerte en el marco de las Naciones Unidas. En su versión final, el artículo 3 de la Declaración Universal declara: "Toda persona tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona". Sin embargo, el proyecto original de esta disposición, preparado por John P. Humphrey a principios de 1947, reconoce el derecho a la vida que "sólo se puede negar a las personas que han sido condenados por una la ley penal de algún delito al que se adjunta la pena de muerte". Eleanor Roosevelt[12], quien presidiera el Comité de Redacción de la Comisión de Derechos Humanos, indicó que en algunos países existían movimientos favorables a la supresión de la pena capital. Sugirió que tal vez sería

---

9 *Charter of the United Nations,* TS 67 (1946), Cmd. 7015, P. (1946-7) XXV 1, 145 BSP 805.

10 *Universal Declaration of Human Rights,* GA Res. 217 A (111) UN Doc. *A/810* .

11 GA Res. *44/128.*

12 UN Doc E/CN4/AC.l/3; reprinted in UN Doc. E/CN4/21, Annex A.

mejor no hacer ninguna mención explícita de la pena capital como una excepción al derecho a la vida[13]. René Cassin reelaboró el proyecto de Humphrey y eliminó la referencia a la pena de muerte[14].

Aunque la propuesta de Cassin fue la que finalmente se incluyó (a pesar de no realizar prácticamente cambios) en la versión final de la *Declaración Universal*, cuando el texto estaba siendo estudiado por la Tercera Comisión de la Asamblea General a finales de 1948 hubo un importante debate sobre la pena de muerte. La Unión Soviética propuso una enmienda que pedía la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz[15]. En el debate que surgió, ni una sola voz se alzó para defender el uso de la pena capital en tiempos de paz, aunque algunos delegados reconocieron que sus gobiernos no habían abolido todavía la pena de muerte[16]. Muchos de los participantes en el debate sólo dijeron que la propuesta era inoportuna[17] o prematura[18]. El representante del Reino Unido dijo que su inclusión en la declaración podría dificultar a algunos Estados su adhesión[19], y varios delegados dijeron que se abstendrían en la votación por este motivo[20].

Determinados delegados latinoamericanos estaban descontentos con la enmienda de la Unión Soviética, porque no iba lo suficientemente lejos. Se oponían a la pena de muerte por completo, incluso en tiempos de guerra. La delegación de Costa Rica dijo que se abstendría en la votación de la enmienda soviética, ya que restringía la abolición a los tiempos de paz[21]. El delegado de Venezuela dijo que no podía apoyar

---

13 UN Doc. E/CN4/AC. l/SR.2, 10.

14 UN Doc. E/CN4/AC.l/W.2/Rev.; UN Doc. E/CNA/AC.lIW.2/Rev. 2.

15 UN Doc. A/C3/265.

16 e.g., Bélgica: UN Doc. Bélgica, aunque en realidad no había llevado a cabo ejecuciones desde el siglo XIX, con algunas excepciones después de la Segunda Guerra Mundial, no abolieron oficialmente la pena capital hasta la década de 1990, y los tribunales belgas continuaron pronunciando sentencias de muerte hasta ese momento.

17 UN Doc. A/C.3/SR.105, 5; Noruega (UN Doc. A/C.3/SR.104, 12); Pakistán (UN Doc. A/C3/SR.l 05, 8); Haití (UN Doc. A/C.3/SR.105, 2); Nueva Zelanda (UN Doc. *A/C.3/* SR 105, 10); Australia (UN Doc. A/C.3/SR.1 03, 2); Turquía (UN Doc. A/ C3/SR.l 03, 11).

18 UN Doc. A/C.3/SR. l02, 4-5.

19 *Ibid*, 9.

20 Pakistán: UN Doc. A/C.3/ SR.105, 8; Perú: UN Doc. A/C.3/SR. 104, 10.

21 UN Doc. AJC3/SR. 105, 6.

la propuesta de la Unión Soviética sobre la pena de muerte, porque implicaba que dicho castigo era legal en tiempos de guerra, y eso era contrario a las leyes de su país[22]. Alegó que él hubiera podido votar a favor de la propuesta si se hubiera previsto la abolición total de la pena de muerte[23]. El delegado de Uruguay propuso una enmienda destinada a la abolición total, aunque nunca fue sometida a votación[24]. La enmienda soviética fue derrotada, en una votación nominal, por veintiún votos a favor, nueve en contra, con las abstenciones de dieciocho[25]. Uruguay en realidad votó en contra de la enmienda, y otros partidarios de la abolición se abstuvieron. El delegado del Reino Unido expresó la opinión de que la votación sobre la propuesta soviética destinada a la abolición, de ninguna manera podría ser interpretada como un voto a favor o en contra de la pena capital[26].

Tras la aprobación de la Declaración Universal el trabajo continuó en la Comisión de Derechos Humanos y, posteriormente, en la Tercera Comisión de la Asamblea General sobre las disposiciones más detalladas de la propuesta de Pacto. En relación a la pena de muerte, el resultado fue el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto final sería aprobado en la Tercera Comisión en 1957[27]. El artículo 6 del Pacto establece como un principio general el que nadie podrá ser privado arbitrariamente del derecho a la vida, pero reconoce expresamente la pena de muerte como una excepción o limitación del derecho a la vida[28]. El artículo 6 (2) del Pacto declara:

---

22 UN Doc A/C.3/SR. 102, 10-1l.

23 UN Doc A/C.3/SR. 104, 10.

24 UN Doc. A/C.3/274/Rev. 1.

25 UN Doc. A/C.3/SR.107, 6. 117 Votos a favor: Republica Socialista Soviética de Bielorrusia, Cuba, Checoslovaquia, Republica Dominicana, México, Polonia, Republica Socialista Soviética de Ucrania, Unión de Republicas Socialistas Soviéticas, Yugoslavia. Votos en contra: Afganistán, Australia, Brasil, Canadá, Chile, China, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Luxemburgo, Panamá, Filipinas, Siam, Siria, Turquía, Unión de Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos de América, Uruguay, Yemen . Abstenciones: Argentina. Bélgica, Birmania, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Etiopía, Honduras, India, Líbano, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Perú, Arabia Saudita, Suecia, Venezuela.

26 UN Doc. A/C.3/SR.I03, 12.

27 UN Doc. A/C.3/SR.820, para. 27.

28 *International Covenant on Civil and Political Rights* (1976) 999 UNTS 171, Art. 6.

> "En los países que no tienen abolida la pena de muerte, esta sólo podrá imponerse por los delitos más graves y de conformidad con la ley en vigor en el momento del crimen y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto y la Convención sobre la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Esta pena sólo puede llevarse a efecto en virtud de una sentencia definitiva dictada por un tribunal competente[29]".

La disposición viene a afirmar que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar una amnistía, el indulto de conmutación de la pena, y prohibir la pena de muerte para personas menores de dieciocho años en el momento de comisión del delito (véase Schabas y Sax 2006)[30] y para las mujeres embarazadas. Un último párrafo, en realidad, más programática que normativo, proclama: "Nada en este artículo podrá ser invocado para demorar o impedir la abolición de la pena de muerte por cualquier Estado Parte en el presente Pacto"[31]. El articulo 6 era el "aviso para navegantes" colocado por los Estados abolicionistas. Existe una clara incompatibilidad entre los párrafos (2) y (6) del artículo 6 y es una relación que da testimonio de una realidad conservadora en términos de práctica de los Estados; cuando el texto fue aprobado, pero al mismo tiempo manifiesta una visión progresista. El texto de 1957 se mantuvo sin cambios en la versión definitiva del Pacto que fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 entrando en vigor una década más tarde.

El Pacto ha sido ratificado hoy en día por aproximadamente 155 Estados y sus principios por tanto se aproximan a una aceptación universal. De conformidad con los principios de la interpretación dinámica de los tratados, el significado dado al artículo 6 ha ido evolucionado considerablemente desde su aprobación. El principal organismo encargado de la aplicación del Pacto, el Comité de Derechos Humanos, adoptó recientemente la opinión de la prohibición de una privación arbitraria del derecho a la vida, que se encuentra en el artículo 6 (1) del Pacto,

---

29 *Ibid.*, Art. 6(2).

30 *Ibid.*, Art. 6(5). The *Convention on the Rights of the Child*, GARes. *44/25*, annex, Art. 37(a), .adoptado por la Asamblea General en 1989, también prohíbe la ejecución de los crímenes cometidos por menores de dieciocho años. Ha sido ratificado por 192 países, y firmado pero no ratificado por los Estados Unidos de América. Véase en la disposición correspondiente, Schabas y Sax 2006.

31 *Ibid.*, Art. 6(6).

significa que la pena de muerte es absolutamente incompatible con el derecho a la vida. La excepción prevista en el artículo 6 (2) aplicada, muy limitadamente, y sólo pueden ser invocadas por los Estados que todavía mantienen la pena capital. La conclusión inevitable es que los Estados que han abolido la pena de muerte no podrán, de forma permanente, reestablecerla[32]. Además, no pueden participar de forma indirecta, en su aplicación, por ejemplo, a través de extradiciones o figuras similares el hecho de transferir a las personas a lugares donde pueden sufrir un riesgo de ejecución[33].

Posicionamiento del tema en la agenda de las Naciones Unidas

Aunque la cuestión de la pena capital se ha debatido como parte principal de las Naciones Unidas para el establecimiento de estándares en el marco de los derechos humanos, estaba lejos de ser obvio que en los primeros años de la organización, la pena de muerte deba ser parte de la agenda normal de la organización. Algunos Estados consideraron que ésta era una cuestión propia del derecho penal interno y que no tenía relación con la actividad de la Organización. Se invocaba, en este sentido, el artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas en los que se afirma que "Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados". Por tanto, el solo hecho de incluir la pena capital como uno de los asuntos de interés para las Naciones Unidas, fuera del contexto de la fijación de estándares de derechos humanos, no puede considerarse como un hecho menor.

El debate de 1957 de la Tercera Comisión de la Asamblea General, durante la aprobación del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Políticos, tuvo como consecuencia el hecho de estimular a los países abolicionistas para que siguiesen actuando en esta dirección. En 1950, Austria, Ceilán, Ecuador, Suecia, Venezuela y Uruguay, propusieron una resolución en la Asamblea General, invitando al Consejo Econó-

---

32 *Piandong et al.* V. *Filipinas* (no. 869/1999), UN Doc. C*CPR/C/70/D/869/1999,* para. 7.4.

33 *Judge* v. *Canada* (No. 829/1998), UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998.

mico y Social a iniciar un estudio sobre la cuestión de la pena capital[34]. Estos países lograron conseguir el apoyo de una amplia representación de los Estados miembros de las Naciones Unidas, que incluía Ghana, India, Israel, Japón, Pakistán, Filipinas y el Reino Unido. El estudio propuesto se basaba en las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 6 del proyecto de Pacto[35]. Según una resolución aprobada por la Asamblea General, Marc Ancel, un eminente jurista francés y Director de la Sección de Ciencias Penales del Instituto de Derecho Comparado de París, fue encargado de preparar el estudio[36]. Al examinar, las consecuencias de la abolición y la cuestión de la prevención, Ancel observó que "toda la información disponible parece confirmar que la supresión (de la pena de muerte), nunca ha sido seguido por un aumento notable en la incidencia del crimen ya que no sería punible con la muerte (Ancel 1962, 54)". De acuerdo con Ancel, "la tendencia moderna", era hacia una pena de muerte discrecional y no una pena de muerte obligatoria. Esta ultima sólo es utilizada para supuestos excepcionales, como el asesinato; los delitos contra la seguridad exterior del Estado (Ancel 1962, 12). Ancel también concluyó que la mayoría de sistemas jurídicos protegidos (los menores y mujeres embarazadas de la pena de muerte) y que, en la práctica, la suspensión de la ejecución para las mujeres embarazadas casi siempre llevaba a la conmutación de la pena (Ancel 1962, 13, 25).

Una resolución propuesta en el período de sesiones de 1968 de la Comisión de Derechos Humanos señaló en su preámbulo que, "la tendencia dominante entre los expertos y profesionales en el terreno, es hacia la abolición de la pena capital", y establecía una serie de garantías para la apelación, el indulto, la conmutación, y la demora de la ejecución hasta el agotamiento de tales procedimientos[37]. Durante el breve debate que tuvo lugar en la Comisión de Derechos Humanos[38], algunas

---

34 UN Doc. A/C.3/L.767. La idea de ese estudio había sido propuesta por Suecia, durante el debate de 1957 sobre el artículo 6 del proyecto de *Rights Covention:* UN Doc. A/C.3/SR, 813.

35 UN Doc, A/4250, para. 55,

36 GA Res. 1396(XIV), por cincuenta y siete a cero con veintidós abstenciones, UN Doc. A/SR, 841.

37 UN Doc. *E/4475,* UN Doc. UN Doc. E/CN.4/972, 134--136, 162-164.

38 UN Doc. E/4475, UN Doc. UN Doc, E/CN.4/972,265-269.

voces se opusieron a la mención de que hubiera una tendencia general hacia la abolición, sin embargo se convencieron en la idea de que existía una tendencia a reducir el número y categorías de delitos que conllevaban la pena de muerte[39]. También hubo objeciones a lo que un delegado denominó "matiz peyorativo" que consistía en que los Estados que no habían abolido la pena de muerte, se encontraban en violación del artículo 3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*[40]. Los Estados Unidos apoyaron la resolución, observando una tendencia en su país a reducir el número de ejecuciones y el propósito del gobierno federal de abolir la pena de muerte[41]. Después de que Suecia atenuará ligeramente el contenido del proyecto de resolución, esta fue adoptada por la Comisión[42].

En 1971, el Secretario General preparó un informe sobre los datos recibidos de los Estados miembros en relación a la pena de muerte, que en efecto actualizaba el informe Ancel, y uno posterior por Norval Morris (Morris, 1967)[43]. El informe fue presentado ante el Consejo Económico y Social, unido a un proyecto de resolución, recordando a los Estados la reducción progresiva del número de delitos por los se impone la pena capital, anunciando la conveniencia de la abolición total[44]. El párrafo 3 del proyecto declaró que "el objetivo principal que debe buscarse es el de restringir progresivamente el número de delitos por los que la pena capital puede imponerse con miras a la abolición total de esa pena en todos los países, de modo que el derecho a la vida, previsto en el artículo 3 de la Declaración Universal, está plenamente garantizado". Durante el debate en el ECOSOC, los Estados patrocinadores acordaron cambiar el término "supresión total" por el de "conveniencia de abolir"[45]. La resolución fue adoptada en el Consejo Económico y Social, por catorce votos por ninguno en contra, con seis abstenciones[46]. Después de añadir un párrafo operativo se pedía al Secretario General que preparase un

---

39 Francia, India, Polonia, Unión de Republicas Socialistas Soviéticas.

40 UN Doc, E/CN.4/SR, 990, 267.

41 *Ibid., 266.*

42 *Ibid, por diecinueve votos a favor a ninguno, con tres abstenciones.*

43 UN Doc. E/4947, UN Doc. ST/SOA/SD/9, UN. Doc. *ST/SOA/SD/10.*

44 UN Doc. E/AC.7/L.578, propuesto por Italia, Noruega, Reino Unido, Uruguay. Las enmiendas fueron propuestas por la Unión: UN Doc. E/AC.7/L.579.

45 UN Doc. E/4993, para. 6.

46 ESC Res. 1574(L); UN Doc. E/SR. 1769.

informe anexo sobre las prácticas y normas legales que pueden regular el derecho de petición de indulto, conmutación o apelación, y que posteriormente aprobada[47] por la Asamblea General, con un solo voto negativo, Arabia Saudita, y un gran número de abstenciones[48].

El informe del Secretario General sobre la pena capital, fue presentado al Consejo Económico y Social, en febrero de 1973[49]. Citando el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sugiriendo que implícitamente limita y tiende a la abolición de la pena de muerte[50]; el informe observó que "las Naciones Unidas se han desplazado gradualmente desde la posición de un observador neutral preocupado, pero no comprometido en la cuestión de la pena capital, a una posición favorable respecto de la abolición de la pena de muerte[51]. El Consejo Económico y Social pidió al Secretario General preparar informes similares cada cinco años[52]. También pidió a la Comisión de Prevención del Delito y Control y el Instituto de Investigacion de las Naciones Unidas para la Defensa Social, estudiar el informe del Secretario General y proponer áreas apropiadas para el análisis científico adicional (véase Leona 1987)[53], la resolución con miras a la conveniencia de abolir esa pena en todos los países", reafirmando que la restricción progresiva de

---

47 UN. Doc. A/C.3/L.1908, patrocinado por Alemania, Austria, Costa Rica, Italia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia, Reino Unido, Uruguay, Venezuela

48 GA Res. 2857(XXVI), UN Doc. A/PV2027, por cincuenta y nueve votos contra uno, con cincuenta y cuatro abstenciones. En la Tercera Comisión, una votación separada sobre la supresión de la duración total "en el primer párrafo del preámbulo, Doc. ONU. A/C.3/SR.1905, Párr. 69, y se mantuvo por veinte y cuatro votos lo ocho, con sesenta y dos abstenciones. Una votación separada sobre la abolición total de la expresión "en el párrafo cuatro, Doc. ONU. A/C.3/SR.1905, Párr. 69 y si se mantuvo por veinte y tres votos a nueve, con sesenta y dos abstenciones. La solicitud de un nuevo informe del Secretario General también fue aceptada en una votación por separado, Doc. ONU. A/C.3/SR.190S, § 69, aprobada por treinta y tres votos a favor, ninguno, con sesenta y dos abstenciones. En la Tercera Comisión, la resolución fue aprobada, Doc. ONU. A/C.3/SR.1905, Párr. 69, por treinta y tres votos a favor, ninguno, con sesenta y dos abstenciones.

49 UN Doc. *E/5242* and Add.1. Ver también UN Doc. *E/AC.5/112* and Con. *1*, paras. 1-6; UN Doc. *E/AC.57/l8.*

50 UN Doc. *E/5242*, para. 11.

51 *Ibid.*, para. 16.

52 UN Doc. *E/5298.*

53 UN Doc. *E/AC.7/L.624,* patrocinado por Italia, Austria, Finlandia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Suecia y Venezuela. Para la comunicación del Secretario General

los delitos de pena capital era el principal objetivo que se perseguía. Indonesia propuso que se suprimiera la frase "en todos los países" de este párrafo[54], y esto fue aceptado en una votación por separada[55].

En 1975, el Consejo Económico y Social reafirmaba el compromiso de la restricción progresiva y la conveniencia de la abolición[56]. Pidió al Comité de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Control de las Naciones Unidas, con la cooperación del Instituto de Investigaciones de la Organización de Defensa Social, estudiar las formas adecuadas de análisis de las corrientes actuales hacia la restricción del número de delitos capitales. La resolución también pidió al Secretario General que procediera a un informe sobre las prácticas y normas legales que pudieran gobernar el derecho de petición de indulto, la conmutación o apelación, y que incluyera esta información en su siguiente informe, en 1980[57].

En la reunión de la Asamblea General de 1977, un proyecto de resolución sobre la pena capital adoptó en su formulación varios de los principios del Consejo Económico y Social, afirmando que el principal objetivo en el ámbito de la pena capital, era la de una progresiva restricción respecto del número de delitos por los que se pudiera imponer la pena de muerte[58]. En el se instó a los Estados miembros a cooperar con el Secretario General facilitando información para su estudio en un plazo de cinco años y pidió que en el deseo de una abolición definitiva de las Naciones Unidas en 1980 en el ámbito del Congreso para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, considerasen el asunto. La Asamblea General se comprometió a examinar la cuestión de

---

con el Comité de Prevención del Delito y Control, véase doc. E/AC.3/18. en la labor del Instituto de Investigación y Defensa Social.

54 UN Doc. *E/AC.7/L.624/Rev.2.*

55 UN Doc. *E/5298,* para. 16, por veinticinco vales a diez, con siete abstenciones.

56 UN Doc. *E/AC.7/L.678/Rev.,* propuesto por Italia, Austria, Ecuador, Noruega, los Países Bajos y Venezuela.

57 ESC Res. I930 (LVITI), UN Doc. E/SR.1948, por veintisiete votos a cero con nueve abstenciones. Ver también: Doc. de la ONU. Alla003, párrs. 296-302.

58 Doc. ONU. A/C.3/32/L.21, patrocinado por Alemania, Austria, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Honduras, Italia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Senegal, Suecia, Venezuela. Véase también el doc. A/C.3/32/SR.40, Párr. 46-47.

la pena capital en su período de sesiones de 1980, que seguiría al Congreso un par de semanas después, "otorgándole alta prioridad"[59].

En el Congreso celebrado del 25 agosto al 5 septiembre de 1980, en Caracas, se dedicó más tiempo a la cuestión de la pena capital que a cualquier otro asunto[60]. El informe del Comité II señaló que muchas delegaciones que representan a países que todavía mantenían la pena capital, "expresaron su interés en la abolición como un objetivo a largo plazo viable"[61]. Pero hubo también voces que mostraron su apoyo a la pena de muerte, algo que antes no había aparecido en los debates de las Naciones Unidas[62]. Un proyecto de resolución pidió la restricción y abolición y añadía que seria, "una contribución importante al fortalecimiento de los derechos humanos, en particular el derecho a la vida"[63]. Los Estados que mantenían la pena de muerte fueron invitados a respetar los términos de los artículos 6 y 14 del Pacto de Derechos Civiles, que generalmente aceptadas codificaban y aceptó "como una de las normas internacionales de derechos humanos". Una disposición controvertida instó a los Estados que no habían abolido la pena capital a "considerar el establecimiento de una moratoria en su aplicación, o a crear otras condiciones en las que la pena capital no se imponga o no se realice, a fin de permitir estos Estados un estudio de los efectos de la abolición con carácter provisional".

Egipto cuestionó el proyecto de resolución con una "enmienda" que añadía algunos párrafos al preámbulo destacando la importancia de la prevención general a la hora de fijar las sanciones (incluyendo la pena capital), y se refirió a "la importancia de contar con una pena capital a

---

59 GA Res. 32/61. UN Doc. A/PV.98, aceptada sin voto alguno. En el Tercer Comité: UN Doc. A/C.3/SR.49, para. 35

60 véanse los comentarios del Jefe de Prevención del Delito y Justicia penal, UN Doc. A/C.3/35/SR.74, para. 40.

61 UN Doc. *A/CONF.*87/14 / Rev.1, para. 98

62 *ibid.,* paras. 99-100.

63 UN Doc. A/CONF.87/14/L.1. Patrocinado por Austria Ecuador, la Republica Federal Alemana, Suiza. Revisado tras las conversaciones informales (UN Doc. A/CONF.87/14/Rev., para. 111; UN Doc. A/CONF.87/C.I/L.I/Rev.). la resolución se produce como anexo al informe del Congreso (UN Doc. A/CONF.87/14fRev.l, 58-60).

fin de infundir el miedo necesario en los corazones de la gente…"[64] Debido a la fuerte oposición y a la falta de tiempo para completar los debates, los ponentes retiraron el proyecto de resolución revisado[65]. Para los abolicionistas, el resultado de la discusión fue decepcionante, aunque si la resolución hubiera llevado a una votación y ser desestimada, la corriente abolicionista hubiera sufrido un grave revés[66].

Los debates en el Congreso de 1980 fueron, en muchos sentidos, la culminación de una evolución que había comenzado en 1957, cuando la Asamblea General aprobó el artículo 6 del Pacto. Progresivamente, el debate sobre la pena capital había avanzado desde los estudios prácticamente neutrales, en la resolución de 1959 de la Asamblea General, para pedir desde la restricción de la pena de muerte y sugerir que la abolición, era el punto de vista más coherente el pensamiento científico moderno de finales de 1960 y de la década de 1970. Una técnica de presentación de informes sobre el tema se desarrolló y parecía vislumbrar una tendencia hacia la abolición. Llegó el momento idóneo para llevar el debate un paso más adelante. Si bien el Congreso no logró aprobar una resolución sobre la cuestión de la pena capital que manifestara la meta de "una mayor restricción en la aplicación de la pena capital"[67], En su informe "se tomó nota" del proyecto de resolución y se acordó que debería ser examinado por los órganos legislativos de las Naciones Unidas (Naciones Unidas 1983, 781, 783)[68]. El resultado inmediato fue la preparación de las "salvaguardias" sobre el uso de la pena de muerte, dirigidas a los países que aún mantenían la pena capital.

---

64 UN Doc. A/CONF.87/C.I/L.9. La enmienda se reproduce como anexo al doc. A/CONF.87/14/Rev., 60.

65 UN Doc. A/CONF.87/ I4/Rev. 1, para. 111.

66 Luego de que un proyecto de resolución del año en la Asamblea General estaba destinado a la misma moratoria sobre la pena de muerte que había fracasado en Caracas (Doc. ONU. AIC.3/35fL.67, patrocinado por Alemania, Austria, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, República Federal de Alemania, Italia, Noruega, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Portugal, España, Suecia, Venezuela). Fue criticado por revivir el debate de Caracas, y efectivamente dejado de lado por las mociones de procedimiento a partir de dos Estados que mantienen, Marruecos y la India: Doc. de la ONU. A/C.3/35/SR.76, Doc. ONU. A /*C.3/35/SR.84.*

67 UN Doc. A/CONF.87/C.1/L.1.

68 UN Doc. A/CONF.87/l4/Rev. I.

Las "salvaguardias"

En 1981 la Asamblea General asignó al Comité de Prevención del Delito y de Control que examinara la manera de delimitar las ejecuciones sumarias del "castigo legítimo" de la pena capital, de conformidad con el artículo 6 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[69]. El Secretario General preparó posteriormente un informe sobre ejecuciones sumarias y arbitrarias[70], sobre la base de un cuestionario enviado a los Estados miembros, y en 1982 la Comisión de Prevención del Delito y Control emitió una serie de proyectos de "directrices" o "garantías" que debían respetarse cuando la pena de muerte fuera impuesta[71]. Según el proyecto, la pena capital sólo podía imponerse por los delitos más graves, de conformidad con la legislación en vigor en el momento de la comisión del delito, y no por los crímenes cometidos, por menores de dieciocho años o mujeres embarazadas, y siempre de conformidad con una sentencia firme emanada de un tribunal competente, que la asistencia jurídica haya estado disponible en todas las etapas del procedimiento. La pena de muerte debe ser suspendida mientras se resuelven recursos o los procedimientos relacionados con el indulto o la conmutación, debe existir un derecho de apelación y el derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, y debe existir la posibilidad de solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena en todas las etapas.

La Secretaría de las Naciones Unidas propuso una serie de cambios en el texto. Se sugirió ampliar la directriz referida a "los crímenes más graves" mencionando que el alcance de este término se limitase a los delitos dolosos con resultado de muerte y que excluía los delitos políticos[72]. En la directriz que prohíbe la pena de muerte para menores y mujeres embarazadas, se insta a incluir a los recién nacidos y a las

---

69 GA Res. 36/22.

70 UN Doc. *E/AC.57/1982/4* and Add. l.

71 UN Doc. E/CN.5/l983/2, chapo 1, sect. A, para. l, proyecto de resolución 1; también cap. V, para. 174.

72 UN Doc. E/AC.57/1984/16, para. 43: en el entendimiento de que su alcance debe limitarse a los delitos intencionales letal. Por lo tanto, debe excluirse para los delitos que se consideran de carácter meramente político, o para los casos en que el carácter político del delito excede sus aspectos penales".

personas mayores de setenta años[73] de edad[74], grupos que no habían sido incluidos en el artículo 6 (5) del Pacto[75], y que aparecieron en otros instrumentos de una elaboración posterior[76]. Volviendo a una antigua propuesta[77], el Secretario General también instó a que las directrices establecieran un procedimiento de apelación automático en los casos de pena capital[78].

El Comité aprobó las "Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte", en su reunión de marzo de 1984, proponiendo que se reafirmase en una resolución del Consejo Económico y Social[79]. Muchos de los cambios sugeridos por el Secretario General fueron aceptados, pero el Comité hizo algunas innovaciones propias. Por ejemplo, en el artículo 1, siempre que la pena de muerte sólo pudiera imponerse por "los delitos más graves", el Comité acogería con satisfacción la sugerencia de que se refieran a los delitos con consecuencias mortales, pero dejo la puerta abierta a una laguna legal bastante amplia con la adición de la frase "u otras consecuencias

---

73 Doc. ONU. E/AC.57/1984/16, Párr. 49.

74 Los ancianos, en el artículo 4 (5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1979) 1144 UNTS 123, OASTS 36, aprobada en 1969, "las madres con hijos a cargo" en el artículo 76 (3) del Protocolo Adicional de Ginebra de 1949, Convenio relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales (1979) 1125 UNTS 3, adoptada en 1977, "las madres de niños pequeños en el articulo 6 (4) del Protocolo II de T Adicional las convenciones de Ginebra de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales (1979) 1125 UNTS 609, adoptada en 1977.

75 GA Res. 2393 (XXIII), Art. l (b).

76 UN Doc. E/AC.57/1984/16, ... y, en cualquier caso, no antes de un determinado período mínimo de tiempo transcurrido, que van en promedio entre dos y seis meses, y establecidas de conformidad con la práctica jurídica y las circunstancias sociales de cada país no abolicionista, después de todos los recursos legales en los procedimientos capitales se hayan agotado y teniendo en cuenta el estado de salud física y mental de la persona condenada.

77 UN Doc. *E/AC.57/1984/16*, para. 87.

78 Proyecto de resolución VII, UN Doc. EI1984/16, UN Doc. E/AC.57/1984/18.

79 Según Nigel Rodley que asistió a la reunión como observador de Amnistía Internacional, el término "u otras de extrema gravedad» se añadió a la representación de un miembro de la Comisión, quien dijo que algunos actos, como el suministro de información secreta a un enemigo en tiempos de guerra, podría resultar en la pérdida a gran escala de la vida, aunque los resultados letales de la infracción no podría ser fácilmente comprobados (véase Rodley 1987, 174).

extremadamente graves"[80]. El artículo 2 está previsto esencialmente contra la aplicación retroactiva de la pena de muerte y para el beneficio de la pena de menor grado cuando la ley cambie[81].

Otra adicción importante a las restricciones sobre el uso de la pena capital que no habían figurado en los debates sobre la fijación de estándares que incluía el Art. 4, que hacia referencia a la carga de la prueba en casos de pena capital. Declara que la pena capital no podía imponerse si no había "pruebas claras y convincentes, y no hubiera una explicación alternativa de los hechos". El artículo 6 de las salvaguardias, recogió la sugerencia del Secretario General de que las apelaciones debían de ser obligatorias (véase Strafer 1983; Urofsky 1984, White 1991, 165-185)[82]. El artículo 9 añade que la pena capital debe llevarse a cabo de manera que causare el menor sufrimiento posible, un punto que previamente había recibido poca atención en el debate del derecho internacional relativo a la pena de muerte.

Tras la adopción por el Comité, las salvaguardias fueron presentadas al Consejo Económico y Social. Existía preocupación de que pudieran parecer legitimar la pena capital y los Estados acérrimamente mas abolicionistas reemplazaron en el artículo 3, la frase mas neutral, con el termino mas cercano al abolicionismo a "no ser invocadas para demorar o impedir la abolición de la pena capital". En el Consejo, una enmienda oral propuesta por los Estados Unidos pidió el restablecimiento del artículo 3 original, siendo esta rechazada. La frase, extraída del artículo 6 (2) del Pacto, "en los países que no han abolido la pena de muerte", se añadió al comienzo del párrafo 1 de las Salvaguardias. Su valor es

---

80 Varios casos en los tribunales de los Estados Unidos han planteado el problema de las personas condenadas a muerte que se niegan a agotar sus recursos, en efecto acogedor de la ejecución y renunciando a cualquier derecho de apelación, aun cuando el derecho es obligatorio. Ver: *Gilmore* v. *Utah, 429* U.S. 1012 (1976); *Commonwealth* v. *McKenna,* 476 Pa. 428, 383 A.2d 174 (1978); *Lenhard as next friend of Bishop* v. *Wolf,* 100 S.Ct 3 (1979); *Betlty Evans, as next friend of John Evans* v. *Bennett,* 440 U.S. (30) (1979).

81 Ver comentario general *No. 20(44),* UN Doc. CCPR/C/2l/Rev./Add.3, para. 6; *Ng* v. *Canada* (No. *469/19* J), UN Doc. *CCPR/C/49/D/469/1991.* UN Doc *A/49/40.* Vol. II 189.

82 UN Doc. E/1984/C.2/L.8, patrocinado por Alemania, Austria, Costa Rica, Italia, Países Bajos, Suecia, Uruguay. La enmienda fue adoptada por veintinueve votos a favor, con abstenciones diecisiete.

doble, recordando que ésta es la meta, sugiriendo que los Estados que ya han abolido la pena de muerte, no puedan revivirla[83].

Tras la adopción por el Consejo Económico y Social[84], las salvaguardias fueron aprobadas por la Asamblea General[85] y por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en 1985[86], donde se llamaba a la resolución para su amplia difusión y su aplicación[87].

De las Salvaguardias puede decirse que constituyen un desarrollo autorizado del contenido del artículo 3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Debido a las circunstancias de su adopción y la importancia de su objeto, también se puede sostener que constituyen una declaración de normas de derecho internacional consuetudinario a modo de denominador común de conducta aceptable, aplicable incluso a Estados que no han ratificado el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[88]. En su valoración de los informes de Estados como parte del proceso de revisión periódico con alcance universal, es probable que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos en 2006, se basara en las "salvaguardias" al tratar con los Estados para los cuales las normas convencionales que no son directamente aplicables.

Resoluciones posteriores han efectuado ligeras mejoras de las salvaguardias. En 1988, basándose en un estudio de la pena de muerte

---

83 Doc. ONU. E/I984/SR.21, Párr. 22, por veintitrés votos a favor, seis, con la abstención de dieciséis años.

84 ESC Res. *1984/50,* adoptada sin voto.

85 GA Res. *39/118,* UN Doc. A/PV. 101, para. 79, sin voto.

86 UN Doc. A/CONF.121*122/Rev.,* 83-84, 131-132.

87 UN Doc. A/CONF.121/C.1/L.9 patrocinado por Austria, Dinamarca, Francia, Grecia, India, Italia, Noruega, Uruguay y Yugoslavia. Adoptada por consenso en la XV reunión del Comité T, Doc. ONU. A / CONF. [21 122/ev. 1, Párr. 195, aprobada por el Congreso en su decimocuarta sesión plenaria, Doc. ONU. A/ CONF.121122/ Rev. l, Párr. 214. La resolución aprobada en el Congreso había sido redactado al Varenna la reunión preparatoria del Congreso, celebrado en 1984: doc. CONF.121/IPM/3, Párr. 61-68. Nota del Secretario sobre la pena capital había sido presentada a la reunión de Varenna: Doc. de la ONU. A/CONF.121/ CRP. 2.

88 "La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte ", Doc. ONU. E/200513.

realizado por el criminólogo Roger Hood (Hood, 1989)[89], el Comité para la Prevención del Delito aprobó una resolución relativa a la aplicación de las salvaguardias, ampliando su contenido[90].La resolución declaró que no sólo debe ser mediante la presencia de un abogado, tal como se dispone en el artículo 5 de las salvaguardias, sino que también esta protección debe ir "más allá de la protección tradicional que se da en casos no capitales". La resolución también indica que la edad máxima debe ser establecida por encima de la cual la pena de muerte no pueda imponerse ni llevarse a cabo[91]. Sin embargo, la resolución de 1988 no establece una edad determinada, como se había propuesto, sin éxito, en 1984. La "salvaguardia" de 1984 había excluido a los enfermos mentales de la pena de muerte, y la resolución 1988 agregó a "las personas aquejadas de retraso mental o con capacidad mental sumamente limitada"[92]. El cambio en el énfasis se debió a los desarrollos en Washington, donde la cuestión de la ejecución de los discapacitados mentales, estaba en ese momento debatiéndose en la Tribunal Supremo[93]. La nueva resolución, titulada "Aplicación de las Salvaguardias para Garantizar la Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte", fue aprobada por el Consejo Económico y Social[94].

El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los últimos años de la década de 1970 supusieron un gran punto de inflexión en el debate internacional sobre la pena capital. Amnistía Internacional tomó la cuestión como una de sus campañas de máxima importancia. Una importante conferencia internacional, celebrada en Estocolmo, dio un renovado impulso para la abolición. El resultado de estos acontecimientos fue una serie de iniciativas de desarrollo de las salvaguardias, en las organizaciones regionales, por ejemplo en el Consejo de Europa así como en la propia Organización de las Naciones Unidas. Pero de importancia incluso más

---

89 UN Doc. *E/AC.57/l988/CRP.* 7. Ver E/1988/20, para. 72.

90 UN Doc. E/l988/20, UN Doc. *E/AC.57/1988/17,* 28-29. Proyecto de resolución *El AC.57/1* 988/L.19, Art. 1(a).

91 *Ibid.,* Art. 1 (c).

92 *Ibid,* Art. 1 (d).

93 *Penry v. Lynough,* 492 US 302, 331, 109 SCt 2934, 2953, I061.Ed.2d 256 (1989). Posteriormente cambió: *Atkins* v. *Virginia,* 122 SCt 2242 (2002).

94 ESC Res. *1989/64,* adoptada sin un voto.

duradera fue el intento para reforzar el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en un sentido, corrigiendo su consenso inicial sobre la pena de muerte, que se refleja en el artículo 6. En este punto, la idea era elaborar un tratado subsidiario o "protocolo" que modificase o derogase las referencias a la pena capital, haciéndolo un instrumento verdaderamente abolicionista. Un esfuerzo similar realizado en Estrasburgo en 1983 condujo a la adopción del Protocolo N º 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[95].

El primer tratado universal de abolición de la pena de muerte se presentó en forma de proyecto a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su período de sesiones de 1980. Anexo a un proyecto de resolución fue el "Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[96]. No hubo preámbulo, si bien se dejo un espacio para añadir varios párrafos. De los nueve párrafos funcionales en el artículo 1 del Protocolo se estableció rápidamente su esencia:

> *Artículo 1.*– 1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.
>
> 2. Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.

El artículo 2, preveía que el artículo 1, se consideraría como un artículo adicional al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* "entre los Estados miembros". Además, se declaró que no se admitía excepción alguna al artículo 1. El resto del proyecto se refiere a cuestiones tales como las comunicaciones al Comité de Derechos Humanos y de las formalidades de la firma, ratificación, o adhesión y situación de los Estados federales, que entran en primer plano. Los promotores del proyecto de protocolo avanzaron con mucha cautela, admitiendo que su propuesta era "abrir nuevos caminos" y que podían pasar años antes de tomar cualquier acción. Dijeron que su primer objetivo consistía en que el Secretario General tomara nota de la propuesta y en buscar infor-

---

95 *Protoco1 No. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the Abolition of the Death;' Penalty,* ETS No. 114.

96 UN Doc *AJC.3/35/L.75.* Presentado por Alemania, Austria, Costa Rica, República Dominicana, República Federal de Alemania, Italia, Portugal, Suecia. Otro proyecto de resolución, Doc. ONU. AJC.3/35/L.80, trata de ejecuciones sumarias.

mación de los Estados miembros, con miras a un debate más profundo al año siguiente[97].

La Asamblea General decidió buscar otras aportaciones de Estados miembros, con miras a un debate completo sobre el tema en la sesión de 1982[98]. Dieciséis gobiernos respondieron al Secretario General y, las respuestas se dividieron casi por igual entre los abolicionistas y los Estados retencionistas[99]. En 1982, la Asamblea General asignó el asunto a la Comisión de Derechos Humanos[100]. Esta, a su vez, se transmitió el proyecto del Segundo Protocolo a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. En su reunión de agosto de 1984[101], la Subcomisión pidió al académico belga Marc Bossuyt la preparación de un análisis sobre el tema. El informe de Bossuyt[102] de 1987 presentado a la Subcomisión[103] incluyó una revisión de las disposiciones del Derecho internacional relacionadas con la pena de muerte, las decisiones del Comité de Derechos Humanos en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los informes periódicos presentados a la Comisión de conformidad con el artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las observaciones del Comité sobre esos informes, y de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[104].

El análisis y el proyecto revisado de Bossuyt, fueron aceptados por la Subcomisión y transmitido a la Comisión de Derechos Humanos el 1 de septiembre de 1988[105]. El proyecto fue aprobado por la Comisión y el Consejo Económico y Social[106] a principios del año siguiente y luego presentado a la Asamblea General en su cuadragésimo cuarto período

---

97 Doc. ONU. A/CJ/35/SR.74, Párr. 56

98 U. N. Doc. A/C.3/361L.33/Rev. l, patrocinado por Alemania, Austria, Costa Rica, Dominicana. Dominicana, Ecuador, República Federal de Alemania, Italia, Países Bajos, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Portugal, Suecia, Uruguay.

99 Ver: UN Doc. E/CN.4/Sub.2/l987/20, para. 83.

100 GA Res. 37/192, UN Doc. A/37/PV.111.

101 CHR Res. *1984/19.* UN Doc. E/1984/14.

102 S. CHR Res. *198417,* UN Doc. E/CN.4/Sub.2J1984/L.8, UN Doc. E/

103 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/20.

104 UN Doc. E/1985/43.

105 S. CHR Decisión *1988/22,* UN Doc. *E/CN.4/Sub.2/l987/28.*

106 CH R Res. *1985/25,* UN Doc. *E/1989120, 83-84.*

de sesiones en el otoño de 1989. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte fue aprobado por la Asamblea General el 29 Diciembre de 1989, con cincuenta y nueve votos a favor, veintiséis votos en contra y cuarenta y ocho abstenciones[107].Los números eran tan exiguos que los partidarios de la pena capital pudieron haber bloqueado la adopción utilizando tácticas procedimentales. Quizás no estaban lo suficientemente organizados. También es posible que la adopción se viera influenciada por el ambiente de optimismo que acompañó el final de la Guerra Fría y que parecía inaugurar una nueva era para la promoción de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas. El Segundo Protocolo Facultativo entró en vigor el 1 julio de 1991, tras su décima ratificación. El 1 de septiembre de 2007, había obtenido 60 ratificaciones[108].

El período de sesiones de 1989 de la Asamblea General de las Naciones Unidas fue el escenario de otra iniciativa importante relativa a la pena capital, la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 6 (5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la ejecución de personas por delitos cometidos por menores de dieciocho años. Esta previsión también aparece en las "Salvaguardias para Garantizar los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte". La prohibición de la ejecución de individuos por crímenes cometidos por menores de dieciocho años se reafirma en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño[109]. Dado que la Convención ha logrado una ratificación casi universal, existe un amplio consenso de que las normas que establecen son en esencia consuetudinarias. Tras una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 2005, la práctica de ejecutar a delincuentes menores de edad parece haber sido erradicada totalmente, con la posible excepción de Irán. El Comité de los Derechos del Niño ha dicho que está "altamente preocupado" por la aplicación de la pena de muerte por delitos cometidos por menores de

---

107 ESC Res.1989/139.

108 GA Res. *44/128*, UN Doc. *A/44/824*, UN Doc. A/44/PV.82, 11.

109 Cuando esta figura se combina con las ratificaciones de los instrumentos abolicionistas del Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos, un total de 80 Estados estaban obligados a la abolición de la pena de muerte por los tratados internacionales.

dieciocho años por las autoridades iraníes[110]. En el año 2007, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales sumarias, arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales, declaró que Irán era el único país en el mundo del que se sigue recibiendo informes fiables sobre las ejecuciones de menores (Naciones Unidas 2007a, 63)[111].

A medida que el impulso crece, los opositores se movilizan

En 1989 Amnistía Internacional publicó un estudio de base *Cuando el Estado asesina*, que ofrecía una visión estadística de la pena capital en el mundo contemporáneo (Amnistía Internacional 1989). El estudio indicaba que 70 Estados habían abolido la pena capital por ley o de facto, mientras que 100 países aun la conservaban. Muchos, en esta última categoría, sólo ponían en práctica la pena de muerte en contadas ocasiones. Quizás el elemento de mayor importancia, las estadísticas muestran una tendencia inequívoca hacia la abolición universal. Cada año, dos o tres países abolían la pena capital. Sólo había indicios aislados de movimiento en la dirección contraria. Sin embargo, tres de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, Rusia, China y los Estados Unidos, hacían un amplio uso de la pena de muerte. Un cuarto, Francia, llevaba a cabo su última ejecución apenas una década antes, sólo había abolido la pena capital en 1981. El último miembro del Consejo de Seguridad, el Reino Unido, no había ejecutado a nadie desde 1964, pero su gobierno dirigido por el Partido Conservador de Margaret Thatcher era totalmente reacio en avanzar en una agenda abolicionista a nivel internacional.

Unido a esta situación algo precaria, hubo un *lobby* cada vez más activo de Estados islámicos en las Naciones Unidas, que se basaba en una interpretación reaccionaria de la ley islámica sosteniendo que la pena capital era realmente necesaria por exigencias de su religión (véase Schabas 2000a). El resultado fue que mientras la agenda abolicionista siguió avanzando durante todo el decenio de 1990 y en el siglo XXI, los debates eran cada vez más arduos y difíciles. En el Congreso de 1990 sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebra-

---

110 *Convention on the Rights of the Child*. GA Res. 44125, anexo.

111 UN Doc. *CRC/C/I5/Add.123*, para, 29; UN Doc. *CRC/C/SR.617*, paras. 46-47.

do en La Habana, se propuso una resolución sobre la pena capital que recuperaba la idea de una moratoria sobre la pena de muerte, al menos para un periodo de tres años[112]. Promovida por la delegación italiana, la resolución fue aprobada por el Comité[113] por cuarenta votos a favor con veintiuno en contra, con dieciséis abstenciones, pero fue rechazada en sesión plenaria, ya que no pudo obtener la mayoría de dos tercios (Clarke 1990, 518-519)[114]. La cuestión de la pena capital estuvo ausente en la agenda del Congreso de 1995, celebrada en El Cairo.

En 1994, Italia trató de llevar el tema a un nuevo nivel, proponiendo una resolución en la Asamblea General de las Naciones Unidas que pidiera una moratoria sobre la pena de muerte[115]. Los esfuerzos de Italia comenzaron con una solicitud dirigida a la Oficina de la Presidencia de la Asamblea General de que el asunto de la "pena capital" fuera añadido a la orden del día. Pakistán se opuso a la modificación del orden del día para incluir el tema[116]. El representante de Sudán describió la pena de muerte como un "derecho divino de acuerdo con algunas religiones, en particular el Islam"[117].

Una serie de párrafos del preámbulo referidos a resoluciones anteriores de la Asamblea General sobre la pena de muerte, la "Salvaguardia" de 1984, disposiciones relevantes; en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño; el Estatuto de los tribunales criminales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, y en el proyecto de estatuto de la futura Corte Penal Internacional. El primero de los tres párrafos operativos invitaba a los Estados que todavía mantenían la pena de muerte a que cumpliesen con sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional y la Convención sobre los Derechos del Niño, y en particular a excluir a las mujeres embarazadas y menores de

---

112 UN Doc. A/CONF. I44/C.2/L.7, como enmienda oral.

113 UN Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, para. 350.

114 UN Doc. A/CONF. 144/28/Rev. 1, para. 358

115 UN Doc. *A/49/234* y Add. I and Add.2 (1994), ultima revisión por UN doc.A/C.3/49/L.32/Rev. I (1994). La resolución se originó en una recién formada organización no gubernamental, "Hands Off Cain – la Liga Internacional por la abolición de la pena de muerte antes del año 2000", que había obtenido el apoyo del Parlamento italiano para el proyecto de resolución

116 UN Doc. A/BUR/49/SR.6, para. 2,

117 UN Doc. A/BUR/49/SR.5, para. 13.

la ejecución. El párrafo segundo invitó a los Estados que no habían abolido la pena de muerte a considerar la restricción progresiva del número de delitos por los que la pena de muerte se puede imponer y a excluir a los enfermos mentales de la pena capital. El último párrafo "alentaba a los Estados que aún no han abolido la pena de muerte a que considerasen la posibilidad de instituir una moratoria sobre las ejecuciones pendientes, con miras a garantizar el principio de que ningún Estado debería disponer de la vida de cualquier ser humano quedara afirmado en todos los rincones del mundo para el año 2000".

Italia finalmente obtuvo cuarenta y nueve copatrocinadores de la resolución[118]. Durante el debate en el Tercer Comité de la Asamblea General, Singapur tomo la iniciativa a la hora de atacar el proyecto de resolución. Según el representante de Singapur, "su pais se posicionaba en contra de los esfuerzos de algunos Estados de utilizar a las Naciones Unidas para imponer sus propios valores y el sistema de justicia en otros países". Añadió que era evidente, de la redacción del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que no había un consenso universal que considerara la pena capital contraria al derecho internacional[119].

En un primer momento, Singapur intentó bloquear la resolución proponiendo una moción de "no actividad", una técnica procedimental a menudo efectiva para bloquear este tipo de iniciativas[120]. Este intento fue rechazado: sesenta y cinco Estados votaron a favor mientras que setenta y cuatro lo hicieron en contra, con veinte abstenciones. Singapur propuso entonces una "enmienda" que, en efecto, distorsionó el propósito original de la resolución, añadiendo el siguiente párrafo preámbular: "Afirmando el derecho soberano de los Estados para determinar las medidas y sanciones jurídicas que sean apropiadas en sus sociedades para combatir eficazmente los delitos graves"[121]. Para conseguir que la

---

118 Alemania, Andorra, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Camboya, Cabo Verde, Chile, Colombia. Costa Rica, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana. Ecuador, El Salvador, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Haití, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Islas Marshall, Micronesia, Mónaco, Nueva Zelandia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Portugal, Rumania, San Marino, Sao Tomé y Príncipe, República Eslovaca, islas Salomón, España, Suecia, Uruguay, Vanuatu y Venezuela.

119 UN Doc. A/C.3/49/SR33, paras. 23-27.

120 UN Doc A/C.3/49/L.73.

121 UN Doc. *A/C.3/49/L.74.*

resolución fuera adoptada, Italia modificó su texto original mediante la incorporación de la enmienda de Singapur, mientras que al mismo tiempo añadió una referencia a la *Carta de las Naciones Unidas* y al Derecho internacional, con la finalidad de que la apelación reaccionaria de Singapur sobre la "soberanía estatal" estuviera sometida a cierto reconocimiento de las normas internacionales. En una reñida votación, la enmienda de Singapur, se aprobó por setenta y un votos a favor a sesenta y cinco en contra, con veintiuna abstenciones. La modificación introducida llevó a muchos Estados abolicionistas a no aceptar el texto. Italia continuó apoyando la resolución, incluso con la enmienda de Singapur, pero la mayoría de sus co-patrocinadores perdieron interés y se abstuvieron en la votación final (un total de setenta y cuatro Estados se abstuvieron). El resto, fundamentalmente Estados retencionistas, se dividieron: treinta y seis votaron a favor y cuarenta y cuatro votaron en contra[122].

Mientras el debate se estaba produciendo en el Tercer Comité de la Asamblea General, se produjo una disputa en el Consejo de Seguridad sobre la pena de muerte en el curso de la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. El proyecto de estatuto excluye la pena de muerte como una posible sanción a los delitos de genocidio, crímenes de guerra y violaciones graves del derecho internacional humanitario relativo a los conflictos[123] armados no internacionales. El proyecto de estatuto fue modelado sobre un instrumento similar adoptado por el Consejo de Seguridad en mayo de 1993, por el que se creaba el tribunal *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia[124]. La disposición que excluye la pena de muerte en el caso del Tribunal de Yugoslavia parece no haber provocado ninguna controversia. El proyecto de estatuto de una Corte Penal Internacional permanente, propuesto en 1994 la Comisión de Derecho Internacional, también excluyó el uso de la pena de muerte[125].

Ruanda, que por pura casualidad era un miembro no permanente del Consejo de Seguridad en el momento, se opuso a la prohibición de

---

122 UN Doc A/CJ/49/SR.61.

123 Estatuto del Tribunal Internacional de Ruanda, UN Doc. S/RES/955 (1994) anexo, Art. 23(1).

124 Estatuto del Tribunal Internacional de ExYugoslavia. *UN Doc.S*/ RES/827 (1993), anexo, arto 24(1).

125 UN Doc. *A/49*/10 (1994), Art. 47.

la pena capital. Afirmó que se produciría una injusticia clara si se exponían a los delincuentes juzgados por sus tribunales nacionales a la ejecución, mientras que las personas juzgadas por el Tribunal Internacional —probablemente los autores que planearon el genocidio, quedaban sujetas tan sólo a cadena perpetua—[126]. "Dado que es previsible que el Tribunal tenga que enjuiciar a aquellos que idearon, planearon y organizaron el genocidio, éstos pueden escapar a la pena capital mientras que los que simplemente llevasen a cabo sus planes estarían sometidos a la extrema dureza de esta pena", dijo el representante de Ruanda. "Esta situación no conduciría a la reconciliación nacional en Ruanda"[127].

Finalmente, cuando el Tribunal Penal Internacional para Ruanda se comprometió a transferir parte de los casos acumulados de vuelta a Ruanda para ser juzgados por las jurisdicciones nacionales, Ruanda prometió que la pena de muerte no sería aplicable en estos casos[128]. Algunos meses más tarde, llevó su posición a conclusión lógica y abolió la pena capital en todo el país (Naciones Unidas 2007). Así pues, la insistencia en el Consejo de Seguridad en que el Tribunal Penal Internacional se abstuviese de utilizar la pena capital, en última instancia, promovió la abolición en el propio país.

Pasaron varios años hasta que los abolicionistas se volvieron a reagrupar en la Asamblea General tras la derrota en 1994. Se aprobó una resolución en la quinta sesión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en 1996[129], como continuación del informe quinquenal del Secretario General[130]. La resolución fue refrendada posteriormente ese mismo año por el Consejo Económico y Social. En marzo de 1997, una resolución sobre la pena capital fue presentada a la sesión anual de la Comisión de Derechos Humanos[131]. La resolución acogió con bene-

---

126 UN Doc. S/PV.3453, l6.

127 *Ibid*.

128 UN Doc. *S/PV .5594,* 31; UN Doc. S/PV5697, 15.

129 UN Doc. E/CN.15/1996/19.

130 UN Doc. E/RES/1996/15.

131 Además de las resoluciones anuales, que comenzaron en 1997, la Comisión de Derechos Humanos también ha condenado la forma en que la pena de muerte se utiliza en su resolución geográfica por país. Por ejemplo, en 1998, expresó su preocupación de que el uso de la pena de muerte por los tribunales militares en la Republica Democrática del Congo por ser contraria a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase: CHR Res. 1998/61, Párr. 2 (b)

plácito la exclusión de la pena capital de los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, tomó nota de la Observación del Comité de Derechos Humanos anotando que el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la abolición de la pena de muerte en términos que denotan claramente que dicha abolición es deseable y, afirmó que la Comisión estaba "convencida de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y al desarrollo progresivo de los derechos humanos". Hizo un llamamiento a los Estados Partes del Pacto que aún no hubieran ratificado o adherido al Segundo Protocolo Facultativo para que lo consideraran instó a los Estados que todavía mantenían la pena de muerte a que cumpliesen con sus obligaciones en virtud de los tratados internacionales en la materia y a que observaran las *Salvaguardias que garantizan la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*, que limitaran progresivamente el número de delitos a los que se aplicaría la pena de muerte y a poner a disposición de la opinión pública información relativa a la imposición de la pena de muerte. Instó a "esos Estados a considerar la suspensión de las ejecuciones, con miras a abolir completamente la pena de muerte"[132]. La resolución fue aprobada por una votación nominal de veinte siete votos a once, con catorce abstenciones[133].

El tema volvió a la agenda de la Comisión de Derechos Humanos del año siguiente. La petición de una moratoria se redactó de forma más firme "instando" a los Estados que todavía mantenían la pena de muerte a establecer una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir completamente la pena de muerte[134]. Los resultados de la votación fueron aproximadamente los mismos: Veintiséis y trece votos, con doce abstenciones, una vez más en una votación nominal. Como reacción a esta acción, cincuenta y un Estados presentaron una carta al presidente

---

(ii); también CHR Res. 1999/56, Párr. 2 (b) (ii). Similares y, sobre las condiciones de la pena de muerte en Burundi: CHR Res. 1998/82, Párr. 12, en la lapidación y las ejecuciones públicas, y el alcance de los delitos para los que la pena de muerte impuesta en Irán: CHR Res. 1998/80, Párr. 3 (a) (j); CHR Res. 1999/13, Párr. 4 (b), sobre la imposición arbitraria de la capital del castigo en Irak: CHR. Res. J999 / 14, Párr. 2 (b).

132 UN Doc. *E/CN.4/1997/L.40.*

133 Retentionist states later complained to the Economic and Social Council: UN Doc *E/CN.4!1997/L.20,* UN Doc. E/1997/l96.

134 UN Doc. E/CN.4/l998/L.12.

de la Comisión de Derechos Humanos, el 31 de marzo de 1998, afirmando que no hay consenso internacional que exija la abolición de la pena de muerte, citando diferencias relacionadas con la religión y los sistemas judiciales en distintos países[135]. El éxito de la resolución en la Comisión también pudo haber ayudado a impulsar los esfuerzos de unos pocos meses después de hacer de la cuestión de la pena de muerte una "conditio sine qua non" durante la Conferencia Diplomática de Roma, donde el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado (Schabas 2000).

La resolución de 1999[136] en la Comisión de Derechos Humanos fue propuesta por los quince miembros de la Unión Europea[137]. El preámbulo de dicha resolución da la "bienvenida" a la exclusión de la pena capital en el *Estatuto de Roma*, y critica a los Estados retencionistas que, en la Conferencia Diplomática de Roma[138], habían realizado declaraciones ambiguas que parecían sugerir que el Estatuto era neutral ante el tema. El proyecto de resolución fue considerablemente más allá de la versión 1997 y 1998 instando a los Estados que todavía mantenían la pena de muerte a no imponerla en el caso de "delitos financieros no violentos", por prácticas religiosas o expresiones de conciencia" o no violentas en el caso de "una persona que sufre de cualquier trastorno mental". También se urgía a los Estados a no ejecutar a ninguna persona mientras que cualquier procedimiento judicial conexo estuviese pendiente en el plano internacional o a nivel nacional". El proyecto de resolución también instó a los Estados a no formular ninguna reserva al artículo 6 del Pacto, y a retirar las reservas existentes (en ese momento, el único Estado con reservas, al artículo 6, eran los Estados Unidos de

---

135 "The question of the death penalty", *E/CN.4/RES!l998/8.*

136 UN Doc. E/CN.4/1998/l56. Fue firmado por: Alemania, Argelia, Antigua y Barbuda, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Bhután, Brunei Darussalam, Burundi, China, Congo, Egipto, Ghana, Guyana, Indonesia, Irán, Irak, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malawi, Maldivas, Mauritania, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Omán, Filipinas, Qatar, Ruanda, Saint Kits y Nevis, SI. Lucía, St. Vicente y las granadinas, Arabia Saudita. Singapur, Sudán, Swazilandia, Siria, Tayikistán, Tanzania, Trinidad y Tobago, Emiratos Árabes Unidos, Vietnam, Yemen, Zimbabwe.

137 Doc. ONU. E/CN.4/1999/L.91. Hubo setenta y dos copatrocinadores de la resolución de 1999, en comparación con las sesenta y cinco en 1998

138 Doc. ONU. E/CNA/1999/L.91.

América)[139]. La adicción de una referencia a la extradición, y la petición a los Estados para que se reservasen expresamente el derecho a denegar la extradición en ausencia de garantías efectivas de que la pena de muerte no se llevaría a cabo, llevó a Canadá, al menos temporalmente, a salir de la lista de los partidarios de la resolución. Se alcanzó un lenguaje de compromiso en última instancia, que llevó de nuevo a Canadá a apoyar la resolución. La resolución se adoptó en los últimos días de la sesión anual de la Comisión, el 28 de abril de 1999, por una votación nominal de treinta votos a favor, once en contra y doce abstenciones[140].

Tras el éxito en la Comisión, la Unión Europea fue más atrevida y desarrolló una estrategia para en la Asamblea General, donde los esfuerzos habían fracasado en 1994. Finlandia ocupó la Presidencia de la Unión Europea, y le tocó preparar la propuesta. El proyecto de la delegación finlandesa, distribuido el 7 de octubre 1999, y se pedía a los Estados aplicar las salvaguardias internacionales en la aplicación de la pena de muerte; se instó a la ratificación del *Segundo Protocolo Facultativo que los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la restricción progresiva de la pena de muerte y el establecimiento de una moratoria con vistas a una completa abolición[141].

La oposición se movilizó con Egipto y Singapur a la cabeza[142] —ambos sujetos a la crítica internacional por la práctica de la pena de muerte—. Como en el pasado, la estrategia no consistió en votar en contra de la resolución, sino más bien en utilizar las llamadas "enmiendas de choque" muy desagradable para los abolicionistas. Se presentaron dos proyectos de enmiendas. Una se refería a que la pena de muerte no ha sido prohibida por el derecho internacional, ya que no existe un consenso mundial sobre la cuestión, invocando el artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas y afirmando que la pena capital es fundamentalmente una cuestión de justicia penal, no de derechos humanos, "en el contexto de los derechos de las víctimas y de la comunidad a vivir

---

139 Doc. ONU. E/CNA/1999/SR.58, Párr. 40.

140 CHR Res. 1999/61. Véase: Doc. de la ONU. E/CNA/1999/SR58, Párr. 61-62. La votación separada se llevó a cabo en los párrafos 3 (f), 4 (b) y 5, adoptada por veintisiete a trece con trece abstenciones.

141 UN Doc. A/C.3/54/L.8.

142 En Singapur: UN Doc. *E/CNAJl997/60/Add. l,* para. 438; on Egipto: UN Doc. E/CN.4/1999/39, para. 57.

en paz", y se recordaba que no todas las reglas son adecuadas para su aplicación en todos los lugares ni en todo momento por la diversidad de las condiciones socio-jurídicas y económicas de cada país[143].

Derrotada, la Unión Europea decidió retirar la resolución en lugar de modificarla más allá de su intención original. Explicada la postura ante el Parlamento Europeo, algún tiempo después, el comisario Chris Patten dijo que había sido necesario "paralizar nuestras resoluciones sobre la pena de muerte porque de lo contrario se corría el riesgo de aprobar una resolución en la que se habían incorporado argumentos totalmente inaceptables, como el relativo a que los derechos humanos no sean universalmente aplicables ni válidos" (Patten, 2000a). El Comisario explicó que "tras intensas negociaciones, se decidió en la pasada resolución de la Asamblea General de noviembre, que era mejor no adoptar ningún texto que adoptar uno defectuoso, por lo que la UE no debe proseguir su iniciativa en la Asamblea General. Patten dijo que los "Estados arduamente más retencionistas" ahora parecen resignarse a las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos, pero continuarán resistiéndose firmemente a los esfuerzos para lograr una resolución de la Asamblea General. "Ello podría conducir a un mayor enconamiento del debate", señaló. Por consiguiente, la Unión Europea decidió que "no sería aconsejable ni oportuno presentar una resolución sobre la pena de muerte" en la reunión de 2000 de la Asamblea General (Patten, 2000b).

---

143 En Singapur: Doc. de la ONU. E/CN.4/1997/60/Add.l, Párr. 438; en Egipto: Doc. de la ONU.E/CN.4/1999139, Párr. 57, Documentos de la ONU. A/C.3/54/L.31 y A/C.3/54/L.32. Estas enmiendas fueron firmadas por: Afganistán, Argelia, Antigua y Barbuda, Bahamas, Bahrein. Bangladesh, Barbados, Belice, Benin, Botswana, Brunei, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Chad, China, Comores, Cuba, Corea del Norte, Congo, Dominica, Egipto, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Gabón, Ghana, Guatemala, Guyana , India, Indonesia, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kuwait, Laos, Líbano, Lesoto, Liberia, Libia, Malawi, Ma1aysia, Maldivas, Mauritania, Marruecos, Mongolia, Myanmar, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Filipinas, Qatar, Corea del Sur, Ruanda, Saint Kits y Nevis, Anguila, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Arabia Saudita, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Surinam, Swazilandia, Siria, Tayikistán, Tailandia, Toga , Trinidad y Tobago, Túnez, Uganda, Emiratos Árabes Unidos, Tanzania, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Yugoslavia, Zambia, Zimbabwe y Turquía.

Cualquier nerviosismo que este retroceso en la Asamblea General implicase respecto a lo que se había convertido en una tradición en la Comisión de Derechos Humanos, con sus resoluciones anuales cada vez más exigentes, se mostró infundado. En el año 2000, la resolución de la Comisión fue aprobada por veintisiete votos a favor por trece en contra, con doce abstenciones, prácticamente comparable con este resultado al de las votaciones en los tres años anteriores (Dennis 2001, 214)[144]. La Comisión acogió con beneplácito el hecho de que muchos países hubiesen aplicado una moratoria de las ejecuciones, repitiendo los principios de la resolución de 1999. En 2001, el resultado fue de veintisiete votos a favor, dieciocho en contra, con siete abstenciones. El número a favor fue prácticamente equiparable a los resultados de las últimas cuatro resoluciones, pero el número en contra fue más alto que nunca[145]. La resolución reiteró su petición al Secretario General que preparó las actualizaciones anuales de los informes quinquenales, una práctica habitual desde la primera resolución de la Comisión en 1997[146]. La resolución "acoge con satisfacción" la resolución adoptada el pasado mes de agosto por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la cual atribuyó a la prohibición de las ejecuciones de menores el rango de norma de derecho internacional consuetudinario. En la sesión final de trabajo de la Comisión, en 2005, la resolución sobre la pena de muerte fue la más firme de las hasta ahora adoptadas. Esta resolución solicitó a los Estados que aboliesen la pena de muerte y, entretanto, estableciesen una moratoria de las ejecuciones. A los Estados que todavía mantenían la pena de muerte les instó a que limitasen progresivamente el número de delitos por los que la pena de muerte puede ser impuesta y, al menos, a que no extendiera su aplicación a delitos a los que todavía no se les aplicaba. También debían velar por que el concepto de "delitos más graves" no fuese más allá de los crímenes internacionales con consecuencias fatales o extremadamente graves y que la pena de muerte no se impusiera por actos no violentos como los delitos financieros, la práctica religiosa o la libre expresión de credo y a

144 Doc. ONU. E/CN.4/RES/2000/65.

145 Doc. ONU. E/CN.4/RESI2001/68, sobre la base del doc. E/CNA/2000/L.93. Para la votación, véase: Doc. de la ONU. E/CN.4/2000/ SR. 78, Párr. 17-18.

146 Doc. ONU. E/CN.4/Sub.2/RES/2000/17. La resolución se menciona a continuación.

las relaciones sexuales entre adultos con consentimiento, ni como una pena obligatoria. La resolución, que fue aprobada por veintiséis votos a favor, dieciocho en contra, con siete abstenciones, obtuvo el mayor número de copatrocinadores desde que el proceso se iniciase en 1997[147].

La Comisión de Derechos Humanos, donde la primera discusión sobre la pena capital en las Naciones Unidas tuvo lugar en 1947, se disolvió en 2006 y fue sustituida por el Consejo de Derechos Humanos[148]. Una resolución sobre la pena capital todavía tenía que aparecer en el orden del día de este órgano. Debido a que la composición del Consejo es algo diferente a la de la Comisión, el modelo del anterior órgano no puede ser transpuesto mecánicamente. Sin embargo, si los miembros del Consejo votasen de la misma manera que lo hicieron en la Comisión, una resolución sobre la pena de muerte el éxito estaría casi garantizado. Hubo un breve debate sobre la pena de muerte en la reunión de marzo de 2007 del Consejo. En esa ocasión, una declaración del representante de China fue un signo de evolución, La Yifan, señaló: "El ámbito de aplicación de la pena de muerte se revisará en breve, y se espera que dicho ámbito disminuya, con el objetivo final de la abolición" (Naciones Unidas 2007c, 9).

Iniciativas dirigidas a la restricción y abolición de la pena de muerte también han surgido en otros órganos de las Naciones Unidas. En 1999, la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobó una resolución que condenaba "inequívocamente la imposición y ejecución de la pena de muerte a personas menores de dieciocho años en el momento de la comisión del delito (Naciones Unidas, 1999a). En la misma sesión, la Subcomisión aprobó también una resolución expresando su preocupación por la denuncia de tratados de derechos humanos, refiriéndose específicamente a la del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* por la cuestión de la pena de muerte por parte de Trinidad y Tobago, y por Guyana[149]. La Subcomisión retomó la cuestión en 2000, esta vez con la finalidad de adoptar una resolución por consenso. La resolución afirma que la ejecución en el caso de delitos cometidos por menores es con-

147 UN Doc. E/CN.4/RES/2005/59.
148 UN Doc. A/RES/601251.
149 SCHR Res. 1999/S.

traria al Derecho internacional consuetudinario. Se aprobó un proyecto de decisión de la Comisión de Derechos Humanos, afirmando "que las normas internacionales relativas a la imposición de la pena de muerte en relación con los menores, establece claramente que la imposición de la pena de muerte a personas menores de 18 años en el momento de la comisión del delito es contraria al derecho internacional consuetudinario"[150].

Una gran parte del trabajo de monitorización de los derechos humanos de las Naciones Unidas se lleva a cabo por los *relatores especiales* y otras instituciones similares, conocidas genéricamente como los procedimientos especiales. Estas cuestiones sobre la pena capital han sido abordadas por varios de los *relatores* temáticos, entre ellos, el *Relator Especial* sobre la violencia contra las mujeres (Naciones Unidas 1998a); sobre la intolerancia religiosa[151] y la independencia de los jueces[152]. El Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria ha examinado también casos de pena de muerte[153]. Del mismo modo, las preocupaciones sobre la pena de muerte han sido expresadas por los relatores *geográficos* con respecto a Nigeria, República Democrática del Congo[154], Myanmar[155], Sudán[156], Irak[157], Burundi[158] y la ex-Yugoslavia[159], así como por el representante especial sobre Irán (Naciones Unidas 1997a, 19-21,65; L998b 4, 27-29). Sin embargo, el *Relator* Especial sobre Guinea Ecuatorial, señaló que las condenas a muerte impuestas por asesinato no tenían, en este país, ninguna connotación política. Indicó además que no existía violación del Derecho internacional y que no entraba dentro de las competencias de su mandato emitir opiniones sobre la aplicación de la pena capital[160].

---

150 UN Doc. E/CNA/Sub.2/RES/2000/l7, para. 6
151 UN Doc. E/CNAI1998/6, para. 62(A).
152 UN Doc. E/CN.4/1998/39, paras. 96, 122, 170.
153 UN Doc. E/CN.4/1998/44/Add. 1, Para. 5; UN Doc. E/CN.4/1998/44/Add.2, Para. 33.
154 UN Doc. E/CN.4/1998/62, paras. 31, 81,91, 109 (G) y (X).
155 UN Doc. E/CN.4/1998/65, paras. 102, 126.
156 UN Doc. E/CN.4/1998/70, para. 24.
157 UN Doc. E/CN.4/1998/66, paras. 7,8,9,10,11,16.
158 UN Doc. E/CN.4/1998/67, paras. 1-5., 12, 18, 32, 34, 37.
159 UN Doc. E/CN.4/1998/72, paras. 45-46.
160 CHR Res.1982/29.

El mecanismo con una responsabilidad, mas concreta, respecto de la pena capital es el del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias. Esta figura del Relator especial sobre ejecuciones sumarias y arbitrarias fue creada por el Consejo Económico y Social en 1982[161], por recomendación de la Comisión de Derechos Humanos[162]. La incorporación del término "ejecuciones extrajudiciales" para la figura, en 1992, marcó la adopción de un enfoque más amplio del mandato con la inclusión de la cuestión de la pena capital (véase Naciones Unidas 1993,42-68)[163] La Comisión de Derechos Humanos encargó específicamente al relator especial el seguimiento "de la aplicación de las normas internacionales, incluidas las salvaguardias y restricciones, relativas a la imposición de la pena capital". De manera regular, el relator ha venido denunciando el incumplimiento de las normas internacionales relativas a la aplicación de la pena de muerte (Naciones Unidas 2005, 19 (a). El Relator Especial también ha efectuado visitas a países como los Estados Unidos (Naciones Unidas 1998c) y Jamaica (Naciones Unidas 2004, 21), con el fin de supervisar la práctica la pena de muerte.

El *Relator* Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias ha emitido algunas declaraciones motivadas sobre la interpretación del artículo 6 del *Pacto Internacional*, y otras normas aplicables. En los informes anuales que se trasladan a la Comisión de Derechos Humanos, el *Relator* Especial ha expresado su opinión de que "dado que la pérdida de vidas es irreparable… la abolición de la pena capital es lo más conveniente para lograr el respeto pleno del derecho a la vida", añadiendo que "donde existe un derecho fundamental a la vida, no hay derecho a la pena capital"[164]. Según el *relator* especial, la extensión de la pena capital a nuevos delitos es contraria al artículo 6 del *Pacto* (Naciones Unidas 1997b, 176). El *Relator* Especial se ha quejado de que las normas procesales que invierten la carga de la prueba para las personas que se encuentren en posesión de una cantidad importante de estupefacientes, que obligan al imputado a refutar los cargos por el tráfico de estas drogas peligrosas, puede violar no sólo la presunción de inocen-

---

161 CHR Res. 1992172, ESe Res. 1992/242.

162 UN Doc. E/CNAIRES/2000/31; UN Doc. E/CNA/RES/2003/53

163 UN Doc. *E/CNA/J 997/60* (1996); UN Doc. *E/CNA/I* 996/6 14, paras. 507-517, paras. 540-557.

164 CHR Res.1992/72, ESC Res. 1992/242.

cia, sino también el derecho a la vida en casos de pena capital (Naciones Unidas 1995, 212 y 1997b, 306-307, 436, 438). Se exige una absoluta transparencia en su aplicación, y esto obliga a disponer de estadísticas precisas en los Estados donde la pena capital todavía se practica (Naciones Unidas 2005, 57-59). El *Relator* Especial también se ha quejado de la práctica de ejecuciones públicas en algunos países (Naciones Unidas 2004, 53). El *relator* especial ha dicho que "la pena de muerte debe ser abolida tanto para delitos económicos como los delitos relacionados con drogas" (Naciones Unidas 1997b, 473, 2007) y que nunca debería ser obligatoria como castigo para un delito específico (Naciones Unidas 2005, 63-64, 2007, 54-62), pero el *Relator* especial ha vacilado a la hora de sostener que el "fenómeno del corredor de la muerte" sea contrario a las normas internacionales, expresando su preocupación de que esto podría alentar a los gobiernos para llevar a cabo las ejecuciones con más rapidez (Naciones Unidas 1994.682, 1995.382).

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que es el principal funcionario ejecutivo de las Naciones Unidas responsable de los derechos humanos, se opone a la pena capital y regularmente exige su suspensión, una moratoria y la abolición[165]. Un representante del Alto Comisionado ha observado que la consideración de la pena de muerte en las Naciones Unidas exclusivamente como una cuestión de derechos humanos, en lugar de un tema de justicia penal, se podría considerar un progreso en la promoción de los derechos humanos[166]. En febrero de 1998, la Alta Comisionada, Mary Robinson, condenó la ejecución de Carla Fay Tucker por el Estado de Texas (Naciones Unidas, 1998d). En abril de 1998, protestó por la ejecución en Ruanda de veintidós personas condenadas por su participación en el genocidio de 1994. Además, ha pública, de forma periódica, declaraciones que condenan las ejecuciones en varios países del mundo (1999b).

El éxito en la Asamblea General, sin embargo, sigue siendo todavía el gran reto. Los fracasos en 1994 y 1999 siguen estando en la mente de los Estados abolicionistas, y siembran dudas sobre la afirmación de que un consenso internacional sobre el tema se está alcanzando. En diciembre de 2006, los países abolicionistas en la Asamblea General intentaron

---

165 UN Doc. E/CN.4/1998/6J,paras. 38, 81.

166 UN Doc. E/CNA/Sub.21l998!l9, para. 66.

dar un enfoque bastante innovador a la cuestión sobre la pena de muerte. En lugar de una resolución, alrededor de ochenta y cinco Estados Miembros efectuaron una "declaración" a la Asamblea General en el contexto de la presentación del informe de la Tercera Comisión[167] En la declaración se señalaba:

> El derecho de toda persona a la vida es universalmente afirmado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales, como el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 6 y 37 (a) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Durante la última década, la Comisión de Derechos Humanos, adoptó en todas las sesiones que se sucedieron, una resolución sobre la cuestión de la pena de muerte, expresando su profundo pesar por su uso continuado en todo el mundo y exhortando a los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a abolirla completamente y, mientras tanto, a establecer una moratoria de las ejecuciones. Creemos firmemente que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos. La pena de muerte no ofrece valor añadido en términos de prevención. Todo mal funcionamiento de la Justicia o ausencia de esta resulta irreversible cuando, de una manera cruel e inhumana, su aplicación priva a un individuo de su derecho a la vida. Los firmantes de esta declaración se complacen en observar que la tendencia hacia la abolición universal de la pena de muerte continúa, y acogieron con satisfacción la abolición de la pena capital en tres Estados durante el año pasado, junto con la evolución positiva hacia su completa abolición en muchos otros países. Sin embargo, a pesar de estos avances, todavía hay motivo para el alarmismo. Los firmantes de esta declaración siguen profundamente preocupados por el recurso a la pena de muerte en todo el mundo. Los firmantes de esta declaración se comprometen a trabajar hacia la abolición de la pena de muerte y, donde la pena de muerte todavía existe, piden que su uso se restrinja progresivamente, insisten en que se lleve a cabo de conformidad con los

---

167 Albania, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Camboya, Canadá, Cabo Verde, Chile, Colombia, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, la República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Guatemala, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Marshall, Mauricio, México, Micronesia , Moldavia, Mónaco, Montenegro, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelandia, Nicaragua, Noruega, Palau, Panamá, Paraguay, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Sao Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia, Seychelles. Eslovaquia, Eslovenia, Islas Salomón, España, Suecia, Suiza, Timor-Leste, Turquía, Tuvalu, Reino Unido, Ucrania, Uruguay, Vanuatu y Venezuela.

> estándares mínimos, como los establecidos por el Comité Económico y Social en su resolución 1984/50 y, entre tanto, exigen que se alcance una moratoria de las ejecuciones. Los firmantes piden a la Asamblea General que se ocupe de esta cuestión en el futuro[168].

La declaración fue en realidad preludio de un esfuerzo renovado en la Asamblea General previsto para el período de sesiones de 2007.

En noviembre de 2007 hubo un debate acalorado y muy áspero en la Tercera Comisión, cuando la Unión Europea, con un amplio apoyo de muchas regiones del mundo, intentó una vez más garantizar la aprobación de un proyecto de resolución a la Asamblea General[169]. El texto dispone lo siguiente:

> La Moratoria sobre el uso de la pena de muerte
>
> *La Asamblea General,*
>
> *Guiada* por los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas,
>
> *Recordando* la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño,
>
> *Recordando* también las resoluciones sobre la cuestión de la pena de muerte aprobada en la última década por la Comisión de Derechos Humanos en todos los períodos de sesiones consecutivos, siendo la última su resolución 2005/59, 4, en que la Comisión exhortó a los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a abolirla completamente y, entretanto, establecer una moratoria sobre las ejecuciones,

---

168 UN Doc. AJRES/61IPV81, 33.

169 Votos a favor: Albania, Argelia, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Cabo Verde, Chile, Colombia , Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Alemania, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Kazajstán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malí, Malta, Islas Marshall, Mauricio, México, Micronesia (Estados Federados OT), Moldavia, Mónaco, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelandia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Ruanda, Samoa, San Marino, Sao Tomé y Príncipe, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica , España, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tayikistán, la ex República Yugoslava de Macedonia, Timar-Leste, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Ucrania, Reino Unido, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela.

Recalcando además la importancia de los resultados realizado por la antigua Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la pena de muerte, y previendo que el Consejo de Derechos Humanos podría continuar trabajando sobre esta cuestión,

Teniendo en cuenta que el uso de la pena de muerte socava la dignidad humana, y convencida de que una moratoria en la aplicación de la pena de muerte contribuye a la mejora y el desarrollo progresivo de los derechos humanos, que no hay pruebas concluyentes del valor disuasivo de la pena de muerte y que cualquier mala administración o el fracaso de la justicia en la aplicación de la pena de muerte es irreversible e irreparable,

Acogiendo con beneplácito la decisión adoptada por un número creciente de Estados a aplicar una moratoria de las ejecuciones, seguida en muchos casos por la abolición de la pena de muerte,

l. Expresa su profunda preocupación por la aplicación continuada de la pena de muerte:

2. Exhorta a todos los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a:

(a) El respeto de las normas internacionales que proporcionan salvaguardias para la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, en particular las normas mínimas, según lo establecido en el anexo de Consejo Económico y Social] resolución 1984/50 el 25 mayo de 1984;

(b) Proporcionar al Secretario General información sobre el uso de la pena capital y la observancia de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte;

(c) restringir progresivamente el uso de la pena de muerte y reducir el número de delitos por los que se pueden imponer;

(d) Establecer una moratoria sobre las ejecuciones con miras a abolir la pena de muerte;

3. Exhorta a los Estados que han abolido la pena de muerte que no la vuelvan a introducir;

4. Pide al Secretario General que informe a la Asamblea General en su sexagésimo tercer período de sesiones sobre la aplicación de la presente resolución;

5. Decide seguir examinando esta cuestión en su sexagésimo tercer período de sesiones en el marco del mismo tema del programa.

Como ocurrió en el pasado, las denominadas "enmiendas de choque" fueron propuestas en un intento de descarrilar el proceso. Sin embargo, ninguna de ellas tuvo éxito. Cuando la votación sobre la resolución se realizó en la Tercera Comisión, el resultado fue de 99 votos a favor, 52 en contra y 33 abstenciones. Confirmar este resultado de la votación en el pleno de la Asamblea General era poco menos que una formalidad. El 18 de diciembre de 2007, la resolución fue aprobada

por 104 votos a favor, 54 en contra y 29 abstenciones[170]. México, tomó la palabra en nombre de los 87 co-patrocinadores de la resolución, expresando el deseo de que este texto pudiera impulsar a la Asamblea para avanzar en la lucha por la mejora de los derechos humanos. El asunto había sido una fuente de preocupación para la comunidad internacional, y los patrocinadores se mostraron satisfechos, después de tantos años de que la Asamblea adoptara la resolución de establecer una moratoria sobre la pena de muerte. Varias delegaciones se opusieron a la resolución y tomaron la palabra para hacer constar su descontento. Antigua y Barbuda lo hizo representando a la Comunidad del Caribe que engloba a trece países y que había votado en contra del proyecto en bloque. Singapur sostuvo que el resultado de la votación había demostrado que la cuestión no era universalmente aceptada y, de hecho, se presentaba como una cuestión muy debatida. Nigeria, China, Siria

---

170 *A favor:* Albania, Argelia, Andorra, Angola, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Cape Verde, Chile, Colombia, *Congo*, Costa Rica, Costa de marfil , Croacia, Chipre, Republica Checa, Dinamarca, Republica Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, France, Gabon, Alemania, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Kazajstán, Kiribati, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Islas Marshall, Mauricio, México, Micronesia (Estados Federados OI), Moldavia, Mónaco, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nauru, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelandia, Nicaragua, Noruega, Palau, Panamá, Paraguay, Filipinas, Polonia, Portugal, Rumania, Federación Rusa , Ruanda, Samoa, San Marino, Sao Tomé y Príncipe, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Sudáfrica, África, España, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tayikistán, la ex República Yugoslava de Macedonia, Timor-Leste, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Reino Unido, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela.
En Contra: Afganistán, Antigua y Barbuda, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Botswana, Bombay Darussalam, Chad, China, Comoras, República Popular Democrática de Corea, Dominica, Egipto, Etiopía, Granada, Guyana, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Libia, Malasia, Maldivas, Mauritania, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Omán, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Qatar, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Arabia Saudita, Singapur, Islas Salomón, Somalia, Sudán, Surinam, Siria, Tailandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Uganda, Estados Unidos, Yemen> Zimbabue.
Abstenciones: Bielorusia, Bhután, Camerún, República Centroafricana, Cuba, República Democrática del Congo, Djibouti, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Fiji, Gambia, Gabon, Guinea, Kenia, República Democrática Popular Lao, Lesoto, Líbano, Liberia, Malawi, Marruecos, Níger, República de Corea, Sierra Leona, Swazilandia, Toga, Emiratos Árabes, Reino den Tanzania República, Vietnam, Zambia.
*Ausente*s: Guinea-Bissau, Perú, Senegal, Seychelles, Túnez.

y Malasia hicieron comentarios en términos similares. Egipto dijo que había votado en contra porque la resolución era contraria a "las normas religiosas, prácticas y jurídicas" y que la pena de muerte sólo se impone de conformidad con las disposiciones de la ley islámica. Bangladesh reconoció que la resolución era muestra de la tendencia cada vez mayor en contra de la pena de muerte, pero dijo que "el momento no era propicio para su total abolición".

A principios de año, el 2 de enero de 2007, el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, celebró su primera conferencia de prensa al asumir el cargo. Saddam Hussein había sido ejecutado de una manera bárbara e indigna sólo unos días antes. Quizás era lógico esperar que el asunto estuviera entre los primeros temas de la lista de preguntas de los reporteros de prensa que allí se encontraban:

> P: ¿Debía de haber sido ejecutado Saddam Hussein, Sr. Secretario General?
>
> SG: Saddam Hussein fue responsable de cometer crímenes horrendos y atrocidades contra el pueblo Iraqi. Nunca debemos olvidar a las víctimas de sus crímenes. La cuestión de la pena capital es algo que compete a cada Estado miembro decidir. No obstante, como Secretario General, si bien yo me posiciono firmemente en contra la impunidad, también espero que los miembros de la comunidad internacional presten la debida atención a todos los aspectos del derecho internacional humanitario. Durante la totalidad de mi mandato, voy a hacer todo lo posible para ayudar a los Estados miembros, a la comunidad internacional, a fortalecer el imperio de la ley.
>
> P: ¿Cree que la muerte de Saddam Hussein va a ayudar a traer estabilidad a Iraq o podría ocasionar una guerra civil?
>
> SG: El pueblo Iraqi y su Gobierno han tomado medidas para hacer frente a su pasado, y espero que la comunidad internacional también entienda lo que se encuentra en juego y trate de construir el imperio de la ley, tanto a nivel nacional como internacional.
>
> ….
>
> P: [inaudible sobre la pena de muerte, la moratoria)
>
> SG: Yo mantuve que la pena de capital, la pena de muerte, es una cuestión abierta para todos y que cada Estado miembro debe decidir. Asimismo, espero que los Estados miembros de la Comunidad internacional presten la debida atención a todos los aspectos del derecho internacional al humanitario.

Estas respuestas, tal vez espontáneas, parecieron reflejar la opinión personal del Secretario General en lugar de aquellas de la Organiza-

ción. Resultando curioso o inquietante que parecían hacerse eco de la reacción del Presidente de los Estados Unidos. Pero casi de inmediato, se desdijo de los comentarios anteriores. El 11 de enero de 2007 en una conferencia de prensa, el Secretario General dejó claro que la vida es el bien más precioso del que disponemos y creía que la pena de muerte debía ser eliminada. Pidió al gobierno de Irak que suspendería la ejecución de aquellos que ya estaban sentenciados a morir. El Secretario General respaldó la posición adoptada por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que fue una de condena inequívoca de la ejecución de Hussein. La declaración inicial del Secretario General fue desconcertante, pero la rectificación posterior nos proporciona una confirmación espontánea de la posición inquebrantable de las Naciones Unidas con respecto a la abolición de la pena capital.

El 18 de diciembre de 2007, Ban Ki Moon, acogió con entusiasmo el éxito de la resolución sobre la pena capital en la Asamblea General.

Cabe destacar que, en estos últimos años han aparecido diversos documentos referentes a la pena capital en el seno de Naciones Unidos cuya producción ha corrido a cargo de la Asamblea General. En primer lugar el 15 de agosto de 2008, en el sexagésimo tercer periodo de sesiones, el Secretario General presentó un informe titulado "Moratoria del uso de la pena de muerte" como consecuencia de la petición que la propia Asamblea General realizó en el párrafo 4 de la resolución 62/149 de 26 de febrero del mismo año. En dicho informe se analiza el grado de observancia de los derechos de los condenados a muerte previstos en los tratados internacionales de derechos humanos y en las directrices establecidas por el Consejo Económico y Social en 1984. Sobre la base de las contribuciones de los Estados Miembros se examina los distintos motivos para establecer una moratoria de la pena de muerte, abolir dicha pena o mantenerla conteniendo datos estadísticos actualizados sobre el uso en todo el mundo de la pena de muerte, incluidas las moratorias establecidas en los Estados que no han abolido ese tipo de pena, así como las novedades pertinentes en la materia que se han producido desde el sexagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General. El informe concluye confirmando la tendencia mundial hacia la abolición de la pena de muerte, el importante papel que desempeñan las moratorias en los Estados que pretenden abolirla y las posibilidades de continuar la labor sobre esta cuestión.

Finalmente, el 20 de noviembre de 2008 la Asamblea General ratificó la resolución sobre la pena de muerte con una votación en la que 105 países votaron a favor, 48 votaron en contra mientras que 31 se abstuvieron. Esto dio pie a que el 18 de agosto de 2009, en el Consejo de Derechos Humanos, se presentase (con retraso) un nuevo informe del Secretario General denominado "La cuestión de la pena capital" con arreglo a la decisión 2/102 del Consejo de Derechos Humanos con el fin de actualizar sus informes anteriores, en particular sus informes quinquenales al Consejo Económico y Social. En dicho informe, que contiene información sobre el período que va de junio de 2008 a julio de 2009, se señala a la atención una serie de fenómenos, como la constante tendencia hacia la abolición, el inicio de debates nacionales sobre la pena de muerte, y las continuas dificultades para obtener información fiable sobre las ejecuciones.

Bibliografía

AMMESTY INTERNATIONAL (1989), *When the State Kills …* (New York: Amnesty International).

ANCEL, M. (1962), *Capital Punishment,* UN Doc, ST/SOA/SD/9, Sales No. 62.IV.2 (New York: United Nations).

CLARK, R.S. (1990), 'The Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, August 27-September 7, 1990' (1990) *Criminal Law Forum* 513.

DENNIS, M.J. (2001), 'The Fifthy-sixth Session of the UN Commission on Human Rights' (2001) 95 *AJIL* 213.

HOOD, R. (1989), *The Death Penalty: A World-wide Perspective* (Oxford: Clarendon Press).

LAUREN, P.G. (2003), *The Evolution of International. Human Rights, Visions Seen,* 2nd Edition (Philadelphia: University of Pennsylvania Press).

LEONE, U. (1987), 'UNSDRI's Activities Related to the Death Penalty Issue', 58 *Revue internationale de droit pénal* 325.

MORRIS, N. (1967), *Capital Punishment: Developments, 1961-1965,* Sales No. E.67.IV. 15.

PATTEN, C. (2000a), 'Excerpts from a Statement Delivered by the Rt. Hon. Christopher Patten', EU Commissioner for External Relations to the European Parliament, 16 February 2000.

– (2000b), 'Speech to European Parliament', 25 October 2000.

RODLEY, N. (1987), *The Treatment of Prisoners- Under International* Law (Oxford: Clarendon Press).

SCHABAS, W.A. (2000a), 'Islam and the Death Penalty', 9 *William & Mary Bill of Rights Journal* 223.

– (2000b) 'Life, Death and the Críme of Crimes: Supreme Penalties and the ICC Statute', 2 *Punishment & Society* 263.

SCHABAS, W.A. and SAX, H. (2006), 'Article 37, Prohibition of Torture, Prohibition of Death Penalty and Life Imprisonment and the Deprivation of Liberty', in Alen, A. et al. (eds) *A Commentary en the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Leiden / Boston: Martinus Nijboff Publishers).

STRAFER, M. (1983), 'Volunteering for Execution: Competency, Voluntariness and the Propriety of Third Party 1ntervention', 74 *J. Criminal Law and Criminology* 860.

UNITED NATIONS (1983), *Yearbook of the United Nations, 1980* (New York: United Nations).

– (1993), 'Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Report of the Special Rapporteu', UN Doc. E/CN.4/1993/46.

– (1994), 'Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1993/71', UN Doc. E/CN.4/1994/7.

– (1995), 'Report by the Special Rapporteur, Mr.Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1994/82', UN Doc. E/CN.4/1995/61.

– (1997a), 'Report on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran, prepared by the Special Representative on the Commission on Human Rights, Mr. Maurice Copithorne, pursuant to Commission resolution 1996/84 and Economic and Social Council decision 1996/287', UN Doc. E/ CN.4/1997/63.

– (1997b), 'Report of the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submítted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1996/74', UN Doc. E/CN.4/1997/60/A dd.1.

– (1998a), 'Report on the mission to Rwanda on the question of violence Against women in situations of armed conflict', UN Doc. E/ CN.4/1998/54/ A dc1,1; UN Doc. E/CN.4/1998/54.

– (1998b), 'Interim report on the situation human rights in the Islamic Republic of Iran, prepared by the Special Representative of the Commission on Human Rights in ac-cordance with General Assembly Resolution 51/107 and Economic and Social Council Decision 1997/264', UN Doc. A/52/472, E/CN.4/1998/59.

– (1998c), 'Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mr. Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Commission resolution 1997/61', Addendum, Mission to the United States of America, UN Doc. E/CN.4/1998/68/Add.3.
– (1998d), Statement by Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights', UN Dock HR198/6, 4 February 1998.
– (1999a), 'The death penalty, particularly in relation to juvenile offenders', UN Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1999/4.
– (1999b), 'Daily Press Briefing of Office of Spokesman for Secretary-General', 16 June 1999.
– (2004), 'Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur, Asma Jahangir', UN Doc. E/CN.4/2004/7.
– (2005), 'Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur, Philip Alston', UN Doc. E/CN.4/2005/7.
– (2007a), ¨Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur, Philip Alston ¨, UN Doc. AIHRC/4/20.
– (2007b), UN Press Release, High Commissioner for Human Rights Hails Abolition of Capital Punishment in Rwanda', 27 July 2007.
– (2007c), 'Human Rights Council Opens Fourth Session', HRC/07/3, 12 March 2007.
– (2008), Report of the Secretary-General, Moratoriums on the use of the death penalty. A/63/293. 15 August 2008.
– (2008), Sixty-third General Assembly, Third Committee. General Assembly reaffirm resolution on a death penalty moratorium. GA/SHC/3939. 20 november 2008.
– (2009), Report of the SG on the question of death penalty, A/HRC/12/45, 18 August 2009.

Urofsky, M.L. (1984), 'A Right to Die: Termination of Appeal for Condemned Prisoners', 75 *J. Criminal Law and Criminology* 553.

White, W.S. (1991), *The Death Penalty in the Nineties* (Ann Arbor: University of Michigan Press).

LA PENA CAPITAL: VALORACIÓN Y CRÍTICA DE LAS ESTRATEGIAS ABOLICIONISTAS[1]

Peter Hodgkinson, Seema Kandelia y Lina Gyllensten[2]

El objetivo de este capítulo es el de examinar y criticar las distintas estrategias adoptadas con objeto de abolir la pena capital y ofrecer un método que este a la vez basado en datos empíricos y eclecticos que allane el camino hacia la abolición y las consecuencias que puedan resultar de esto. En nuestra opinión es esencial para dicha aproximación que la atención y los recursos se dediquen a la mejora de los servicios jurídicos, las prácticas penitenciarias y policiales, los servicios de atención a las víctimas de delitos, las alternativas humanas y proporcionales a la pena de muerte, hacer conocer a la opinión pública y a las clases dirigentes el alcance de la pena de muerte, y por último promover una filosofía política que evite incrementar los mitos de los beneficios de la pena capital. La sustitución de la pena de muerte y de toda su parafernalia debe contemplarse como un asunto de política penal, como lo manifiesta la referencia de un amplio número de pruebas terminantes. Paradójicamente, la abolición de la pena de muerte *per se* raramente conlleva mejoras en la Administración de justicia como la adopción de una medida tan radical pudiera hacer pensar y con el que los abolicionistas creen se llegaría a la deslegitimación de este tipo de pena. El recurso por muchos abolicionistas al terreno más elevado de la moral puede ser contraproducente si bien no se puede negar la existencia de una dimensión moral y emocional en este terreno.

---

1 Este artículo ha sido traducido en el marco de la A.C. del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI: "Abolición o moratoria universal de la pena capital".

2 Peter Hodgkinson, Seema Kandelia y Lina Gyllensten son por este orden, Director e Investigadores Asociados en el Centro de Estudios sobre la Pena Capital, Westminster University Law School, Londres. Traducido por Antonio Muñoz Aunion (UCLM), del texto original de los autores (Cap. XII) del libro de Jorke, J. *Against the Death Penalty*, ed. Ashgate, 2008.

En este breve análisis, se examinarán algunas de las más frecuentes justificaciones citadas para el mantenimiento de la pena capital como son: su fuerza disuasoria, el castigo y la incapacitación del condenado, así como el análisis del concepto mismo del abolicionismo. Aspectos relativos a la Ley, las víctimas, la opinión pública, moratorias, y alternativas a la pena de muerte serán examinados, con mayor detalle seguidamente.

Los argumentos sempiternos

La disuasión

Las referencias a la disuasión de la pena de muerte aparecen de forma habitual en la bibliografía académica y mas frecuentemente en la retórica de activistas y representantes políticos que están a favor de la pena capital lo que lleva consiguientemente y, con igual fervor, igualmente a un rechazo mal informado por parte de grupos de presión abolicionistas. Recientemente, los especialistas han dejado esta justificación de la disuasión de lado debido a que la mayor parte de veces ocasiona debates mas crispados en lugar de esclarecer, en esencia es un instrumento de distracción política utilizado para tranquilidad de un electorado temeroso del crimen que es receptivo a cualesquiera soluciones que se le ofrezcan. Como Roger Hood (2002, 208) apunta, la cuestión no es sí la pena de muerte disuade a alguno —incluso solo unos pocos— individuos sino sí tomando en consideración todas las circunstancias que rodean la utilización de la pena capital esta se asocia a una índice marginal menor del tipo de homicidios para la que esta prevista. Basarse en la disuasión implica que una persona que esta a punto de cumplir un crimen, en la mayoría de ocasiones, un asesinato, tomará en consideración el tipo de castigo al que se enfrentará una vez detenido y condenado (Hood, 2002).

Incluso así, el tema de la disuasión continua siendo al que se aferran los gobiernos para justificar su mantenimiento. La prueba a la que con mayor frecuencia se acude es la que se basa en el análisis econométrico de Isaac Ehrlich (1975) si bien en la mayoría de ocasiones sin hacer referencia a las varias refutaciones autorizadas tanto de sus resultados como de su metodología. El plan de trabajo de Ehrlich era el de negar la validez de trabajos anteriores del criminólogo Thorsten Sellin (1959)

quien sostenía que su investigación demostraba que la pena de muerte no es un elemento de mayor disuasión para delitos de homicidios que la cadena perpetua. Ehrlich utilizo sofisticados métodos económicos de análisis estadístico al analizar la relación entre la pena de muerte y homicidios y llego a la conclusión de que, desde 1933 a 1965, "una ejecución adicional anual… podría haber resultado como media en siete u ocho homicidios menos". No obstante, también sostenía que esto por sí sólo no era necesariamente una justificación suficiente para utilizar la pena de muerte frente a otros modos de castigo.

Existen varios estudios recientes, en la actualidad bajo el escrutinio de expertos jurídicos y económicos, que sostienen que cada ejecución reduce los homicidios entre 3 y 18 puntos. Entre estos destaca la obra de Dezhbakhsh *et al* (2002) donde se sostiene que la pena capital tiene un fuerte efecto disuasorio, y que cada ejecución contribuye como media en 18 homicidios menos. De hecho, y tal como reconoce el mismo estudio, un incremento en cualquier de estas tres variables —arrestos, sentencias, o ejecuciones— tiende también a reducir el índice de homicidios. Por otro lado, Sorenson *et al* (1999) examinando el patrón de ejecuciones en Texas entre 1984 y 1997 y conjeturó que sí tal efecto disuasorio estaba llamado a existir, sólo se encontraría en Texas debido al elevado porcentaje de penas capitales y de ejecuciones. Utilizando muestras de ejecuciones durante el periodo estudiado y en relativa estabilidad de la cifra de asesinatos en Texas, los autores no encontraron evidencia de un efecto disuasivo. El estudio concluyó que el número de ejecuciones no tenía relación con los índices de homicidios y que el número de ejecuciones no estaba relacionado con la progresión de delitos. No obstante, toda duda restante sobre los efectos disuasorios debe ser disipada cuando se enfrenta a la evidencia de los numerosos fallos inherentes en la administración de la pena de muerte, como se pone de manifiesto, anualmente, por un estudio realizado en Estados Unidos. Una apreciación más objetiva de estos temas y la investigación nacida por el debate de la disuasión se encuentran en los trabajos de Bailey y Peterson (1997), Hood (2002) y Bowers y Pierce (1975) quienes han utilizado el modelo de Ehrlich y no encontraron efectos disuasorios algunos.

Una reciente y muy ilustrativa contribución a este debate ha sido la hecha por Jeffrey Fagan de la Facultad de Derecho Columbia con su testimonio en las audiencias sobre el futuro de la pena capital en el Estado de Nueva York. Fagan apreció que parece existir una inciden-

cia de estudios que examinan índices de ejecuciones vinculándolas a un número reducido de homicidios; el presunto efecto vinculante se utiliza posteriormente como base para respaldar el argumento de incrementar la utilización de la pena capital. No resulta sorprendente que estos estudios reciban elogios al otorgar a un tema altamente emotivo y político, un giro científico. Sin embargo, como Fagan indica "Estos nuevos estudios están llenos de errores conceptuales y técnicos, métodos no adecuados de análisis estadísticos, omisión de considerar todos los factores relevantes que llevan a las cifras de homicidios, ausencia de información sobre variables relevantes en Estados claves, la tiranía hegemónica de unos pocos Estados y años perfilados, y la ausencia de un examen directo de disuasión" (p. 2). Las aseveraciones sobre "fuertes efectos causales" no son infrecuentes incluso en el ámbito legal y casi la totalidad de estas expresiones de "nueva disuasión" se descomponen una vez examinadas en mayor detalle (Fagan, 2005).

A pesar de lo indicado, un artículo reciente del New York Times, al examinar los mas recientes análisis, concluyó de la investigación y de los comentarios de varios de sus autores, mucho de los cuales son abolicionistas, que la justificación de la disuasión merece ser reconsiderada (Liptak 2007).

Finalmente, resulta necesario apuntar que si bien no existe una prueba clara de que la pena de muerte tenga un efecto disuasivo más efectivo que la alternativa tradicional de la cadena perpetua, si sería incorrecto y altamente engañoso caracterizar a la pena de muerte como carente de efecto disuasivo.

El castigo

Tanto el castigo como la disuasión son los argumentos principales para la pena capital que se dan en cualquier encuesta de la opinión pública sobre la pena de muerte. De hecho, desde la caída del apoyo al elemento de la disuasión, el castigo ha sido la razón principal para apoyar la pena de muerte. Queda bien resumida por la frase de las Escrituras de tomar "ojo por ojo, diente por diente" y en el caso de la pena de muerte, 'una vida por una vida'[3]. Como consecuencia de la

[3] Efectivamente, un numero de pasajes en la Biblia recoge nociones de justicia y de castigo: "Ojo por ojo, diente por diente" (Levítico 24:20 y Éxodo 21:24), "El que hi-

presión pública y política, la retribución difiere de la venganza al existir limitaciones legales en su gravedad en interés de la justicia y la proporcionalidad. El castigo a diferencia de la disuasión no requiere un resultado estadístico cuantificable en términos de su eficacia, es una medida completamente subjetiva de los sentimientos de la Comunidad, lo que hace que sea tan difícil de diferenciarla de la popularmente expresada necesidad de venganza. Como declara el Juez Chaskalson en el fallo The State v. Makwanyane (1995):

> La cólera evidente de los familiares y amigos de la víctima asesinada, reforzada por el horror de la opinión pública ante estos viles crímenes se traduce fácilmente en un grito de venganza. Pero la pena capital no es el único mecanismo que la sociedad tiene de expresar su oprobio moral ante el crimen que se ha cometido. Ya hace tiempo que se ha superado la aplicación literal del mandamiento bíblico de "ojo por ojo, diente por diente". El castigo debe ser hasta cierto punto comparable con el delito, pero no hay obligación de que sea equivalente o idéntico a él (párrafo 129).

La incapacitación

Por último, en el listado de las doctrinas sobre la pena, dejando de lado la rehabilitación, encontramos la incapacitación, un objetivo de la pena que generalmente esta asociado con el resultado de pena privativa de libertad. En el contexto de la pena de muerte, la incapacitación queda con frecuencia solapada con la disuasión individual. La intención de influir en comportamientos futuros es un elemento inherente de la política de disuasión, y si bien la ejecución de los culpables ciertamente los "incapacita" y, por tanto, pone final a sus carreras criminales, no es verdadera disuasión; Nos tenemos que preguntar si, ciertamente, resulta inaceptable para cualquier sociedad acudir a estas acciones en el nombre de una política criminal efectiva. La incapacitación en el contexto de la pena de privación de libertad es defendida por algunos para respaldar las peticiones de instaurar la cadena perpetua como alternativa a la pena de muerte, lo que en sí levanta serios interrogantes a los que nos referiremos mas tarde, especialmente porque las afirmaciones

---

riere a alguno, haciéndole así morir, él morirá" (Éxodo 21:12), y "El que derramare sangre de hombre, por el hombre su sangre será derramada, porque a imagen de Dios esta hecho el hombre" (Génesis 9:6).

de prevención aplicadas tanto a penas privativas de libertad como a penas de muerte son tanto complejas como controvertidas[4].

Principales asuntos y estrategias

¿El Abolicionismo: una bandera de conveniencia?

Como uno de los objetivos de este trabajo es criticar la pretendida sensatez de las estrategias abolicionistas, un punto apropiado de partida es el de intentar descifrar la motivación de los individuos y grupos que se consideran abolicionistas de la pena de muerte —que resulta muy variopinta. Por un lado, se encuentran aquellos que se oponen a la pena capital sobre la base del delito y, otros, basándose en las características del imputado o en el mismo proceso de la pena de muerte. Algunos individuos y países limitan su apoyo a supuestos de homicidios; otros para crímenes que incluyen la violación, el abuso sexual de menores, el tráfico de drogas, secuestros, corrupción, adulterio, apostasía, y delito de incendio. No existe ni claridad, acuerdo ni consistencia a nivel mundial sobre qué crímenes deben acarrear la pena de muerte, ni tampoco motivos por los que un delito en particular debe ser calificado como merecedor de la muerte. Los abolicionistas 'influidos' por esta visión dejan de serlo cuando los delitos 'inaceptables' han sido eliminados del alcance de la pena capital.

Además la oposición a la pena capital se basa en las características específicas del acusado, por ejemplo, oponiéndose a condenas a muerte a aquellos de edad inferior a 18 años en el momento de comisión del delito; a los disminuidos psíquicos o enfermos mentales, mujeres, mujeres embarazadas, o aquellos por encima de una edad determinada (por ejemplo, más de 65). Algunos se oponen a su naturaleza de imposición obligatoria, posibilidad de condenas erróneas, formas de ejecución, o a que se corresponden a políticas con fuentes en creencias religiosas como, por ejemplo, Islam, Iglesia mormona, y algunas doctrinas del Cristianismo.

---

4 Véase Dieter (1997).

Ejemplos de disonancia dentro del terreno abolicionista se encuentran, por ejemplo, con ocasión del juicio y ejecución de Timothy McVeigh, el terrorista hallado culpable del atentado con bomba en la ciudad de Oklahoma. Una encuesta realizada poco antes de la ejecución de Timothy McVeigh indicaba que el 20 % de un 80 % que era favorable a la ejecución, por norma eran contrarios a la pena capital (Sundby, 2006). En otro informe, Richard Dieter, Director del Centro de Información sobre la Pena de Muerte fue citado, declarando, 'Con McVeigh, no se presentan las cuestiones de inocencia o ausencia de asistencia letrada, o alguno de los otros aspectos que han venido preocupando a las personas en relación a (otras recientes) ejecuciones. No se parece en nada a un típico caso de aplicación de la pena de muerte'. (Willing, 2001).

Otro ejemplo de este 'excepcionalismo' se muestra en la política australiana relativa a la pena de muerte y al asunto de las bombas terroristas en Bali (Indonesia). En un reportaje de las Noticias de la Cadena ABC (2006), Philip Alston, Profesor de Derecho en la Universidad de Nueva York y Relator de Naciones Unidas sobre la Pena de Muerte, describe la posición adoptada por el gobierno federal de Australia en relación a la ejecución de los terroristas de Bali como "estrategia australiana de excepcionalidad" al inclinarse a apoyar una posición inconsistente con su aparente oposición a la pena de muerte en casos en los que estén presentes ciudadanos australianos. Quizás se pueda esperar una posición menos ambigua del recientemente electo Partido Laborista Australiano y por consiguiente una oportunidad en la región de Australia-Asia para desarrollar una coalición de países contrarios a la pena capital.

La ejecución de Saddam Hussein en Irak llevo a un espectáculo impropio por parte de Gobiernos e individuos de todo el mundo poniendo todo tipo de cortapisas para evitar hacer declaraciones inequívocas de condena. Algunos ocultaron su obvia aprobación al restringir sus críticas al proceso pero no al fondo. En el Reino Unido, la antigua Secretaria de Asuntos Exteriores, Margaret Beckett, fue citada declarando que aprobaba el hecho de que Saddam Hussein 'hubiera sido juzgado por un Tribunal iraquí por al menos alguno de los crímenes horrendos que cometió contra el pueblo iraquí' y que su ejecución significaba que había sido sujeto a responsabilidad. "En la misma declaración, no obstante, también declaró que el gobierno británico seguía siendo contrario a la pena de muerte (BBC News, 2006)". ¿Nos encontramos ante otro caso de excepcionalismo?

La Pena Capital y la Ley

No ayuda a la credibilidad del debate o para legitimar la industria abolicionista las afirmaciones en base a que la pena capital es contraria a Derecho. Al contrario, la mayoría de los instrumentos internacionales e instrumentos regionales de derechos humanos de manera expresa la contemplan como una excepción del derecho a la vida[5]. Sólo se convierte en ilícita cuando los Estados deciden sujetarse a las aspiraciones, restricciones y protecciones que apuntalan el conjunto del Derecho Internacional. En estos instrumentos no aparece forma legal de sanción alguna para aquellos que incumplen sus disposiciones. Las limitadas sanciones que pueden existir adoptan otras formas, por ejemplo, la censura por el Comité de Naciones Unidas de Derechos Humanos o por el Tribunal Internacional de Justicia y por la repercusión negativa en los medios de comunicación que puede resultar en situaciones embarazosas para los incumplidores.

En la actualidad, cuatro instrumentos dirigidos a la prohibición de la pena de muerte se encuentran en vigor. El Protocolo Opcional Segundo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[6] tiene un alcance global y prevé la abolición total de la pena de muerte excepto en tiempos de guerra. Hasta la fecha, 64 países son Estados partes en el Protocolo. Además, otros ocho han firmado, pero aún no lo han ratificado.

---

5 Artículo 6 de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1976) 999 UNTS 171; Artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, 1978) 1144 UNTS. 123; y los artículos 10-12 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, del 15 de Septiembre de 1994, Consejo de la Liga de Estados Árabes, 102ª Sesión, Res. 5437 (traducciones no oficiales en (1996) 56 Revisión de la Comisión Internacional de Juristas 57 y (1997) 4 Informe Internacional de los Derechos Humanos 850, revisado en Mayo de 2004. La Carta Árabe reitera las limitaciones sobre la pena de muerte en otros instrumentos internacionales, pero esto no ha entrado en vigor y no cuenta con el respaldo suficiente. Artículo 4 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, O.A.U Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5 reconoce el derecho a la vida, pero no se pronuncia sobre el objeto de la pena de muerte aunque en la Comisión Africana se aprobó una resolución en 1999 impulsando a los Estados a considerar la moratoria que indica que la pena de muerte es permisible bajo la Carta.

6 Segundo Protocolo Opcional para la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, apuntando hacia la abolición de la pena de muerte, Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/128 de 15 de Diciembre de 1989.

El Protocolo N. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[7] fija restricciones a la utilización de la pena de muerte en tiempos de paz, un texto ratificado hasta ahora por 46 de los 47 Estados miembros en el Consejo de Europa con la Federación Rusa siendo la excepción. La única muestra de legislación que aparece a nivel regional o internacional en Tratados sobre Derechos Humanos que prohíban la Pena de muerte en toda circunstancia es el Protocolo No. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[8]. Este Protocolo ha sido una antigua aspiración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) y se abrió para la firma el 3 de mayo de 2002 entrando en vigor el 1 de julio de 2003. Hasta la fecha, 43 Estados miembros del Consejo lo han firmado con 29 ratificaciones[9].

El Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la Abolición de la Pena de Muerte[10] dispone la absoluta abolición de la pena de muerte, pero permite a los Estados parte que la mantengan en tiempos de guerra si se hace una reserva al efecto. Hasta la fecha, nueve Estados son partes en el Protocolo con dos más que han firmado pero aún no lo han ratificado.

En relación a ciertos aspectos de la pena de muerte se han presentado un número de excepciones legales. Por ejemplo, el tema de los retrasos a la hora de llevar a cabo las ejecuciones se presentó en un Asunto de Zimbabwe *Comisión Católica para la Justicia y la Paz en Zimbawe c. Fiscal General y otros* (1993). Se sostuvo que un retraso en la implementación

---

7 *Protocolo Num. 6 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales concernientes a la Abolición de la Pena de Muerte, ETS no. 114.*

8 *Protocolo Num. 13 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales concernientes a la Abolición de la Pena de Muerte en todas sus circunstancias, CETS no. 187.*

9 Albania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Republica Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia,Irlanada Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Reino Unido (40) firmado pero no ratificado: Armenia , Italia , Lituania , Polonia , España (5); abstenciones: Azerbaiyán, Rusia.

10 *Protocolo para la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la Abolición de la Pena de Muerte*, adoptado por el Presidente de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos en 1990, OASTS 73.

de las penas de muerte de más de 72 meses era contrario al artículo 15 (1) de la Constitución de dicho país que dispone que ninguna persona estará sujeta a "tortura, o a pena o trato inhumano o degradante". La decisión se apoyó en varias decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos[11] así como de opiniones de jueces de la República India[12], y en otras del Comité Judicial del Consejo de Estado del Reino Unido[13] que describían los efectos de estar en el corredor de la muerte. Mas recientemente, el Tribunal Constitucional de Uganda, en el asunto *Kigula & Otro c. Fiscal General* (2005), sostuvo que las personas en el corredor de la muerte durante tres o mas años, una vez que todos los recursos hubieran sido agotados, tenían derecho a que sus sentencias de muerte fueran conmutadas por cadenas perpetuas. A la fecha, el Tribunal Supremo aún debe emitir su fallo sobre este asunto.

Se han presentado otras excepciones ante los Tribunales en asuntos como la naturaleza obligatoria de la pena de muerte[14], la forma de eje-

---

11 *People v. Anderson* 493 P.2d 8880 (1972) Wright CJ hace hincapié e lo angustioso de los retrasos en la aplicación de la pena de muerte, en 892. District Attorney for Suffolk District v. Watson Mass. 411 N.E. 2d 1274 (1980) sostuvo que la pena de muerte es una violación de la cláusula en la Constitución del estado de tratos crueles.

12 *Francis Coralie Mullin v. The Administrator; Union Territory of Delhi* AIR 1983SC 746, mantuvo el derecho a vivir con la dignidad humana que se encuentra implícita en el derecho garantizado bajo el Artículo 21 de la Constitución, incluido el derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Triveniben y otros* v *Estado de Gujarat y otros* (1989) 1 S.C.J. 383En esta sentencia se declaró que solo era relevante el retraso tras la terminación del proceso judicial. En Madhu Mehta o v Unión/India [1989] 3 S.C.R. 775 se sostuvo que una espera de ocho años resultado de una petición de clemencia o misericordia para conocer el resultado del Presidente era demasiado larga y la sentencia fue conmutada a cadena perpetua.

13 *Riley and others* v. *Attorney-General of Jamaica* [1982] 3 All ER 469 (PC). Aunque no se encontró ninguna violación de la Constitución de Jamaica en la aplicación de la pena de muerte se afirmó: "la pena de muerte es una cosa: la pena de muerte antecedida de una reclusión prolongada previa a la ejecución es otra bien distinta".

14 *En Lennox Ricardo Boyce y Jeffrey Joseph v. The Queen* (Appea1 N º 99 de 2002) y *Charles Matthews v. The State* (Appeal No. 12 de 2004), 7 July 2004, el Comité General del Consejo Estado del Reino Unido confirmó la constitucionalidad de la pena de muerte en Barbados y Trinidad y Tobago respectivamente (anulando su decisión en *Balkissoon Roodal v The State* (2003), 20 de noviembre de 2003). La pena de muerte ha dejado de ser obligatoria en Jamaica. (*Lambert Watson v. The Queen* (Appeal No. 36 of 2003), 7 July 2004), St. Christopher and Nevis (*Berthill Fox v R* (Appeal No. 66

cución[15] y los delitos en concreto que conllevan la pena de muerte[16]. En todos estos casos, la pena de muerte *per se* ha sido confirmada.

Progresos mediante los Tribunales Constitucionales

Una aproximación favorable por ciertos dirigentes políticos inquietos por las repercusiones de la abolición es la de fomentar de forma activa y apoyar que los Tribunales superiores revisen la disposición constitucional sobre el "derecho a la vida". Este enfoque es el que ha sido tomado sobre todo por el Tribunal Constitucional provisional de Sudáfrica (*Estado c. Makwanyane* 1995) y por los tribunales en Lituania (1999), Albania (1999), Hungría (1990) y Bielorrusia (2004) entre otros.

El Proceso penal y la Pena Capital

Posiblemente, la estrategia de eliminar la pena de muerte exclusivamente mediante el litigio sea parte tanto del problema como de la solución (Hodgkinson, 2005). Las consecuencias inintencionadas, si bien totalmente previsibles de las victorias legales se ponen de manifiesto por referencia a las experiencias en los Estados Unidos y en la Comunidad británica del Caribe en los que el acudir principalmente a estrategias judiciales ha tenido, discutido por otros, el efecto de confirmar la pena capital ya que cada 'victoria' legal inicia una cadena de mas demandas y contrademandas. En los Estados Unidos, la efectividad de los recursos federales para la defensa en casos de pena capital que se centran en paralizar las ejecuciones ha llevado a un aumento de la legislación en materia de pena capital, un aumento en el número de delitos penados

---

of 2000), 11 March 2002), Belize (*Patrick Reyes v R* (Appeal No. 64 of 2001), 11 March 2002) y St. Lucia (*R v Peter Hughes* (Appeal No. 91 of 2001), 11 March 2002).

15 La Corte Suprema de EE.UU. ha acordado recientemente admitir una apelación sobre el uso de la inyección letal en el caso de *Baze v. Rees*, 553 EE.UU. (200S). El método de ahorcamiento en Uganda fue confirmado en *Kigula & Other v The Attorney General* (2005).

16 In *Coker v. Georgia* (1977), prohibida en la Corte Suprema de EE.UU. la pena de muerte para el delito de violación y, por implicación, cualquier delito que no resulto en la muerte de otra persona. Un recurso a la pena de muerte para los delitos relacionados contra la salud publica fue recientemente rechazado por el Tribunal Constitucional de Indonesia. Vease Nathalia (2007).

con la pena capital, importantes restricciones en el proceso de recurso y la eliminación de la financiación federal[17]. El perjuicio que esto podría haber causado ha sido en gran medida mitigado por la presencia, entre otras cosas, de una amplia y bien financiada estructura activista existente en los Estados Unidos, pero que no esta disponible en otras partes del mundo.

Desde hace décadas, abogados del Reino Unido han venido participando de manera intensa en procesos penales en los que se presenta la pena de muerte en la Comunidad británica del Caribe interviniendo en el Comité Judicial del Consejo de Estado y apoyando a los abogados locales con los recursos en los Tribunales nacionales. Consecuencia de estas 'pírricas victorias' entre cuyos beneficios se encuentra el que se hayan asegurado garantías fundamentales para sus clientes, ha sido la atracción de una hostilidad considerable de todos los sectores de la sociedad caribeña. Frente a este escenario y en un clima de incesante cadena de litigios sólo fue cuestión de tiempo hasta que la región tomase cartas en el asunto y es lo que, precisamente, ha ocurrido en Belice, Barbados, Trinidad y Tobago y Jamaica, todos ellos han iniciado el proceso de reforma de la Constitución de manera que se anulen las protecciones fundamentales que están aseguradas en las comunidades legales nacionales y del Reino Unido. La naturaleza "de represalia" de estas respuestas incluso llego a aparecer en las discusiones sobre el recientemente establecido Tribunal Caribeño de Justicia al que se le consideró como "ente prevaricador" cuyos fines eran el de restaurar la "justicia" y la "voluntad del pueblo" si bien los creadores de la misma rechazaran esta caracterización[18].

Hasta la fecha, Belice y Barbados han enmendado su Constitución si bien sólo Barbados ha aprobado las reformas. El debate en Jamaica se ha llevado a cabo con el telón de fondo de un alarmante aumento de homicidios y crímenes violentos, con la presión del imperativo político de actuar de cara a la galería. Jamaica con una población de 2.7 millones de habitantes reportó 1671 homicidios en el 2005, 1300 en el 2006, y durante el 2007, 1400 (Gayle y Glenory, 2007; Gómez, 2007). Jamaica no

---

17 Por ejemplo, La Ley de Antiterrorismo para una aplicación efectiva Pena de Muerte, adoptada el 24 de abril de 1996.

18 Para un resumen de algunos de los debates, véase Anthony (2003).

ha llevado a cabo ejecuciones desde hace más de 15 años y por tanto se encuentra en la estadística como un País *de facto* abolicionista. Durante el proceso electoral de 2007, los dos principales partidos políticos centraron su atención en el elevado índice de homicidios y el partido, en ese momento en la oposición, Partido Laborista de Jamaica reprendió al partido gobernante, Partido Nacional del Pueblo, por no reinstalar las ejecuciones. Tras un largo período en la oposición, el Partido Laborista regresó al gobierno y recientemente decidió convocar un referéndum sobre la cuestión de sí se debía mantener la pena de muerte en la legislación criminal. Si el electorado apoya mantener la pena de muerte, el gobierno de Jamaica ha declarado que realizará todos los trabajos tendentes a acelerar la figura de los recursos con el objetivo de que las ejecuciones puedan realizarse dentro del límite de 5 años impuesto por los fallos *Pratt y Morgan* (1993) (Henry, 2007). La reanudación de las ejecuciones es más preocupante en Trinidad y Tobago que es favorable a la pena de muerte[19].

Se han adoptado otras derogaciones de los estándares y protecciones internacionales de los derechos humanos, por ejemplo, la supresión de las protecciones que aparecen en el Primer Protocolo Opcional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en Jamaica en enero de 1998, Trinidad y Tobago en mayo de 1998, y Guyana en diciembre de 1998. La consecuencia ha sido denegar a todos los ciudadanos de estos países el derecho a presentar peticiones individuales al Comité de Derechos Humanos. Tanto Guyana como Trinidad y Tobago intentaron reingresar al Protocolo Opcional Primero el mismo día de su retirada pero con la reserva dirigida a excluir a todos los que estuvieran en el corredor de la muerte a presentar peticiones individuales. El Comité de Derechos Humanos concluyó que la exclusión de todo un grupo de personas de este derecho era discriminatoria y contraria al objeto y propósito del Pacto y por tanto la reserva era inadmisible[20]. De ahí que en estos últimos países, todos los ciudadanos y no sólo los que se encuentran en el corredor de la muerte, se les sigue viendo negando el acceso a las peticiones individuales ante el Comité de Derechos Humanos.

---

19 Trinidad y Tobago, con una población de 1 millón de registro 386 homicidios en 2005 (Seelal 2006) y 269 en 2006 (Ramnarine 2007).

20 *Rawle Kennedy* (Comunicación 845, 1999).

Por tanto, se puede adelantar la idea de que las "pírricas victorias" de la defensa y el resentimiento de los vencidos haya llevado a una reafirmación de la pena de muerte al igual que a una consecuencia todavía de mayor relieve como es la negación para todo ciudadano de la protección frente a las violaciones de otros derechos humanos. Resulta difícil saber hasta qué punto esta situación de impase puede resolverse sin acudir a un litigio que devore los recursos (Mendes y Delzin, 2005 18-21).

El movimiento de Moratoria

La actividad abolicionista se ha centrado en los últimos años en presionar por una moratoria sobre ejecuciones. La idea de la moratoria como una campaña política tiene su origen en una actividad temprana de las Naciones Unidas a finales de la década de los 60. Los organismos de Convenios como el Comité de Derechos Humanos frecuentemente han recomendado a los Estados que todavía utilizan la pena de muerte que consideren la idea de una moratoria en un intento de alcanzar el objetivo de la abolición previsto en el artículo 6(6) del PIDCP. La petición de moratoria se volvió a realizar en 1994, en la fracasada Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y una vez más en 1999.

En diciembre de 2007, se adoptó una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que pedía una moratoria global de las ejecuciones con la finalidad de una abolición absoluta. La resolución pide a los Estados miembros a que progresivamente restrinjan el uso de la pena de muerte y que aseguren que los estándares internacionales en materia de pena capital sean cumplidos fue adoptada por 104 votos a favor, 54 en contra, y 29 abstenciones. Si bien, la resolución fue adoptada por la Asamblea en pleno, su impacto es difícil de juzgar. La Asamblea General sólo esta facultada para realizar recomendaciones no vinculantes y aún cuando la adopción de una resolución de moratoria se convierte en un fuerte mensaje político para los que mantienen la pena de muerte, no hay obligación legal para que los Estados dejen de sentenciar a penas de muerte o que dejen de llevar a cabo ejecuciones. En el trascurso del debate de la resolución, muchos Estados que votaron en contra, reiteraron el hecho de que la pena capital no era contraria al Derecho Internacional y que el derecho a establecer sus propias polí-

ticas criminales y penales era un elemento innegociable de su soberanía (UN Department of Public Information 2007).

De igual forma, la Comisión Africana de Derechos Humanos adoptó una Resolución en 1999 en la que se conminaba a los Estados partes a adoptar una moratoria sobre la pena de muerte[21]. La Resolución pide a los Estados miembros que limiten la aplicación de la pena de muerte a los crímenes más graves, a que consideren establecer una moratoria en las ejecuciones de penas de muerte y a reflexionar sobre la posibilidad de eliminar la pena de muerte.

Por otro lado, los países que retienen la pena de muerte utilizan la oportunidad de un período de mora para "arreglar" los defectos de la pena capital. En los Estados Unidos, los grupos religiosos fundamentalistas de apoyo a la pena de muerte, liderados por Pat Robertson, Jerry Falwell y miembros de la Coalición Cristiana se unieron al movimiento Moratorium 2000 exclusivamente con el objeto de hacer una limpieza de los mas graves excesos de la pena capital para hacerla más agradable tanto para la audiencia nacional como internacional. El hecho de que ambas posiciones hayan encontrado zonas de interés común ofrece a aquellos que buscan sustituir la pena de muerte tanto con una oportunidad como con riesgos manifiestos (Hodgkinson, 2004 b, 5-8).

Se plantea la cuestión de si cabe encontrar alguna prueba para mantener la premisa de que a la abolición le sucederá un periodo de revisión de la pena de muerte. En la década de los 60, las ejecuciones en los Estados Unidos fueron suspendidas *de facto* y entre 1972 y 1976 existió una suspensión *de iure* de las ejecuciones[22]. En dicha ocasión es sabido que el sistema de la pena de muerte fue "arreglado", y no suprimido y si bien, el fallo en el asunto *Furman c. Georgia* (1972) tuvo el efecto de que declaró cuarenta leyes reguladoras de la pena de muerte inconstitucionales, el éxito de este razonamiento jurídico no fue igualado con la voluntad política de abolir la pena capital. En respuesta a la sentencia *Furman*, los Estados diseñaron nuevas reglamentaciones para asegurar que la pena de muerte no fuera aplicada de forma arbitraria; en consecuencia,

---

21 ACHPR/Res. 42 (XXVI) 99: Resolución que instaba a los Estados a considerar una moratoria sobre la pena de muerte (1999).

22 Para una mayor discusión del enfoque de la moratoria en este periodo, véase Haines (1996).

a pesar de que se han realizado numerosas llamamientos para moratorias a nivel nacional, regional e internacional, se ha prestado muy poca atención a la experiencia que han tenido los Estados durante la aplicación de la misma. Tanto el efecto de la suspensión de las ejecuciones y el qué puede extraerse de estas experiencias debe ser cuantificado para valorar la figura de la moratoria. Algunos abolicionistas sostienen que un período sin pena capital mostraría su desacierto y que conlleva unos costes financieros y políticos innecesarios para llegar en última instancia a la abolición. La Asociación Americana de Colegios de Abogados (ABA) ha pedido una moratoria de ejecuciones a nivel nacional con el propósito de estudiar los defectos inherentes en el sistema estadounidense de penas capitales. Si bien, la ABA declara con vehemencia que no toma partido sobre la cuestión misma de la pena de muerte, algunos académicos sugieren que existen connotaciones abolicionistas en este llamamiento (Sarat, 2001:255).

Posiblemente, la moratoria recientemente más citada haya sido la adoptada en enero de 2009 por el Gobernador George Ryan del estado de Illinois que suspendió las ejecuciones hasta que se hubiera llevado a cabo una revisión exhaustiva de la pena de muerte. Su decisión se basó en convencimiento de que en más de 10 años, trece presos equivocadamente condenados habían sido liberados del corredor de la muerte, un número mayor al de ejecutados. La Comisión del Gobernador Ryan presento los resultados en abril de 2002 con ochenta y cinco recomendaciones todas con el objetivo de corregir los defectos y debilidades que aparecían en el sistema del Estado de Illinois. Si bien, no quedo por escrito en el trabajo de la Comisión, una mayoría escasa de miembros era de la opinión de que la pena de muerte debía ser reemplazada al creer que el sistema era incapaz de corregirse. Para aquellos que apoyan la pena de muerte en Illinois y en otros lugares consideran la experiencia en este estado no como una debilidad sino como un ejemplo del rigor del proceso actual de la pena de muerte al identificar sus defectos. Dos días antes de abandonar el cargo, el Gobernador Ryan conmutó las penas de muerte de 157 presos en el corredor de la muerte (Ryan, 2003) En este sentido, la suspensión de las ejecuciones ha sido beneficiosa sin embargo, y hacemos hincapié en esto, el futuro en Illinois parece estar vinculado a la mejora del sistema de la pena de muerte, y no en su eliminación.

La moratoria sigue en vigor en Illinois pero las recientes peticiones en el sentido de parar las ejecuciones se han centrado en la utilización de la inyección letal como método de ejecución. A fecha de 17 de noviembre de 2007, 20 jurisdicciones han suspendido ejecuciones tras las denuncias de que la combinación de drogas empleadas en el proceso de ejecución puede dejar al condenado en un dolor insufrible por tanto violando la prohibición constitucional de tratos crueles e inusuales. Las ejecuciones también están en suspenso en el Estado de Nebraska por una excepción preliminar en relación a las ejecuciones por electrocución (Death Penalty Information Centre, 2007 a).

Si bien el entusiasmo actual por la moratoria por parte de los oponentes a la pena de muerte debe ser bien recibido al producirse menos ejecuciones, al menos por el momento, debe apuntarse que sí el método de ejecución de la inyección letal se declara inconstitucional, nada impide a los Estados que busquen un mecanismo distinto de ejecución. El 25 de septiembre de 2007, el Tribunal Supremo de Estados Unidos aceptó examinar una cuestión de constitucionalidad sobre la inyección letal con la fase oral programada para el 7 de enero de 2008[23]. La ejecución mas reciente en los Estados Unidos tuvo lugar el 25 de septiembre de 2007 sin que haya más previstas hasta que el Tribunal Supremo adopte una decisión a medidos de 2008.

Que la sola suspensión temporal de ejecuciones *per se* empuje a los Estados a reexaminar el empleo de la pena capital queda por ver, pero es la primera vez en 30 años que tendrán la oportunidad para valorar los efectos que la ausencia de ejecuciones tiene sobre los índices delictuales y en los comportamientos públicos. Por supuesto, muchos países han pasado por períodos de abolición *de facto* antes de proceder a su eliminación de los cuerpos legislativos. No obstante, describir el estatuto de estos países como abolicionistas *de facto*, como hacen ciertos grupos, es engañoso. Sería más correcto describir su estado como el de espacios en los que se han suspendido las ejecuciones ya que en general, el resto de la pléyade de legislación en materia de pena muerte sigue presente. Por ejemplo, si bien no ha habido una declaración de moratoria en la India,

---

[23] Véase: 07-5439 Baze v. Rees, Lower Court Numero del Caso: 2005-Sc-0543, Cert. Granted 25 Septiembre 2007, disponible en: *http://www.supremecourtus.gov/qp/07-05439qp.pdf* (Autorizado el 3 de Diciembre 2007).

entre los meses de abril de 1995 y julio de 2004 no habido ejecuciones. De conformidad con los criterios aplicados por determinados grupos a la calificación de abolicionistas *de facto*, la India casi fue incluida en la lista a pesar de que, durante este período, las sentencias de pena de muerte seguían siendo emitidas y que en Agosto de 2004 Dhananjoy Chatterjee fue ejecutado por la violación y asesinato de una adolescente de 16 años.

De igual manera, en febrero de 2004, el Presidente Levy Mwanawasa de Zambia declaró que no firmaría sentencia de pena de muerte para los condenados por crímenes en los que se prevea esta pena mientras estuviera en el cargo. La última ejecución en Zambia fue en 1997 y tras su reelección en el 2006, la moratoria *de facto* continuará hasta el 2011. La cuestión que se plantea es qué ocurrirá cuando el Presidente Mwanawasa deje la Oficina Presidencial. En diciembre de 2005, la Comisión de Reforma Constitucional recomendó que Zambia retuviera la pena de muerte en sus códigos legislativos y el año pasado, el Tribunal Supremo rechazó una cuestión preliminar sobre la pena de muerte sobre la base de que carecía de competencia para anularla. En ambas ocasiones, el Ejecutivo no opinó al respecto.

El experimento en Zambia y la reanudación de los ahorcamientos en la India resalta la importancia de un especial escrutinio sobre los países abolicionistas *de facto* ya que su estatuto es absolutamente quijotesco y vulnerable a cambios fugaces en la Administración. Esta observación destaca deficiencias como para depender de la figura de la moratoria como un instrumento de abolición. Una importante lección que podemos extraer de estos ejemplos es que la moratoria no puede convertirse en si mismo en un objetivo y que debe ser presentada de forma continuada por los abolicionistas en todo momento como un paso más hacia la sustitución total y permanente de la pena capital. Incluso más deseable sería conseguir una suspensión completa del proceso de la pena de muerte (sin juicios, sin sentencias, y sin ejecuciones) mientras que se ponen en marcha un sinfín de modificaciones esenciales a la legislación y a la infraestructura, que prepare a la sociedad para una vida sin pena capital. El período de esta suspensión debe ser consensuado desde el comienzo con un calendario de acciones.

El esquema del Consejo de Europa que requiere la suspensión de las ejecuciones inmediatamente tras la adhesión seguida de un calendario

consensuado tras la firma y ratificación del Protocolo N. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se aproxima a este modelo. Sin embargo, no alcanza a ser idóneo al no exigir la suspensión absoluta del sistema de pena capital, o prever un apoyo suficiente (técnico y financiero) para las modificaciones necesarias de la infraestructura en áreas tales como prisiones, libertad condicional, situación de las víctimas, alternativas y seguridades a la opinión pública.

Opinión Pública

De forma abrumadora, la opinión pública es favorable a la pena de muerte y esto es relevante ya que para los dirigentes políticos, muchos de ellos, fascinados por tales encuestas son renuentes a cuestionar a su electorado o a fomentar una evaluación más autorizada. La preocupación de que en ausencia de la pena de muerte la seguridad quedará erosionada y que resurgirá el desorden es comprensible y la razón de este temor es sencilla; a la opinión pública se le ha asegurado desde siempre por parte de los gobiernos que la única solución a los crímenes más violentos es la pena capital. En comparación con el número de individuos que de hecho son ejecutados cada año en todo el mundo[24], la pena de muerte, si bien discutible, ha alcanzado una preeminencia insana en la vida política así como en la prensa popular y en consecuencia, las llamadas a un apoyo populista de la pena de muerte serán en muchos países beneficiosas políticamente.

Pocos países habrían suprimido la pena de muerte si hubieran esperado la aprobación popular, aunque su apoyo se ha probado raramente frente a la posición abolicionista[25]. Cierto número de países reconocen que han eliminado la pena capital con el apoyo de la sociedad civil, por ejemplo, tras la caída del régimen totalitario, el Parlamento de la antigua Checoslovaquia aprobó en 1990 abolir la pena capital en respuesta a la opinión pública y el mismo año, como resultado del colapso de la dictadura comunista y respondiendo a presión popular, Rumania abo-

---

24 Estimación de Amnistía Internacional de que al menos 1.591 personas fueron ejecutadas en 25 países en 2006.

25 En el referéndum que se celebró en Irlanda en 2001 un 62% del electorado votó a favor de una mocion para la abolición de la pena de muerte.

lió la pena de muerte por decreto (Comité Económico y Social 1995). Con todo, la pena de muerte mantiene su popularidad en la mayor parte de los países así que el argumento es el siguiente, suprimir esta sin el apoyo popular es una medida antidemocrática. Por supuesto, los legisladores deben reflejar la opinión pública hasta cierto punto; pero, resulta imperativo que los gobiernos dirijan e informen el debate, y no se parapeten tras las opiniones de una mayoría mal informada. Nadie sugiere, por ejemplo, que la política fiscal debe ser dirigida por la opinión pública (Schabas, 2004). Como se apunto anteriormente, no resulta infrecuente que las decisiones sobre la pena capital sean transferidas de los representantes electos al poder judicial, pero no sólo los políticos se apoyan en las encuestas de la opinión pública. Los Tribunales también pueden basarse en ellas como un indicio de apoyo popular (Schabas, 2004). Las decisiones sobre la constitucionalidad de la pena de muerte pueden incluir términos conceptuales tales como "crueldad", "falta de humanidad" o "degradante" todas sujetas a interpretaciones subjetivas mutables para distintas sociedades y que evolucionan con el transcurrir del tiempo tomando a la opinión pública como actor en este proceso (Schabas, 2004). Empero, no se puede acudir en exceso a estas referencias ya que la finalidad de los derechos humanos es la protección del individuo con independencia de las posiciones mayoritarias. En el Asunto *Estado c. Makwanyane* (1995), el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, al comentar la relevancia de la opinión pública, sostuvo que el objetivo del sistema era la protección de las minorías y de los marginados en el proceso democrático y que 'sí la opinión pública iba a ser decisiva entonces no sería necesario la consulta constitucional' (párrafo 88). Las prácticas que ahora se consideran deplorables en su momento tuvieron un amplio respaldo, y un elemento relevante de una democracia consolidada es disponer con un sistema judicial que opere adecuadamente en el que la legitimidad de la ley pueda ser examinada.

Con regularidad, desde la década de los 30 del siglo pasado, se han llevado a cabo encuestas sobre la pena de muerte en los Estados Unidos destacando el año de 1966 como el único en el que el número de los detractores de la pena de muerte fue mayor al de los defensores (Newport, 2007). Destacadamente, esto se produjo pocos años antes del Asunto *Furman c. Georgia* (1972) en el que el Juez del Tribunal Supremo Thurgood Marshall declaró 'la cuestión a la que tenemos que responder no es sí una proporción sustancial de ciudadanos americanos al día hoy,

si fueran entrevistados, opinasen que la pena capital es un de una atávica crueldad, si no si lo consideran así a la luz de toda la información que actualmente se encuentra disponible' (párrafo 362). Esta hipótesis ha sido hasta cierto punto probada. En estudios realizados en los Estados Unidos, a los consultados se les presentaron distintos aspectos relacionados con la pena de muerte, como la situación mental del imputado, las sentencias desproporcionadas basadas en el origen racial o en la clase social, el hecho de que personas inocentes hubieran sido condenadas a muerte y la opción de ser condenados a cadena perpetúa sin posibilidad de libertad vigilada. En cada uno de estos ejemplos, a medida que la sensibilidad o conocimiento de los datos se incrementaba, el apoyo a la pena de muerte disminuía (Vollum *et al* 2004).

El apoyo popular a la pena de muerte fluctúa y aunque la exposición a los datos académicos que niegan los mitos que rodean a la pena capital no sean por sí mismos suficientes, ciertos proyectos para explicar y ofrecer todo tipo de respuestas ante una temática tan compleja como la de la pena capital serviría para dilucidar dudas, incluso sí no modifica las opiniones de muchos partidarios de la misma, lo que si conseguiría, en caso de que sea llevada a término de manera responsable, es disponer de una piedra angular sobre la que los gobiernos pueden razonar los motivos para moverse en esta dirección. El Centro de Estudios sobre la Pena Capital (CCPS) ha desarrollado un protocolo en este sentido que ha sido probado en Malawi, Nigeria, las Filipinas y Trinidad y Tobago. Diseñado sobre la bibliografía existente, las acciones se dirigen a diseñar un modelo de diseminación de información y despertar conciencias que puedan ser adaptadas a distintas culturas y jurisdicciones a la hora de enfrentar el tema de la opinión pública. Modelos anteriores que han influido este posicionamiento se encuentran en las consultas realizadas por las Comisiones sobre pena capital en el Reino Unido y en Sri Lanka (antiguo Ceilán)[26]. Influir en las "creencias" de las personas sobre la pena de muerte hace poco por crear un debate informado y un amplio porcentaje del apoyo a la pena de muerte resulta y por mucho predecible. No obstante, el establecer la importancia de la pena de muerte en

---

[26] Comisión Real sobre la Pena Capital 1949-1953, cmnd. 8932 [London, HMSO, 1953]. Para Ceilan. "Informe de la Comisión de Investigación sobre la Pena Capital". Documento ocasional XIV-1959. Documento ocasional del gobierno, Sri Lanka, Septiembre de 1959.

la "lucha" contra los crímenes más violentos pone de manifiesto distintas respuestas por parte de la mayoría de los encuestados que sitúan a la pena de muerte en una posición secundaria en la lista de remedios efectivos frente al crimen. Una forma de aproximarse al asunto de las "creencias" y la pena de muerte es el de identificar las medidas que la "opinión pública" considera necesarias en la lucha contra las formas de delincuencia mas graves. Como ejemplo de lo expuesto, encontramos un análisis reciente elaborado por la consultora Market & Opinion Research International (MORI) de cuatro consultas sociológicas dirigidas en 1994, 1996, 2000 y 2001. Los individuos fueron preguntados sobre: ¿cuales de las dos o tres [medidas] siguientes piensa que sería mas efectiva para reducir delitos en Gran Bretaña? En las primeras tres consultas, la policía se considero como el elemento más importante (51%, 58%, 54%). En el 2001 se considero como la medida más efectiva una tutela familiar mejorada con un 55% de apoyo. La pena de muerte para los homicidios mas graves apareció en la lista en el número tercero con un 38% de apoyo en 1994, y tercera, en 1996 con un 35% de votos a favor. En el año 2001, bajo un punto hasta quedar emparejada en el cuarto lugar junto a instituciones más severas para jóvenes delincuentes, con el 25%, y en el año 2001 bajo a un séptimo lugar con un 20%[27].

Este proyecto cubre una serie de prioridades al dirigirse a la sociedad civil y a los principales actores de opinión en relación a los argumentos principales de la pena de muerte y de penas alternativas ayudando a establecer un diálogo con los legisladores en estas materias. Esto a su vez presta soporte a los argumentos de aquellos favorecedores de opciones legislativas para reformas que limiten o acaben con la pena de muerte.

Las Víctimas y la Pena de Muerte

Las víctimas de delitos invariablemente son ignoradas y cuando se las recuerda son, con frecuencia explotadas en interés de imperativos

---

[27] La delincuencia y castigo en las encuestas MORI de 1994, 1996, 2000 y 2001. En el año 2001. En la encuesta de 2001 en orden de ser mejores padres (55%). De la policía (53%), una mejor disciplina en las escuelas (49%), las actividades más constructivas para los jóvenes (40%), la introducción de un Documento Nacional de Identidad (29%) y en el 6º lugar más eficaz los programas de cambio de comportamiento (21%).

políticos más que en cubrir sus necesidades. Representan una parte del electorado casi totalmente pasada por alto por el movimiento abolicionista contemporáneo lo que se ha mostrado como un obstáculo relevante en el proceso de reemplazar la pena de muerte. Políticos de todo el mundo justifican el mantenimiento de la pena de muerte, en parte, debido a su preocupación por las víctimas de estos delitos, si bien en la mayoría de las veces, no se adoptan medidas a favor de las víctimas o estas son insignificantes por parte del Estado[28].

La cuestión de las necesidades y derechos de las víctimas cada día tiene una mayor influencia en el diseño y la dirección de las políticas legislativas y penales y somos testigos de estas en todas las actividades cotidianas del Estado. Por ejemplo, los derechos de las víctimas se encuentran consagrados en la ley islámica de la Sharia que prevé que los familiares de una víctima de homicidio acepten una compensación económica del acusado en sustitución de la ejecución. En algunos países islámicos, la familia de la víctima tiene derecho a ejecutar al condenado. De algunas investigaciones en los Estados Unidos se extraen datos que prueban que algunos grupos de presión que representan a las víctimas están teniendo acceso a mejoras del procedimiento penal, al ser consultadas en cuestiones como medidas de la Fiscalía, valoración del impacto sobre las víctimas, participación en las deliberaciones sobre libertad vigilada y actos de perdón del Ejecutivo, o como testigos de la ejecución. Las voces más vehementes radican en grupos asentados en los Estados Unidos donde han hecho entrada hasta influir en las políticas legales y penales, destacando, grupos como Justice for All[29] y Parents of Murdered Children[30] que ilustran el movimiento de las víctimas pro-castigo en los Estados Unidos y que ostentan un apoyo político relevante. La justificación política de estos importantes derechos procedimentales es

---

28 Este apartado se extrae de Hodgkinson (2004c, 332-358). Por las "víctimas", el autor incluye la víctima principal así como víctimas secundarias, es decir, amigos cercanos y familiares de la víctima y del condenado.

29 La organización *Justice for All*, anuncia en su pagina Web, que es una organización para la reforma de la justicia penal que debe actuar como un impulsor de modificaciones en el sistema de justicia penal que hoy resulta inadecuado para proteger la vida y los bienes de los ciudadanos honrados". *www.jfa.net*. Otras paginas que cuentan con el apoyo de la *Justice for All* son las siguientes: *www.prodeathpenalty*. com y *www.murdervictims.com*.

30 Organización Nacional de Padres de Niños Asesinados, *www.pomc.com*.

que son consecuencia de las necesidades inmediatas de los grupos de víctimas y que el derecho a ser testigo de una ejecución sirve como 'telón de cierre' a un episodio muy traumático a pesar de la pléyade de pruebas particulares que sugieren que todo beneficio o "cierre del telón" es una entelequia. Resulta esencial que el modelo de atención a las víctimas que se adopte sea uno que se dirija a las necesidades directas de las víctimas y no uno que gire en torno a la idea del castigo o utilice a las víctimas como parte del proceso penal —siendo esto último, una característica de la perspectiva en los Estados Unidos.

En las últimas dos o tres décadas ha existido un crecimiento exponencial de análisis y servicios a las víctimas por parte de instituciones internacionales y regionales como las Naciones Unidas[31] y la Comisión Europea[32] que han dedicado investigaciones y recursos para mejorar las prácticas y las directrices. Esto se ha alcanzado en una gran medida a través de una mejora en el conocimiento de la temática que iniciara las Organizaciones Victimology International[33], World Society of Victimology[34] y European Forum for Victims Services[35] Señalamos el excelente trabajo de Paul Rock (1998) que contiene una muy interesante muestra

---

31 Carta de las Naciones Unidas para las Victimas, *www.odccp.org/crime_cicp_sitemap.html.*

32 Comision de las Comunidades Europeas "Victimas del delito e la UE: reflexiones sobre estándares y acciones". Commission European, Bruselas 1999 COM (1999) 349.

33 El sitio oficial de la International Victimology (IVW) fue inaugurado en junio de 1999 como un recurso para todos aquellos interesados en mejorar la justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. A través de IVW, el Centro de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Internacional, el Centro de Investigación y Documentación del Ministerio Holandés de Justicia y la Sociedad Mundial de Victimología con el objetivo de promover la declaración de la ONU de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. *www.victimology.nl.*

34 Sociedad Mundial de Victimología (WSV). Los propósitos de la Sociedad Mundial de Victimología son promover la investigación sobre las víctimas y su asistencia, la defensa de sus intereses en todo el mundo, promover la investigación interdisciplinaria y comparativa en la victimología, fomentar la cooperación de Agencias internacionales, regionales y locales, grupos y las personas que estén preocupadas con los problemas de las víctimas. *www.world-society-victimology.de/frameset.html.*

35 Foro Europeo de Servicios de la Víctima, dispone de un documento denominado: "Declaración de Derechos de las Víctimas en el Proceso de la Justicia Penal". Apoyo a las victimas, Londres (1996). *www.victimology.nl/onlpub/eurforvicrts96a.html.*

de información, en una redacción muy amena, sobre como los homicidios que afectan a individuos y el alcance de las respuestas que han sido elaboradas para mitigar el dolor y sufrimiento experimentado por familiares y amigos de las víctimas de homicidios.

El tema de las víctimas así como el del mismo delito recibe muy poca atención tanto en foros académicos como en el debate público, ya que en gran medida ambos se han desarrollado sobre el paradigma del delito de homicidio, sus víctimas y sus familias. Resulta imperativo recordar al considerar el asunto de las necesidades de la víctima qué, para muchos crímenes cuya comisión conlleva la pena de muerte existe una gran complejidad en identificar quien exactamente ha sido victimizado, ya que en la mayoría de los países en los que existe la pena de muerte, no esta reservada en exclusiva a los delitos de homicidios.

Se puede sostener que no hay lugar para una atención aislada de las víctimas ya que la Fiscalía actúa no en beneficio de los individuos sino de la sociedad en conjunto y que la pérdida o sufrimiento de la 'víctima' es tomada en consideración a la hora de decidir la imputación y en la sentencia definitiva. Si bien este resulta un argumento válido para no incluir las perspectivas de las víctimas en la fase del juicio, no debe reemplazar el desarrollo de servicios que cubran las necesidades materiales y psicológicas de aquellos individuos que sean víctimas primarias o secundarias de un delito.

En Trinidad y Tobago, el Centro Caribeño de Derechos Humanos (CCHR) fundado y financiado por el Centro de Estudios sobre la Pena Capital (CCPS) en el 2006 creo un Programa de Asistencia a la Víctima (VSP) que inició sus trabajos en noviembre de 2006 y que, hasta la fecha, este instrumento ha alcanzado un gran éxito en la identificación de asesores, reclutamiento y formación de voluntarios, y una muestra de familiares de víctimas de homicidios con los que se ha contactado y monitorizado. Al día de hoy, ha dado formación a más de 75 voluntarios y una lista de espera de 30 que pasarán pronto por la fase de aprendizaje. El Programa dispone de cursos de formación y asesoría para todos sus voluntarios. La iniciativa en materia de víctimas en este país es un ejemplo de un servicio basado en necesidades subyacentes que es capaz de prestar desde apoyos emocionales, asistencias a economías domésticas delicadas y referir a las víctimas, llegado el caso, a cuidados psicológicos.

Los análisis utilizados por este Centro para identificar las necesidades de las víctimas pueden ser extrapolables con facilidad para evaluar las experiencias y las necesidades por las que atraviesan las familias de los condenados. Ciertamente, cubrir las necesidades de estas es un tema políticamente mas controvertido, no obstante, resulta importante y el éxito de una iniciativa sobre las víctimas queda realzado si se trabaja con ambos grupos de forma paralela. El Centro se especializa en estas 'víctimas' secundarias con el objetivo de establecer un protocolo basado en principios y prácticas de justicia restaurativa.

Alternativas

Una Perspectiva de las Cadenas perpetúas

Un defecto significativo en muchas campañas abolicionistas es la falta de atención que se da al tema de una sanción alternativa a la pena de muerte. Las peticiones para abolir la pena de muerte son todas loables, pero sin debates informados sobre castigos alternativos, resulta inevitable que los gobiernos opten por las penas cuya dureza se aproxime más a la pena de muerte y de esa manera se aplacará a una opinión pública que es hostil a la abolición.

En aquellos países que han abolido la pena de muerte, la alternativa más común ha sido la de acudir a formas de penas de reclusión de por vida. Aunque el término de cadena perpetúa en si mismo es una fuente de confusión. En los Estados Unidos, la reclusión de por vida[36], literalmente se entiende así. Cuarenta y ocho Estados tienen la opción de condenar con esta pena, con la excepción de Nuevo México, un Estado donde existe la Pena de muerte, y Alaska, un Estado donde la Pena de muerte esta suprimida. (Centro de Información sobre la Pena de Muerte, 2007 b) Para determinados delitos, especialmente, asesinatos, la cadena perpetúa es la única pena existente en los Estados que

---

[36] Otras jurisdicciones pueden usar diferente terminología, tales como "cadena perpetua vigilada", "la cadena perpetua sin posibilidad alguna de libertad", "pena en su grado máximo" y la " reclusión de por vida". Para los efectos de este capítulo, todos estos términos son tratados como sinónimos, a menos que se indique lo contrario.

han suprimido la pena de muerte[37]. Más aún, cuarenta y un Estados y el gobierno federal cuentan con penas de reclusión a perpetuidad sin posibilidad de libertad para jóvenes delincuentes a pesar del consenso internacional contra esta práctica[38]. Con el resultado de que existen más de 2.200 delincuentes adolescentes que pasarán el resto de sus vidas en prisión (Human Rights Watch, 2005; Pilkington, 2007). De estos, setenta y tres tenían entre 13 y 14 años cuando cometieron sus crímenes (Equal Justice Initiative, 2007).

La población reclusa en los Estados Unidos se ha incrementado de forma drástica en las últimas décadas así como los reclusos con condenas perpetúas. Un amplio estudio llevado a cabo por la institución The Sentencing Project en el año 2004 reveló que el número de reclusos a perpetuidad aumento en un 83 % de 69,845 en 1992 a 127,677 en el 2000. Uno de cada siete (9,4%) de los presos en cárceles estatales y federales, lo que da la cifra de 127,677 individuos esta cumpliendo una pena de reclusión de por vida. De esta cifra, uno de cada cuatro (26,3%) la cumple sin posibilidad de libertad vigilada que ha aumentado en una tasa de uno a seis (17,8%) en 1992 (Mauer *et al* 2004).

En términos comparativos, Europa es, casi en su totalidad, un área libre de pena de muerte[39]. El Consejo de Europa requiere a todos los Estados miembros que impongan una moratoria sobre la pena de muerte con el objetivo final de su eliminación. Igualmente, todos los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a suprimir la pena de muerte antes de su adhesión. La mayoría de Estados han adoptado me-

---

37 En los estados de Illinois, Iowa, Iowa, Louisiana, Maine, Pennsylvania, and South Dakota, todas las cadenas perpetuas se imponen sin posibilidad de libertad condicional. Véase: Marc Mauer et al (2004) and Appleton and Grøver (2007).

38 Véase el artículo 6 (5) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Artículo 37 a, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor, y el párrafo 31 a, de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor, A/RES/61/146 aprobada por 185 votos a favor y uno en contra. Los EE.UU. no han firmado a estas disposiciones.

39 Bielorrusia es una excepción. Aunque una referencia a la naturaleza temporal de la pena de muerte se ha incorporado en la ley, la pena de muerte se encuentra actualmente en los casos de homicidio premeditado con circunstancias agravantes. Véase la oficina de la OSCE para las instituciones democráticas y los derechos humanos (2006, 54-7). Otros Estados de Asia central y Europa han impuesto una moratoria de las ejecuciones a pesar de que la pena de muerte puede todavía existir *de jure*.

canismos de reclusión a perpetuidad como pena alternativa si bien son pocos los que prevén que estas sentencias lleven al recluso a pasar el resto de su vida en prisión. No obstante, el proceso de seleccionar la pena alternativa parece no haber estado sujeto a demasiado debate y carece de consistencia. Las penas a perpetuidad varían considerablemente en términos de su duración[40] y en su utilización en Europa. El Reino Unido es el país que más utiliza este tipo de sentencias, seguido por Luxemburgo. Entre los países que la utilizan con menor frecuencia se encuentran Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania, Moldavia, Países Bajos, Rumania, Eslovaquia y la antigua República yugoslava de Macedonia (Newcomen 2005, 32).

En la actualidad, sólo unos pocos países del Consejo de Europa disponen de legislación que regulan la cadena perpetúa en su total extensión como son Bulgaria, Suecia, Ucrania, Países Bajos, Estonia y Turquía[41]. A pesar de que normalmente el grado máximo de la pena sólo viene a aplicarse bajo circunstancias especiales, como los homicidios múltiples o reincidencia, en algunas ocasiones, es posible solicitar el perdón del Ejecutivo (p.ej. Bulgaria[42] y Estonia[43]) o pedir al Tribunal un grado menor de la pena transcurrido un determinado período de tiempo (p.ej. Suecia[44]).

---

40 Vease Hodgkinson (2004 a, 160).

41 Artículo 38.a. (Nuevo, SG 50/95) (1) Código Penal de Bulgaria de 1968, revisada el 13 Septiembre 2002; Capitulo 3, Sección 1 Código Penal Sueco de 1962, Ds 1999:36, publicado en 1999; Véase Artículos 51, 64 y 115 del Código Criminal de Ucrania, entrado en vigor 1 Septiembre 2001; Artículo 31del Código Penal Holandés, adoptado el 3 de Marzo1881, de puesto al dia a través de reformas hasta 1994.; Artículo 45 del Código Penal de Estonia, RT I 2001, 61, 364; texto consolidado RT I 2002, 86, 504, Adoptado 6 June 2001, entrado en vigor1 Septiembre 2002; Artículos 47(1) y 48(1) del Código Penal de Turquía, Ley Nr. 5237, aprobado el 26 de Septiembre 2004. Entrado en vigor. Si bien se han realizado todos los esfuerzos para garantizar que los artículos correctos y fechas han sido citados en esta nota, debido a problemas de traducción, algunos errores pueden pasar inadvertidos.

42 Artículo 74 del Código Penal de Bulgaria de 1968, reformado el 13 de Septiembre de 2002.

43 Artículo 77 del Código Penal de Estonia RT I 2001, 61, 364; texto consolidado RT I 2002, 86, 504, aprobado el 6 de Junio de 2001, entrando en vigor el 1 de Septiembre de 2002.

44 Véase Kriminalvarden (2007 a; 2007 b).

Inglaterra y Gales recientemente se unieron a la lista de países con el grado máximo de reclusión perpetúa, una serie de penas mas duras que trajo consigo la Ley de Justicia Criminal de 2003 implica que por primera vez, los Tribunales tienen la posibilidad de emitir sentencias completas de cadena perpetúa[45]. Tras la supresión de la pena de muerte en 1965, el grado de la pena que se introdujo para todos los homicidios fue el de condenas obligatorias a perpetuidad, si bien en aquel entonces, perpetuidad no significaba exactamente esto. Al dictar la sentencia de una persona condenada por homicidio, el juez establecía un período de prisión que ineludiblemente tenía que ser consumada para cumplir con las necesidades de retribución y disuasión (la fase del castigo) como requisito para poder considerar su puesta en libertad vigilada (la fase del riesgo) En la década de los 50 y 60, el promedio temporal que una persona pasaba en prisión era de nueve años. Desde entonces, el promedio de este tiempo se ha incrementado a alrededor de 15 años (Blom Cooper and Morris 2004, 177).

Con las nuevas disposiciones, las personas condenadas por homicidio después de diciembre de 2003 son sentenciadas de conformidad con cuatro puntos de partida que se establecen en la misma Ley. Estos puntos van a depender de la seriedad del crimen y de la edad del imputado. Para los menores de 18 años, el mínimo es de 12 años de prisión; para adultos varía entre 15 y 30 años o en el caso de condenados mayores de 21 años prisión a perpetuidad. Las circunstancias atenuantes o agravantes serán factores que al tomarse en consideración podrán incrementar o reducir la duración de la pena.

Estas nuevas normas van a convertirse en una pesada carga para las capacidades de las Instituciones penitenciarias en Inglaterra y Gales, un dato preocupante es que inmediatamente antes de que la nueva Ley entrase en vigor, a finales de 2002. Inglaterra y Gales tenían una población de condenados a cadena perpetúa mas alta (5,268) que la sumada por el resto de miembros de la Unión Europea (5,046) (Prison Reform Trust 2004) y poco menos que la del total de los cuarenta y seis Estados miembros del Consejo de Europa. A finales de 2005, el número de presos sentenciados a penas de perpetuidad aumentó a 6,431 en Inglaterra

---

45 Sección 269 (4) y Programa 21.

y Gales, un incremento de un 12 % en el año anterior (Prison Reform Trust 2006 a)[46].

A 30 de septiembre de 2007, treinta y cinco presos cumplían penas de cadena perpetua en su tramo máximo, diecisiete de los cuales habían recibido sus condenas tras la entrada en vigor de la Ley de Justicia Criminal (Hansard, 2007).

Con la población reclusa de por vida en Inglaterra y Gales y en otras jurisdicciones incrementándose a este ritmo tan sobresaliente, quizás sea útil considerar cuales son los beneficios que se infieren de la reclusión perpetúa sin posibilidad de libertad.

El argumento de que la cadena a perpetuidad significa precisamente esto

Las ventajas de una cadena perpetúa sin posibilidad de acceso a la libertad condicional son atractivas para los gobiernos que necesitan un castigo que alcance los mismos "beneficios" que la pena de muerte. En especial, un período tan extenso sin posibilidad de salida al exterior protege a la sociedad ya que incapacita al condenado para el resto de su vida, también atrae a parte de la opinión pública que se ve frustrada al presenciar como aquellos condenados a cadena perpetua son finalmente puestos en libertad supervisada, y al mismo tiempo les da a los movimientos contrarios a la pena capital mayor credibilidad al demostrar que bajo ningún concepto son débiles frente al crimen. Aún así, sí tomamos en consideración el elemento de la protección pública, los reclusos con estas condenas, una vez son elegibles para la libertad vigilada tienden a tener muy reducidos índices de reincidencia tras su puesta en libertad (véase, Mauer *et al* 2004, 23-24). Los datos sobre el índice de segundas condenas en Inglaterra y Gales ponen de manifiesto que de los 1,719 condenados con este tipo de pena que fueron liberados entre el 1 de abril de 2000 y el 31 de marzo de 2007, 73 (4,2%) fueron condenados de nuevo por un delito, de los cuales 30 (0,5%) lo fueron

---

[46] La actualización de 2006 de Noviembre, revela que a finales de Agosto de 2006, había 7.628 personas cumpliendo penas indefinidas (cadenas perpetuas y presos condenados por un tiempo indeterminado), un aumento del 27% respecto al año anterior.

por un crimen de gravedad como un delito contra las personas o contra la libertad sexual (Home Office, 2007).

Una pena de reclusión perpetúa con o sin la posibilidad de liberación también elimina el peligro de ejecutar a inocentes. La irreversibilidad de la pena de muerte es un factor que ha reducido de forma palpable su apoyo en tiempos recientes. Un reciente estudio dirigido por el Centro de Información sobre la Pena de Muerte puso de manifiesto que un 87% de americanos creen que algún inocente ha sido ejecutado recientemente, con un 55% declarando que este elemento o bien los han hecho más escépticos en relación a la pena de muerte, o aun más contrarios a ella por completo. Sin embargo, un 31% opinó que el hecho de que algún inocente hubiera sido ejecutado, este dato no influía en su posición sobre la pena de muerte (Dieter, 2007, 5).

Estos resultados reflejan un creciente malestar entre la población norteamericana con la pena de muerte y puede explicar en parte porque los ciudadanos estadounidenses muestran menos apoyos a la pena de muerte cuando existe una alternativa viable. En una encuesta de opinión de Gallup realizada en octubre de 2007 se muestra que un 69% de americanos están a favor de la pena de muerte para una persona condenada por homicidio. Este porcentaje se ha mantenido meridianamente consistente desde 1999. Sin embargo, cuando se presenta la alternativa de "cadena perpetúa sin posibilidad alguna de libertad", el apoyo a la pena de muerte en años anteriores ha caído entre un 47% y un 54% (Newport 2007).

La condena de por vida en un centro penitenciario resulta también atractiva en razón de un fuerte elemento retributivo, mantener a alguien tras las rejas para el resto de su vida resulta una pena tan severa como la pena de muerte, sino más. De hecho, Hugo Bedau, sin duda, el más influyente teórico y activista en el debate abolicionista en los Estados Unidos, ha interrogado a los abolicionistas que respaldan esta alternativa, afirmando que también resulta un castigo 'irrazonablemente severo': "el dilema al que se enfrentan los detractores de la pena capital, si los indicadores de la actividad investigadora reciente son una guía fiable, es que en la actualidad, la opinión pública se encuentra preparada para aceptar la supresión de la pena capital sólo si la alternativa a la misma, es en sí misma una privación de la libertad inaceptable".

Incluso en la Inglaterra del siglo diecinueve, la dureza de una pena de por vida fue considerada por algunos como un castigo peor que el de la pena de muerte. En un discurso parlamentario en 1868, John Stuart Mills argumentó de forma inequívoca a favor de mantener la pena de muerte, ya que la alternativa —el resto de la vida de un hombre en prisión y con trabajos forzados— sometía a los reclusos a una "tumba viviente" y por lo tanto, era "mucho más cruel en realidad" (Mills, 1868). Este discurso presuntamente conmocionó al movimiento abolicionista de la pena de muerte de tal manera que no volvió a surgir en debate hasta trascurridos varios años (Radzinowicz and Hood 1986, 685).

En Trinidad y Tobago, como resultado de varias decisiones del Consejo de Estado para la Commonwealth[47] cierto número de presos en el corredor de la muerte han visto sus sentencias de muerte conmutadas por un tiempo en prisión de setenta y cinco años o de por vida, con trabajos forzosos[48]. Se ha sostenido frecuentemente que para muchos reclusos sería preferible, no obstante, la pena de muerte frente a la alternativa de pasar el resto de sus vidas en prisión, a menudo bajo condiciones extremas (Ni Ghrálaigh 2005, 47; Black 2005, 127; Choudhury 2005, 166; West 2006, 52). Algunos han defendido que la rigurosidad de una sentencia de por vida y la calidad de esta en prisión tiene un efecto disuasivo tan fuerte como el de la pena de muerte, si no más (Katz *et al* 2003).

Esta situación extrema de cadenas perpetúas sin posibilidad de liberación quizás sea el elemento que fundamente las decisiones de algunos Estados de no extraditar a los imputados a aquellos países donde

---

47 Los asuntos, *Earl Pratt and Evan Morgan v The Attorney General for Jamaica and The Superintendent of Prisons, Saint Catherine's Jamaica [1993] UKPC 10; Balkissoon Roodal v The State of Trinidad and Tobago [2003] UKPC 18; Charles Mathews v The State of Trinidad and Tobago, [2004] UKPC 12.*

48 El significado concreto de la pena de cadena perpetua en Trinidad y Tobago, a pesar de todo, sigue quedando en gran medida mal definido en los textos jurídicos, Véase Cook (2004, 59-60). Si bien nos encontramos ante una pena de naturaleza discrecional, de 75 años o cadena perpetua con trabajos forzados se ha convertido en la norma en particular para aquellos cuya pena de muerte ha sido conmutada por cadena perpetua. Actualmente hay un recurso de amparo constitucional previsto para ser oido en 2008, sobre el significado de una sentencia de cadena perpetua, tras la decisión del asunto *Matthews*. Véase Holland and Chidgey (2007, 117) y Charan and Swamber (2007).

puedan ser sujetos a este tipo de grados máximos de la pena. Uruguay rechazó extraditar a un sospechoso de terrorismo imputado por su participación en el ataque en 1997 de un templo en Luxor a menos que Egipto garantizara que no recibiría una pena de muerte o una cadena perpetúa sin acceso a libertad vigilada (Departamento de Estado de los Estados Unidos 2004). Tiempo atrás, México también ha rechazado extraditar a sospechosos a los Estados Unidos sin asegurar un compromiso tanto de que no se aplicaría la pena de muerte como de que la cadena a perpetuidad sin acceso a beneficios penitenciarios no sería solicitada. Lamentablemente, el Tribunal Supremo de México ha anulado esta práctica (BBC News 2005).

Será de interés presenciar cómo la práctica relativa al principio de cadenas perpetuas completas se desarrolla. De momento parecen surgir ciertas tendencias, el Tribunal Constitucional alemán (1977), Francia (1994), Italia (1987) y Namibia (1996) han reconocido que los reclusos que han sido objeto de estas condenas tienen "un derecho fundamental a que se considere su liberación" (Zyl Smit 2003, 213). Edward Fitzgerald, Abogado de la Corona, y destacado defensor de los derechos humanos también apunta a que, en Europa, encontramos una tendencia creciente a admitir que siempre debe existir el reconocimiento de la capacidad de redención y de la capacidad de rehabilitarse y que toda sentencia que efectivamente termine cerrando la puerta indefinidamente al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe tratos o castigos inhumanos y crueles (Fitzgerald 2005, 53). El Reino Unido se encuentra a la espera de una sentencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un asunto que revisará la práctica de las cadenas perpetúas sin beneficios de libertad vigilada (BBC News 2007).

Resulta importante apuntar que ni las recomendaciones del Consejo de Europa sobre el tratamiento de los presos de larga duración[49], ni las recomendaciones de Naciones Unidas sobre cadenas perpetúas[50], ad-

---

49 Recomendación Rec. (2003) 23 en la gestión por parte de Instituciones Penitenciarias de las sentencias a reclusión por perpetuidad y de condenas a penas de larga duración, aprobada por el Comité de Ministros el 9 de Octubre de 2003 en el 855ª encuentro de los Delegados de los Ministros.

50 Condena de reclusión a perpetuidad de 1996 de Naciones Unidas. Informe de la Justicia Penal de la oficina de Branch UNOV, Publicaciones de Naciones Unidas. Genova.

miten la posibilidad de este tipo de penas de por vida, aunque ambas reconocen que tras revisiones periódicas y rigurosas, a determinados condenados a esta pena no se les pueda considerar jamás preparados para su liberación. Uno de los motivos es que las directrices contemplan la rehabilitación como parte integral del proceso penal; y sentenciar a alguien al grado de pena máximo de por vida elimina dicha posibilidad. De igual manera, el artículo 10(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que "el sistema penitenciario debe contemplar un trato de los reclusos cuyo objetivo esencial debe ser la reforma de éstos y su rehabilitación social". También resulta reseñable citar el Estatuto de Roma de 1998 para el Tribunal Penal Internacional que aunque contempla la cadena perpetúa como pena máxima para crímenes tales como el genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra, recoge una valoración debe realizarse transcurridos 25 años para establecer sí la sentencia debe ser revisada (Artículos 77 y 110).

También se debe tener en cuenta que incrementar el número de presos con condenas perpetúas tendrá un impacto importante en la gestión de los servicios penitenciarios. No sólo estas condenas de por vida resultarán en un aumento y envejecimiento de la población reclusa en la mayoría de las jurisdicciones, sino que el costo de mantener a alguien en una institución carcelaria para el resto de su vida claramente resulta mas gravoso. También se crea un ambiente enrarecido para el personal al cuidado de estos condenados. Sin perspectivas de puesta en libertad, qué incentivos pueden tener para asegurar la cooperación y el cumplimiento por parte de presos que no tienen ni esperanza ni nada que perder. Siempre debe haber luz al final del túnel (Hodgkinson 2004 a, 187-188).

A pesar de sus deficiencias, una razón por la que los detractores de la pena de muerte apoyan o aceptan la figura de la cadena perpetúa sin libertad condicional como una sanción alternativa es la creencia de que reduciría el número de ejecuciones. Si bien es cierto que el número de penas de muerte y ejecuciones ha bajado considerablemente en los Estados Unidos durante los últimos tiempos, esto debe ser valorado en su contexto, desde aproximadamente la última década, el número de crímenes violentos también ha decrecido de forma palpable de lo que deriva que a menores niveles de criminalidad le sigue que menos

personas sean propensas a sufrir la pena de muerte. Además, un menor apoyo popular a la pena de muerte, y un aumento del escrutinio judicial de las disposiciones en materia de estas penas, especialmente, para determinados grupos como los adolescentes o los disminuidos psíquicos también ha contribuido a un número menor de ejecuciones (Harvard Law Journal 2006, 1845-1851). Un estudio reciente examinando cada Estado de forma exhaustiva publicado en este volumen concluye que las leyes de reclusión perpetua 'representan un factor de poco relieve en el número menor de ejecuciones que se han llevado a cabo varios años atrás. Los datos demuestran que estas leyes de reclusión perpetua no son responsables del número más reducido de *ejecuciones*, aunque puedan tener cierto papel en la reducción de *sentencias de muerte.* Incluso aunque el número de sentencias de muerte cae tras la adopción de paquetes legislativos sobre reclusión perpetua, el número de personas ejecutado permanece inalterado' (Harvard Law Journal 2006, 1847).

Teniendo esto en mente, es necesario tomar en consideración el efecto que disposiciones sobre la reclusión a perpetuidad han tenido sobre imputados de delitos que no están castigados con la pena capital. La mayoría de las legislaciones que establecen la pena de reclusión perpetua en los Estados Unidos no se dirigen sólo a aquellos imputados que hubieran recibido la pena de muerte, sino que imponen la encarcelación permanente a los acusados elegibles para la pena capital pero que nunca hubieran sido sometidos a esta pena. Como apunta el artículo de Harvard Law Journal:

> Si bien una sentencia de muerte y una de reclusión perpetua seguramente no son equivalentes, obviar la comparación de sus costes resulta injusto. Rehusar examinar los efectos de estas normas de reclusión perpetua sobre reclusos no sujetos a la pena de muerte es equivalente a permitir o fomentar una ley que admite recluir a veinte cinco individuos en prisión hasta el final de sus días en orden a evitar el cumplimiento de una pena de muerte. Esta ha sido la posición que han mantenido muchos abolicionistas de la pena capital, y resulta un punto de vista preocupante. (*Ibid. 1854)*

El propósito de este apunte no es el de sostener que las leyes de reclusión perpetua deben ser eliminadas, más bien, sostener que tales legislaciones no son ni un paso necesario ni particularmente útil hacia la eliminación de la pena de muerte, y que los detractores de la pena de muerte tienen la responsabilidad de considerar detenidamente los efectos de tales normas sobre imputados de delitos que no están pe-

nados con la pena capital, de forma previa a trabajar en, o fomentar su adopción.

Aunque algunos detractores de la pena capital puedan considerar que la aceptación de leyes sobre reclusión perpetua sea la única opción para eliminar la pena de muerte de los Códigos penales, deben tomar en consideración el hecho de que puedan estar cambiando una forma de castigo grave por otro.

Comentarios finales

El debate sobre la pena capital y las actividades asociadas a él ha ocupado un lugar prominente durante las últimas dos décadas y esto ha generado una serie de activistas y movimientos, muchas de las cuales se basan en una visión "emotiva", ya sea a favor o en contra de la pena capital. Descontando la opinión popular que de forma abrumadora se muestra partidaria de la pena de muerte, existe una miríada de grupos que pivotan en torno a la abolición y que compiten unos con otros por apoyos financieros y por soporte ideológico. Ofrecen 'soluciones' *ad hoc* que rara vez son sometidas a una evaluación rigurosa sobre su eficacia. Por el contrario, existen muy pocos grupos formales que presionan por el mantenimiento o la reinstalación de la pena de muerte, lo que se explica por el apoyo popular y político que su posición ya ostenta, y la mayoría de los que existen lo hacen explotando el aspecto de la víctima del crimen. Ejemplos de tales movimientos pueden encontrarse en los Estados Unidos (véase, arriba), Taiwán y Japón.

La abolición de la pena de muerte y de la reforma penal no se puede conseguir a expensas de las necesidades y derechos inherentes a la posición de las víctimas de crímenes. El análisis simplista que realizan ciertos políticos de que las cantidades que se invierten en los delincuentes es dinero que se niega a los servicios de atención a las víctimas es un argumento falaz. Las necesidades y derechos de las víctimas no deben cubrirse a expensas de las respuestas humanas, efectivas y proporcionales debidas a los delincuentes, las necesidades de las primeras no deben confundirse con, o influir el trato de los criminales.

Difícilmente pasa un día sin que se celebre una conferencia 'abolicionista' en algún lugar del mundo siendo las más relevantes desde el punto de vista de una estrategia global, las de Norteamérica o Europa

occidental. Se plantea la interrogante sobre la naturaleza y propósito de estos foros que sobresalen en el calendario de los activistas. Mantenemos que estas actividades deben ser radicalmente repensadas y evaluadas; así, por ejemplo; ¿sirvió el III Congreso Mundial contra la Pena de Muerte celebrado en Paris en 2007, auspiciado por la Organización *Unidos contra la Pena de Muerte* (ECPM)[51], en términos coloquiales, para crear una mejor capacidad y su agenda (no, la inevitabilidad de un IV Congreso Mundial) era sustentable? El congreso de este año sí llevo a cabo una serie de mesas de trabajo sobre hechos concreto, lo que representó un avance respecto de anteriores congresos. Las reuniones que sirven para prestar apoyo emocional a defensores fatigados de la campaña abolicionista son comprensibles, pero esta función debe distinguirse de la acción rigurosa de grupos, bien formados de pensamiento, que deben estar preocupados con la evaluación de todas las actividades y activistas abolicionistas. Quizás, no sería un mejor uso de las energías y recursos disponibles de tales grupos interactuar de forma proactiva con los simpatizantes de la pena capital en lugar de reunirse en el confort y la seguridad de sus propios partidarios.

Conocedores de los dilemas a los que se enfrentan tanto la Fiscalía como los abogados defensores en juicios sobre la pena capital, los datos empíricos que resultan de la investigación sobre cadenas perpetuas sugieren la necesidad de vías alternas de actuación para ambas partes. La estrategia de vencer a toda costa ha tenido el efecto de enviar a miles de acusados en todo el mundo a sentencias desproporcionadamente altas e inamovibles agravando el daño ya causado por el crecimiento exponencial de las penas de reclusión perpetua. El razonamiento de una toma de posición entre unas y otras es completamente falaz.

El aspecto principal de este trabajo de análisis de muestras es sugerir que la pena de muerte no tiene ningún efecto, o como mucho un impacto menor en la reducción de los crímenes para los que tradicionalmente ha sido reservada y que básicamente perpetúa el dolor y la ira de los familiares de la víctima del homicidio y de aquellos que participan en la administración del proceso. Su promoción crea una sensación falsa de seguridad para todos aquellos ciudadanos que creen en la reivindicación de su efectividad. Los Gobiernos que la mantienen deben

---

51 Organización contra la Pena de Muerte (ECPM): *www.abolition.fr.*

quedar convencidos, por los ejemplos que se ponen de manifiesto, y de las experiencias de aquellos en los que se ha reemplazado la pena de muerte sin que haya habido consecuencias negativas claras u otras repercusiones, y convencer asimismo que se encuentran dentro de la tradicional comunidad abolicionista para que empiecen a considerar sí la injustificada dependencia en una estrategia basada en la moralidad y aspectos emocionales no necesita ser objeto de revisión.

LA EVOLUCIÓN DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA: LA RENUNCIA AL DERECHO SOBERANO DE IMPONER LA PENA DE MUERTE[1]

Jon Yorke[2]
Universidad de la Ciudad de Birmingham
Reino Unido

En la Europa unida del futuro la solemne abolición de la pena de muerte debería ser el primer artículo del Código europeo que todos esperamos.

Albert Camus, *Réflexions sur la Guillotine* (1957)

Introducción

Teóricos del contrato social de la Ilustración propusieron diversos cálculos políticos para la formación de una sociedad y un soberano que la gobernara. Sin embargo, sin excepciones señalaron que el soberano que resultara de esos cálculos debía detentar el *derecho* a elegir si utili-

---

1 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".

2 Traducido por Patricia Pérez Fernández, becaria de Investigación de la Universidad de Castilla-la Mancha, del texto original del Autor (Cap. III) del libro *Against the Death Penalty*, ed. Ashgate, 2008.

Este capítulo representa un trabajo más extenso que se está realizando sobre el Consejo de Europa y la abolición de la pena de muerte. Una versión previa fue presentada en el Surrey European Law Unit Seminar Series, School of Law, Universidad de Surrey, el 7 de noviembre de 2007. Agradezco a los participantes sus muy profundos comentarios y el diálogo que originaron. Gracias también a Roger Hood, Peter Fitzpatrick, Susan Breau, Christina Eckes, Opi Outhwaite y Regina Rauxloh, por leer este capítulo y por sus muy útiles observaciones. Son aplicables las advertencias habituales.

zar o no la pena de muerte como última sanción penal. Thomas Hobbes previó la posibilidad de este castigo cuando afirmó que "un sujeto puede ser ejecutado por orden del soberano" (Hobbes 1996, 141), John Locke razonó que el poder político del soberano abarcaba "un derecho a hacer leyes con penas de muerte" (Locke 1980, 8), Rousseau afirmó que "condenar a muerte a los culpables" era una medida justificable del soberano (Rousseau 2004, 209), Kant llegó a exclamar en su formulación de la *lex talionis* que "todos los asesinos… deben sufrir la pena de muerte" (Kant 1970, 157). Ha sido generalmente aceptado que ese castigo se convirtió en un "aspecto esencial de la soberanía" del temprano Estado moderno (Evans 1996, 893), por lo que dicha filosofía política situó al Estado soberano y a la pena de muerte en una relación simbiótica.

Derrida observó esta yuxtaposición a través de sus escritos sobre la soberanía desde 1989 (ver Derrida 1992; 2004), y deconstruyó ese linaje filosófico durante su seminario sobre la pena de muerte en la Cardozo Law School en 2001.

Refiriéndose a esta filosofía política afirmó lo siguiente:

> "Es imposible separar la soberanía política del poder sobre la vida y la muerte… Para mantener un aspecto esencial de su soberanía, el Estado tiene que reservarse el derecho a imponer la pena de muerte, al menos en casos excepcionales (Huigens 2001, 23).

Derrida posteriormente criticó esta devastadora observación. Señaló que la relación intrínseca entre soberanía y pena de muerte era una *verdad* filosófica repugnante que debía ser desmentirse. *Entendía* la relación simbiótica pero no la *aceptaba* sin reservas. El principal punto de investigación de Derrida se centraba en los procesos de "impugnación o limitación de la soberanía del soberano" (Derrida 2004), y observó que el "discurso público europeo contra la pena de muerte" (*ídem*, 204) no era una exposición *filosófica* específica, sino que fue declarado, entre otras cosas, una "historia de crueldad", "los impuros fenómenos de las ejecuciones", y una "soberanía estatal" *vis-à-vis* la presión política aplicada por la estructura supranacional europea (*ídem*, 199, 201, 202, 212).

Quizá el más significativo *discurso público* actualmente utilizado en Europa es el que ofrece el Consejo de Europa a través de los distintos órganos (el Comité de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 (más común-

mente conocido como el "Convenio Europeo de Derechos Humanos", en lo sucesivo "Convenio")[3]. Este sistema del *Convenio* en relación con los derechos humanos ahora da lugar a mecanismos jurídicos para la restricción y supresión de la pena de muerte en los Estados Miembros. Pero ésta no fue siempre la política del Consejo. En la creación del Consejo y la redacción del *Convenio,* la manifestación del derecho de los Estados Miembros a imponer la pena de muerte reflejaría con más exactitud la posición de los teóricos del contrato social de la Ilustración mencionada *supra*. Dicho lo anterior, la historia que este capítulo intenta narrar es cómo la aclaración filosófica de la Ilustración ahora ha sido introducida y suspendida, al producir y mantener el Consejo y los Estados Miembros una región que ahora se describe como "libre de la pena de muerte" (Consejo de Europa 2007ª, 8). Los protagonistas en esta historia son el Consejo (para una consideración de las políticas de la Unión Europea en contra de la pena de muerte véase Schabas 2002, 302-308; Girling 2005; Yorke 2006; 2007), los Estados Miembros soberanos, las organizaciones no gubernamentales y las personas condenadas a muerte.

Este capítulo está divido en cinco secciones. Las primeras tres secciones analizan los argumentos concernientes a los procesos de redacción del *Convenio, el Protocolo núm. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte*[4] y, *el Protocolo núm. 13 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias*[5]. Dentro de los diferentes debates en el marco de la redacción, se ha cuestionado si ha tenido lugar una evolución que demuestre que el derecho a aplicar la pena de muerte ha sido gradualmente suspendido a raíz de una de-

---

3 213 UNTS 221 (1955). El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* fue firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 por Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal Alemana, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Noruega, Turquía y el Reino Unido. Más tarde fue firmado en París el 28 de noviembre de 1950 por Grecia y Suecia.

4 Enmendado por el Protocolo núm. 11, Estrasburgo, 28 de abril de 1983. Los títulos de los artículos fueron añadidos y el texto fue enmendado de conformidad con las disposiciones del Protocolo núm 11 (ETS Núm. 155) tras su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998.

5 Vilnus, 3 de mayo de 2002.

cisión soberana, y en qué medida el discurso del Consejo de Europa ha contribuido a este cambio. El efecto del terrorismo en esta elección penológica es evaluado en la cuarta sección. Se alega que el sistema de derechos humanos de los "*Convenios"* ha desplazado su centro idiomático, desde adoptar lo que puede ser denominado el lenguaje "puro" de los derechos humanos, extraído concretamente del texto del *Convenio,* pasando por abarcar axiomas de la filosofía política de la "legitimidad liberal", y el "gobierno legítimo", hasta mantener que la ejecución de terroristas es en sí misma una violación de los Derechos Humanos.

El capítulo concluye argumentando que el Consejo ha adoptado otro instrumento pedagógico más para desmantelar la posibilidad del castigo: un instrumento que busca demostrar que la imposición de la pena de muerte está en contra de la "conciencia" de los europeos. El Consejo está intentando formular una legitimidad moral que mejore cognoscitivamente el derecho a la vida. Savigny afirmó que el derecho reside en la "vida misma de los hombres" (Agamben 1998, ix) y que "el derecho no es nada salvo la vida considerada desde un particular punto de vista" (Agamben 2005, 85), y el Consejo está promoviendo enérgicamente la visión de que no hay lugar para la pena de muerte en la *vida* de los europeos. Nuestra percepción de la vida y el castigo está evolucionando, y Beccaria sostuvo en el siglo XVIII que deberíamos mirar dentro de nuestros "corazones" para encontrar la legitimidad para el castigo (Beccaria 1983), y por ello el Consejo está intentando desterrar ese castigo de nuestros corazones. Se investiga si la construcción de este elemento cognoscitivo ha permitido apartarse de la tradicional filosofía, que conllevó la aceptabilidad de la pena de muerte como contrato social, y si se ha construido un nuevo contrato social europeo que haga ilegítima cualquier cláusula por la que los Estados Miembros soberanos se reserven la pena de muerte.

Pero los corazones y las conciencias pueden cambiar, y Freud nos recuerda que puede haber cambios emocionales especialmente cuando se confrontan cuestiones de vida y muerte (ver Freud 2005, 167-194, 219-232). De ahí que se argumente que el Consejo necesita asegurar una continua renuncia a ese castigo a través del apoyo continuo por parte de mecanismos académicos de las políticas de derechos humanos previstas en el Convenio y políticos nacionales, y por el público en general de los Estados Miembros del Consejo. En ese sentido, el discurso so-

bre la pena de muerte tiene que ser visto como una historia de nunca acabar, que requiere que el estudio de la pena de muerte dentro de los países que la han suprimido no muera sólo porque el Consejo ha declarado que Europa es un "área libre de pena de muerte" (Consejo de Europa 2007ª, 8). Aunque la pena de muerte está ahora completamente eliminada de las leyes del derecho inglés, Michael Mansfield QC afirmó en una conferencia pública en la Universidad de Warwick que:

> "hay una *gran necesidad* de velar por que se reconozca que la tarea es, y será siempre, educar. Es necesario velar por que… el público en general comprenda los argumentos, de modo que el peligro disminuya. Que la amenaza de que vuelva la pena capital sea menor… Si el público entendió correctamente qué era lo que se debatía, en ese caso uno puede afirmar con certeza que su vuelta sería limitada (Mansfield 2004)".

Este capítulo es un intento de hacer frente a la "gran necesidad" de la educación continua en el Consejo y en sus Estados Miembros. Empezaremos investigando lo que es, quizás, la cuestión (Foucault 1981) de cómo la soberanía de los Estados Miembros fue utilizada primordialmente para preservar el derecho a imponer la pena de muerte durante la redacción del texto del *Convenio*.

La redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Los Estados europeos han manifestado históricamente en una flexible retórica el derecho a imponer la pena de muerte (Guizot 1848; Foucault 1976; Spierenburg 1984; Evans, 1997). Este fenómeno de poder político fue tan potente que incluso se hizo patente en los debates previos a la redacción del *Convenio* en 1949-50. La pura presencia del derecho del Estado a imponer la pena de muerte se yuxtapuso paradójicamente con la deontología misma del texto formulado. ¿Cómo sucedió esto si el *Convenio* se propuso elevar los derechos humanos de los europeos?

El proceso de redacción del *Convenio* siguió específicamente la orientación del *Estatuto del Consejo de Europa de 1949*[6], artículo 1, que exhortaba *inter alia*, a un reconocimiento de las "ideas y principios que son una herencia común de los Estados miembros". La identificación de tal "herencia común" es de fundamental importancia y el Grupo de Ofi-

---

6 Estatuto del Consejo de Europa, ETS. Núm. 1, 5 de mayo de 1949.

ciales de la Secretaría perfiló los aspectos esenciales de dicha historicidad como "la influencia acumulativa de la filosofía griega, del derecho romano, de la Iglesia cristiana de Occidente, del humanismo del Renacimiento y de la Revolución francesa" (Grupo de funcionarios de la Secretaría 1970, 8). Una lectura de esta genealogía filosófica e histórica podría señalar la evolución moral y ética que culmina con los argumentos humanistas para el reconocimiento de una deontología individual. Sin embargo, los antecedentes históricos señalan asimismo la aceptación de la pena de muerte en la filosofía griega por parte de Aristóteles (Aristóteles 1981, 227) y Platón (Platón 1987, 355-360), el sangriento uso de la pena de muerte en el Código romano draconiano (Plutarco 1952, 70), la Cristiandad trajo las devastadoras inquisiciones (Megivern 1997, 97-122), el Renacimiento fue testigo de la evolución de los argumentos de Kant en el sentido de que la pena de muerte era un imperativo categórico para el cumplimiento de la *lex talionis* (Kant 1970, 154-159) y la Revolución Francesa reveló las nuevas tecnologías de ejecución con la invención de la guillotina del Dr. Ignace Guillotin (Soubiran 1964).

Una lectura más exhaustiva revela que esta herencia europea también anunciaba los argumentos *en contra* de la pena de muerte. Tucidides fue el primero que documentó un debate sobre la pena de muerte, que tuvo lugar en Atenas en el año 427 a.C., gracias al cual la rebelión de los mitilenos no fue castigada con la muerte por los atenienses (Tucidides 1972, 212-222). Marco Tulio Cicerón, en su conspicua oratoria argumentó en los tribunales romanos en contra de la pena de muerte (Cicerón 1990), y en las primeras épocas de la Cristiandad la secta valdense se opuso a la imposición católica de dicho castigo (Megivern 1997, 99-103). El humanista italiano Beccaria fue quizás el padre del movimiento moderno en contra de la pena de muerte en Europa (Beccaria 1983), y Voltaire exportó el Humanismo italiano a Francia (Voltaire 1994). Desde el poder, y antes de abrazar un viril uso de la guillotina, Robespierre rehusó vehementemente este castigo (Marat 1975, 106-107), y Bentham adoptó su teoría utilitarista para atacar específicamente la eficacia del uso francés de la guillotina (Bentham 1831). Ambas cosas, es decir, la aplicación de la pena de muerte y los argumentos en contra de su imposición, están relacionados en esta genealogía de la historia de Europa, hasta la redacción de 1949-50 del *Convenio.* Por ello resulta problemática la identificación de una "herencia común" como se infiere del artículo 1 del *Estatuto*. Sin embargo, se percibe la manifestación de un poder so-

berano facultado para imponer la pena de muerte, en razón de nuestra herencia común de una sangrienta historia penal (Spierenburg 1984).

El otro artículo del *Estatuto* que tuvo una influencia significativa en el proceso de redacción fue el artículo 3, ya que prescribía *inter alia* aceptar los "principios del imperio del derecho". Para entender la interpretación de este artículo por parte de los redactores, tenemos que relatar el simbolismo de las ejecuciones de criminales de guerra que siguieron al Tribunal de Nuremberg y a otros juicios en Europa. Las ejecuciones de los nazis capturados y de sus partidarios en Europa fueron consideradas compatibles con la defensa en contra de la "tiranía", como Sir David Maxwell-Fyfe afirmó durante los debates de redacción, que "a través de este Convenio hacemos una advertencia, desafiamos y también devolvemos a modo de un primer contragolpe a los tiranos" (*Travaux Préparatoires 1976, 1, 120).* En 1946, la Corte Suprema de Noruega resolvió en el Asunto *Public Prosecutor v. Kling*[7] que aunque la pena de muerte no era aplicable para crímenes ordinarios en Noruega, el derecho internacional permitía la pena de muerte en tiempos de guerra. Esta resolución es coherente con el testimonio noruego ante el Comité Selecto de Gran Bretaña sobre la Pena Capital en 1930, y señala una legitimidad de la ejecución de criminales de guerra después de la Segunda Guerra Mundial (SCCP 1930). Además, después de la Guerra, en la Coalición Nacional para la Abolición de la Pena de Muerte, con sede en Londres, se dejó constancia de que Noruega, Dinamarca, Holanda y Bélgica se reservaron la posibilidad de aplicar la pena de muerte para "los peores crímenes de colaboración con el enemigo" (Consejo Nacional para la Abolición de la Pena de Muerte 1945-46, 4).

La defensa del imperio del derecho, según lo reconoce el artículo 3 del *Estatuto,* permitía la pena de muerte como castigo aceptable en el marco del *Convenio.* En ese tiempo la pena de muerte para crímenes de guerra fue parte de la mayoría de la legislación estatal interna, y ningún Estado (según consta) ha argumentado en los debates de redacción que este castigo fuese contrario a la formulación del *Convenio* sobre derechos humanos. La pregunta fundamental que hay que hacerse es por qué

---

7 (1946) 13 Ann. Dig. 2162 (Corte Suprema, Noruega), citada en Schabas 2002, 1.

los nueve países[8] que firmaron el *Convenio* original y que eliminaron la pena de muerte para delitos comunes, permanecieron en *silencio* respecto a esta cuestión. Se sostiene que durante este período de la historia de Europa ese silencio fue el resultado del continuo sentimiento político de que la pena de muerte era un producto de la jurisdicción exclusiva del Estado. Los derechos humanos no penetraron en este control político del derecho penal nacional, y la pena capital simplemente no se veía como una violación *per se* de los derechos humanos establecidos en el *Convenio* de Derechos Humanos (Simpson 2004, 876).

Los debates de redacción del *Convenio* fueron publicados en una colección editada de los *travaux préparatoires,* y en ellos había pocas referencias directas a debates sobre la pena de muerte. Torkel Opsahl afirmó que "si hubo alguna discusión acerca de lo que se pretendía (con respecto a la pena de muerte), poco revelan los *travaux préparatoires* publicados" (Opsahl 1993, 28; ver también Ramcharan 1985, 57-61) y Fawcett observó, en relación a la ausencia de debate sobre el artículo 2 (1) que, "prácticamente no ha quedado constancia de debates" (Fawcett 1987, 34). Sin embargo, los *travaux préparatoires* revelan que hubo numerosos participantes que hicieron comentarios en relación con la pena de muerte. Entre ellos Maccas, el representante griego en la primera sesión de los debates de redacción, que se refirió a la ejecución de Sócrates, el filósofo griego antiguo (*Travaux Préparatoires* 1976 1, 108). También en la primera sesión no se planteó qué se entendía por "seguridad de la persona", ni si una ejecución violaba esta seguridad (*Travauz Préparatoires 1976 1, 160).* En el mismo debate, el representante turco, M. Düsüsel, cuestionó la validez de "los llamados tribunales populares que condenan a muerte y de las autoridades de ejecución"; y afirmó que dichos tribunales eran una "parodia de la justicia" (*Travaux Préparatoires* 1976 2, 30). Pero estos comentarios no fueron recogidos como cuestiones esenciales del derecho a imponer la pena de muerte ni de la compatibilidad o no de este castigo con los derechos humanos. Además no se

---

[8] Los países representados en los debates de redacción y que habían eliminado la pena de muerte para crímenes ordinarios eran Bélgica, que eliminó la pena de muerte en 1949 (pero consecutivamente la introdujo en 1975 como un castigo discrecional en casos de secuestro y en 1976 en casos de secuestros de aviones), Dinamarca (1933), el Oeste de Alemania (1949), Islandia (1928), Italia (1947), Luxemburgo (1950), los Países Bajos (1870), Noruega (1905) y Suecia (1921).

han indicado las razones de la propuesta del Reino Unido al Comité de redacción, que decía lo siguiente:

> 1. Nadie será privado de su vida intencionalmente.
>
> 2. No habrá ninguna excepción a esta norma, excepto cuando la muerte tiene lugar en aquellos Estados en los que la pena capital es legal, debido a la consecuencia de la ejecución de esa pena, de conformidad con la sentencia de un tribunal (*Travaux Préparatoires* 1976, 3, 158).

Y que luego se convirtió en el artículo 2 (1) con el texto siguiente:

> "El derecho de cada uno a la vida será protegido por la ley. Nadie será privado de su vida intencionadamente excepto en la ejecución de una sentencia pronunciada por un tribunal tras su condena por un crimen para el cual la ley haya establecido dicha pena".

Opsahl observó que no se opusieron objeciones a "la propuesta del Reino Unido y que no hay señales de que se haya intentado o siquiera considerado establecer restricciones o limitaciones a su uso" (Opsahl 1993, 217). Todo lo que tenemos es la propuesta presentada y después la propuesta enmendada, que es perceptiblemente eufemística. La propuesta del Reino Unido adoptó las frases "cuando la muerte tiene lugar", y "en los que la pena capital es legal", y tal uso idiomático describe clara y acertadamente las consecuencias de la pena de muerte. Sin embargo, el artículo 2 (1) cambió la descripción a "privación de la vida" y "para el cual la ley haya establecido dicha pena". Ambas referencias específicas a la "muerte" efectiva y el nombre del castigo, "pena capital" fueron borradas.

Camus hizo referencia a los artículos periodísticos y a los estudios sobre la pena de muerte durante este período en Europa y afirmó que "la gente escribe acerca de la pena capital como si estuviese susurrando… dado que todo el mundo trata de referirse a ella sólo a través de eufemismos" (Camus 1957, 176). Freud nos ayuda a entender una visión psicoanalítica de la "muerte" en la época anterior a la Guerra cuando afirma que "hemos enseñado la inequívoca tendencia a "archivar" la muerte, a eliminarla de la vida. Tratábamos de acallarla" (Freud 1968, 15). Aunque sin una relación específica con el texto del *Convenio,* tanto Camus como Freud quizás brindan ideas para interpretar el proceso de redacción que archivó las palabras "muerte" y "pena capital" del artículo 2 (I). Ya sea que los redactores se propusieran o no que la redacción fuese eufemística, la consecuencia en la redacción final del artículo mi-

nimiza la descripción de la *violación* física al condenado. Parafraseando a Baxi, la violación *humana* pronunciada por la condena a muerte y la ejecución no fue considerada como una violación de *derechos humanos* (Baxi 2006, 9).

Después de mi lectura de los debates sobre la redacción sostengo que, aunque los Estados Miembros del Consejo querían asegurarse de que la elección de imponer o no la pena de muerte fuese un "derecho" soberano, el cambio eufemístico desde la propuesta del Reino Unido hasta la redacción del artículo 2 (I) revela una incertidumbre política e intrínseca acerca del castigo. James Megivern señaló que después de la Segunda Guerra Mundial el "viejo argumento utilizado para justificar la legitimidad teórica del derecho de los Estados a ejecutar… nunca sonaría igual después de Hitler" (Megivern 1997, 282). Los Gobiernos estaban sintiéndose cada vez más incómodos con el poder que tuvieron después de las muertes masivas de la Segunda Guerra Mundial. Esta incertidumbre política después de la Guerra en contra de la pena de muerte realmente duraría hasta 1981, cuando Europa Occidental empezó a ser testigo de la supresión de dicho castigo para los delitos comunes. En el mundo occidental la inquietud que provocaba a los Estados Miembros dicha pena llevó a la adopción por los gobiernos de sus *propias* decisiones para "archivar" dicho castigo[9]. De manera significativa, este cambio cognitivo se hizo a través de distintas sensibilidades sociales y políticas (Rorty, 1993; Garland 1990; 2001), y este viraje político fue decidido sin que hubiese un discurso centralizado ni codificado sobre los derechos humanos previstos en los *Convenios* (Zimring 2002, 28-33). Exploraremos ahora dicho fenómeno penológico.

---

[9] Esta decisión gubernamental tiene que ser vista como el proceso político y legislativo para el debate en los parlamentos nacionales, que llevó a la eliminación de la pena capital de las legislaciones y de la constitución para delitos comunes. Como se ha dicho, Bélgica reintrodujo la pena de muerte en los setenta pero los Tribunales se negaron a imponerla y no fue aplicada. En el Reino Unido, el proceso para eliminar la pena de la legislación fue iniciado a través de una votación libre en el Parlamento, y agradezco a Roger Hood por haberme subrayado este hecho.

La eliminación de la pena de muerte en Europa Occidental

Tras la adopción del *Convenio*, a los nueve Estados signatarios que habían eliminado la pena de muerte se les unió Austria, que abandonó este castigo para los delitos comunes en 1950. Luego, entre 1950 y 1981, el Reino Unido (lo suspendió en 1965 y confirmó su decisión en 1969), Portugal (1976[10]), España (1978) y finalmente Francia (1981[11]). Hacia 1981, Europa Occidental había rechazado colectivamente la posibilidad de imponer la pena de muerte por delitos comunes. Esto no era nada menos que una revolución penológica, que había ocurrido sin ninguna declaración *oficial* del Consejo en contra de ese castigo. Es difícil extraer una teoría general que sugiera por qué se renunció a la pena de muerte. William Schabas ha advertido que "parece que no hay una fórmula determinada, ya que cada país encuentra su propio camino hacia la abolición" (Schabas 2004, 444) y Roger Hood ha declarado también en este sentido que "no ha habido ningún modelo" (Hood 2002, 25). Hood señaló varios métodos que se reflejaban en el hecho de que algunos países eliminaron la pena de muerte a través de un acto político cuando asumieron el poder nuevos regímenes, y otros países siguieron procesos de restricción y moratorias hasta la supresión final (Hood 2002, 24).

El sistema de derechos humanos del *Convenio* no había aportado directamente un paradigma para este cambio en la política penal. En muchos sentidos, se llevó a cabo un cambio cognitivo, cambio concerniente al papel y la responsabilidad del Estado con respecto a la protección del derecho a la vida de sus habitantes. Después de la Segunda Guerra Mundial, los Gobiernos retencionistas de Europa Occidental empezaron a prestar más atención a los movimientos contrarios a la pena de muerte. La ola de cambios inundó las riberas europeas, y, por primera vez en su historia, cada gobierno de Europa Occidental aceptó que la pena de muerte no era un instrumento penológico eficaz. El jurista de Oxford, Hart, había afirmado que la cuestión central que debía debatirse en el ámbito de dicho castigo era la siguiente:

---

10 Portugal había eliminado la pena de muerte para delitos militares en 1976, pero abolió la pena de muerte para delitos comunes en 1867.

11 Francia eliminó este castigo para todos los tipos de delitos en 1981.

> "en cualquier discusión pública de este tema la cuestión que parece ser la más importante es la de cuál es el carácter y el peso de las pruebas de que la pena de muerte es necesaria para la protección de la sociedad y qué pruebas hay de que tiene una fuerza disuasoria única comparada con la alternativa del encarcelamiento." (Hart 1968, 71).

Hart indicó que el efecto disuasorio y la utilidad general del castigo era "la raíz del asunto", la "cuestión fundamental planteada al preguntarse si la pena de muerte debía ser abolida o retenida (*ídem*). En 1831 Bentham había demostrado claramente que no había una especial calidad disuasoria inherente a este castigo (Bentham 1831), pero sólo después de la Segunda Guerra Mundial este tipo de argumentos se convirtieron en una advertencia política más seria (Koestler 1956). Los gobiernos estaban decidiendo, según Michel Foucault, "no castigar menos, sino castigar mejor" (Foucault 1977). Este *castigo mejor* resultó evidente cuando se reconocieron los defectos de la posición utilitarista. Las conclusiones del Comité de la Pena Capital en 1930 se arraigaron, y la Real Comisión de la Pena Capital de 1949-1953 examinó ejemplos comparativos de Europa y de otros lugares, y ambos informes indicaron que no se podía demostrar que esa pena tuviese un efecto disuasorio mayor que la condena a penas de prisión (SCCP 1930, lxvii; RCCP 1953). Según su testimonio ante la Real Comisión, Lord Templewood indicó:

> "parece ser ineludible la conclusión, con independencia de lo que se argumente en sentido contrario, de que la existencia de la pena de muerte cambia las cosas para la seguridad de la vida. Esta conclusión ha de ser repetida una y otra vez" (Templewood 1951, 85).

Este reconocimiento del fracaso del valor utilitario resultó yuxtapuesto al argumento de que se puede ejecutar a inocentes. Esta posibilidad tan repulsiva se convirtió en un tema preocupante para el Comité de la Pena Capital, y sus miembros, tras prestar gran atención a los debates, concluyeron que "las pruebas que tenían ante sí el Comité no podían disipar completamente estas inquietantes y horribles consideraciones" (SCCP 1930, xlix). En su testimonio ante el Comité, el señor Herbert Samuel afirmó lo siguiente: "no pienso que podremos algún día decir que ningún hombre inocente ha sido ejecutado por asesinato en el pasado, ni que tengamos una seguridad absoluta de que ningún hombre inocente será condenado y ejecutado en el futuro" (*ídem).* También el Comité citó la declaración de Lafayette ante la Asamblea fran-

cesa, quien mantuviera: "la abolición de la pena de muerte hasta que me demuestren la infalibilidad del juicio humano" (*ídem,* 222) y Lord Shaw de Dunfermline apuntó, en un sentido similar, que "todo juicio humano se mezcla con un error humano, y en las cuestiones de vida y muerte ningún juicio tendría que llevar el peso de un destino irreparable" (*ídem,* xlix). Además, después de la Guerra la pena de muerte dejó de utilizarse como instrumento de castigo retributivo. Lord Templewood había comunicado a la Real Comisión de la Pena Capital que "el elemento de reforma ha llegado a predominar" (RCCP 1953, 17) y aunque Sir John Anderson no argumentara a favor de la eliminación de la pena de muerte, su testimonio demuestra claramente una renuncia a la venganza cuando argumenta que "en nuestra consideración del derecho penal ya no se admiten conceptos primitivos tales como… retribución" *(idem).*

Hart afirmó que el informe de la Comisión Real "introdujo nuevos estándares de claridad y relevancia en los debates (de la pena de muerte)" (Hart 1968) y Zimring confirmó que el "informe de la Comisión Real… fue una plataforma propulsora para repensar la pena capital en el mundo desarrollado" (Zimring 2004, 20). Seguramente los abolicionistas, Arthur Koestler y Albert Camus, en los años cuarenta y cincuenta, usaron los informes de 1930 y de 1949-53 en sus argumentos contra este castigo (Koestler 1956, 60; Camus 1957, 192, 195). De ahí que la sólida posición contraria a la pena de muerte pueda ser vista *no* como específicamente influida por el *Convenio,* sino determinada por un cálculo político basado en los mejores mecanismos penales de la política interior. En 1961, Arthur Koestler y C. H. Rolph, formularon "Un Credo para Abolicionistas", y no mencionaron específicamente los derechos humanos ni el *Convenio,* pero basaron los argumentos en contra de la pena de muerte en el fracaso del utilitarismo, la irremediable naturaleza del castigo y la incompatibilidad del retribucionismo con la sociedad civilizada (Koestler y Rolph 1961, 142-3). A comienzos del proceso de eliminación de la pena capital en el derecho francés en 1981, Michel Foucault se preguntaba:

> "¿Queremos que el debate sobre la pena de muerte sea algo más que un debate sobre las mejores técnicas de castigo? ¿Queremos que sea la ocasión y el comienzo de una nueva reflexión política? Entonces se debe abordar el problema del derecho a matar en su raíz misma, por cuanto el Estado ejerce ese derecho en sus diversas formas (Foucault 1981 en Faubion 2002, 460-461)".

Foucault señaló que la principal forma de estudiar la pena de muerte en ese momento en Francia debía consistir en una "nueva reflexión política", que observara el "derecho a matar en su raíz misma". El principal eje teórico de Foucault se refería a las tecnologías del poder soberano y a la forma en que se manifiesta ese poder, y ello explica que no hubiese tenido presente una crítica desde la perspectiva de los derechos humanos. Antes de la completa supresión de la pena de muerte para delitos comunes en Europa Occidental, la doctrina más importante ponía de manifiesto que el argumento predominante giraba en última instancia en torno a las técnicas de castigo y a su utilidad (Hart 1968, 71).

Sin embargo, si dejásemos en ese punto el debate no se revelaría el panorama completo y no podríamos comprender globalmente cómo el *Convenio* llegó a tener influencia. Lo que se debería señalar es que aunque durante este período no se hizo referencia a los mandatos específicos del *Convenio*, las ideas humanitarias se utilizaron para argumentar en contra de la crueldad de las ejecuciones (ver Hart 1968, 64), y en Francia, Camus, Robert Badinter y otros se habían referido a la naturaleza inhumana de la guillotina (Camus, 1957; Foucault 1976). Por consiguiente se puede concluir que aunque no se destaca especialmente la función del *Convenio* en los argumentos contra la pena de muerte, lo que había ocurrido era que sentimientos humanistas incorporados en el *Convenio* contribuyeron indirectamente al abandono de ese castigo. Luego, una serie de discursos abrieron el paso a la formulación de una política del Consejo sobre la pena de muerte. A continuación investigaremos cómo el Consejo ha incluido la pena de muerte entre las cuestiones específicas de derechos humanos.

La evolución del discurso de los derechos humanos y la interpretación del Protocolo número 6

Hacia 1981, el discurso del Consejo acerca de la pena de muerte pudo verse como una *puesta al día* con los Estados de Europa Occidental, en lo relativo a su renuncia de este castigo. El Consejo empezó lo que puede denominarse un "experimento" para determinar si una renuncia de los Estados Miembros se podía transformar en un discurso de derechos humanos. En la sesión inaugural de los debates de redacción del *Convenio*, el *relator*, Henri-Pierre Teitgen señaló que:

> "necesitaríamos años de mutua comprensión, de estudio, y de experimentos colectivos, incluso para intentar después de muchos años, sin ninguna esperanza de éxito, formular una definición completa y general de todas las libertades y de todos los derechos que Europa debería conferir a los europeos (*Travaux Préparatoires* 1976 I, 44)".

Durante este tiempo, como ya se ha dicho antes, el Consejo no había podido establecer que la pena de muerte infringió la "definición general" de los "derechos que Europa debería conferir a los europeos" y la evaluación del castigo quedó como una cuestión exclusivamente estatal. Esto quedó confirmado en 1957 cuando la aplicación de la pena de muerte en Chipre por las autoridades coloniales británicas no fue considerada por la Comisión Europea de Derechos Humanos como una violación del *Convenio*[12].

Marc Ancel elaboró el primer informe oficial del Consejo de Europa sobre la pena de muerte en 1962, para la Comisión Europea sobre problemas penales. Enunció el mandato metodológico para el informe como la investigación de la pena de muerte, "principalmente desde el ángulo del derecho sustantivo y de la práctica actual de los Estados partes del Consejo" (Consejo de Europa 1962, 9). En ese sentido, Ancel afirmó que "el estudio abandona deliberadamente los aspectos filosóficos, morales y teológicos de dicha cuestión" (*idem*, 38). Pero algunos Miembros de la Asamblea Parlamentaria sostuvieron que el alcance de las investigaciones relativas a la pena de muerte debía ser ampliado, ante la observación de Hans Christian Krüger de que el trabajo inicial del Consejo "no produjo resultados" (Krüger 1999, 65).

Se estaba anunciando el cambio en las formas de abordar el discurso. En 1973, Astrid Bergegren, una parlamentaria sueca, propuso una moción en la Asamblea Parlamentaria y argumentó que "la pena capital tiene que ser ahora vista como inhumana y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (Consejo de Europa 1973), y en un informe de 1976, la Comisión de Asuntos Legales

---

12 *Aplicación del Gobierno del Reino de Grecia, en contra del Gobierno del Reino Unido y el Norte de Irlanda,* no. 176/56, *Aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales a la Isla de Chipre, Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos,* Doc. No. A 42.048 (artículo 31 de la Convención) (Estrasburgo, 26 de septiembre de 1958).

de la Asamblea Parlamentaria, Bertil Lidgard declaró que "la abolición de la pena de muerte es uno de los problemas que implican a los principios básicos de las ciencias morales, filosóficas, jurídicas y criminológicas, políticas y otras ciencias" (Consejo de Europa 1976, 1). Aunque Lidgard intentó extender el alcance de sus investigaciones, en esos momentos la Asamblea Parlamentaria no pudo unificar su posición para llevar la pena de muerte al ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, la ampliación del alcance de la investigación llevaría luego en 1980 a la Asamblea Parlamentaria a adoptar su posición más firme en cuanto a los derechos humanos en un informe, una Resolución y una Recomendación. Estas disposiciones de la Asamblea Parlamentaria establecían que la pena de muerte era ahora una cuestión de derechos humanos y que el artículo 2 (I) del *Convenio* tenía que ser enmendado para rechazar la posibilidad de imposición de dicho castigo (Consejo de Europa, Informe 1980; Resolución 727 (1980); Recomendación 819 (1980). La resolución 727 declaraba lo siguiente:

> La Asamblea,
>
> 1. Considerando que la pena capital es inhumana.
>
> 2. Pide a los Parlamentos de aquellos Estados Miembros del Consejo de Europa que han conservado la pena capital para delitos cometidos en tiempos de paz, que la eliminen de sus sistemas penales.

Estos primeros pasos en la búsqueda de los parámetros de los derechos humanos hicieron que la Asamblea Parlamentaria declarara la pena de muerte como una violación *per se* del artículo 3 del *Convenio,* que prohíbe *inter alia* los castigos inhumanos. El primer punto afirmaba que "la pena capital es inhumana" y, como consecuencia de dicha nueva posición, el punto segundo exigió la abolición en tiempos de paz. El tercer punto concluía con una recomendación de la Asamblea Parlamentaria en el sentido de que "el Comité de Ministros enmiende el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para ponerlo en consonancia con la Resolución 727 (1980) de la Asamblea". Sin embargo, no está claro cual debía ser el texto enmendado. Una primera lectura podría ser que, a raíz del primer punto, la segunda frase completa del artículo 2 (I) tuviera que ser eliminada por ser una supuesta violación del artículo 3. Otra lectura que se puede proponer es que el segundo punto hace necesaria una enmienda que refleje que la pena de muerte sólo podrá ser aplicada en tiempos de guerra. Fue esta segunda lectura la que se reflejaría durante la redacción de lo que llegó a ser el

Protocolo núm. 6 de 1983. El artículo 1 de este *Protocolo* pide la abolición de la pena de muerte y el artículo 2 afirma:

> "Un Estado puede prever en su legislación la aplicación de la pena de muerte con respecto a actos cometidos en tiempo de guerra o bajo una inminente amenaza de guerra; dicha pena tendría que ser aplicada sólo en los casos contemplados en la ley y de conformidad con sus disposiciones…".

En virtud del *Protocolo número 6,* la pena de muerte se limita a delitos en tiempos de guerra o ante una inminente amenaza de guerra. Sin embargo, el Comité de Ministros no había legislado para recoger la enmienda del artículo 2 (I), y Renate Wohlwend, *relatora* del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos, afirmó que el *Protocolo número 6* adolecía de tres debilidades esenciales. En primer lugar, no abolió la pena de muerte en tiempos de guerra o de una inminente amenaza de guerra, en segundo lugar no previó ningún obstáculo formal para que se volviese a imponer la pena de muerte, y finalmente no enmendó el artículo 2 (I) del *Convenio* (Consejo de Europa 2002ª). Esto ponía claramente en entredicho los argumentos de la Asamblea Parlamentaria en el sentido de que la pena de muerte es *per se* una violación del artículo 3 del *Convenio.* Pero desde 1973 hasta nuestros días, la Asamblea Parlamentaria ha sostenido repetidamente que la pena de muerte *es* una violación del artículo 3 (ver por ejemplo Consejo de Europa 1994; 2001; 2003; 2005), y Wohlwend lo confirmó en 2006:

> "En los últimos doce años la Asamblea Parlamentaria ha adoptado no menos de cinco Resoluciones y cuatro Recomendaciones sobre la abolición de la pena de muerte, reafirmando sin cesar su absoluta oposición a la pena capital, que considera un acto de tortura y un castigo inhumano y degradante, y sin lugar a dudas la más grave violación de todos los Derechos Humanos (Consejo de Europa 2006ª, I)".

La intrínseca frustración en esta cita revela una fricción entre la interpretación de la Asamblea Parlamentaria y la del Comité de Ministros. Como legislador del Consejo, el Comité de Ministros suele ser más reservado cuando trata del texto de las Convenciones y los Protocolos del Consejo. El Comité de Ministros está integrado por los Ministros de Justicia de los Estados Miembros, y por ello la legislación restrictiva tal vez revela la sombra de los Estados soberanos presente sobre los distintos procesos de redacción con el fin de reservar a los Estados el derecho a definir los derechos humanos (Baxi 2006), y esto se analiza y de manera más detallada más adelante. Danny Nicol ha señalado que

la Asamblea Parlamentaria asume "con entusiasmo" la redacción de la legislación de derechos humanos, pero el Comité de Ministros es más "cauteloso", y esto se puede observar en los ejemplos anteriormente mencionados acerca de la pena de muerte (Nicol 2005, 154). La razón de estos distintos enfoques interpretativos puede situarse en la incapacidad de los órganos para unificar su enfoque de la cuestión de la soberanía: *¿cuán lejos pueden llegar los derechos humanos para penetrar el derecho soberano de la pena de muerte?* La Asamblea Parlamentaria intentó adelantar las fronteras radicales de los derechos humanos, mientras que la precaución del Comité de Ministros se debía a que quería asegurar el papel de cada Estado Miembro en la determinación de la renuncia a ese castigo.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) está más en consonancia con el enfoque restringido del Comité de Ministros, que con los avances radicales de la Asamblea Parlamentaria. El Tribunal (y previamente la Comisión Europea de Derechos Humanos) había establecido que hasta que el artículo 2 (I) fuese enmendado, el artículo 3 no podía prever *per se* una prohibición de la pena de muerte. En *Kirkwood versus Reino Unido*[13], la Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo en cuenta por primera vez esta posibilidad, afirmando que:

> "la Comisión toma nota de que se puede ver una cierta desarmonía entre los artículos 2 y 3 del Convenio. Mientras que el artículo 3 prohíbe todo tipo de tratos y castigos inhumanos y degradantes sin ningún tipo de salvedad, el derecho a la vida no está protegido de una manera absoluta. El artículo 2 (I) prevé expresamente la posibilidad de imponer la pena de muerte"[14].

Esta decisión de 1985 es contraria a la posición actual de la Asamblea Parlamentaria y refleja el conflicto en los órganos del Consejo. En la decisión de 1989 del Tribunal sobre *Soering vs. Reino Unido*, Amnistía Internacional presentó un escrito *amicus curiae*, y partiendo de la base de su Declaración de Estocolmo de 1977, argumentó que la evolución de los estándares de la interpretación del *Convenio* significaba que la pena de muerte ahora tendría que considerarse como una violación del artí-

---

13 *Kirkwood versus Reino Unido* (Aplicación No. 10308/83) (1985) 37 DR 158, página 184.

14 Ídem, página 190.

culo 3[15]. El Tribunal desechó la posibilidad de tal tipo de interpretación evolutiva que de hecho habría hecho inoperativo al artículo 2 (I) (ver Mowbray 2005 y ratificación, 66-68). El Tribunal consideró la entrada en vigor del *Protocolo número 6* y la firma de los Estados Miembros y afirmó lo siguiente:

> "el Convenio ha de leerse en su conjunto y, por consiguiente, el artículo 3 tendría que ser interpretado en armonía con lo previsto en el artículo 2. Sobre esta base es evidente que el artículo 3 no puede haber sido concebido por los redactores del Convenio de modo que incluyese una prohibición general de la pena de muerte, ya que anularía el texto claro del artículo 2 (I). Podría entenderse que la práctica posterior de las *políticas penales nacionales,* en la forma de una generalizada abolición de la pena capital, ha establecido el acuerdo de los Estados contratantes de suprimir la excepción prevista en el artículo 2 (I) y en consonancia eliminar un límite textual a las posibilidades de dar una interpretación evolutiva al artículo 3. Sin embargo, el Protocolo número 6, como posterior acuerdo escrito, muestra que la *intención de las partes contratantes,* tan recientemente como en 1983, era adoptar el método normal de enmienda del texto para introducir una nueva obligación de eliminar la pena capital en tiempos de paz y, lo que es más, hacer esto por medio de un instrumento facultativo *que permitiese a cada Estado elegir el momento en que asumiría tal acuerdo.* En estas condiciones, no obstante el especial carácter del Convenio, el artículo 3 no puede ser interpretado como una prohibición general de la pena de muerte"[16].

Esta decisión confirma que el artículo 3 debía ser leído en armonía con el artículo 2 (I), y[17] en caso de algún conflicto, prevalecería el "derecho" de los Estados Miembros de elegir si aplicar o no esta pena de muerte, ya que no se estableció ninguna prohibición general de esta pena. En 1989, el artículo 3 fue considerado por el Tribunal como limitado a analizar el alcance del "derecho" de los Estados Miembros a imponer la pena de muerte, pero no a atacar a ese "derecho" en sí mismo. En consecuencia, el Tribunal observó que la característica determinante de la restricción del castigo dependía de opiniones individuales adoptadas por los Estados Miembros por medio de la firma y ratificación del *Protocolo número 6*, como una expresión de "política penal nacional". Lo que había ocurrido hasta 1989 fue que, aunque hubo un conflicto entre

---

15 *Soering vs. Reino Unido* (Aplicación No. 14038/88) Series A, No. 161 (1989) para 8.

16 Ídem, página 102-4.

17 Siguiendo el razonamiento de la sentencia *Klass y otros vs. Alemania,* sentencia del 6 de septiembre de 1978, Serie A No. 28, página 31, parágrafo 68.

los distintos órganos del Consejo, se había iniciado y estaba evolucionando un escrutinio pormenorizado, desde la perspectiva de los Derechos Humanos de la pena de muerte. Con la entrada en vigor en 2002 del *Protocolo número 13*, que prescribe la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, se repetiría inevitablemente esta fricción por cuanto a la armonía de los artículos 2 (I) y 3.

La redacción e interpretación del Protocolo número 13

De acuerdo con la Asamblea Parlamentaria, el siguiente proyecto legislativo consistió por lógica en formular un protocolo para la completa eliminación de la pena de muerte en los Estados Miembros del Consejo. Tal protocolo eliminaría la excepción "en tiempos de guerra" que había previsto el *Protocolo número 6.* Sin embargo, la fricción legislativa entre la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros se hizo de nuevo evidente. El grupo relator sobre Derechos Humanos presentó el proyecto de Protocolo (Consejo de Europa 2001 b) y el Comité de Ministros tuvo en cuenta el texto y el informe explicativo y los presentó a la Asamblea Parlamentaria para que formulara su opinión al respecto (Consejo de Europa 2001 c). El artículo 2 (I) no estaba expresamente enmendado en el texto del proyecto de Protocolo y esto fue considerado por la Asamblea Parlamentaria como un defecto del texto, ya que "en última instancia interesa en la Asamblea suprimir la segunda frase del artículo 2" (Consejo de Europa 2002). El Grupo Relator sobre Derechos Humanos consideró la opinión de la Asamblea Parlamentaria y afirmó lo siguiente:

> "Con respecto a la opinión de la Asamblea, el Grupo, al mismo tiempo que celebraba su firme apoyo político a ese protocolo, llegó a la conclusión de que no era aconsejable acceder a la Recomendación… Según el Grupo tal tipo de enmienda sólo presentaría un interés limitado habida cuenta de que el pretendido efecto legal respecto del artículo 2 del Convenio se lograría igualmente a través de un protocolo adicional. Además, la enmienda podría, según el Grupo Relator sobre Derechos Humanos, plantear algunas cuestiones jurídicas, concernientes entre otras cosas a declaraciones y reservas territoriales, que iban más allá del alcance del examen del protocolo en sí mismo, lo cual podría retrasar excesivamente la adopción de este importante texto (Consejo de Europa 2002b)".

El Grupo Relator sobre Derechos Humanos exponía argumentos legales complejos, aunque no del todo justificables, que frustraban los

esfuerzos de la Asamblea Parlamentaria. Adujo que el *Protocolo número 13* alteraría implícitamente el artículo 2 (I), y que el "efecto legal pretendido" sería alcanzado "en la práctica". Tal interpretación no conlleva una posición jurídica coherente. El artículo 5 del *Protocolo número 13* subrayaba la relación del Protocolo con el *Convenio,* disponiendo que "el Protocolo será considerado como un conjunto de artículos adicionales al Convenio", y no que enmienda al *Convenio* en la práctica. Pero el "Comentario" final sobre las disposiciones del Protocolo", acerca del artículo 5, fue un intento de aclarar la situación:

> "Como Protocolo adicional en sí no deroga el artículo 2 del Convenio en lo que concierne a las Partes en el Protocolo, dado que la primera frase del parágrafo I y toda la frase del parágrafo 2 de dicho artículo siguen siendo válidas… Está claro que la segunda frase del parágrafo 1 ya no es aplicable con respecto a los Estados Partes en este Protocolo"[18].

Aunque el Comentario declara que "la segunda frase del parágrafo 1 ya no es aplicable", esta disposición sigue siendo parte del *Convenio.* El Grupo Relator sobre Derechos Humanos permitió que permaneciera por dos razones específicas concernientes a los argumentos que los Estados Miembros podían formular respecto de dicha enmienda. En primer lugar partía del supuesto de que la enmienda del artículo 2 (I) sólo sería de "interés limitado" para los Estados firmantes, y en segundo lugar suponía que la propuesta de dicha enmienda podría "plantear algunas cuestiones jurídicas, concernientes entre otras cosas a declaraciones territoriales y reservas". Sin embargo, las consideraciones territoriales han sido un factor central de la soberanía de los modernos Estados europeos desde el mandato conferido en el Tratado de Westfalia de 1648. En este sentido, la importancia del reconocimiento de los asuntos estatales no debía subestimarse. Por tanto, la seria advertencia de Renate Wohlwend ha de entenderse en este contexto. Según su opinión, el *Protocolo número 13* había dejado la puerta entreabierta a los Estados Miembros pues se preguntaba: "¿vamos a diseñar otro Protocolo (¡el tercero!) sobre la misma materia —la abolición de la pena de muerte—

---

18 *Protocolo número 13 a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, concerniente a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias,* Vilnius, 3 de mayo de 2002, Comentario sobre las previsiones del Protocolo, Artículo 5: Relación con la Convención.

para terminar por fin enmendando el artículo 2 del Convenio? (Consejo de Europa 2002 b).

En 2003 todos los Estados Miembros excepto Rusia habían firmado y ratificado el *Protocolo número 6*, y el *Protocolo número 13* fue abierto a la firma y la ratificación. Los Estados empezaron a firmar y a ratificar este último protocolo, y este cambio de la política penal colectiva, fue considerado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Öcalan vs. Turquía*[19].

La Sala del Tribunal esbozó, en primer lugar, los principios generales de interpretación del artículo 3 en consonancia con el caso *Soering*, y sostuvo que los artículos 2 (I) y 3 tenían que ser leídos en sintonía. Aunque la Sala respetaba la jurisdicción interna de los Estados, y observó que desde 1950 la política penal interna había evolucionado a través de las ratificaciones de los *Protocolos 6 y 13.* Los Estados Miembros habían elegido independientemente no imponer la pena de muerte y restringirla o eliminarla de sus legislaciones vigentes. La Sala señaló además que el artículo 3 puede ser interpretado como prohibición de la pena de muerte en tiempos de paz, y parece ser que, dado que existe el *Protocolo número 6*, cuando no hay un riesgo inminente de guerra, el artículo 2 (I) no es ahora aplicable. William Schabas ha señalado que "el Tribunal Europeo se ha pronunciado claramente en el sentido de que la pena de muerte en tiempos de paz es contraria al artículo 3", y "por lo tanto no está amparado por el artículo 2 (I)" (Schabas 2004, 428). La opinión parcialmente discrepante del Juez Türmen apoya este argumento cuando afirma que "el artículo 2 sigue permitiendo la pena de muerte en tiempos de guerra. La conclusión lógica sería entonces que la pena de muerte constituyese una violación del artículo 3 en tiempos de paz pero no en tiempos de guerra (porque está permitida por el artículo 2)"[20].

El rechazo de la Cámara a sostener que el artículo 3 prevé ahora una prohibición absoluta de la pena de muerte fue impugnado en apelación ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2005. El demandante alegó que había tenido lugar una evolución penológica desde la redacción del *Convenio* en 1950 y que el cambio en la política de los Estados Miembros significaba que el artículo 3 tendría que ser inter-

---

19 Sentencia *Öcalan vs. Turquía* [C] Aplicación No. 46221/99, 12 de marzo de 2003.

20 Ídem, página 71.

pretado ahora como una renuncia a la pena de muerte[21]. Sin embargo, la Gran Sala estaba de acuerdo con la conclusión de la Sala en el sentido de que no podía interpretarse que el artículo 3 estableciese *per se* una prohibición. Ésta es una postura que no ha cambiado desde *Kirkwood*, en 1985. La Gran Sala también estuvo de acuerdo con las conclusiones de la Sala relativas a la armonización de los artículos 2 (I) y 3 que siguieron a la apertura a la firma del *Protocolo número 13*[22], y siguió el análisis del "método tradicional de enmienda" que se hizo en el caso *Soering* cuando sostuvo:

> "El Tribunal señala que al abrir a la firma el Protocolo número 13 (concerniente a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias), los *Estados contratantes han elegido el método tradicional de enmienda del texto del Convenio en cumplimiento de su política de abolición.* Hasta el día de esta sentencia, tres Estados Miembros no han firmado este Protocolo y dieciséis tienen aún que ratificarlo. Sin embargo, la fase final hacia la completa abolición de la pena de muerte —es decir, tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra— puede ser considerada como una confirmación de la tendencia abolicionista en la *práctica de los Estados contratantes*. Esto no está necesariamente en contradicción con la tesis de que el artículo 2 ya ha sido enmendado en tanto se permite la pena de muerte en tiempos de paz"[23].

La Gran Sala en el caso *Öcalan,* tras la adopción del *Protocolo número 13*, se negó a aplicar una interpretación evolutiva. No estaba preparada para reinterpretar el artículo 3, pero permitió a los Estados Miembros dirigir este asunto penológico a través de su "política abolicionista", y no quiso anticipar ninguna posible posición unánime de los Estados Miembros.

Hacia junio de 2007, la Asamblea Parlamentaria señaló que la Federación Rusa aún no había ratificado el *Protocolo número 6* (Consejo de Europa 2007 b; ver también 1999; 2002; 2005). El *Protocolo número 13* aún no ha sido firmado por Azerbayan y la Federación Rusa, y no había sido ratificado por Armenia, Francia[24], Letonia, Polonia y España (Consejo de Europa 2007 b). Letonia abolió la pena de muerte sólo para

---

21 Sentencia *Öcalan vs. Turquía* [C] Aplicación No. 46221/99, 12 de marzo de 2003, p. 157-158.

22 Sentencia *Öcalan vs. Turquía* [C], p. 189-196.

23 Sentencia *Öcalan vs. Turquía* [C], p. 164.

24 Francia ratificó el Protocolo número 13 el 10 de octubre de 2007.

los delitos comunes y mantuvo dicha pena para los crímenes cometidos con circunstancias agravantes en tiempos de guerra (Consejo de Europa 2006). Además, sólo en octubre de 2007 Italia llegó a suprimir completamente la pena de muerte de su Constitución (artículo 27, parágrafo 4); antes establecía que la pena de muerte podía ser aplicada en "casos previstos por leyes militares en tiempos de guerra". Este artículo fue eliminado con ocasión de la ratificación del *Protocolo número 13* en la Conferencia del Consejo de Europa y de la Comisión titulada "Europa en contra de la Pena de Muerte", celebrada en Lisboa, el 9 de octubre de 2007 (Consejo de Europa 2007 d).

El posible restablecimiento de la pena de muerte en Europa Central y del Este ha sido objeto de continuo debate. Polonia consideró la posibilidad de restablecerla en los años 2004/2005 (Gliszczynska *et al* 2006, 23-25), cuando el Partido "Derecho y Justicia" incluyó la adopción de la pena de muerte como uno de los puntos principales de su programa político. Agata Fijalkowski afirmó que tanto la sociedad polaca como las élites políticas apoyan la aplicación de la pena de muerte como una "idea de Estado fuerte" (Fijalkowski 2006, 162). Dicho apoyo a la pena de muerte se reveló el 22 de octubre de 2004, pero la Cámara Baja del Parlamente polaco desechó la propuesta de reintroducir ese castigo con 194 votos a favor y 198 en contra, y 14 abstenciones (Consejo de Europa 2006). Renate Wohlwend exclamó que "ese resultado casi no da motivos de alegría; al contrario, da razones para sentir inquietud, incluso para sentirse escandalizado. Después de todo, 194 Parlamentarios estaban dispuestos a votar a favor de la restauración de la pena de muerte en Polonia".

Hay algunos territorios separatistas en Europa, que no han sido reconocidos oficialmente y que no están sujetos a Tratados internacionales. Chechenia, Abjazia y Osetia del Sur, que han mantenido la pena de muerte como pena aplicable tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra (Fawn 2001, 85). Estos Estados escindidos están aún fuertemente influenciados por las legislaciones rusa y georgiana, como se observa en Osetia del Sur, en cuyo territorio la legislación rusa es aplicable desde 1992, y en Abjazia, que inició una moratoria para las ejecuciones, aunque todavía se apliquen las sentencias de muerte (Consejo de Europa 2006 a). Además, el territorio separatista de la República Moldava, el Dnestr, mantuvo la pena de muerte al separarse de Mol-

davia, y la Asamblea Parlamentaria adoptó una resolución exigiendo la conmutación de todas las sentencias de muerte en todos los Estados separatistas (Consejo de Europa 2006 b). Bielorrusia es el único país de Europa continental que actualmente impone ejecuciones, y también es el único país europeo que no es miembro del Consejo de Europa. Las estadísticas acerca de la pena de muerte y las ejecuciones en Bielorrusia son un secreto de Estado, pero lo que se sabe es que Bielorrusia llevó a cabo cuatro ejecuciones en 2004, dos ejecuciones en 2005 y se piensa que las cifras actuales son aún más altas (Consejo de Europa 2006 a). En una edición provisional de la Resolución 1560 (2007), la Asamblea Parlamentaria indicó que seguían llevándose a cabo ejecuciones en Bielorrusia (Consejo de Europa 2007 b).

Lo que demuestra la adopción de los *Protocolos número 6 y número 13* y la aplicación que ha hecho el Tribunal de los mismos al interpretar los artículos 2 (I) y 3 es que el discurso de los derechos humanos y la elección de los Estados Miembros de abandonar la pena de muerte caminan de la mano. En algunos casos los Estados están optando por abandonar la pena de muerte, y en otros, los principios de los derechos humanos están guiando a los Estados. Aunque aún hay situaciones anómalas, con algunos países que no han ratificado los *Protocolos 6 y 13,* y territorios escindidos que realizan ejecuciones, el discurso de los derechos humanos está convirtiéndose en hegemónico y el Consejo no va a abandonar sus esfuerzos hasta que todos los Estados Miembros hayan abolido *de iure* ese castigo. La fortaleza del discurso ha sido recientemente sometida a una dura prueba por las perturbaciones sociales y políticas causadas por la violencia terrorista, asunto que examinaremos a continuación.

La respuesta del Consejo frente al Terrorismo

El terrorismo es uno de los principales peligros para la paz en Europa, y el Consejo está preocupado por la posibilidad de que vuelva a imponerse la pena de muerte en los casos de delitos terroristas (Consejo de Europa 2002 c). En junio de 2007, Fátima Aburto Baselga afirmó en una Dictamen de la Asamblea Parlamentaria lo siguiente:

> "Temo que exista un riesgo real hoy en día, en el contexto de la lucha contra el terrorismo, nuestras sociedades pierden de vista sus principios y

> valores y dan pasos hacia atrás, movidas por el miedo… Muchas veces se invoca como un argumento en contra de la abolición que la sociedad no está preparada para abandonar la pena de muerte, y es verdad que en esta materia a menudo hay una laguna entre el electorado por una parte, y los parlamentarios y el gobierno por otra (Consejo de Europa 2007 c)".

Los temores de Baselga son legítimos y se basan en las consecuencias de la violencia terrorista sobre la cognición y los sentimientos de la sociedad europea: dado que el "miedo" puede hacer que Europa "retroceda". Bajo el título "Varias preocupaciones principales", advirtió que el "riesgo que creaba en este contexto la lucha contra el terrorismo" era que el recurso a la pena de muerte se considerara "más aceptable" (*ídem*). La Asamblea Parlamentaria se inquietó especialmente por el debate que tuvo lugar en la Asamblea Nacional Francesa el 8 de abril de 2004 sobre la reintroducción de la pena de muerte para delitos terroristas (Consejo de Europa 2004 a). Éste fue un serio desafío a la eliminación de la pena de muerte por parte de uno de los más importantes miembros del Consejo, se supone que es un país que se ha *destacado* en la lucha contra este castigo. Argumentando en contra de la "proposition de loi" de la Asamblea Nacional Francesa, miembros de la Asamblea Parlamentaria redactaron una Declaración escrita en la que indicaban que las devastadoras consecuencias de que Francia restableciese la pena de muerte serían que "una vez que se hubiere admitido una excepción, los mismos argumentos podían ser formulados nuevamente, pero con mayor confianza, para reclamar otras excepciones" (Consejo de Europa 2004 a). La posibilidad de un efecto "dominó" en la reintroducción de la pena de muerte fue una clara preocupación, y el simbolismo de que un país como Francia restableciese ese castigo habría dañado gravemente la credibilidad del discurso de derechos humanos.

Quizás más recientemente, el caso terrorista que podría haber minado la posición del Consejo fue el juicio ruso de Nur-Pashi Kulayev por su participación en el asalto de una escuela en Beslan, en 2004, en Osetia del Norte, en el que murieron 330 personas. Este caso tendría que considerarse como una puesta a prueba, porque el diputado ruso y fiscal general Nikolay Shepel pidió la pena de muerte, pero el Juez Tamerlan Aguzarov afirmó que "Kulayev se merece la pena de muerte pero se le condena a cadena perpetua porque está en curso una moratoria" (Noticias de la BBC 2006). Al no haber ratificado Rusia el *Protocolo número 6*, no se puede alegar que las declaraciones del Consejo influyeran di-

rectamente en ese caso. Sin embargo, sin duda es evidente que el hecho de ser miembro del Consejo y los diversos mecanismos del sistema de derechos humanos del *Convenio* influyeron por sí mismos en la negativa del tribunal ruso de aplicar la pena de muerte. En consecuencia, la posición del Consejo en contra del uso de este castigo para crímenes terroristas se está manteniendo con firmeza en los Estados Miembros.

Un caso similar que supuso una puesta a prueba en relación con el uso de la pena de muerte en casos de terrorismo sucedió en los Estados Unidos. Zacarias Moussaoui fue acusado en Virginia por su participación en los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y en Washington D. C., y los Estados Unidos pedían la pena de muerte. Pero el 4 de mayo de 2006, el jurado lo condenó a cadena perpétua, adoptando una postura similar a la de Rusia en el caso de Kulyev. Estos dos veredictos en casos de terrorismo pueden ser descritos como representativos de un estándar legal *emergente,* basado en una nueva crítica liberal de cómo el Estado trata a los individuos, incluso a aquellos que hacen peligrar la vida y la seguridad del Estado. De hecho, el jurado con su decisión en el caso Moussaoui mostró que estaba especialmente en sintonía no sólo con su papel en cuanto a la decisión sobre los hechos, sino también en cuanto a la adopción de decisiones en tanto representante de la comunidad mundial. Gerard Baker afirmó en *The Times* lo siguiente:

> "Es esta capacidad de los jurados para ponderar las pruebas de una manera moderada y dejar de lado las reclamaciones de una legítima venganza, lo que es más notable y alentador con respecto al veredicto. Fue especialmente importante que el jurado decidiera hace un mes que el acusado Moussaoui *reunía las condiciones* para ser condenado a pena de muerte, pero posteriormente decidiera que no se le debía aplicar dicha pena, dos decisiones que casi reflejan *una sensibilidad filosófica* (Baker 2006)".

El soberano tiene el "derecho" de optar por la pena de muerte, pero también tiene el "derecho" de no aplicar dicho castigo esforzándose por demostrar que preserva el derecho a la vida. Prácticamente toda la disciplina platónica de la filosofía política estaría de acuerdo en que la imposición de la pena de muerte era una manifestación de "venganza legítima", pero, como Baker afirma con acierto, lo que es más alentador es que el jurado tuviese una "sensibilidad filosófica", que es más idónea para fomentar sentimientos en contra de la pena de muerte (Rorty 1993). Los juicios de Kulyev y Moussaoui señalan el camino en

la argumentación de que la pena de muerte no es un castigo legítimo en los casos de terrorismo. Las decisiones son indicativas de la forma en que el liberalismo político está evolucionando en la promoción del derecho a la vida. Robert Badinter afirmó, con su habitual erudición educativa, lo siguiente:

> "En realidad, nadie está negando la amenaza que supone el terrorismo, pero no sólo la guerra en contra del terrorismo no requiere la pena de muerte, sino que tiene que asegurarse efectivamente de que no se recurra a ella. En el caso del terrorismo, la abolición le otorga a la democracia una dimensión ética, esencial en tal tipo de guerra. El terrorista mata víctimas inocentes en nombre de su ideología; la democracia defiende la libertad y reconoce todas las vidas como sagradas, incluso las de los terroristas. El conflicto es un conflicto de valores, en el que, eventualmente, la democracia siempre triunfa y triunfa aún más cuando defiende, con firmeza y claridad, los principios en los que se basa. Frente al crimen y la crueldad, un sistema democrático de justicia desecha la venganza y la muerte. Castiga pero no mata; previene a los terroristas para que no dañen a otros, pero respeta su vida; negándose a matarlos, la democracia garantiza la humanidad que el terrorista niega a través de sus crímenes. La democracia resulta como la vencedora moral de la prueba a la que el terrorismo le somete. Esta no será la última de sus victorias a los ojos de las generaciones venideras (Badinter 2006)".

Los fundamentos de la promoción de la vida y la supervivencia mediante una mejor evaluación de la democracia liberal están siendo afirmados frente a la violencia terrorista (ver también Glover 1977, 241). Es una vuelta a los sentimientos en general de M. François Guizot, el historiador europeo del siglo diecinueve, que señaló que "determinados castigos pueden destruir al hombre, pero no pueden cambiar ni los intereses ni los sentimientos del pueblo" (Guizot 1848, 327). Guizot alegaba que la pena de muerte es un instrumento vano para prevenir ataques amenazadores y en consecuencia, al aplicar ese castigo:

> "Se puede quitar la vida a uno o varios individuos, y castigar severamente una o varias conspiraciones; pero si no se puede hacer más que esto, se encontrarán los mismos peligros y los mismos enemigos de siempre. Si es posible hacer más, no matemos más, no es necesario: bastarán remedios menos terribles (*idem*)".

Los argumentos para castigar a terroristas de una manera más adecuada tienen que abarcar opciones penológicas alternativas, dado que "bastarán remedios menos terribles". Hugo Bedau ha investigado la pena de muerte en Estados Unidos durante más de cuarenta años. Ha

llegado a una conclusión sobre lo que considera el "mejor argumento en contra de la pena de muerte", que denomina "principio de invasión mínima" (Bedau 2004). El principio de invasión mínima tal vez puede ser descrito como la búsqueda de un "remedio guizotiano menos terrible". Bedau adujo que si los gobiernos están basados en una democracia, deben aplicar "los medios menos restrictivos que sean suficientes" para alcanzar objetivos penológicos (Bedau 2004, 32). Bedau reconoce que este argumento está fuera de las consideraciones relativas a los derechos humanos, ya que "no se apoya en valores tan familiares como el derecho a la vida", y asimismo que no se basa en consideraciones criminológicas tradicionales, excepto el "debate acerca de la fuerza disuasoria" (ibídem). El principio de invasión mínima está fundado en tres premisas, a saber: en primer lugar, se reconoce que el castigo es una práctica estatal adoptada. En segundo lugar, que la pena de muerte es el castigo más intrusivo, y en tercer lugar, "ha de juzgarse que la pena de muerte no cumple un papel necesario para garantizar la seguridad pública por medio de la disuasión general o la incapacitación específica" (Bedau 2004, 33). Bedau sostiene que cuando se aborda la pena de muerte en los Estados Unidos estas tres premisas resultan verdaderas, por lo que la pena de muerte no tendría que ser impuesta.

Avanzando hacia un nuevo concepto de gobierno legítimo

Hans Göran Franck, que fue el autor del Informe de la Asamblea Parlamentaria de 1994 sobre la abolición de la pena capital, afirmó que "la Asamblea considera que la pena de muerte no ocupa un espacio legítimo en los sistemas penales de las sociedades modernas civilizadas" (Consejo de Europa 1994, 3). La Asamblea Parlamentaria proponía la argumentación de que "las sociedades modernas civilizadas", incluído el Consejo, consideraban que la pena de muerte no era "legítima" y que, por tanto, constituía un castigo injustificable. Lo que había cambiado es que el artículo 3 ahora se analizaba a través de un nuevo liberalismo político europeo declarando que la pena de muerte no era "legítima" y vinculando de ese modo el liberalismo político a la afirmación de que los Derechos Humanos prohíben toda "pena inhumana y degradante". Esta retórica ha sido repetida por la *relatora* Renate Wohlwend cuando reafirmó la posición de 1994 en una Resolución de 2001, que dice así:

> "…la Asamblea considera que la pena de muerte no tiene un lugar legítimo en los sistemas penales de las sociedades modernas y civilizadas, y que su aplicación constituye una tortura y un castigo inhumano y degradante en el sentido del contexto del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (Consejo de Europa 2001).

Parece que no hay retractación posible de la manifestación de la Asamblea Parlamentaria en cuanto a que la pena de muerte es ilegítima porque es inhumana, y este argumento ha sido repetido en sucesivos informes y resoluciones (ver Consejo de Europa 2001; 2002; 2003; 2006; 2007). En 2003, la Resolución 1349 afirmó lo siguiente:

> "…la Asamblea reafirma una vez más su completa oposición a la pena capital, que no tiene un lugar legítimo en los sistemas penales de las modernas sociedades civilizadas. La Asamblea considera que su aplicación constituye una tortura y un castigo inhumano y degradante, y que es una violación grave de los derechos humanos universalmente reconocidos" (Consejo de Europa 2003).

La Asamblea Parlamentaria está tratando de elaborar una nueva norma de derechos humanos contraria a la pena de muerte. Costas Douzinas ha argumentado que "los Derechos Humanos tienen la capacidad de crear nuevos mundos, al empujar y ampliar las fronteras de la sociedad, la identidad y el derecho" (Douzinas 200, 343). La Asamblea Parlamentaria está ensanchando las fronteras del discurso del Consejo en materia de derechos humanos, y ha promovido el alcance de los argumentos más allá del texto literal del *Convenio.*

La aparición de argumentos político-filosóficos en torno a la legitimidad exige que los Estados Miembros justifiquen la aplicación de la pena no sólo por medio de los principios establecidos de los derechos humanos, sino también por medio del lenguaje de la legitimidad política: tiene que haber una justificación política para llevar a cabo ejecuciones. Hasta ahora faltaban tales argumentos. Los Estados Miembros no han demostrado ninguna razón justificable ni de principios de por qué la pena de muerte no violaría los derechos humanos. Según los términos del liberalismo europeo, no se ha explicado cómo la pena puede verse ahora como una práctica legítima de los Estados en las sociedades civilizadas. De este modo, la confianza en esta filosofía política está ayudando a mejorar y crear un baluarte de los Derechos Humanos.

Pero la Asamblea Parlamentaria no se ha quedado ahí. La institución ha llevado el discurso más allá de la filosofía política para abarcar

formulaciones psicoanalíticas. Pasamos a analizar este elemento cognitivo.

Una "conciencia" europea para guiar la pedagogía en contra de la pena de muerte

El discurso en contra de la pena de muerte ha revelado otro cambio idiomático que procura romper con la filosofía política tradicional del contrato social que atribuía al soberano el derecho a imponer la pena de muerte. Los teóricos de la Ilustración pensaban que en el contrato social, la preservación de la vida sólo ocurriría transfiriendo el derecho a la vida al soberano. Tal construcción social se basaba en una visión psicoanalítica necesaria para preservar la vida de los ciudadanos. Sin embargo, la Asamblea Parlamentaria está estructurando el argumento de que la pena de muerte es contraria a la "conciencia" de Europa. Renate Wohlwend ha argumentado que en su defensa de la eliminación de la pena de muerte la Asamblea Parlamentaria ha "desempeñado satisfactoriamente su papel como conciencia del Consejo de Europa", y Fátima Aburto Baselga ha afirmado que la "Asamblea, que representa la conciencia de Europa… reitera su firme e inequívoco llamamiento en contra de la pena de muerte" (Consejo de Europa 2007 c). Freud resulta útil en este punto por haber señalado que "la conciencia es la percepción interior del rechazo de un impulso deseado por nosotros" (Freud 2005, 70). La Historia nos ha demostrado claramente a los europeos que llevamos *dentro* un impulso intrínseco de recurrir a la pena de muerte en caso de circunstancias violentas, y que por tanto habría que recordar que este desarrollo de una "conciencia" europea que renuncie a dicho impulso está sólo en su estado naciente: después de cinco milenios, sólo tenemos una abolición *de facto* desde hace poco más de diez años. En este sentido la Asamblea Parlamentaria entendió que había una necesidad de alcanzar y comprender la "percepción interna" de la penología, e intenta establecerse en tanto que autoridad moral que ha identificado el "momento" emocional, o tal vez psicoanalítico, y que ahora retira esa pena del núcleo básico de la soberanía y de la ley. Savigny afirmó que "la Ley no es más que la vida", y con cada ratificación de los *Protocolos número 6 y número 13* los Estados Miembros aceptan y asimilan esa afirmación. Se suman a la Asamblea Parlamentaria en la renuncia

al impulso psicológico de imponer el castigo. Thomas Hobbes había alegado, en relación con el derecho a la vida, lo siguiente:

> (…) "Sin embargo, no debemos inferir que, por esta libertad se elimina o limita el poder soberano de vida y muerte… Y por lo tanto puede suceder, y de hecho así sucede en las Comunidades de pueblos, que un sujeto sea ejecutado por orden del poder soberano" (Hobbes, 1996, 141).

Empero, esa libertad que está siendo formulada en virtud del sistema de derechos humanos del *Convenio*, este poder soberano de vida y muerte ha sido realmente limitado y abolido. La evolución de esa conciencia regional e individual de los Estados Miembros en contra de la pena capital ha modificado el contrato social de la Ilustración mencionado al inicio de este capítulo. La vida ahora está *fuera*, y no *dentro*, de los nuevos términos contractuales: en 1949-50, el *Convenio* original garantizó que el derecho a quitar la vida se mantuviese dentro del ámbito de la soberanía, pero el nuevo contrato social del que son portadores los *protocolos número 6 y número 13* extrae del contrato social la vida y la protege. Michel Foucault había pedido esto cuando se teorizó el contrato social:

> "¿Puede la vida realmente convertirse en uno de los derechos de los soberanos? ¿No es la vida la fundación del derecho del soberano, y puede éste de hecho exigir que sus súbditos le concedan el derecho a ejercer el poder de vida y muerte sobre ellos, o, en otras palabras, simplemente le otorguen el poder de matarlos? ¿No debe permanecer la vida fuera del contrato para justificar que fue la razón primera, inicial y fundacional del contrato mismo?" (Foucault 2004, 241).

El Consejo se ha comprometido íntimamente con la eliminación de la posibilidad de la pena de muerte como cláusula del nuevo contrato social europeo. Gradualmente, los Estados Miembros han afirmado este principio y han determinado a través del *bios* como la vida en el ámbito político, que ahora ningún soberano sanguinario y tiránico puede judicialmente despojar a nadie de *zoe*, la existencia de vida.

Conclusión: la "historia de nunca acabar"

Los argumentos en contra de la pena de muerte deben formar parte de una "historia interminable" de los derechos humanos. Esto se debe a que cualquier conciencia europea identificada puede cambiar cuando

se confronta con cuestiones difíciles de vida y muerte, y una posible opinión pública que pide la pena de muerte puede plantear un serio desafío político. Freud nos recordó, refiriéndose a cuestiones de vida y muerte, que las emociones podían ser ambivalentes (Freud 2005, 23-78). Ésta es la razón por la que el relato abolicionista ha de repetirse a cada generación en cada Estado Miembro del Consejo, incluso aquellos que han abolido la pena capital. La clave para poder mantener la sensibilidad moral europea en contra de esa pena es velar porque la labor académica sobre la pena de muerte no desaparezca cuando ésta es abolida. Esto es así porque cuando suceden crímenes horrendos reaparece la llamada a la pena de muerte.

La labor académica en contra de la pena de muerte tiene que ser comprensiva con las necesidades de las familias de la víctima (Hodgkinson 2004), pero también tiene que poder tratar, de manera específica y en un contexto cultural las cuestiones relacionadas con los crímenes, para que de esta manera el Estado no se retracte y ceda ante la poderosa demanda de la *ley del talión.* En 1969, Louis Blom-Cooper comenzó su recopilación "The Hanging Question", afirmando que "probablemente se han pronunciado más palabras en público y en privado, acerca de la cuestión de la pena capital que acerca de cualquier otra cuestión de política pública o social… Y sin embargo el debate aún sigue" (Blom-Cooper 1969, 1). El debate prosigue encarnizadamente, y esto se debe a la trascendente naturaleza del castigo: la sombra del monstruo siempre acecha. En una entrevista con un abogado estadounidense de condenados a muerte realizada por un estudioso de la pena capital, el profesor Austin Sarat, hay un pasaje conmovedor en que el abogado dice que "no importa si vives desde ahora hasta la eternidad, siempre habrá algo más que hacer" (Sarat 1996, 353), y en un artículo fundamental acerca de esta misma cuestión, Peter Fitzpatrick confirma que ésta es la única opción para el pensamiento abolicionista, ya que "puede no haber ningún final para todo esto, ni un final ni algún fin en el horizonte" (Fitzpatrick 1999, 132).

Maquiavelo dio su consejo a Lorenzo el Magnífico, hijo de Piero De'Medici, cuando volvieron al poder los Medici en Florencia en el 1513, y con respecto a la aplicación de la pena de muerte por el Príncipe, Maquiavelo afirmó que "no es fácil encontrar razones para quitar la vida a alguien, y éstas se acaban rápidamente" (Maquiavelo 1997,

65). Maquiavelo no estaba conforme con la administración del castigo y advirtió en contra de su aplicación, y Michel Foucault sostuvo en un sentido similar que "la autoridad que ejerce el derecho a castigar debería siempre sentirse incómoda por detentar este extraño poder y nunca debería sentirse demasiado segura" (Foucault 1981, 461). Los argumentos que han de esgrimirse son los siguientes: cuando un Estado Miembro del Consejo alegue que su seguridad está amenazada, aducir que, en primer lugar, como dicha amenaza no es un desafío a la *vida misma del Estado*, no *necesitamos* la pena de muerte. En segundo lugar, explicar por qué la imposición de ejecuciones tendría efectos futuros perjudiciales, por ejemplo, provocando un efecto brutalizador en la sociedad y convirtiendo en mártires a quienes han sido ejecutados. En tercer lugar, que, como una consecuencia de los primeros dos argumentos, la pena de muerte no es necesaria, y por lo tanto, es una práctica ilegítima de los gobiernos modernos para la preservación de la vida y la subsistencia del Estado. Además, el argumento puede ser situado dentro de un horizonte fenomenológico más profundo de filosofía política, en el que, si las preguntas hechas por el gobierno *son efectivamente formuladas, nunca* habrá lugar para la pena de muerte. La existencia de la posibilidad de la *cuestión* convierte a la pena de muerte en ilegítima. De dicha pregunta emanaría la respuesta de Derrida que dice: "Yo sólo puedo decir que prefiero la vida" (Crosara 2000) y como estamos vivos, *preferimos empezar por la formación de la vida.* La pena de muerte es antitética con respecto a este objetivo de humanismo y derechos humanos.

De diversas maneras, ya a un ritmo vertiginoso, se ha abierto el debate en el Consejo, tanto por vía legislativa como doctrinal, de la eliminación de la pena capital en los Estados miembros del Consejo de Europa, pero esto ha hecho que los Estados Miembros se quedaran (algo) rezagados. Con respecto a la región europea, Roger Hood y William Schabas han aportado los principales estudios, y las publicaciones regionales del Consejo son inestimables. Pero estos enfoques regionales han de potenciarse con una perspectiva nacional con brío. Las publicaciones del Consejo en 1999 y en 2004 (Consejo de Europa 1999 b; 2004 b) constituyen un punto de partida muy acertado, pero hace falta una estructura nacional y regional más amplia para informar acerca de los asuntos relativos a la pena de muerte desde disciplinas plurales, como la teoría política, la criminología, la filosofía, la religión, el feminismo, la economía, la cultura, la antropología, la historia y la literatura. A pesar

de todo, organizaciones como Amnistía International, Hands Off Cain, y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, las campañas en los Estados Miembros, y la recientemente creada Coalición Mundial para la Abolición de la Pena de Muerte resultan sumamente valiosas para lograr un acercamiento entre los enfoques supranacionales del Consejo y los asuntos nacionales básicos.

Sólo se podrá poder freno al monstruo si se le enfrenta desde múltiples enfoques. Concluimos con las palabras de Hans Göran Franck:

> "La pena de muerte tiene que ser abolida porque es inhumana y, en consecuencia, incompatible con nuestro sistema de valores… La pena capital tiene que ser considerada de la misma manera que cualquier otro trato y castigo cruel, inhumano o degradante, a fin de que el mundo se convierta en un lugar mejor donde la humanidad pueda vivir en paz y prosperidad; esto significa que la pena de muerte tiene que ser abolida para todo tipo de delitos, ya sea en tiempos de paz o en tiempos de guerra, lo antes posible, en todo el mundo" (Consejo de Europa 1994).

Bibliografía

AGAMBEN, G. (1998), *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* (Stanford: Stanford University Press).

– (2005), Statie *of Exception* (Chicago: The University of Chicago Press). Aristode (1981), *The Politics…*, T.A. Sinclain) (London: Penguin).

BADINTER, R. (2006), 'The OSCE and the Death Penalty', in *The Death Penalty in the OSCE Aren* (Warsaw: OSCE Office for Dernoeratic Institutions and Human Rights).

BAKER, G. (2006), 'No Letchal Injection, No Single Blow of A Sword: American Justice Triumphec', *The Times,* 5 May.

Baxi, U. (2006), *The Future of Human Rights,* 2nd Ed. (New Delbi: Oxford University Press).

BECCARIA, C. (1983), *An Essay on Crimes and Punishment* [17751 (Chicago: Branden Press)].

BEDAU, H.A. (2004), 'An Abolitionist's Survey of the Death Penalty in America Today', in Bedau, H. and Cassell, P. (ed), *Debating the Death Penalty: Should America Have Capital Punishment?* (New York: Oxford University Press).

BENTHAM, J. (1831), *To His Fellow Citizens of France on Death Punishment* (London: Robert Heward).

BLOM-COOPER, L. (1969), *The Hanging Question* (London: Gollancz).

CAMUS, A. (1957), 'Reflections on the Guillotine', in *Resistance, Rebellion, and Death* (New York: Vintage Books, 1998).

CICERO (1990), *Murcler* (trans: Michael Grant) (London: Penguin).

Council of Europe (1962), *The Death Penalty in Europecm Countries* (Strasbourg: Council of Europe).

- (1973), Consultative Assembly, Doc. 3297; Consultative Assembly, Debates, 18 May 1973.
- (1976), Collected Edition of the "Travaux Préparaivires" of the *European Convention on Human Rights, vols. I-V* (The Hague: Martinus N ijhoff).
- (1980), Parliamentary Assembly Document, Report of tbe Legal Affairs Committee, Document. 4509 (2nd and 3rd sittings), 22 Aprii 1980.
- Resolution 727 (1980), *on the abolition of capital punishment,* text adopted by the Pashamentary Assembly, 22 April 1980 (3rd sitting).
- Recommendation 891 (1980), *Parliamentary Assembly debate* on 22 April 1980 (2nd and 3rd Síttings).
- (1994), *Report on the Abolition of Capital Punishment,* Doc. 7154, 15 September 1994.
- (1999a), Resolution 1187 (1999) *on Europe – a death penalty-free continent.*
- (1999b), *The Death Penalty; Abolition in Europe* (Strasbourg: Council of Europe Press).
- (2001a), Resolution 1253 (2001).
- (200lb), *Draft Protocol No. 13 lo the Convention for the Protection* of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circunstances, Ministers' Deputies Meeting (773rd meeting) 21 November.
- (2001c), *European Convention on H71771(111 Rights – Draft Protocol No. 13 on abolition of the death penalty in al! circumstances,* Parliamentary Assembly, Doc. 9291, 14 December.
- (2002a), *Report: Draft Protocol to the European Convention 011 Human Rights concerning the aholition of the death penalty in all circumstances,* Parliamentary Assembly, Doc. 9316, 15 Ja.nuary.
- (2002b), *Reference Documents: 4.5 European Convention on Human Rights, Draft Prolocol No. 13 on the abolition of the death penalty 01 a circumstances, M* inisters' Deputies Meeting (784th Meeting), 21 Fcbruary.
- (2002c), *Guidefines on Human Rights and the Fight Against Terrorism,* adopted on 11 Judy 2002 at the 804th meeting of the ívIinisters' Deputies.
- (2003), Resolution 1349 (2003).
- (2004a), *Recent Ininative in France to Reintroduce the Death Penalty for the Perpetrators of Terrorist Acts,* Doc. 10211, 17 June.
- (2004b), *Death Penalty Beyond Abolition* (Strasbourg: Council of Europe Press).

– (2006a), *Position of the Panliamentany Assembly as Regarás the Council of Europe Member and Observen States which hm e not A bolished the Death. Penalty, Doc. 10911, 21 April.*
– (2006b), *kecommendation 1760 (2006), Position of the Parliamentary Assembly as Regards the Council of Europe Member and Observed States which hove not Abolished the Death Penalty,* 28 June.
– (2007a), *Death is Not Justice: The Council of Europe and the Death Penalty* (Strasbourg: Council of Europe Publishing).
– (2007b), *Resolution 1560 (2007) Promotion by Council of Europe Member States of an International Milonatoriun 071 the Death Penalty, 26 Junc.*
– (2007c), *Promotion by Council of Europe Member States of an International Moratorium on the Death Penalty,* Parliarnentary Assembly, Doc. 11321, 25 June.
– (2007d,) Conference: Europe Against the Death Penalty, Lisbon, 9 October 2007.

Crosara, S. (2000), Against the Death Penalty', University of Trieste, 9 November, *<http://www.triestecontemporanea.it/pag20-e.htm>*.

Derrida, J. (1992), Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority", in Cornell, D., Rosenfled, M., and Carlson, D.G. (eds) *Deconstnuction and the Possibility ofJuslice* (New York: Routledge).
– (2004), 'Capital Punishment: Another "Temptation of Theodicy'", in *Benhabib, S. and Fraser, N. (eds) Pragmatism, Critique, Judgment: Essays fon Richarcl J. Bernstein (Cambridge: The MIT Press).*

Douzinas, C. (2000), *The End of Human Rights: Critical Legal Thoughi al the Turra of the Centwy (Oxford: Hart Publishing).*

Evans, R.J. (1996), Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany, 1600-1987 (London: Penguin). Fawcett, J.E.S. (1987), The Application of the European Convention on [fuman Righls (Oxford: Clarendon Press).

Fawn, R. (2001), 'Death Penalty as Democratization: 1s the Council of Europe Hanging Itself?' 8:2 (Summer) Democratization, pp. 69-96.

Fijalkowski, A. (2005), 'Capital Punishment in Poland: An Aspect of the "Cultural Life" of Death Penalty Discourse', in Sarat, A. and Boulanger, C. (ed) *The Cultural Lives of Capital Punishment: Comparative Perspectives* (Stanford: Stanford University Press).

Fitzpatrick, P. (1999), 'Always More to Do": Capital Punishment and the (De) Composition of Law', in Sarat, A. (ed) *The Killing State: Capital Punishment in Law, Politics, and Culture* (New York: Oxford University Press).

Foucault, M. (1976), *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (London: Penguin).
– (1981), 'Against Replacement Penalties', in Faubion, J. D. (2002) *Michel Foucault: Power: Essential Works of Foucault 1954-1984* (London: Penguin).

– (2004), *Society Must Be Defended; Lectures at the Collége de France, 1975-76* (London: Penguin).

FREUD, S. (2005), *017 Murder, Mourning and Melancholia* (London: Penguin). (1968) 'Thoughts for the Times of War and Death', in Pickham, J. (ed) *Sigmund Freud:Civilisation, War and Death* (London: Hogarth Press).

GARLAND, D. (1990), *Punishment and Modero Society: A Study in Social Theory* (Oxford: Clarendon Press).

– (2001), *The Culture of Control. Crime and Social Order in"* Contemporary Society (Chicago: University of Chicago Press).

Girling, E. (2005), 'European Identity and the Mission Against the Death Penalty in the United States', in Sarat, A., and Boulanger, C. (ed) *The Cultural Lives of Capital Punishment* (Stanford: Stanford University Press).

GLISZCZYNSKA, A., SÇKOWSKA, K., and WIERUSZEWSKI, R. (2006), 'The Abolition of the Death Penalty in Poland' in OSCE, *The Death Penalty in the OSCE Arca, 2006* (Warsaw: OSCE).

GLOVER, J. (1977), *Causing Death and Saving Lives* (London: Pengu in).

Group of Officials of the Secretariat (1970), *Manual of the Council of Europe: Structure, Functions and Achievements* (London: Stevens and Sons Ltd).

GUIZOT, M.F. (1848), *A Treatise on Death Punishments, in, ibid, General History of Civilisation in Europe: From the Fall of the Roman Empire Till the French Revolution* (Edinburgh: William and Robert Chambers Press).

HART, H.L.A. (1968), 'Murder and the Principes of Punishment: England and the United States', in *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press).

HOBBES, T. (1996), *Leviathian* (Oxford: Oxford University Press).

HODGKINSON, P. (2004), 'Capital punishment – The Families of the Homicide Victim and the Condemned', in Council of Europe, *Death Penalty: Beyond Abulilion* (Strasbourg: Council of Europe Press).

HOOD, R. (2002), *The Death Penalty: Worldwide Perspectives,* 3rd ed (Oxford: Oxford University Press).

HUÍGENS, K. (2001), 'Den ida on the Death Penalty', Cardozo Life, Winter 2001, Kant, 1. (1970), *The Metaphysics of Morals,* in Reiss, H.S. (ed), *Kant: Writings* (Carnbridge: Carnbridge University Press).

KOESTLER, A. (1956), *Reflections on Hanging* (London: Gollancz), and Ralph, C.H. (1961), *Hanged by the Neck* (London: Penguin).

KRÜGER, H.C. (1999), 'Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights', in Council of Europe, *The Death Penalty: Abolition in Europe* (Strasbourg: Council of Europe).

LOCKE, J. (1980), *Second Treatise of Government* (Indianapolis: Flackett Pub I ishing).

MACHIAVELLI, N. (1997), *The Prince* (trans: C.E. Detmold) (Ware: Wordsworth Ed i ti ons Limi ted).

MANSFIELD, M. (2004), 'Is the Death Penalty About to Execute Itself?' Keynote Speech, School of Law, University of Warwick, 28th February.

MATRAT, J. (1975), *Robespierre: Or the Tyranny of the Majority* (trans: Alan Kendall) (London: Angus and Roberison).

MEGIVERN, J.J. (1997), *The Death Penalty: An Historical and Theological Survey* (New York: Paulist Press).

MOWBRAY, A. (2005), 'The Creativity of the Europeau Cour(of Ploman Rights', 5 *EHRLR,* 57.

National Council for the Abolition of the Death Penalty (1945-46), Annual Report, in Tuttle, E.O. *The Crusade against Capital Punishment in Great Britain* (London: Stevens and Sons, 1961).

NICOL, D. (2005), 'Original intent and the European Convention on Hunaan Rights', *Public Law* 152.

OPSAHL, T. (1993), *The Right to Life,* in Macdonald, R. St. *5. (el al,* ed) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Nijhoff, 1993). Plato (1987), *The Republic* (trans: Desmond Lee) (London: Penguin).

PLUTARCH (1952), *The Lives of the Noble Grecians and Romans* (Chicago: Encyclopaedia Britannica).

RAMCHARAN, B.G. (ed) (1985), *The Right lo Life in International Law* (Dordrecht: Martinus Ntjhoff).

Report of the Select Comminee on Capital Punishment (1930) (London: Hmso). Rorty, R. (1993), 'Human Rights, Rationality, and Sentimentality', in Shute, S. and Hurley, S. (ed) *On Human? Rights: The Oxford Anmesty Lectures* 1993 (New York: Basic Books).

ROUSSEAU, J.J. (2004), *The Social Contract and Discourses* (London: Everyman Publishers). *Royo! Commission on Capital Punishment (1* 953) (1949 R. St..T. 1953) (London: HMSO).

SARAT, A. (1996), Narrative Strategy and Death Penalty Advocacy', *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review* 31.

SCHABAS, W. (2002), *The A bolilion of the Death Penalty in International Law,* 3 rd ed (Cambridge: Cambridge University Press).

– (2004), 'International Law, Politics, Diplomacy and the Abolition of the Death Penalty', 13 Wm. *Muy Bill Rts. J.* 417.

SIMPSON, A.W.B. (2004), *Hunzan Rights and the End of Empire: Britain and Me Genesis of the European Convention* (Oxford: Oxford University Press).

SOUBIRAN, A. (1964), *The Good Dr. Guillotin and his Strange Device* (Souvenir Press Ltd).

SPIERENBURG, P. (1984), *The Spectacle of Suffering: Executions and the Evolutian ofRepression* (Cambridge: Cambridge University Press).

TEMPLEWOOD, V. (1951), *The Shadow of the Gollows: The Case Against Capital Punishnient* (London: Gollancz).

THUCYDIDES (1972), *History of the.Peloponnesian* War (trans: Rex Warner) (London: Penguin).

VOLTAIRE (1994), 'Commentary on the book "On crimes and punishments", by a provincial lawyer', in Williams, D. (ed), *Voltaire: Political Wrifings* (Cambridge: Cambridge University Press).

YORKC, J. (2006), 'Part One: The Evolving European Union Strategy Against the Death Penalty: From Internal Renunciation to a Global Ideology', 16 *Amicus intima!* 25.

– (2007), Part Two: The Evolving European Union Strategy Against the Death Penalty: From Interna] Renunciation to a Global Ideology', 17 *Amicus Journal* 26.

ZIMRING, F. (2003), *The Contradictions of American Capital Punishment* (New York: Oxford University Press).

LA ABOLICIÓN DE LA PENA CAPITAL EN EUROPA: EL CÍRCULO VIRTUOSO DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y LOS RIESGOS DE RUPTURA[1]

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 utilitaristas[3].

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 supremas[4]. 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 1981[6]. 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 nº 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 individuo[7].

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 nº 13 relativo a la abolición de la pena de muerta 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 instituía, 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 convencionales[9]. 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 Unidos[10]. 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 capital[11].

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 nº 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 brevitas*" de los argumentos presentados en apoyo del razonamiento[12]. 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*, Dicembre 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 abolicionista[13]. 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 nº 6 y que cuarenta y uno de ellos lo han ratificado. Podemos preguntarnos si es necesario esperar a la ratificación del Protocolo nº 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 jurídico[14].

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 anterior[15].

---

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.

LA PENA DE MUERTE[1]

Giorgio Marinucci
Universidad de Milán, Italia

La pena de muerte en la cuerda floja

Durante el bienio 2007-2008 el destino de la pena de muerte se ha caracterizado por profundos cambios de signo opuesto: se ha visto eclipsada totalmente en Europa, Países extraeuropeos de la Commonwealth y en la ONU; se han apagado las esperanzas abolicionistas en los Estados Unidos de América tras la sentencia *Baze vs. Rees*[2] del Tribunal Supremo, pronunciada el 16 de abril de 2008, que ha declarado constitucionalmente legítima la muerte por inyección letal: la "más humana" entre las modalidades de ejecución de la condena a muerte.

La abolición sin excepciones de la pena capital en Europa, conquistada en el último decenio, y la reciente deliberación de la moratoria en sede ONU a impulso de los Países europeos, con Italia al frente, ha vuelto a abrir un foso entre ambos lados del Atlántico, situación que hace algunos años se habría retenido un estado de cosas desagradable ("Toda nación occidental ha eliminado la ejecución de los criminales, exceptuando los Estados Unidos[3]), y que sin embargo en los últimos tiempos se vive en algunos ambientes intelectuales estadounidenses —incluso por parte de algún reputado antiabolicionista— como expresión de una "narcisista" y "agresiva" pretensión europea de imponer a los Estados Unidos un determinado estándar moral. Cambiando de opinión respecto al pasado, Zimring recodaba hace pocos años con contrariedad que, con ocasión del "primer *tour* en Europa del Presidente de

---

1 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". Este escrito ha sido publicado en italiano en *Studi in onore di Mario Pisani*. Traducción de la Dra. María José Pifarré de Moner.

2 *Baze vs. Rees*, 533 U.S. 2008 (United States Reports).

3 Zimring. Hawkins, *Capital Punishment ant the American Agenda*, 1986, p. 3.

los Estados Unidos en junio de 2001, las principales acusaciones escritas en los panfletos y por las calles no trataban ni sobre el calentamiento global del planeta, ni sobre la defensa misilístca, ni sobre algún otro punto de la agenda internacional de Bush: las acusaciones se dirigían a la cuestión de la pena de muerte en los Estados Unidos. Las ejecuciones capitales provocaban la protesta, no sólo de los manifestantes de la calle, sino también de los líderes de los gobiernos europeos. Fue sólo por una desafortunada coincidencia temporal el que un Presidente de los Estados Unidos se encontrara de gira por Europa precisamente en aquel junio, justo después de que el Gobierno Federal Americano hubiera ejecutado su primera condena a muerte tras treinta y ocho años…: una ejecución que se llevó a cabo, no en el mes equivocado, sino en el siglo equivocado[4]".

Aún más neto fue el rechazo de los jueces conservadores del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a medirse con las tendencias europeas. Por ejemplo, a quien argumentaba la inconstitucionalidad de la pena de muerte aplicada a personas con retraso mental refiriéndose a las acciones tomadas por la Unión Europea, el Presidente del Tribunal Supremo Rehnquist replicaba: "no consigo ver en qué modo las opciones tomadas por otros Países en materia de castigo a sus ciudadanos puedan proporcionar sostén alguno a las conclusivas determinaciones de este Tribunal; y si bien es cierto que algunas de nuestras precedentes opiniones han vuelto su mirada hacia el "clima de las opiniones internacionales" para dar mayor fuerza a valoraciones relativas a la evolución de los estádares de civilización, a continuación hemos rechazado explícitamente la idea de que las praxis punitivas de otros países puedan ser útiles a establecer los prerequisitos de las primeras ocho enmiendas, ante una praxis que nuestro pueblo acepta"[5].

El impulso europeo a la abolición definitiva de la pena de muerte

No debería causar maravilla que la ilustración del eterno dilema de la pena de muerte —abolición o conservación?— se inscriba aquí en un

---

4 Zimring, *The contradictions of American Capital Punishment*, 2001, p. 4.

5 Chief Justice Rehnquist, dissenting, *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S., p. 4-5, 2002.

marco internacional. Es un destino al que éste dilema, hoy como ayer, no se puede sustraer. Lo muestra emblemáticamente el extraordinario e inexhausto eco en Europa y ultramar del "librito" de Beccaria, que ha sido el comienzo de muchas cosas que aún no han acabado de comenzar. Entre otras cosas, el gran milanés escribió: "Paréceme absurdo que las leyes que (…) detestan y castigan el homicidio, cometan uno ellas mismas, y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen un público asesinato (§ XXVIII)[6]"; un "absurdo" que hoy estimula a la literatura estadounidense a elevar el programático interrogante: ¿No es ya hora de matar a la pena de muerte?, que ha sido evocado con aprobación en la sentencia *Baze vs. Rees* por parte del juez Stevens[7], a pesar de concurrir en la decisión que ha "salvado" el método de ejecución de la inyección letal. Pero las enseñanzas seminales de Beccaria provienen sobre todo del repudio de la pena de muerte en nombre del inalienable derecho a la vida que tiene todo hombre: ¿cuál puede ser el derecho que se atribuyen los otros a matar a otros similares?… ¿Qué persona habría querido dejaren manos de otros hombres el arbitrio de matarle? ¿Cómo es posible que dentro del mínimo sacrificio de la libertad de cada uno pueda incluirse el máximo entre todos los bienes, la vida? (§XXVIII)[8]. Y es precisamente en el "derecho a la vida" que se funda el progresivo rechazo de la pena de muerte en sede europea.

En el texto original del Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, suscrito en 1950, el rechazo de la pena de muerte tenía lugar precisamente bajo la bandera del derecho a la vida, aunque existía una vasta excepción: se establecía en el art. 2 que "el derecho a la vida de toda persona está protegido por la ley" y "nadie puede ser intencionalmente privado de la vida, salvo que en ejecución de una pena capital pronunciada por un tribunal, en los casos en que el delito se castigue con la pena de muerte". En 1983 la excepción se restringía: el *Protocolo Adicional n. 6* del Convenio establecía efectivamente en su art. 1 que la pena de muerte queda abolida. Nadie puede ser condenado a esa pena, ni ajusticiado", disponiendo sin embargo en el número 2 que "un Estado puede preveer

---

6 Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, quinta edición, 1766, en *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. 1, Francioni (coord.), 1984, p. 93.

7 Justice Stevens, p. 12.

8 Beccaria, *op. cit.*, p. 86.

en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra"[9]; una excepción al final suprimida por el Protocolo adicional n. 13 del Convenio, firmado en 2002. Tras haber proclamado en el preámbulo que "el Protocolo n. 6 del Convenio, en materia de abolición de la pena de muerte, no excluye la pena de muerte por los actos cometidos en tiempo de guerra o de inminente peligro de guerra", y que los Estados miembros estaban "*decididos* a dar un paso decisivo de abolir la pena de muerte en cualquier circunstancia", se ha pasado a proclamar perentoriamente en el texto del Protocolo, en su art. 1, que "La pena de muerte queda abolida. Nadie será condenado a tal pena, y a nadie le será aplicada tal pena"[10].

La pena de muerte en Italia: visicitudes recientes y menos recientes

El vínculo internacional de los Estados firmatarios de la Convención ha empujado recientemente a Italia a modificar la Constitución. El texto original del art. 27.4 decía que "no se admite la pena de muerte", sin embargo, a continuación de este enunciado se añadía el inciso "más que en los casos previstos en las leyes militares de guerra". La armonización con las opciones europeas exigía la supresión del inciso, que se ha tenido lugar mediante la ley constitucional de 2 de octubre de 2007, número 1. El texto actual del art. 27.4 de nuestra ley fundamental dispone por tanto en modo lapidario: "*no se admite la pena de muerte*"[11].

La lápida que ha caído hace poquísimo sobre la pena capital en Italia representa el desbloqueo de un proceso histórico de vaivén, que refleja las visicitudes históricas de nuestro país desde la Unificación hasta nuestros días. La Unificación de Italia vino pronto acompañada, en 1865, de codificaciones en los más distintos campos de materias (código civil, de comercio, de procedimiento civil y de procedimiento penal), mientras que el nacimiento del código penal conoció largos dolores de

---

9 Cfr. Palazzo, *Pena di morte e diritti umani (a proposito del Sesto Protocollo addizionale della Convenzione europea del diritti dell'uomo),* Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1984, p. 759 ss.

10 Cfr. Goisis, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2008, p.1680 ss.

11 Goisis, *op. cit.*, p. 1650 ss.

parto. Resistencias culturales, y sobre todo la explosión de sangrientos fenómenos rebeldes en muchas partes del país, alimentaron una secuencia de proyectos ministeriales que, como en los Estados preunitarios, incluían la pena de muerte en el catálogo de las sanciones. La firme oposición de los representantes políticos e intelectuales de[12] la Toscana[13], que había conocido un largo y feliz periodo sin pena de muerte y sin aumento alguno de la criminalidad, impidió el éxito de aquellos proyectos. El cambio hacia la abolición vino de la mano de los gobiernos de izquierdas del Reino de Italia: en cuatro poyectos consecutivos (1874, 1877, 1883 y 1887) se preveía la supresión de la pena de muerte para los delitos comunes (quedaba en vigor para los previstos en los códigos *militares*) y su sustitución por la cadena perpétua (la "quimera" de todos los actuales abolicionistas estadounidenses: *infra* 8); y fue la

---

12 Interviniendo desde la cátedra durante el debate parlamentario, el gran Francesco Carrara lanzó el peso de su autoridad en la lucha, combatida en nombre de los intelectuales toscanos, contra la introducción de la pena de muerte en el código penal de la Italia unida. En un primer momento sostuvo, para vencer las resistencias de los antiabolicionistas en el Senado, que no era en modo alguno necesaria una legislación penal uniforme en la Italia unida, de modo que era perfectamente posible reservar a la Toscana una legislación sin pena de muerte, habiendo sido "el patíbulo…derrocado, roto y maldito en la Toscana" (*Se l'Unità sia condizione del giure penale*, Introducción al Curso académico del año 1865-66, en *Opuscoli di diritto penale*, cuarta edición, vol. II, 1885, p. 27 ss.). Abandonado este proyecto político, Carrara luchó contra la pena de muerte en una incesante serie de intervenciones que van desde 1867 a 1877: *Frammenti sulla pena di morte*, 1870; (I. *Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*; II. *Lorenzo Gori e la pena di morte*, 1870; III, *Lettere al Commendatore Prof. Avv. P.S. Mancini*, 1872; IV. *Abolizione della pena di morte: Considerazioni del dottor Antonio Buccellati*; V. *Il processo Lemaire, e la pena di morte*, 1867) en *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, tercera edición, 1889, p. 61-106; *Pena di morte* (1. *Un luogo comune senza ragion sufficiente*; 2. *Un abolizionista dimenticato*; 3. *Iattanze e storia*; 4. *Logica*; 5. *La Francesca e la pena di morte*; 6. *La pena di morte e il suicidio*; 7. *La mia professione di fede*), en *Opuscoli di diritto criminale*, vol. VII, tercera edición, 1887, p. 403-470. Profundas eran las raices de la aversión toscana contra la pena de muerte: había sido abolida en el Gran Ducado de la Toscana en 1786 de la mano del Gran Duque Pietro Leopoldo "llevado por el entusiasmo suscitado por el libro de Beccaria"; se reintrodujo en 1790 tras graves agitaciones populares, pero despareció del código penal de 1853: cfr, Da Passano, *La codificazione penale del Granducato di Toscana*, 1995, p. VIII. Acerca del obstáculo que la resistencia toscana supuso en la previsión de la pena de muerte en la codificación penal italiana tras la unidad, v. Dolcini, *Codice penale*, en Marinucci-Dolcini, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 13.

13 Dolcini, *op. loc. cit*.; Goisis, *op. cit*.

línea que se afirmó, definitivamente, en el código penal publicado en 1889, en vigor desde enero de 1890.

La larga travesía hasta la postguerra no tocó ese precioso fruto de la Italia liberal, a pesar de que los gérmenes de la violencia de Estado se estaban incubando en el vientre del país, desarrolándose violentamente como violencia de Estado con la llegada de la dictadura fascista. Dos son las etapas: algunos atentados contra la vida de Mussolini ofrecieron la ocasión para reestablecer la pena de muerte mediante la ley de 25 de noviembre de 1926, número 2008, amenazando con ella en caso de delitos de atentado contra la vida, la integridad y la libertad personal del Rey o del Jefe del Gobierno además de, con el mismo pretexto, (¡el régimen fascista gozaba entonces del casi favor general de las potencias occidentales!), para una serie de delitos contra la seguridad del Estado[14]. La segunda etapa fue la de la promulgación del código penal de 1930, en vigor desde julio de 1931; un código notoriamente caracterizado por una agravación general del aparato sancionador, que alcanzó la "cima de la escala penal" preveyendo la pena de muerte también para muchos delitos comunes[15]; una sanción exaltada por sus "múltiples funciones", entre las cuales resaltaban, a los ojos del Ministro de Justicia Alfredo Rocco, la función "*satisfactoria*" ("evita las venganzas y las represalias", porque ninguna (*pena*) placa en mejor modo el sentimiento ofendido de los parientes, de los amigos de la víctima y satisface de modo más completo a la opinión pública indignada") y la función de "*prevención individual*", que "encuentra en la pena capital un instrumento…casi perfecto, ya que ninguna pena es en mayor medida que esta *eliminativa*…; es cierto que hace imposible la enmienda y la reeducación del reo, pero no creo que sean éstas las funciones esenciales de la pena"[16].

---

14 El art. 1 de la ley de 25 de noviembre de 1926, n. 2008 —rubricada "Disposiciones para la defensa del Estado"— establecía lo siguiente: "Quien cometa un hecho dirigido contra la vida, la integridad o la libertad del rey o del Regente será castigado con la pena de muerte. Se aplicará la misma pena si el hecho se dirigiera contra la vida, la integridad o la libertad personal de la reina, el principe hereditario o el Jefe del Gobierno". Establecía el siguiente art. 2 que "se castigarán igualmente con la muerte los delitos previstos en los artículos 104, 107, 108, 120 y 252 del código penal".

15 Goisis, *op. cit.* p. 1660 s., nota 25.

16 *Informe a S.M. el Rey del Ministro de Justicia Rocco*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1931, p. 14-18.

Un comprometedor aval de la opción tomada por el legislador fascista venía de la análoga opción del Estado del Vaticano, que en 1929 había previsto la pena de muerte[17], reenviando a la ley italiana de 1926 promulgada tras la llegada de la dictadura fascista. Y ese aval autorizaba, en buen derecho, al Ministro de Justicia del régimen fascista a enrolar a "la doctrina de la Iglesia Católica", citando un terrible fragmento de la *Summa Theologica* de Tomás de Aquino ("¿Es lícito quitarle la vida a un malhechor?… Si alguien se ha convertido en pernicioso para la sociedad y corruptor de la misma por algún delito suyo, será loable y saludable el quitarlo de enmedio")[18]. Continuaba Alfredo Rocco consagrando esta decisión: "Reestableciendo en el código penal la pena de muerte, la nueva legislación no supone un punto de regreso. Una tal reforma constituye otra feliz señal del mutado espíritu de la Nación italiana, de la readquirida virilidad y energía de nuestro pueblo, de la total liberación de nuestra cultura jurídica y política de los influjos de *ideologías extranjeras*, a las que el abolicionismo se enlaza directamente"[19].

"De César Beccaria a Alfresd Rocco" —escribió enseguida, indignado, el gran jurista alemán Gustav Radbruch— para señalar las falsificaciones del pensamiento del gran milanés y, sobre todo, por haber etiquetado a Beccaria como portador de "*ideologías extranjeras*", cuando por el contrario "las ideas de César Beccaria sobre la pena de muerte caracterizan aquello que hasta ahora se enumera entre los *títulos de gloria del pueblo italiano*"[20].

---

17 El art. 4 apartado 3 de la Ley sobre las Fuentes del Derecho", n. II del Estado de la Ciudad del Vaticano, de 7 de junio de 1929, establecía textualmente: "La pena con que se amenaza a quien en el territorio de la Ciudad del Vaticano comete un hecho contra la vida, la integridad o la libertad personal del Sumo Pontífice será la indicada en el art. 1 de la Ley expresamente —del Reino de Italia de 25 de noviembre de 1926, n. 2008"; y "esa" pena— que la legislación vaticana no nombraba expresamente —era precisamente "*la pena de muerte*".Cfr. incluso sólo por las citas, Pisani, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2008, p. 1321 s., que señala puntualmente que sólo con la promulgación del art. 44.1, de la ley vaticana de 21 de junio de 1969, n.1 se dejó de aplicar la pena de muerte.

18 *Relazione*, cit. p. 16.

19 *Relazione*, cit. p. 18. Para otra visión de conjunto, cfr. Tessitore, *Fascismo e pena di morte: consenso e informazione*, 2000.

20 Radbruch, *Von Cesare Beccaria zu Alfredo Rocco*, 1931, en *Radbruch, Gesamtausgabe*, Bd. 10, Strafvollzug, Müller-Dietz (coord.), 1994, p. 69. Se debe a Radbruch el pene-

La caída del fascismo señaló el progresivo retorno a Beccaria, execrado en los informes del Ministro de Justicia. Antes del fin de la guerra la pena de muerte se suprimió efectivamente mediante el art. 1 del Decreto lugartenencial de 10 de agosto de 1944, número 224 para los delitos castigados en el código penal, pero no para los delitos de colboracionismo previstos en las leyes especiales, ni para los contemplados en el código militar de guerra de 1941. Tras la liberación, la devastación del País y la penuria de bienes provocó una oleada de criminalidad común que causó una difusa e intensa alarma social, empujando a la promulgación, con el decreto lugartenencial de 10 de mayo de 1945, número 234 sobre "Disposiciones penales de carácter extraordinario" que entre otras cosas reestablecía la pena de muerte para los casos más graves de robo y de constitución de bandas armadas con la finalidad de cometer delitos contra la propiedad o violencia contra las personas[21]. El paréntesis se concluye con la Asamblea constituyente. Tras un intenso y elevado debate[22] y un voto prácticamente unánime, la prohibición de pena de muerte para los delitos comunes se elevó, en el art. 27.4 de la Constitución, al rango de principio superior que obligaba al legislador ordinario a darle actuación, lo que sucedió prontamente mediante el decreto legislativo de 22 de enero de 1948, número 21, que abolió la pena de muerte para delitos contemplados por leyes que no fueran las militares de guerra, sustituyéndola por la cadena perpétua.

Pemanecía en la Constitución el conocido punto negro de la admisión de la pena de muerte para los delitos previstos en las leyes militares de guerra. Y esta realidad se tomaba venganza mediante el aumento de envíos de contingentes militares al extranjero, poniendo el problema de una posible imposición y ejecución de condenas a muerte a los miembros de estos contingentes. Con el aumento de los envios de tropas (Irak, somalia, Mozambique, Balcanes) se impuso la promulgación de una intervención normativa urgente: la ley de 13 de octubre de 1994 n. 589, aprobada por todos los grupos parlamentarios, aunque con oposiciones aisladas, abolió la pena de muerte para los delitos previsto

---

trante examen de los rasgos sobresalientes del pensamento de Beccarla: *Isaak Berlin über Cesare Beccaria*, *ivi*. P. 110-120.

21 Cfr. Tessitore, op. cit. p. 571; Goisis, op. cit., p. 1661 s.

22 Cfr. Tessitore, op. cit. p. 575 ss.; Goisis, op. cit., p. 1662 s.

en el código militar de guerra y en las leyes militares de guerra, sustituyéndola por la cadena perpétua[23].

Se trataba, por lo demás, de una ley ordinaria. En aquel entonces la Constitución admitía, se sabe, la pena de muerte en los casos "previstos por las leyes militares de guerra", y por tanto no hacía imposible que algún viento político hiciese crecer en el Parlamento el número de los que disienten, llevando a la reexhumación de la pena de muerte.

Al final el círculo se ha cerrado hace poco con la antes mencionada modificación de la Constitución, que ha definitivamente extirpado la pena de muerte de nuestro ordenamiento, sin excepciones, haciendo honor de este modo a un vínculo internacional que liga nuestro País a las decisiones europeas[24].

La abolición de la pena de muerte en los demás ordenamientos europeos

La abolición total de la pena de muerte mediante una norma de rango constitucional ha tenido lugar también en otros países europeos. En orden alfabético: Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Ciudad del Vaticano (mediante la revisión de la Ley Fundamental de febrero de 2001); Croacia, Eslovenia, Francia[25], Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, República Checa, Turquía.

---

23 Cfr. Entre otros Padovani, *L. 13 ottobre 1994, n. 589 – Abolizione della pena di morte nel codice militare di guerra*, en *La legislazione penale*, 1995, p. 369 ss.; Venditti, *Leggi di guerra: no alla pena capitale*, en *Dir. pen, proc*.., 1995, p. 40 ss.; Nunziata, *Scompare del tutto la pena di morte dall'ordinamento italiano*?, en *La Giustizia penale*, 1996, parte I, p. 155 ss.; Schiaffo, *La necessità di un omicidio: l'ordinamento italiano verso l'abolizione totale della pena di morte*, en *Critica del Diritto*, 1999, p. 224 ss.; Bertolino, *Effetti dell'abrogazione della pena di morte dal codice penale militare di guerra*, in *Rass. giust. mil*. 1998, fasc. 5-6, p. 24 ss.; Pittaro, *Quale codice penale per le spedizioni militari all'estero*?, en *Dir. pen. proc*., 2001, p. 1436 ss. Acerca de los problemas interpretativos y las incongruencias sistemáticas surgidas de la ley de 1994, v. también por las citas Goisis, *op. cit*., p. 1667 ss.

24 El Protocollo 13 de la CEDU ha sido ratificado y ejecutado mediante la ley de 15 de octubre de 2008, n. 179, publicado en la G.U. n. 263 de 10 de noviembre de 2008 – Suplemento ordinario n. 248.

25 V. la amplia visión panorámica de la historia de la abolición de la pena de muerte en Francia, incluso desde el punto de vista mundial, trazado por Badinter, *L'abolition de la peine de mort*, 2007, grande protagonista del movimiento abolicionista.

La lista se completa con la mención de los países totalmente abolicionistas también, o sólo mediante normas de *rango ordinario*: Alemania Occidental (1949), Alemania Oriental (1987), Austria (1968), Bosnia-Herzegovina (2003), Bulgaria (1998), Chipre (1990), Ciudad de Vaticano (1969), Eslovaquia (1990), Eslovenia (1989), España (1995), Estado de Malta (2000),Estonia (1998), Finlandia (1972), Francia (1981), Grecia (2005), Holanda (1982), Hungría (1990), Irlanda (1990), Islandia (1928), Liechtenstein (1987), Lituania (1998), Luxemburgo (1979), Macedonia (1991), Noruega (1979) Principado de Mónaco (1962), Polonia (1997), Portugal (2004), República Checa (1990), Rumanía (1989), San Marino (1865), Serbia y Montenegro (2002, salvo Kosovo donde la abolición se remonta a 1999 de mano de la ONU), Suecia (1972), Suiza (1992).

Mención aparte, merece la Gran Bretaña. Los delitos militares se preveían en tres "códigos", tantos cuantas son las fuerzas armadas, y, para los delitos más graves, la sanción era la pena de muerte; la jurisdicción se atribuía además a una Corte marcial general, nominada *ad hoc* por parte de un oficial de la cadena de mando, que escogía los miembros y ejercitaba poderes de control de las decisiones: un sistema de nombramiento que presenta dudas de legitimidad acogidas por parte de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en cuanto a la posibilidad de que un juez no independiente y sin competencia pudiese imponer la pena de muerte. Una vieja cuestión a la que poco a poco se ha ido poniendo fin a través de la sustracción a la autoridades militares de la potestad de nombramiento de la Corte marcial y de la decisión de convocarla; La *Human Rights Act* de 1988, que ha sustituido por cárcel de por vida la pena de muerte aparejada a los delitos militares y, posteriormente, una ley de 2001 sobre las Fuerzas Armadas que ha abolido la pena de muerte para los condenados en servicio en cualquier circunstancia, sustrayendo al mismo tiempo a las fuerzas armadas la posibilidad de reintroducir la pena de muerte a través de leyes sobre la "disciplina de servicio". Siempre en 2001, la *Crime and Pisorder Act* ha abolido la pena de muerte también para los dos últimos "delitos capitales" comunes: piratería violenta y traición[26].

---

[26] V. Glynn, *Ordinamento giudiziario militare inglese*, en *Rass. giust. mil*., 2003, p. 4 ss; para ulteriores informaciones Goisis, *op. cit*., p. 1673 s.

Primeros reflejos del abolicionismo europeo: la prohibición de extradición a los países que prevén la pena de muerte

El denso y fatigoso cuadro aquí trazado muestra la amplitud y el vigor de la tendencia abolicionista que se ha afirmado —antes o después— en los países europeos, y a modo de espejo, la profundidad del foso que separa el occidente europeo de los Estados de la Federación estadounidense —36 de 50— que, barricados la pena de muerte, viven este estado de cosas en manera desapacible y con indisimulados malos humores.

La profundidad de este foso, incluso mirando únicamente a las relaciones entre Italia y Estados Unidos, ya se puede medir en el terreno de la extradición solicitada a Italia de personas que han sido condenadas a muerte en los Estados Unidos. En 1983 se firmo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de los Estados Unidos de América un tratado de extradición ratificado y ejecutado por parte de nuestro país mediante ley de 26 de mayo de 1984, n. 225. El artículo IX del tratado disponía lo que, en imitación, se previó posteriormente de modo general en el código de procedimiento penal de 1988 en su art. 698.2: "Si para el hecho por el que se ha solicitado la extradición está prevista la pena de muerte por parte de la ley penal del Estado extranjero, la extradición se podrá conceder sólo en el caso de que este último estado asegure suficientemente, a juicio de la autoridad judicial o del Ministro de Justicia, de que tal pena no será impuesta, y si hubiera sido ya impuesta, de que no se ejecutará". El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechazó ambas disposiciones, declarando su ilegitimidad constitucional apenas se presentó la ocasión mediante la sentencia de 27 de junio de 1996, n. 23[27].

Son destacables las palabras del Tribunal, por los principios fundamentadores invocados y por el brillante boceto de nuestra Historia: "la prohibición de la pena de muerte tiene una relevancia completamente

---

[27] Corte. Cost. 27 giugno 1996 n. 223, en *Giur. Cost*., 1996, p. 1918 ss. con nota de Delicato. Ya anteriormente la literatura había apoyado las tesis que fundamentan la decisión del Tribunal: v. Entre otros Marchetti, *Estradizione per reati punibili con la pena di morte*, en *Cass. Pen*., 1955, p. 3414 s.; Rottola, *La competenza a valutare le garanzie di non applicazione (o de non esecuzione)*, en *Riv. it. dir. int. priv. proc*., 1988, p. 465 ss.

particular —al mismo nivel que la de las penas contrarias al sentido de humanidad— en la primera parte de la Carta Constitucional. Introducido por el apartado 4 del art. 27, encierra un principio "que en muchos sentidos se puede denominar italiano" —son palabras tomadas del informe realizado por la Comisión de la Asamblea Constituyente acerca del Proyecto de Constitución, en su parte dedicada a los informes civiles— principio que "afirmado en las fases y en los regímenes de libertad de nuestro país, se ha cancelado en los periodos de reacción a la violencia", configurándose *en el sistema constitucional como proyección de la garantía unida al bien fundamental de la vida*, que es el primero de los derechos inviolables del hombre reconocidos en el art. 2… Lo que se trata de examinar ahora es si las "*garantías*" o "*seguridades*" previstas en el art. 698.2 y en la ley de 26 de mayo n. 225 de ratificación y ejecución del tratado de extradición firmado entre el Gobierno de la República italiana y el de los Estados Unidos de América firmado el 13 de octubre de 1983 representan un remedio adecuado; y en especial, si es conforme a la Constitución esta ley…, en la que se establece que la extradición se denegará cuando el delito sea punible con la pena de muerte según las leyes de la parte solicitante, salvo que esta última "no se comprometa con garantías consideradas suficientes por la parte solicitada a no permitir la imposición de la pena de muerte, o bien, si se ha impuesto, a no permitir su ejecución"…; "pero en nuestro ordenamiento —concluyó el Tribunal— donde la prohibición de la pena de muerte viene sancionada por la Constitución, la fórmula de que "se asegure suficientemente" no es constitucionalmente admisible, porque la prohibición contenida en el art. 27.4 de la Constitución, *y los valores que de éste se derivan —primero entre todos ellos el bien esencial de la vida— imponen una garantía absoluta*"[28].

---

[28] La doble declaración de ilegitimidad constitucional —del art. 698 apartado segundo del código de procedimiento penal y del Tratado de extradición con los Estados Unidos— no ha impedido que se extraditara a un ciudadano italiano al Estado del Connecticut por un hecho que, pudiendo ser calificado de manera diversa de la imputaciòn original, y por ello sujeto a pena de muerte, ha resultado descuidada y erróneamentente sujeto, tras unas complejas vicisitudes judiciales, a la extradición solicitada, que ha tenido lugar el 6 de julio de 2007: v. la admirablemente implacable crítica de Vassalli, *Pena di morte e richiesta di estradizione*, en *Ultimi scritti*, 2007, pp. 369-379.

Otros reflejos del abolicionismo europeo: el Tratado de Amsterdam, la Carta de Niza, "moratoria de las ejecuciones" aprobada el 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, confirmada en 2008 por la Tercera Comisión de la Asamblea General

La prioridad en sede europea del respeto a los derechos del hombre, con el derecho a la vida como figura central, con el tiempo se ha ido concretando en actos normativos y resoluciones. En orden cronológico: en la declaración de principios aneja al Tratado de Amsterdam, que pone de relieve la casi general abolición de la pena de muerte tras la firma del Sexto Protocolo de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y declara que ningún país candidato a formar parte de la Unión Europea podrá adherirse a ésta sin haber abolido previamente la previsión de la pena de muerte; En la Carta de los Derechos fundamentales, aprobada en Niza el 7 de Diciembre de 2000, con la doble previsión de que "nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ajusticiado" (art. 2) y que nadie podrá ser alejado, expulsado o extraditado hacia un Estado en que exista un riesgo serio de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratamientos inhumanos o degradantes" (art. 19); y en una serie de resoluciones, que más tarde desembocan en la iniciativa culminada al final con éxito en los recientísimos votos en la ONU. Es fundamental el acto de INDIRIZZO de 29 de junio de 1998 del Consejo de la Unión, sencillamente denominado "Orientaciones para una política de la Union Europea *frente a terceros países* en materia de pena de muerte", en el que la Unión Europea se fija la meta de promover su abolición universal, pidiendo a los países en los que aún está vigente que limiten su aplicación, en el respeto de una normas mínimas de garantía, y comprometiéndose a poner de relieve en ámbito internacional el problema de una moratoria universal de la pena de muerte como paso previo a su abolición. La Unión Europea, en coherencia con la dirección política delineada en 1998, durante bastantes años consecutivos ha presentado, sin éxito, un proyecto de resolución contra la pena de muerte ante la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; por fin, el 2007 ha visto una apremiante sucesión de iniciativas: La resolución del Parlamento europeo de 26 de abril de 2007 en apoyo de la moratoria universal, con invitación a la presidencia alemana a presentarla con urgencia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas; una resolución acerca de la moratoria universal por parte de la Tercera Comisión de la Asamblea General, aprobada

el 15 de noviembre de 2007 con 99 votos a favor, 33 abstenciones y 52 votos en contra; por último, la Resolución vencedora de la Asamblea General de las Naciones Unidas (n. 62/49), votada el 18 de diciembre de 2007 y aprobada con 109 votos a favor, 59 contrarios y 29 abstenciones. Un resultado felicísimo, unánimemente atrribuido a la tenacidad de nuestro país, Italia, que ha hecho así honor al legado de la "inmortal obra del Marqués Beccaria", como reza aún el libro del gran Hommel[29], mereciendo plenamente lo subrayado por nuestro Tribunal Constitucional cuando dice que la lucha por principio por la abolición total de la pena de muerte es una lucha por la afirmación de un "*principio que puede decirse que es italiano*".

Denso y apremiante el texto del preámbulo de la resolución: "La Asamblea General, guiada por los objetivos y principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas; trayendo a colación la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos y la Convención internacional de los derechos del niño; trayendo a colación las resoluciones sobre la "cuestión de la pena de muerte" adoptadas en el curso de los últimos 10 años por la Comisión de los derechos humanos en todas sus sesiones consecutivas, siendo la más reciente la E/CN4/RES/2005/59 que ha exhortado a los Estados que mantienen la pena de muerte a abolirla completamente y, mientras este resultado no se consiga, a establecer una moratoria sobre su ejecución; trayendo a colación los importantes resultados conseguidos por la ex Comisión de los Derechos Humanos sobre la cuestión de la pena de muerte y considerando que el Consejo de los Derechos Humanos pueda continuar trabajando sobre este tema, considerando que la puesta en acto de la pena de muerte va a minar la dignidad humana y convencidos de que una moratoria sobre la ejecución de la pena de muerte contribuya a la promoción y al desarrollo de los derechos humanos; considerando que no existe prueba definitiva del valor de la pena de muerte como disuasiva; de que cualquier error o fracaso de la Justicia en la aplicación de la pena de muerte sea irreversible; acogiendo las decisiones tomadas por un número siempre mayor de Estados

---

[29] Karl Ferdinand Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccarla unesterbliches Werk vom Verbrechen und Strafen*, 1765, reimpresión anastática 1966 (Lekschas, coord.). Acerca de la importancia y actualidad de la obra de Hommel v. Cattaneo, *Karl Ferdinand Hommel, il "Beccaria tedesco*, in *Illuminismo e legislazione penale*, 1993, p. 77 ss.

de aplicar una moratoria sobre las ejecuciones, seguida en muchos casos de la abolición de la pena de muerte: 1) Expresa su profunda preocupación por la subsistencia de la aplicación de la pena de muerte; 2) Exhorta a los Estados que mantienen la pena de muerte a: a) respetar los estándares internacionales que protegen los derechos de aquellos que están a la espera de la ejecución de la pena capital, especialmente los estándares mínimos, como se establece en el anexo a la resolución 1984/50 del Consejo económico y social; *b*) proporcionar al Secretario General informaciones sobre la aplicación de la pena capital y la observación de las cláusulas de protección de los derechos de aquellos que están en espera de la ejecución de la pena de muerte, *c*) restringir progresivamente las ejecuciones y reducir el número de delitos por los que se puede imponer la pena de muerte. *d*) *establecer una moratoria sobre las ejecuciones a la espera de la abolición de la pena de muerte*; 3) Exhorta a los Estados que han abolido la pena de muerte a no reintroducirla; 4) Solicita al Secretario general que refiera sobre la aplicación de esta resolución en la sesión número 63; 5) Decide continuar la discusión del tema en la sesión número 63 dentro del mismo punto de la agenda"[30]. Y en cumplimiento de esta decisión, la Tercera Comisión de la Asamblea General, con la resolución A/C.3/63/L19/Rev. 1, ha aprobado el 20 de noviembre de 2008 el informe del Secretario General, reafirmando la decisión sobre la moratoria de la pena de muerte asumida el 18 de diciembre de 2007, con una mayoría más amplia que la anterior debido a un menor número de votos contrarios y un mayor número de abstenciones (105 a favor, 48 contrarios, 31 abstenciones y 10 *ausentes*)[31].

---

30 V. *http://www.un.org*.

31 La resolución se puede leer en *http://www.un.org/news/press/docs/2008/gashc3939.doc.htm*. Éstos los resultados de las votaciones. A favor: Burkina Faso, Burundi, Camboya, Canadá, Cabo Verde, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Alemania, Grecia, Guatemala, Guinea-Bissau, Haiti, Honduras, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Kazajstan, Kribati, Kyrgyzstan, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Islas Marshall, Mauricio, Mexico, Estados Federales de Micronesia, Monaco, Montenegro, Namibia, Nauru, Nepal, Holanda, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Palau, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, República Moldova, Rumanía, Federación Rusa, Ruanda, Samoa, San Marino, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Africa del Sur, España, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tajikistán, República Yugoslava de Macedonia,

¿Cuáles son las consecuencias de la resolución de la ONU el los países antiabolicionistas? El caso de los Estados Unidos de América

Tres son los enunciados sobresalientes que, en el plano de los principios, motivan el preámbulo de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la supremacía del respeto a la dignidad humana y a los derechos del hombre; la indemostrada eficacia disuasoria de la pena de muerte; la irreparabilidad del error judicial. No menos penetrantes son los matices políticos de la resolución: los Estados no abolicionistas están obligados a proporcionar al Secretario General de la ONU informaciones sobre la aplicación de la pena de muerte y sobre el respeto a las cláusulas de protección de los derechos de los condenados en espera de la ejecución; correlativamente, el Secretario General está obligado a informar sobre la aplicación de la resolución en la próxima sesión de la Asamblea: Y aún más: la exhortación dirigida a los Estados no abolicionistas a "*establecer una moratoria de las ejecuciones a la vista de la abolición de la pena de muerte*".

Son estas otras tantas "provocaciones" a los 52 países (en 2007) y a los 48 países (en 2008), que han votado o continuado a votar contra la resolución invocando la no ingerencia en los asuntos internos, provocaciones que en el país guía del frente antiabolicionista —los Estados Unidos de América— se han traducido poco después en la confirmaciòn, al menos a primera vista, de su persistente oposición a las tendencias

---

Timor-Leste, Turquía, Turkmenistán, Tuvalu, Ucrania, Gran Bretaña, Uruguay, Uzbekistán y Venezuela. *En contra*: Afganistán, Antigua y Barbuda, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Botswana, Brunei Darussalam, Ciad, Chins, Comoros, República Democrática Popular de Corea, Dominica, Egipto, Etiopía, Granada, India, Indonesia, Irán, Irak, Jamaica, Japón, Kuwait, Libia, Malasia, Maldivas, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Pakistán, Papúa Nueva Guinea,, Qatar, Saint Kitts and Nevis, Santa Lucía, Saint Vincent e Granadine, Arabia del Sur, Singapur, Islas Salomón, Sudán, Swazilandia, Siria, Tailandia, Trinidad y Tobago, Uganda, Estados Unidos de América,, Yemen y Zimbabwe. *Abstenciones*: Bahrain, Bielorusia, Camerún, República Centroafricana, Cuba, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Fijdi, Ghana, Jordania, Kenia, República Democrática Popular de Laos, Líbano, Lesotho, Liberia, Malawi, Mauritania, Marruecos, Nigeria, Omán, República de Corea, Senegal, Sierra Leona, Surinam, Togo, Emiratos Árabes Unidos, Tanzania, Vietnam, Zambia. *Ausentes*: República Democrática del Congo, Gibuti, Gambia, Seychelles, Somalia, Tonga, Túnez, Vanuatu.

abolicionistas con la sentencia *Baze vs. Rees* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aprobada por amplísima mayoría (siete de nueve jueces). Una resolución ésta que ha alcanzado un amplio eco en la prensa de todos los países, y que ha tenido un inmediato eco operativo en los 35 Estados de la Unión que prevén la inyección letal como método principal de ejecución de la pena de muerte. Los principales periódicos de estos Estados, especialmente aquellos del sur, el día después de la sentencia hablaban ya de la resuelta determinación de los órganos de la acusación a solicitar a las autoridades judiciales de varios Estados que habían suspendido las ejecuciones en espera de la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a dar en seguida curso a la ejecuciòn de condenados en ciertos casos *decenios antes*, incluso acelerando el *iter* de las apelaciones presentadas por tantos condenados recluidos desde hacía tanto tiempo en los *Corredores de la Muerte*:[32] los corredores de la muerte son las secciones de las cárceles reservadas a los condenados a muerte[33].

Sólo a primera vista, como se ha anticipado, la sentencia Baze vs. Rees, banalizada por parte de la prensa internacional, ha comportado la clausura, aunque sea sólo en sede judicial, del debate sobre la legitimidad del método de ejecución mediante inyección letal; y el rechazo del recurso lo han motivado siete jueces en la indemostrada presencia de métodos alternativos en armonía con la octava enmienda de la Consitutción, que prohíbe "*castigos crueles e inusuales*". El disenso de los otros dos jueces se ha basado precisamente en el peligro que el método de las "tres drogas" por si mismo, o por su empleo descuidado, provoque el paro del sistema neuromuscular y un paro respiratorio a personas aún conscientes, causando un sufrimiento indeciblemente cruel. Pero

---

32 Entre todos los periódicos publicados el día posterior a la decisión del Tribunal Supremo v. El *Courier-Journal* de Louisville: Kentucky e Southern Indiana; el *The Atlanta Journal-Constitution* de Georgia: El *Gainesville* de Florida; el *Merkury News* de California; el *Arkansas Demokrat-Gazette*; el *The Gadsden Times* de Alabama: el *Houston Cronicle* de Texas, el *Pittsburg Tribune Review* de Pennsylvania; el *Clarino-Ledger* de Mississipi; *The Tennessean*; *The Baltimore Sun* de Virginia; Es fácil notar que se trata, en la mayoría de casos, de periódicos de Estados con el mayor número de ejecuciones desde 1976: a la cabeza Texas (423), seguido de Virginia (102), Florida (66), Georgia (43), Alabama (38), Arkansas (27): v. *http://www.deathpenalty.org/fastsheet*, p. 3

33 V. *http://www.deathpenalty.org*.

incluso quienes entre la mayoría no ha visto alternativas probadas, han manifestado muchas dudas, hasta el punto de considerar que esta decisión no impide debate sobre la inyección letal en futuros casos propuestos por otros Estados[34]. Por otra parte, algunos jueces, incluso de esta mayoría, han subrayado expresamente que "el distinto problema de la pena de muerte en si misma" podrá ser examinado de nuevo por el Tribunal[35]y, si bien han recordado que "la legitimidad de la pena de muerte no es la que nos ha sido sometida en este caso", han subrayado que continúa siendo un problema "altamente controvertido" por los "serios riesgos" que comporta: "pueden jugar un papel importante los riesgos de ajusticiar a la persona equivocada, los de un *animus* injustificado (por ejemplo, hacia la raza de las víctimas), los riesgos de que los condenados se encuentren en el *Corredor de la Muerte* por muchos años, quizá durante décadas"[36]. Con aún mayor vigor el juez Stevens, sin esconderse tras el objeto específico de la controversia, ha observado que "el caso en exámen generará un debate no sólo sobre la constitucionalidad del protocolo de las "tres drogas",… sino también sobre la justificación de la pena de muerte en si misma[37], que sigue siendo un problema tremendamente abierto.

El debate sobre la pena de muerte en los Estados Unidos de America

La siempre profunda diferencia en el mundo occidental entre el abolicionismo europeo y el persistente antiabolicionismo estadounidense exige que la mirada que hasta aquí se ha puesto sobre Europa se dirija finalmente y más a fondo a los Estados Unidos, que todavía hoy es el epicentro de un riquísimo debate, objeto de una serie de inventarios básicos[38], de modo que en esta sede únicamente se podrá trazar un rápido

---

34 Justice Stevens, p. 1.
35 Justice Alito, p. 9.
36 Justice Breyer, p. 7.
37 Justice Stevens, p. 1-17.
38 Entre tantos, v. Bannert, *The Death Penalty: An American History*, 2002; Bedeau ed., *The Death Penalty in America*, 3. ed., 1982; Id., *The Death Penalty in America: Current Controversies*, 1997; Van Den Haag, *Punishing Criminals: Concerning a Very Old and Painful Question*, 1975; Hood, *The Death Penalty: A world-wide Perspective*, 4. ed.,

boceto de los principales capítulos controvertidos: la relación entre la opinión pública y los líderes políticos; la humanidad de las penas; las funciones de la pena de muerte; los costes y beneficios de la pena de muerte; los errores judiciales que conducen a condenas a muerte de inocentes; la discriminación racial; todo ello legado permanente de las raíces históricas de los Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos de América maravilla que en nuestro lado del Atlántico la *opinión publica* consultada en los sondeos muestre en casi todas partes una prevalencia de las respuestas que apoyan la pena de muerte, y que mientras esta opinión pública tiene un peso determinante en las persistentes tendencias antiabolicionistas en los Estados Unidos, por el contrario no la haya tenido nunca en los países europeos[39]: señal inequívoca, admitida más allá del océano, y que desmiente muchos clichés, de la función de guía de los grupos dirigentes políticos europeos, que no son sólo sordos a las regurgitaciones punitivas, sino que, como se sabe, ya en 1998 han sido promotores de "una política de la Unión Europea *frente a terceros países* en materia de pena de muerte", y en 2007 han sido los artífices de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que obliga, incluso a los Estados Unidos, a una moratoria de las ejecuciones *a la vista* de la abolición de la pena de muerte.

El segundo paso obligado del debate estadounidense sobre la pena de muerte es la *humanidad de las sanciones penales*, impuesta por la prohibición contenida en la octava enmienda a la Constitución de amenazar e imponer castigos "crueles e inusuales". Con ello se pone en juego la

---

2008, Zimring-Hawkins, *Capital Punishment and the American Agenda*, 1986; Zimring, *The Contraditions of American Capital Punishment*, 2003.

39 Ejemplar el caso de Alemania. Durante los primeros años de la segunda postguerra, tras la abolicoón de la pena de muerte sancionada por la Constitución de la República Federal Alemana, la opinión pública representada en el Parlamento por algunas fuerzas políticas presionaban —pero sin éxito— para lograr su reintroducción: v. Düsing, *Die Abschaffung der Todestrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, 1952, p. 321 ss. Posteriormente, del debate de la reforma del código penal en 1959 emergió que al menos el 75% de los alemanes estaban a favor de la reintroducción de la pena de muerte (*Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtkommission*, 11. Band, *Beratung zur Todestrafe*, 1969, p. 99, pero tras una profunda discusión en la que participaron los más autorizados penalistas y los máximos representantes de la Magistratura, fueron tres los votos a favor de la reintroducción de la pena de muerte para el asesinato, y dieciocho los votos contrarios (*ivi*, p. 28).

propia legitimidad de la pena de muerte, que fue negada en 1972 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos mediante la sentencia *Furman vs. Georgia*, pero que fue refirmada en 1976 mediante la sentencia *Gregg vs. Georgia*, que dió paso a la casi general petición de reestablecimiento de la pena de muerte, en alza desde 1972. Para los Estados Unidos por tanto, tenía tristemente razón Goethe cuando escribió la siguiente máxima: "*Si se pudiera abolir la pena de muerte, no tendríamos nada en contra; pero abolir la pena de muerte será difícil. Si si hiciera, la reestableceríamos a la primera ocasión*"[40].

Tras 1976 el número de las ejecuciones ha crecido progresivamente, con un crudo balance a 8 de diciembre de 2008: ascendía a 1.136 el número de "ajusticiados"; aún más impresionante es el número de condenados a muerte recluidos en el *Corredor de la Muerte*, a la espera de la ejecución: en enero/febrero de 2008 alcanzaban el vertiginoso techo de 3.309 personas[41]. Son comprensibles, en este estado de cosas, las voces que en el seno de la recientísima sentencia *Baze vs. Rees* se han alzado en favor de rediscutir la justificacion constitucional de la pena de muerte, incluso desde el punto de vista de su "humanidad". Incluso el juez Roberts, Presidente del Tribunal, que había sido casi brutal al negar espacio a las dudas sobre la legitimidad del método de la inyección letal, ha descrito el paso del ahorcamiento a la electrocución —la "silla eléctrica"— con la "bien fundada convicción de que sea menos penosa y *más humana* que el ahorcamiento", añadiendo que, posteriormente, "La legislación de los Estados comenzó a responder a la demanda de la opinión pública de reexaminar la electrocución…para asegurar una muerte humana…, y es incuestionable que orientándose hacia la inyección letal, los Estados estaban motivados por el deseo de encontrar una alternativa más humana a los métodos existentes"[42].

Es fulminante el corolario que en el terreno de las funciones de la pena —el tercer capítulo controvertido del debate eterno— ha extraido el juez Stevens de lo que el Presidente del Tribunal había dejado "claro como el agua": "nuestra sociedad se ha alejado de la idea de una públi-

---

40 *Maximen und Reflexionen*, n. 684, trad. it. (coord. Paolo Chiarini), p. 158; una máxima citada muy apropiadamente por Bockelmann durante los trabajos de la reforma del código penal (*Niederschriften*, cit. p. 14).

41 V. *http://www.deathpenalty.org/factsheet.pdf.*

42 Justice Roberts, p. 2-4.

ca y dolorosa retribución trasladándose hacia formas de punición cada vez más humanas. El *State-sanctioning Killing* (el homicidio sancionado por el Estado: ¡se percibe el eco de Beccaria!) se ha vuelto cada vez más anacrónico: en el intento de adecuar las ejecuciones a los progresivos estándares de civilización, hemos adoptado de modo creciente métodos de ejecución menos dolorosos, y por tanto hemos declarado bárbaros y arcaicos los métodos anteriores. Pero, solicitando que la ejecución sea menos penosa, necesariamente protegemos al detenido frente a endurecimientos de cualquier pena" reclamados en nombre del "sufrimiento inferido a la víctima" por parte de quien, en realidad aún grita "ojo por ojo, diente por diente", "sangre por sangre", según la ley del talión. La invoca expresamente sea quien, citando fragmentos bíblicos y del nuevo testamento concluye que Jesús acepto el código de Moises, incluida la pena capital, y no hizo nada, con palabras o con acciones, para abrogar la pena de muerte"[43], sea quien, más doctamente, evocando a Kant le atribuye la incomprensible idea de que "la pena capital es necesaria para redimir o restaurar la dignidad humana del ajusticiado"[44], olvidandose así de dar a Kant lo que de verdad es de Kant: el escarnio que vierte sobre "el afectado sentimentalismo humanitario del Marqués de Beccaria", y sobre todo las terribles palabras sobre el sentido de la pena en general y el sentido de la pena en especial: "sólo la *ley del talión* (*ius talionis*) puede, ante del Tribunal, determinar la calidad y la cantidad de la punición"; y "si un hombre ha matado, éste deberá morire…; no existe *ninguna otra compensación* entre delito y castigo *más que la muerte jurídicamente aplicada al criminal*"[45].

Como último análisis, como ha subrayado el juez Stevens, "es la sed de venganza" lo que de verdad se esconde tras el velo de la *ratio* retributiva de la pena de muerte[46], como saben desde hace tiempo los estudiosos de la psicología jurídica: "ya que todo transgresor de la ley expone a peligro intereses ajenos, desencadena aquella necesidad reactiva de

---

43 Wayne House, *The New Testament and Moral Arguments for Capital Punishment*, en Bedeau, *The Death Penalty in America. Current Controversies*, cit. p. 420.

44 Van Der Haag, *The Death Penalty Once More*, *ivi*, p. 452.

45 Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto,* en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Bobbio, Firpo, Mathieu (coord.), 1956, p. 521-523.

46 Justice Stevens, p. 10.

venganza que ha encontrado en la ley del talión el sistema primordial de su expresión"[47].

También la otra función asignada a la pena de muerte —la *incapacitation*, es decir la eliminación del reo del consorcio humano— podía ser (es la respuesta de muchos) una legítima razón de ser en 1976, cuando delitos odiosos no tenían respuestas sancionadoras adecuadas, pero el progresivo aumento de las codificaciones (48 Estados en las dos últimas décadas) de previsiones de carcelación de por vida sin liberación anticipada por buena conducta (*parole*) demuestra que la *incapacitation* no es una razón ni necesaria ni suficiente de la pena de muerte; un reciente sondeo indica por el contrario que el apoyo a la pena de muerte disminuye significativamente cuando cuando se presenta como una opción alternativa la reclusión de por vida sin *parole*; además, pruebas sociológicas sugieren que es menos probable que los jurados impongan la pena de muerte cuando tienen disponible una sentencia a cárcel de por vida sin posibilidad de libertad anticipada[48].

La tercera función de la pena —la de ser *disuasoria* de los potenciales autores de delitos sancionados con la pena de muerte: en especial en el homicidio doloso agravado— ha sido terreno de lucha entre economistas y criminólogos desde hace al menos treinta años; investigaciones empíricas han ido corroborando o desmintiendo la hipótesis de la eficacia deterrente de la pena de muerte, con un balance cuantitativo que va a favor de quien niega esa eficacia: la niegan el 84% de los criminólogos estadounidenses, según los datos ofrecidos por el actual y el antiguo presidente de las principales asociaciones de criminología[49]; y en cada caso, prevalecen los estudios en los que se critica la metodología seguida por quienes afirman la eficacia disuasoria de la pena de muerte, y sustancialmente, por ello se ponen en discusión los resultados[50].

---

47 Alexander y Staub, *Der Vebrecher und seine Richter. Eine psychanalistische Einblick in der Welt der Paragrafen*, 1929, trad. it. *I delinquenti e i suoi giudici*, 1948, p.113.

48 V. *http://www.deathpenalty.org/fasctsheet.pdf*

49 *http://www.deathpenalty.org/factsheet.pdf*

50 V. entre los demás, Fagan, *Death and Deterrente Redux: Science, Law and Casual Reasoning on Capital Punishment*, en *Ohio St. J. Crim. L.*, 2006, p. 2006, p. 255 ss.; Donohue & Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, in *Stan. L. Rev.*, 2005, p. 791 ss.

Sacando conclusiones, el juez Stevens ha podido escribir que "el completo reconocimiento de la disminuida fuerza de las principales razones en favor del mantenimiento de la pena de muerte debe conducir a este Tribunal y al legislador a reexaminar el interrogante (evocado en la apertura) "puesto por el profesor Salinas: *Is it time to kill the Death Penalty*?"[51], entre otras cosas porque "con toda seguridad ha llegado el momento de una desapasionada e imparcial comparación entre los enormes costes que impone a la sociedad la pena de muerte con los beneficios que ésta produce"[52].

El resultado de esta discusión sobre los costes financieros y sobre costes menos tangibles de la pena de muerte —el cuarto capítulo del debate estadounidense— ha sido límpidamente compendiado en estos términos: "los casos judiciales con la pena de muerte ponen de manifiesto muchos más problemas, y problemas mucho más complejos, que cualquier otro caso penal, y los tribunales las examinan cada vez con mayor impulso y se reexaminan siempre con mayor vigor. Eso significa que existe una elevada posibilidad de que la condena o la sentencia sean reexaminadas —*cinco, diez, veinte años después del proceso*… Nos dejan en el limbo, con una máquina judicial con costes inmensos y que provoca reiterados traumas a los familiares de las víctimas", que tienen que vivir con la posibilidad —y a menudo con la realidad— de un nuevo juicio, con volver a oir a los testigos, y con retrasos de la ejecución en el último momento (*last-minute* stays), y todo ello durante décadas tras el delito[53]. A la objeción de que éstos costes son la consecuencia de procedimientos de apelación demasiado lentos, se contesta que los jueces no hacen otra cosa que asegurarse del respeto de las garantías constitucionales antes de imponer una irrevocable pena de muerte y, además, que la larga duración de los juicios de apelación —lo ha subrayado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en una sentencia de 1999 (*Knight vs. Florida*, 528 U.S., p. 998)— "depende en gran parte de la aplicación defectuosa por parte de los Estados de procedimientos suficientemente conformes a la Constitución en el momento de la condena inicial o de la medición de la pena" por parte de los jurados; sin olvidar

---

51 Salinas, Is it time to kill the Death Penalty?, en Am. J. Crim. L., 2006, p. 36 ss.

52 Justice Stevens, p. 12.

53 Kozinsky & Dallager, Death: The Ultimate Run-On Sentence, in 46 Case W. Res. L. Rev., 1995 pp. 17-18, 27-28.

que los retrasos en la ejecución de la condena también dependen de la general renuencia de los Estados a enviar a la muerte un alto número de imputados, como se podía leer lisa y llanamente en un periódico de California de 2006 citado por el juez Stevens[54]: "California condena muchos asesinos, pero pocos son siempre ajusticiados", y decir que en California los detenidos en el *Corredor de la Muerte* son el 20% del total de toda la nación, mientras que los ajusticiados son sólo el 1%. Lo único que se puede hacer frente a estos datos es hacerlos pasar en silencio, quizá dejando que se desahoguen réplicas inmotivadas dictadas por la ira: es ejemplar aquélla, dirigida al juez Stevens por el juez conservador Scalia en el proceso *Baze vs Rees*, que ha afirmado, de manera como mínimo embarazosa, que los "*enormes costes*" de la pena de muerte para el Estado y los familiares son "en gran medida *creación* del juez Stevens y de los demás jueces que se oponen a la pena de muerte, ya que la han enrarecido con restricciones" fruto de sus "puntos de vista políticos"[55].

Otro capítulo, que ha irrumpido con prepotencia en escena —es el de la condena a muerte de los *inocentes*: un trágico error irreparable, sobre el que Beccaria dijo lo esencial, en sus últimos años. En una consulta de 1792 sobre la pena de muerte, prevista en un proyecto de reforma del sistema criminal de la Lombardía austriaca, escribió —con los consejeros Gallarati, Scotti y Risi— lo siguiente: "nosotros deducimos que no convenga la pena de muerte, por irreparable, a la inevitable imperfección de las humanas pruebas. Incluso cuando fuese justa, cuando fuese la más eficaz de todas, para ser justamente aplicada al reo es necesario que se pruebe en tal manera que se excluya cualquier posibilidad en contrario. Ello nace manifiestamente de la irreparabilidad de la pena de muerte;…y del examen de todas las legislaciones resulta que las pruebas suficientes a sentenciar a un reo a muerte nunca han sido tales que excluyan esta posibilidad en contrario; ya que, ni las pruebas de testigos ni aquellas por indicios multiples e independientes entre ellos, aunque estén adornadas de la confesión del reo, son tales que excedan los límites de la certeza moral, certeza moral que bien examinada no es más que una suma de probabilidad y nada más. No son inauditos los ejemplos en casi todas las naciones, en que supuestos reos fueron senten-

54 Justice Stevens, p. 13.
55 Justice Scalia, p. 16.

ciados a muerte porque han resultado tales debido a estas irrefutables pruebas… Todas las veces en que no se ha podido sustraer de los ojos del público estos errores prácticamente inevitables de la magistratura, y que el tiempo ha sabido manifestar prontamente la inocencia de los supuestos reos, se ha considerado siempre una tal situación como una calamidad pública, y los magistrados han sido víctimas de la pública execración por una culpa que no es de ellos. Ante la necesidad de deber seguir en la condena a la luz no siempre clarísima de la certeza moral, no hay paragón entre una pena reparable de alguna manera mientras el reo esté en vida" —como la cadena perpétua— "con la de muerte, porque es irreparable tras la extinción del reo"[56].

"Los inauditos ejemplos" de inocentes condenados a muerte, de los que hablaba Beccaria en sus tiempos, encuentran casos en abundancia en los Estados Unidos[57]: desde 1973, más de 130 personas han sido puestas en libertad de el *Corredor de la Muerte* por su probada inocencia; en especial, desde 1973 a 1999 ha habido una media anual de 3'1 personas puestas en libertad; y con el creciente empleo de la prueba del ADN, la media de las personas puestas en libertad se ha elevado, desde el 2000 al 2007, a 5 condenados por año[58]. Se trata, además, de números estimados muy por debajo de la realidad. Se supone en varias sedes que son muchos los inocentes condenados debido a la complejidad de los casos; al interés de asegurarse de que el delito no quede sin castigo, que puede sofocar incluso las dudas sobre la identidad del autor; a la ausencia de defensores profesionalmente capaces; al uso parsimonioso de las pruebas científicas, empezando por el control del ADN; por la ausencia de un jurado cualificado, que ha sido elegido de forma casual: un procedimiento aborrecido por parte de la acusación, y que generalmente se inclina hacia jurados a favor de la condena; por la tendencia, incluso del tribunal, a retener admisibles pruebas que facilitan el "impacto emoti-

---

56 Beccaria-Gallarati Scotti-Risi, *Voto degli infrascritti individui della giunta delegata per la riforma del sistema criminale de la Lombardia Austriaca riguardante la pena di morte*, 1792, in *Cesare Beccarla, Opere* (Sergio Romagnole, coord.) vol II, 1971, p. 739-740.

57 V. Radelet, Bedau, Putnam, *In spite of Innocence: The Ordeal of 400 Americans Wrongly Convicted of crime punishable by Death*, 1992; Garret, *Judging Innocence*, en *Column. L. Rev.*, 2008, p. 108, ss.; Risinger, *Innocents Justified-Factual Conviction Rate*, en *J. Crim. L. & C.*, 2007, p. 97 ss.

58 V. *http://www.deathpenalty.org/factsheet.pdf.*

vo" del crimen sobre la familia de la víctima (Payne vs. Tennesee, U.S. 1991, p.808), a pesar del hecho evidente de que ello no arroja ninguna luz sobre la cuestión de la culpabilidad o inocencia, y sirve sólo a incitar a los jurados a tomar las decisiones sobre la vida o la muerte en base a emociones, y no a la razón.

Otro tradicional capítulo de debate estadounidense es el *riesgo de aplicaciones discriminatorias* de la pena de muerte. El riesgo parece estar disminuyendo, a pesar de que a la fecha el 57% de los ajusticiados son afroamericanos, así como el 42% de los reclusos en el Death Row[59]. Hasta el Tribunal Supremo ha admitido que el riesgo de discriminación continúa jugando un papel inaceptable: en *McCleskey vs. Kemp*, 481 U.S. 279, 1987 —ha observado el juez Stevens— el Tribunal ha confirmado la pena de muerte a pesar de que el jurado que ha condenado (al imputado)… (estuviera influenciado) por el hecho de que (él fuese) negro y su víctima fuera un blanco"; más recientemente (*Evans vs. State*), U.S. 2007, p. 552) ha igualmente confirmado la condena a la pena de muerte a pesar de un estudio que mostraba que "la pena de muerte es estadísticamente más probable que venga impuesta a un negro que… contra un imputado de cualquier otra combinación racial"[60].

¿Cuáles son las raices históricas de la pena de muerte en los Estados Unidos? ¿Son o no extirpables, y cuándo? Raramente estos cruciales interrogantes —los últimos del debate estadounidense— se han puesto abiertamente. Sólo últimamente —mirando al presente— se ha dirigido la mirada sobre el legado de la tradición de los "grupos de vigilantes", herederos de la tradición del "linchamiento", que es el antepasado de la pena de muerte con que conmina el Estado. Se trata de ciudadanos que "toman la ley en sus manos" en modo que aparecen más cercanos a la gente que las autoridades judiciales, sentidas como distantes, si no hostiles; y una serie de sondeos de *Gallup* muestra en la población entrevistada un favor nunca debilitado hacia estos vigilantes: las respuestas de los entrevistados cambian según las distintas áreas de la federación, pero en 1980 todavía se ha mostrado favorable un 80% de la nación: siempre favorable un 8%, y en algunos casos el 72%[61].

---

59 V. *http://www.deathpenalty.org/factsheet.pdf.*

60 Justice Stevens, p. 16.

61 Zimring, *op. cit*., p. 230-234.

Queda otra raiz de primitivismo inextirpada: las armas (en muchos Estados las leyes imponen a los oficiales otorgar el permiso de armas (shall issue "Laws") como instrumento de "control de la criminalidad" por parte de estos "vigilantes", pero con más frecuencia lo hacen bajo la apariencia de formas de autodefensa[62], son fuente de violencia a menudo coronadas por odiosos homicidios, seguidas de reacciones en cadena que desencadenan una espiral de venganzas que satisfacen la nunca apagada sed de venganza.

¿Tiene un futuro la pena de muerte en los países antiabolicionistas?

Responder a esta última pregunta formulada sobre países distintos a los Estados Unidos es imposible si no se conocen de cerca esas realidades y la evolución de sus civilizaciones. Las cifras son impresionantes, empezando por China, donde las cantidades son un secreto de Estado, lo que hace suponer que la cifra total sea más elevada: 470 en 2007, 1.010 el 2006 y 1.770 en 2005, según las estimaciones del *Death Penalty Information Center*[63]. Las cifras difieren poco en el informe de la organización "Que nadie toque a Caín", aunque se subraya que la disminución de las ejecuciones en 2007 es una consecuencia de la reforma entrada en vigor el 1 de enero de 2007 que ha asignado a un "panel de tres jueces del Tribunal Supremo la función de controlar hechos, normas aplicadas y procedimientos seguidos" en el jucio de primer grado, "además de confrontar los precedentes"[64]. En Irán, el número de las ejecuciones, por el contrario, ha aumentado en el último año escrutinado: 317 en 2007, respecto a las 177 de 2006; análogo incremento de las ejecuciones se observa en *Pakistan* —65 en 2006, que aumentaron a 135 en 2007— y en *Arabia Saudí* —86 en 2005 y 143 en 2007[65].

También es dificilísima la respuesta para los Estados Unidos, incluso a los ojos de los estudiosos que observar su evolución desde dentro. Quien nutre esperanzas en "el principio del fin" se centra sobre facto-

---

62 Zimring, *op. cit.*, p. 104-107.

63 V. *http://deathpenaltyinfo.org/death-penalty-international–perspective.*

64 V. *http://nessunotocchicaino.it/bancadati/index.php?tipotem=arg?idtema=12000.*

65 V. *http://deathpenalty.org/death-penalty-international-perspective.*

res políticos (Presidencias capaces de orientar la política del país con el nombramiento de miembros del Tribunal Supremo y con una mayoría homogénea en el Congreso); sobre un cambio de comportamiento de los sondeos con resultados favorables a la ejecución capital; sobre un no silencioso debate en público, que debilite los puntos fundamentales del movimiento a favor de la pena de muerte, abriendo la brecha de la duda en "quien siempre ha tenido certezas graníticas en esta materia"[66]. Es una agenda que actualmente podría verse confortada por los más recientes sondeos de *Gallup*, de mayo de 2006, que muestran una ligera preferencia por el encarcelamiento de por vida sin *parole* (48%) respecto a quien continúa prefiriendo la pena de muerte (47%)[67]. Es sin embargo difícil no tener en cuenta a los "empresarios morales". Son el núcleo duro, representado por tantas e influyentes asociaciones de "gremios" (funcionarios de la acusación, sheriffs, jefes de policía) y de las muchas "confesiones religiosas que han manifestado su apoyo a la pena de muerte incluso en audiciones en los parlamentos estatales y en el Congreso, como las Iglesias Fundamentalista y pentecostiana, los Mormones, la asociación nacional de los evangélicos —que representan más de diez millones de cristianos conservadores— y la Coalición Cristiana"[68]. Hay también otras confesiones religiosas que se manifiestan publicamente contra la pena de muerte. No lo hace, sin embargo, la silenciosa Iglesia Católica. Produce asombro el que la sentencia Baze vs. Rees la hayan pronunciado conco jueces católicos, precisamente mientras el actual Pontífice se hallaba de visita en los Estados Unidos, pero esa maravilla está doblemente infundada. En el plano político, se sabe, la Ciudad del Vaticano, mediante el reenvío a la ley italiana, ha previsto la pena de muerte en 1929 para los atentados cometidos en la Ciudad del Vaticano "contra la vida, la integridad o la libertad del Sumo Pontífice" (art. 4, último apartado, ley de 7 de junio de 1929); y no ha abrogado esta disposición hasta 40 años más tarde, el 7 de febrero de 1971, promulgando una nueva Ley Fundamental que por fin ha dado rango constitucional a la pena de muerte. Por otro lado, y a nivel de principios, la Iglesia Católica, en el reciente catequismo y en

---

66 Zimring, op. cit., p. 187 ss.

67 Cfr. *http//:www.deathpenaltyinfo.org/Factsheet.pdf.*

68 Bedau, en Bedau ed., *The Death Penalty in America. Current Controversies*, cit., p. 415.

la Encíclica *Evangelium Vitae* del precedente Pontífice, ha confirmado el tradicional apoyo a la pena de muerte: legitima en los casos de "extrema gravedad" —según la versión de 1992 del Catequismo— y en los casos en que sea "absolutamente necesaria", según la Encíclica citada y la versión de 1997 del Catequismo (n. 2667), firmando así un cheque en blanco a los Estados y dejándoles de este modo en libertad de retenerla como "necesaria", por lo demás camuflando incomprensiblemente la realidad ("Actualmente esos casos son no ya muy raros, sino incluso inexistentes")[69].

¿Tiene de verdad algún fundamento la esperanza de que los Estados Unidos cambien su orientación ante cambios políticos y en la opinión pública deseados por quienes llenos de esperanza han previsto "el principio del fin? Lo único que se puede responder es: no es precisamente un buen comienzo la noticia oficial de que inmediatamente después de la sentencia del Tribunal Supremo reteniendo legítima la ejecución de la pena de muerte ejecutada con el método de la inyección letal se hayan ejecutado —desde mayo a diciembre de 2008— 37 condenas a muerte[70], y para el 2009, al momento de escribir estas líneas, había ya programadas —de enero a mayo— otras 23[71]. Y si la reacción europea a ello será de reproche, es seguro que se pondrá en marcha el tradicional "fastidio" estadounidense a "que exporte" sus propios estándares de civilización en materia de pena de muerte.

Se trata de un estándar esculpido desde 1978, y repropuesto recientemente por parte del maestro que aquí honramos, tras la introducción en Texas y en Oklahoma del método de la inyección letal: "Se trata —decía Pisani— de un nuevo paso en la tecnología de la muerte y, al mismo tiempo, un nuevo gran problema de conciencia para los hombres de medicina. La decapitación, la horca, la gillotina, la fusilación, la silla eléctrica, la cámara de gas: y ahora hemos llegado a hacer recurso de la farmacopea, a la bata blanca, a la perversión de un ritual que, antes y después de Hipócrates y de su juramento, debería ser de salvación, de

---

69 Cfr. Pisani, *Appunti sul tema: Chiesa Cattolica e pena di morte*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2008, p. 1322 s. Para un examen profundo de las orientaciones de la Iglesia Católica v. Eusebi, *Le istanze di pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello stato laico*, en *Iustitis*, 1998, p. 241 ss.

70 V. *http://www.deathpenalty.org/executions-united-states-2008*.

71 V. *http://www.deathpenalty.org/upcoming-executions.*

ayuda, o al menos de esperanza. Pero la rebelión de nuestra conciencia de ciudadanos y de juristas, en la patria de César Beccaria, no se aplaca. Más bien al contrario, ésta encuentra en el nuevo rito de muerte, en esta triste e inusitada "eutanasia", una prueba más de la "mala conciencia" de quien continua considerando que el Estado puede apagar la vida de un hombre en nombre de la Justicia. Puede ser que con la muerte con tiopental, o con los demás preparados que, conjuntamente, son el trágico equivalente de la cicuta de Sócrates, no sea ni "cruel" ni "insólita", y que por ello no esté en desacuerdo con la VIII enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. *El precepto de "no matar", sin embargo, no admite enmiendas*"[72].

[72] Pisani, *La pena di morte che ritorna*, en *Rivista di diritto e procedura penale*, 2008, p. 326.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE RUSIA Y SU DECISIÓN DEL AÑO 2009 SOBRE LA MORATORIA DE LA PENA DE MUERTE[1]

Svetlana Paramonova
Instituto Max Planck de Derecho Penal e Internacional
Friburgo, Alemania

Palabras previas

El 19 de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional tomó una decisión por la cual, la pena de muerte no podía ser aplicada incluso transcurrido el plazo de la moratoria de la pena de muerte previsto para el 1 de enero de 2010, que ya había sido objeto de otra decisión anterior por el Tribunal Constitucional el 2 de febrero de 1999[2]. Esta decisión del Tribunal Constitucional se centra en el alcance de la moratoria y afirma su rechazo a imponer la pena capital hasta que se alcance la abolición *de iure.* El Tribunal basa su razonamiento en la necesidad de cumplir con los mandatos internacionales, así como en el hecho de que de conformidad con la Constitución de la Federación Rusa, la pena de muerte es una medida que tiene una naturaleza temporal.

Desde el momento de su adhesión al Consejo de Europa y la firma del Protocolo n. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 16 de abril de 1997, la Federación Rusa se comprometió a adoptar las medidas

---

1 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". Traducido por Antonio Muñoz Aunión (UCLM).

2 Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation "On the explanation of the clause 5 of the decision of the Constitutional Court of the Russian Federation" from February 2, 1999 N 3-_; Decision of November 19, 2009. N 1344-O-P: *http://www.ksrf.ru/Docs/Pages/default.aspx* (official Website of the Constitutional Court of the Russian Federation).

necesarias para alcanzar la abolición de la pena de muerte[3], siendo este un requisito de la permanencia en el Consejo de Europa. Anteriormente, se había adoptado una moratoria de facto por el Decreto Presidencial No. 724 de 16 de mayo de 1996 denominado "Hacia la reducción gradual de la aplicación de la pena de muerte en conexión con la entrada de Rusia al Consejo de Europa"[4].

Posteriormente, la pena capital fue, expresamente, suspendida por la decisión del Tribunal Constitucional de la Federación el 2 de febrero de 1999[5] razonada sobre una práctica judicial inconsistente resultante del ambiguo estatuto legal del firmado pero aún no ratificado Protocolo n. 6, esta situación dio lugar a varias decisiones del Tribunal Constitucional[6]. Todas ellas impedían la aplicación de la pena capital, interpretando la decisión de 1999.

Sin embargo, y según la decisión de 1999, la moratoria hubiera expirado el 1 de enero de 2010 con la implementación de los juicios con jurados en todas las regiones del país, siendo la última región, la República de Chechenia. El artículo 20 de la Constitución Rusa garantiza el juicio por jurado para los delitos que conllevan una posible pena de muerte. En 1999, el Tribunal Constitucional, examinando este artículo en conexión con el artículo 19 (el principio de igualdad de derechos y libertades) decidió que los juicios con jurados son necesarios para todas las regiones del país en orden a proveer a todos los ciudadanos, en la totalidad del territorio de la Federación Rusa, en un derecho igualitario a ver sus casos examinados con la participación de miembros de un

---

3 Federal Statute "On the Entry of the Russian Federation into the Council of Europe", 23 February, 1996 N 19-_: *http://base.garant.ru/12144749.htm* (official text).

4 President's Decree of 16 May 1996 _ 724 "For the Stepwise Reduction of the Application of the Death Penalty in Conjunction with Russia's Entry into the Council of Europe": *http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1159994* (the Federal Law Portal).

5 Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation, February 2, 1999. N 3-_: *http://www.ksrf.ru/Docs/Pages/default.aspx* (official Website of the Constitutional Court of the Russian Federation).

6 See decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation from October 17, 2006 N 434-O; May 15, 2007 N 380-O-O; October 16, 2007 N 682-O-O; December 18, 2007 N 935-O-O; January 24, 2008, N 54-O-O: official Website of the Constitutional Court of the Russian Federation *http://www.ksrf.ru/Docs/Pages/default.aspx* (official Website of the Constitutional Court of the Russian Federation).

Jurado. El Tribunal sostuvo que la existencia de medidas de excepción en determinadas zonas del país infringiría la misma esencia del contenido del derecho que garantiza el artículo 20[7] y además, que sería una grave alteración del principio de igualdad previsto en el artículo 19 de la Constitución. Por tanto, la aplicación de la pena de muerte se declaró inconstitucional hasta que se implementaran los juicios por jurados en toda Rusia.

El 1 de enero de 2010, los juicios por jurados fueron implementados en la República de Chechenia, y según la decisión del Tribunal Constitucional de 1999, los obstáculos formales para la aplicación de la Pena capital habrían dejado de existir después de dicha fecha. No obstante, la reciente decisión del 19 de noviembre de 2009, significa *un punto decisivo hacia la abolición de iure irreversible de la pena de muerte en Rusia.* Esto se corresponde con una tendencia creciente a nivel mundial para limitar la utilización de la pena capital así como el rumbo hacia la abolición tomado por la Federación Rusa al asumir determinadas obligaciones internacionales, en particular la firma del Protocolo n. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el 16 abril de 1997.

La intención expresada públicamente por la Federación Rusa de establecer una moratoria en relación a las penas capitales ya dictadas, y a adoptar otras medidas dirigidas a abolir la pena capital, fue uno de los motivos por los que se accedió a la incorporación de Rusia al Consejo de Europa. Asimismo, esta interpretación del Tribunal se encuentra ajustada a las disposiciones constitucionales. En el artículo 20 párrafo 2 de la Constitución, la pena de muerte se considera como una medida de naturaleza transitoria "hasta su completa eliminación, la pena capital será regulada por una ley federal como una pena excepcional para crímenes extremadamente graves contra la vida, y el acusado debe tener un derecho a que su caso sea juzgado por un tribunal con jurado". *De facto,* Rusia pertenece a los países abolicionistas desde el 2 de septiembre de 1996 cuando se produjo la última ejecución[8].

---

7 The Constitution of the Russian Federation, December 12, 1993: http://www.constitution.garant.ru (official text).

8 The Constitutional Court forbade the Application of death penalty in Russia: *http://www.lenta.ru/news/2009/11/19/death/*

Un breve relato de la Decisión

El 29 de octubre de 2009, el Tribunal Supremo de la Federación Rusa refirió al Tribunal Constitucional una petición para que aclarase sí las sentencias de pena capital podían ser emitidas después del 1 de enero de 2010. El grado de ambigüedad de esta cuestión hubiera permitido a los Tribunales rusos a imponer estas, de forma legal, tras esta fecha, de conformidad con las normas sustantivas y procedimentales que se encontraban en vigor. A esta incertidumbre sobre la aplicación sin condiciones de la normativa nacional, se añade el hecho de que la Federación Rusa había —de conformidad con los todos los requisitos formale— accedido a instrumentos internacionales que se dirigían a abolir la pena capital en tiempos de paz. Tras la firma del Protocolo No. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Federación Rusa esta obligada, según el artículo 18 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, a "abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado (…) hasta que no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado"[9]. Hasta la fecha, la Federación Rusa no ha ratificado el Protocolo n. 6, pero tampoco ha expresado su intención de no llegar a ser parte en él.

Ante la urgencia y la particular relevancia del asunto, esta petición fue examinada por el Tribunal Constitucional en una reunión extraordinaria, cuyo resultado fue la decisión del 19 de noviembre de 2009.

La Controversia "*de iure*"

El debate se centró en las **disposiciones legales existentes que regulaban la pena capital**. El artículo 20 de la Constitución Rusa que contempla la pena capital como una medida temporal, aún la permite "hasta su completa eliminación". De conformidad con las disposiciones

[9] Vienna Convention on the Law Treaties, 23 May, 1969. Ratified by the Russian Federation on 29 April, 1986: *http://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en.*

constitucionales, el *Código Penal*[10], el *Código de Enjuiciamiento Criminal*[11], y el *Código Penitenciario de la Federación Rusa*[12] contienen las reglas sustanciales y procedimentales que regulan la pena de muerte. Según el Código Penal, la pena de muerte se contempla como una más de las penas existentes (artículo 59 CCRF), y se permite esta forma de castigo para cinco "delitos especialmente graves"[13] contra la vida: artículo 105 párrafo 2 (homicidio con circunstancias agravantes); artículo 277 (intento de homicidio de un funcionario del gobierno); artículo 295 (intento de homicidio de un funcionario de la Administración de Justicia) y el artículo 357(actos de Genocidio). El capítulo 23 del Código Penitenciario prevé el procedimiento a seguir a la hora de administrar esta pena. No obstante, y según la legislación en vigor en Rusia, ningún crimen tiene señalada la pena de muerte de forma obligatoria. Según el artículo 59 del Código Penal, la pena capital, puede mediante el perdón ser conmutada por una pena de privación de libertad perpetua, o por al menos 25 años. Asimismo, las mujeres quedan excluidas de la aplicación de esta pena, así como aquellos que hubieran cometido el delito siendo menor de 18 años, y aquellos que tengan más de 65 años en el momento de ejecutarse la condena.

En relación a los textos internacionales, la Federación Rusa sigue una concepción dualista del Derecho internacional, de ahí, que las normas internacionales necesiten un acto de transposición al derecho nacional en orden a ser invocadas por los particulares. Según el artículo 4 párrafo 2 de la Constitución "la Constitución de la Federación Rusa y las leyes federales gozan de supremacía en todo el territorio de la Federación". En principio, las normas provenientes de los tratados internacionales prevalecen sobre las nacionales (artículo 15 párrafo 4 de la Constitución). Sin embargo, sólo se toman en consideración aque-

---

10 The Criminal Code of the Russian Federation, June 17, 1996, N 63-_: *http://base.garant.ru/10108000.htm* (official text).

11 The Criminal Procedure Code of the Russian Federation, December 18, 2001, N 174-_: *http://base.garant.ru/12125178.htm* (official text).

12 The Correctional Code of the Russian Federation: January 1, 1997, N 1-_: *http://www.garant.ru/doc/main/uikrf/* (official text).

13 Article 15 of the Criminal Code of the Russian Federation: iintentional acts, for the commission of which punishment is provided by the present Code in the form of deprivation of freedom for a term exceeding ten years or more severe punishment, shall be deemed to be *especially grave crimes.*

llas normas internacionales que hayan sido declaradas constitucionales y que hayan sido implementadas (adoptadas por el Legislador) en el sistema legal ruso[14]. En relación con el Protocolo No. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto significa que este texto debe ser, primero, ratificado, y segundo, que se adopten disposiciones legales internas relativas a la pena de muerte. Sólo tras una implementación adecuada de las disposiciones del Protocolo en la legislación nacional será ineludiblemente vinculante para los tribunales rusos. Hasta la fecha, Rusia ha sido sólo un Estado firmante del Protocolo desde el 16 de abril de 1997.

Solución "*de facto*"

Esta controversia "*de iure*" que hubiera llevado a un alto grado de incertidumbre sobre la admisibilidad de la pena de muerte, fue solucionada por la decisión del Tribunal Constitucional, las decisiones de esta institución tienen *de facto* el mismo efecto legal que las disposiciones normativas. El artículo 6 del Estatuto federal "Sobre el Tribunal Constitucional"[15] afirma que las decisiones del Tribunal de la Federación son obligatorias para los poderes legislativos, ejecutivos, y judicial, a los entes autónomos, empresas, grandes corporaciones, organizaciones, servidores públicos, ciudadanos, y a todas las asociaciones en el territorio de la Federación Rusa. Según el artículo 79 del mismo Estatuto, cualquier decisión del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa es definitiva y pone fin a todos los procedimientos de recurso, teniendo vigencia desde su proclamación. No requiere confirmación ulterior por ningún órgano o funcionario estatal.

La decisión del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1999 se emitió en forma de "interpretación oficial" de una decisión anterior del 2 de febrero de 1999. Según lo dispuesto en los artículos 71 y 83 del Estatuto (véase, arriba), esta decisión tiene la misma naturaleza vincu-

---

14 See for the procedure: Federal Statute "On International Treaties", July, 15, 1995 N 101-_: *http://base.garant.ru/10103790.htm* (official text).

15 Federal Statute "On Constitutional Court of the Russian Federation", July 21, 1994 N 1-_: *http://www.ksrf.ru/Docs/Pages/default.aspx* (official Website of the Constitutional Court of the Russian Federation).

lante que cualquier otra decisión del Tribunal Constitucional (excluyendo las decisiones que regulan su competencia interna.)

Como resultado del fallo del Tribunal Constitucional, la aplicación de la pena capital ha sido declarada inconstitucional en todo el territorio de la Federación. A diferencia de la anterior, de 2 de febrero de 1999, esta reciente no prevé una reintroducción de la pena de muerte, y sólo afirma la cancelación *de facto* hasta su abolición de *iure.*

El Razonamiento del Tribunal Constitucional

El motivo de la decisión fue la necesidad de cumplir con principios y estándares reconocidos como universales por el Derecho Internacional, y con obligaciones internacionales de la Federación de Rusia respecto de la abolición de la pena de muerte.

Dado que las disposiciones del Protocolo n. 6 no han sido aún implementadas en el sistema legal nacional, estas no pueden servir como base jurídica para la abolición definitiva de la pena capital. Por tanto, el Tribunal Constitucional consideró que era su tarea, prohibir mediante su dictamen cualquier aplicación futura de la sentencia hasta su abolición *de iure,* al interpretar las disposiciones de la Constitución y la práctica judicial existente.

El Tribunal interpretó su decisión anterior de 1999 en la que básicamente había subordinado la aplicación de la pena de muerte a la garantía del derecho a la igualdad de todos los ciudadanos a tener sus casos examinados por jurados en todo el territorio de la Federación Rusa, enfatizando que tanto las normas internacionales como las disposiciones constitucionales nacionales (en particular los artículos 19 y 20 de la Constitución) servían como base de su posicionamiento en 1999. Por esta razón, al emitir una *interpretación oficial* de su decisión previa, y emitir un nuevo veredicto, el Tribunal no podía ignorar, estando obligado, a tomar en consideración las normas y obligaciones internacionales existentes. El Tribunal subrayó la pertenencia de la Federación Rusa al Consejo de Europa, y las medidas dirigidas a abolir la pena de muerte que se habían adoptado al respecto. El Tribunal no podía ignorar el compromiso de Rusia de firmar el Protocolo n. 6 en el plazo de un año, y a ratificarlo en un plazo de 3 años tras la adhesión al Consejo de Eu-

ropa, y que esto había sido requisito ineludible para ser miembro en la Organización.

En general, las decisiones del Tribunal Constitucional tienen una naturaleza normativa ya que tienen un ámbito de aplicación personal y temporal indeterminado. De ahí que el Tribunal declarase que su decisión de 1999 había tomado todo este marco como referencia, y se incluían los Tratados internacionales dirigidos a abolir la pena capital como otros acuerdos concluidos por la Federación Rusa[16]. El Tribunal Constitucional cita las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 62/149 (2007) y 63/168 (2008) "Moratoria en el Uso de la Pena Capital"[17] y se afirma que, según el artículo 15 párrafo 4 de la Constitución, "los principios y estándares universalmente reconocidos de Derecho Internacional y los acuerdos internacionales de la Federación Rusa forman parte integrante de su sistema jurídica legal". Además, el Tribunal apunta a la importancia de la *dinámica abolicionista* que parece prevalecer en la comunidad internacional, y que Rusia reconociéndose parte de ella (como dispone el Preámbulo de la Constitución) también ha decidido seguir.

Unido a las referencias de sus obligaciones internacionales, el Tribunal recalca en el artículo 20 de la Constitución, según el cual, la pena de muerte sólo tendrá una aplicación transitoria "*hasta su completa eliminación*". Para el Tribunal, la aplicación de normas del sistema criminal nacional propias de la pena capital ha dejado de ser posible al ser incompatibles con el principio del derecho a la vida que se ha desarrollado sobre la base del artículo 20 en conexión con el artículo 15 párrafo 4 y el artículo 17 de la Constitución. Además, las decisiones anteriores del Tribunal Constitucional también forman parte del marco jurídico aplicable. El Tribunal enfatiza que en relación con la prohibición de ejecución de penas capitales, la Federación Rusa está vinculada a sus

---

16 See Universal Declaration of Human Rights, approved by the General Assembly of the United Nations, 10 December, 1948; International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI), 16 December, 1966: *http://www.un.org/en/documents.*

17 UN General Assembly Resolution 62/149, 18 December 2007; UN General Assembly Resolution 63/168, 18 December 2008: *http://www.un.org/ga/62/resolutions.shtml.*

disposiciones constitucionales, al igual que a acuerdos internacionales, y por normas legales nacionales adoptadas por el Parlamento, el Presidente y el Tribunal Constitucional.

Conclusión

Amparada por la Constitución y por disposiciones tanto nacionales como internacionales, la Pena capital no se ha aplicado en Rusia en los últimos 13 años. Como consecuencia de esta larga moratoria, existe una garantía firme de que existe una tendencia hacia la no aplicación de la pena capital equiparable a *"un régimen constitucional legítimo"*[18] que lleva a un proceso irreversible hacia la abolición final de la pena de muerte.

[18] See the Decision of the Constitutional Court of November 19, 2009.

LA PENA DE MUERTE EN LOS CÓDIGOS PENALES IBEROAMERICANOS (1975-2009)[1]

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Universidad de Salamanca

1. En 1975 tuve ocasión de escribir mi primer artículo de Derecho penal y fue sobre la pena de muerte en los Códigos penales iberoamericanos. Aquel articulo apareció en el libro colectivo "La pena de muerte. Seis respuestas", publicado en tiempos dramáticos de la historia de nuestro país y que coordinaba mi maestro Marino Barbero Santos, ejemplo para todos nosotros en muchos ámbitos[2], también en el compromiso por un Derecho penal respetuoso con los derechos humanos y dentro de él en su beligerancia contra la pena capital. Aquella primera investigación me permitió desde el inicio de mi formación como penalista exteriorizar mi beligerancia contra una pena, que se opone a todo lo que creo y defiendo como penalista y como persona. Además, aunque entonces aún no lo sabía, el que el contenido de ese trabajo fuera sobre la legislación de los países iberoamericanos, constituyó un

---

1 Este trabajo hay que entenderlo como una continuación del que publiqué en 1975 y al que me refiero en la nota siguiente, respecto al artículo de 1975 he prescindido de Haití, por no ser un estado iberoamericano. En puridad tenía que haber incluido en este análisis a España y Portugal, los dos son estados iberoamericanos, pero he preferido limitar este estudio, como ya hice en 1975, a la legislación de los estados americanos de raíz ibérica.
Deseo expresar mi agradecimiento al Profesor Ferré Olivé, que a través de su red iberoamericana de colaboradores de la "Revista penal" que dirige, me proporcionó información actualizada de muchos de estos países. Igualmente, la colaboración de la Profesora Ana Pérez Cepeda ha sido clave para poder utilizar todos los datos que proporciona Internet

2 Berdugo Gómez de la Torre: "La pena de muerte en el actual derecho penal iberoamericano", en Barbero Santos y otros: La pena de muerte 6 respuestas, Valladolid 1975, p. 79 y ss.

augurio de vinculación con una región del mundo que ha marcado y marca mi vida.

Hoy, mucho tiempo después pretendo recoger en estas páginas los cambios que han experimentado las legislaciones penales iberoamericanas en la regulación de la pena capital.

Ciertamente, no se puede ignorar la diferencia, tan dramáticamente latinoamericana, entre el contenido de las leyes y la realidad[3], que fue particularmente acusada en la primera parte del periodo que analizamos. La utilización de la violencia al margen de la ley en los países del cono sur, aunque no sólo, plasmada en desapariciones y ejecuciones, que no son ejecuciones sino asesinatos, marca la historia de Argentina, Chile o Uruguay, y también las de otros países como Perú o Brasil. No se puede olvidar que estos delitos contra la vida fueron llevados a cabo por quien justamente tenían la obligación de evitarlos. Hoy, la consolidación de la democracia ha traído consigo la derogación de leyes de punto final y la exigencia de responsabilidad penal a quienes en nombre de supuestas guerras nunca declaradas y de injustificables razones de Estado, asesinaron a los ciudadanos cuyos derechos estaban obligados a proteger.

2. El examen de la vigente legislación penal de los países iberoamericanos pone de relieve que a los Estados que ya eran abolicionistas en 1975: Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Uruguay y Venezuela, se han sumado, Argentina, Bolivia, Chile, Nicaragua, Paraguay, Perú y El Salvador. Hoy tan solo mantienen la pena capital en sus Códigos penales Cuba y Guatemala.

Aunque, dentro de los Estados de hemos calificado como abolicionistas, varios de ellos siguen contemplando la posibilidad de utilizar la pena de muerte en la legislación militar en tiempo de guerra. Como se verá, este es el caso de Brasil, Chile, El Salvador y Perú.

---

3 Víctor Hugo, en una cita muy utilizada por Carlos Fuentes, reflejaba ya esta situación cuando al referirse a la Constitución colombiana de 1863 decía que era una constitución para los ángeles y no para los hombres, por que está bellamente escrita, pero nadie la aplica.

3. El periodo de tiempo objeto de nuestro estudio está marcado por la aprobación el 8 de junio de 1990 en Asunción por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA del "Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte"[4]. El artículo 1 del Protocolo de forma taxativa establece que: "Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicaran en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción". Aunque en el articulo 2 contempla la posibilidad de que los Estados firmantes puedan declarar "que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar".

Los Estados iberoamericanos han suscrito el Protocolo sin reservas hasta ahora han sido: Argentina (2008), Costa Rica (1998), Ecuador (1998), México (2007), Nicaragua (1999), Panamá (1991), Paraguay (2000), Uruguay (1994) y Venezuela (1993).

Por su parte, Brasil (1996) y Chile (2008), han ratificado el Protocolo, pero utilizando la clausula del artículo 2.

Por tanto, restan por incorporarse al Protocolo: Bolivia, Colombia (aunque existe un proyecto de ley para su ratificación), Guatemala, Honduras, Perú y República Dominicana. Grupo al que hay que añadir Cuba que no forma parte de esta organización.

4. Los Estados del primer grupo, los que ratificaron o se adhirieron al Protocolo sin reservas son los que jurídicamente podemos considerar hoy como plenamente abolicionistas. Dentro de ellos puede resaltarse la reciente incorporación de Argentina, cuyo Senado en Agosto de 2008, por unanimidad, aprobó la derogación del Código de justicia militar, única disposición que contenía entre sus sanciones a la pena de muerte,

---

[4] Los considerandos del Preámbulo de este Protocolo toman como punto de partida el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos humanos que reconoce el derecho a la vida y restringe la aplicación de la pena de muerte. Sobre esta base concluye el Preámbulo afirmando "Que Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos han expresado su propósito de comprometerse mediante un acuerdo internacional, con el fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano"

sanción que, por otra parte no esta totalmente excluida por su Constitución[5].

Los restantes firmantes se pronuncian de forma taxativa en sus constituciones. La Constitución de Costa Rica de 1949, en su art 21, consagra sin limitaciones el derecho a la vida[6] y, aunque no contenga referencia a la pena capital, no hay que olvidar que en este país centroamericano, la pena de muerte es abolida ya en el siglo XIX. La Constitución de Ecuador de 1998, en su art. 23[7], la de México de 1917 en su art. 22, reformado en 2005[8], la de Nicaragua de 1986, en su art. 23[9], la de Panamá de 1972, en su art. 30[10], la de Paraguay de 1992, en su art. 4[11], la de Uruguay de 1967, en art. 26[12] y la de Venezuela de 1999 en su art. 43[13], se pronuncian todas con diversas fórmulas, por la exclusión de la pena de muerte de sus respectivos ordenamientos.

5. Entre los Estados que ratificaron el Protocolo, como se ha visto, tan solo Brasil y Chile utilizaron la posibilidad de reservar la pena de

---

5 El art.18 de la Constitución argentina de 1994 establece: "Queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes"

6 El art. 21 de forma taxativa afirma:"La vida humana es inviolable". Con anterioridad la Constitución de 1871, en su art. 45, posibilitaba aplicar la pena de muerte en los casos de."1. En el delito de homicidio premeditado y seguro, o premeditado y alevoso. 2. En los delitos de alta traición. 3. En los de piratería". En 1882 se modifica la Constitución por Decreto N.VII y el art. 45 pasa a decir, "La vida humana es inviolable en Costa Rica".

7 Art. 23.1 establece. "La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte".

8 El Senado mexicano eliminó el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución de 1917, que decía: "queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves de orden militar...". Pese a esta posibilidad…

9 El art. 23 establece: "El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte".

10 Art. 30, "No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes".

11 El art. 4, tras consagrar el derecho a la vida, entre otras cosas, afirma: "Queda abolida la pena de muerte".

12 El art. 26, entre otras garantías establece: "A nadie se le aplicará la pena de muerte".

13 El art. 43 consagra: "El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla".

muerte para la legislación militar. Es interesante subrayar como estos dos Estados tienen históricamente respecto a la pena de muerte una posición diametralmente opuesta, Brasil es abolicionista de hecho desde el siglo XIX y Chile todavía aplicaba la pena capital en la década de los ochenta del pasado siglo.

En el caso de Brasil[14], el abolicionismo de facto tiene un fuerte arraigo. La última ejecución fue el ahorcamiento del esclavo Francisco en Pilar de Alagoas en 1876, desde entonces, aun en los periodos en los que la legislación contenía esta pena, lo que ocurrió en la época del denominado Estado Novo y más recientemente durante los Gobiernos militares, todas las penas de muerte fueron conmutadas.

Hoy la Constitución de 1988 en su artículo 5, XLVII, prohíbe la pena de muerte "salvo en caso de guerra declarada en los términos del art. 84, XIX".

En esta situación de guerra declarada, el Código penal militar contiene la pena de muerte, art. 55, y se ejecutara por fusilamiento, art. 56. La sentencia que se comunicara al Presidente de la República, se ejecutara seis días más tarde, art. 57[15], salvo que se haya impuesto en zona de operaciones, en este caso podrá ser ejecutada de forma inmediata.

Es distinta la historia y la situación en Chile. Este país en 2001, por ley 19.734, excluye la pena de muerte de su legislación ordinaria, manteniéndola en la legislación militar para los tiempos de guerra.

La Constitución Chilena en su artículo 19.1 indica que "la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado". El art. 240 del Código de justicia militar establece que, "La pena de muerte se ejecutará ordinariamente de día, con la publicidad y en la forma que determinen los reglamentos que dicte el Presidente de la República, y al día siguiente de notificado al reo del

---

14 Los datos respecto a Brasil debo agradecérselo a la profesora Ana Elisa Liberatore de la Universidad de Sao Paulo y al Fiscal William Terra de Oliveira.

15 La legislación penal militar brasileña contempla la pena de muerte, en caso de guerra declarada para los delitos de: Traición (art. 355); favorecimiento al enemigo (art. 356); cocción al comandante (art. 358); fuga en presencia del enemigo (art. 365); motín, revuelta o conspiración (art. 368); rendición o capitulación del comandante (art. 372); daño a bienes de interés militar (art. 384); abandono de puesto (art. 390); deserción en presencia del enemigo (art. 392); y genocidio (art. 401).

"cúmplase" de la respectiva sentencia". Pero, en tiempo de guerra, se procederá a la ejecución inmediata de las sentencias de muerte, cuando el delito exija un pronto y ejemplar castigo a juicio del General en Jefe del Ejército o Comandante de la plaza sitiada o bloqueada por el enemigo[16].

En el periodo que analizamos la pena capital, antes por tanto de la ley de 2001, fue aplicada en cumplimiento de sentencia de tribunales en dos ocasiones, en 1982 a dos reos de robo y homicidio[17] y en 1985 a otros dos responsables de homicidios en serie[18].

6. En los Estados que aún no se han adherido al Protocolo de Asunción las situaciones son distintas. Colombia, la República Dominicana y Honduras son abolicionistas desde hace tiempo. Bolivia desde fecha más reciente.

En Colombia, que suprime la pena de muerte en 1910, la Constitución de 1991 en su art. 11, incorpora un pronunciamiento expreso y contundente contra la pena de muerte: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte". En coherencia con esta declaración está en tramitación parlamentaria la firma del Protocolo de Asunción[19].

---

16 La legislación militar chilena contempla en muchos supuestos la posible utilización de la pena de muerte. Dentro de lo delitos de traición, espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado, art. 244, Delitos contra el derecho internacional, art. 262, Delitos contra la seguridad interior del Estado, art. 270, Delitos contra el orden y seguridad del ejercito, art. 272, Delitos contra los deberes y el honor militares, arts. 287, 288, 303, 304 y 327, Delitos de insubordinación, arts. 336,337 y 339, Delitos contra los intereses del ejercito, art. 347, Disposiciones relativas a la Armada, arts. 378, 379, 383. 384, 391 y 393.

17 El 22 de octubre de 1982, fueron fusilados los agentes de la CNI Gabriel Hernández y Eduardo Villanueva, condenados por robo con homicidio, ver, sobre esta ejecución y en general sobre la pena de muerte en Chile, TAPIA: Historia de la pena de muerte en Chile, *gtapia.diarioeldia.cl*

18 La última vez que se aplicó fue el 29 de enero de 1985 a los carabineros Carlos Alberto Topp Collins y Jorge Sagredo Pizarro responsables de una docena de homicidios en serie en Viña del Mar, "*http://es.wikipedia.org/wiki/Pena_de_muerte_en_Chile*".

19 El texto del proyecto de ley de ratificación del Protocolo de Asunción, puede consultarse en *web.presidencia.gov.co/sp.2009*.

La legislación de Honduras es abolicionista desde 1956 y su Constitución de 1982, también de forma expresa prohíbe la pena de muerte, en su artículo 66[20].

La República Dominicana, abolicionista solo desde 1966, en el art. 7. 1 de su Constitución de 2002, tras proclamar la inviolabilidad de la vida establece que: "No podrá establecerse, pronunciarse, ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte".

En Bolivia, la última ejecución por fusilamiento en plaza pública, tuvo lugar en 1971[21]. En la Constitución de 2009 de forma taxativa en su art. 15 I, se afirma: "No existe la pena de muerte". Con lo que debe estimarse que la pena de muerte queda excluida del Código de justicia militar que hasta ese momento la recogía en el artículo 22[22].

Por tanto, estos cuatro Estados, Colombia, Honduras, República Dominicana y Bolivia, no tendrían obstáculos jurídicos para suscribir el Protocolo de Asunción.

7. Un segundo grupo de Estados no firmantes del Protocolo de Asunción, está integrado por El Salvador y Perú. Estos dos Estados mantienen aún la posibilidad constitucional de utilizar la pena de muerte.

El Salvador, de conformidad con el art. 27 de su Constitución mantiene la posibilidad de utilizar la pena de muerte sólo para "los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional". No cabría por tanto recurrir a esta pena en el caso de guerra civil.

El rancio Código de Justicia militar salvadoreño, contiene en su artículo 9 la pena de muerte, que se ejecutará por "fusilación" y establece en el artículo siguiente una serie de reglas para restringir la aplicación

---

20 Art. 66, de forma taxativa, "se prohíbe la pena de muerte".

21 La última ejecución fue la del pederasta Claudio Suxo, fusilado en una plaza pública en el primer gobierno de Banzer. Sobre la pena de muerte en Bolivia puede consultarse Vargas Lima: La pena de muerte en la legislación boliviana. Evolución histórico-normativa y su proyección internacional, en http*://www.monografias.com.*

22 La legislación militar establecía en el art.24 que la pena de muerte llevaría consigo la degradación y que sería ejecutada por fusilamiento.

en caso de sentencias[23] múltiples a la pena capital por un mismo hecho, "no todos deberán sufrirla, aunque todos deberán ser condenados a ella en la sentencia. Si no pasaren de cinco, la sufrirá uno solo, sino pasaren de diez, dos, si no pasaren de veinte, tres, y excediendo de veinte uno por cada decena o fracción de ella". Para este fin, "El juez enumerará los reos en la sentencia por el orden de su mayor culpabilidad".

Según la información a la que hemos podido tener acceso, la última ejecución en el país centroamericano en cumplimento de la sentencia de un tribunal es de 1973.

En Perú[24], la Constitución de 1993 establece en su artículo 140 que "La pena de muerte sólo podrá aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

Esta posibilidad constitucional, no ha sido utilizada por el Código penal, tan solo lo ha hecho el Código de Justicia Militar policial de 2006, de forma muy restringida. El art. 21, I, establece entre sus sanciones: "Pena de muerte por traición a la Patria en caso de guerra exterior", lo que recoge más adelante en el párrafo final del artículo 66[25].

En Perú las últimas ejecuciones tuvieron lugar en la década de los setenta[26], y como se expondrá más adelante, el actual gobierno ha pretendido, hasta ahora sin éxito, ampliar el posible ámbito de la utilización de la pena capital.

8. El último grupo está formado por Guatemala y Cuba, los dos únicos países iberoamericanos que aun mantienen la pena de muerte en su Códigos penales.

---

23 Para información sobre fechas y datos en relación a la pena de muerte en todo el mundo es básica la pagina de Amnistía, *www.es.amnesty.org/temas/**pena-de-muerte**/*.

24 Agradezco la información sobre Perú a mi buen amigo Víctor Prado

25 El art. 66 establece en su párrafo final, "En caso de guerra exterior podrá aplicarse la pena de muerte, acorde con nuestra legislación".

26 Se aplicó la pena de muerte para delitos de robo con muerte y ataque a las fuerzas armadas con muerte, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 19910. También se aplicó el código de justicia militar entonces vigente a un suboficial condenado por traición a la patria.

8.1. En Guatemala[27] la Constitución de 1985 en su art. 18 establece: "Pena de muerte. La pena de muerte no podrá imponerse en los siguientes casos:

a) Con fundamento en presunciones;
b) A las mujeres;
c) A los mayores de sesenta años;
d) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y
e) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.

El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte".

Ciertamente, además de los casos constitucionales de "discriminación positiva", el Congreso no ha procedido aún a la abolición de la pena de muerte.

El Código penal de 1973, recoge la pena de muerte para los delitos de parricidio, art. 131; asesinato, art. 132; violación con resultado de muerte, art. 175; plagio o secuestro, art. 201 y desaparición forzada con resultado de muerte o lesiones, art. 201 ter.

La condena a la pena de muerte se vincula en los casos de parricidio y asesinato, "si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente". En el caso de violación con resultado de muerte aparece como pena única cuando la víctima no hubiera cumplido 10 años de edad. En los supuestos de plagio o secuestro es la pena única para los autores materiales o intelectuales y aparece también como pena única en los supuestos de desaparición forzada con muerte o lesiones de la víctima.

---

[27] Mi agradecimiento a Alejandro Rodríguez Varillas, Fiscal y antiguo alumno de la Universidad de Salamanca.

La legislación penal militar utiliza en abundantes supuestos la pena de establecer en los casos de delitos como la sedición, con pluralidad de autores, el que lo sediciosos "serán diezmados", art. 51.

Hasta el año 1996 la pena de muerte en Guatemala se ejecutaba por fusilamiento, en noviembre de este año la "Ley que establece el procedimiento para la ejecución de la pena de muerte" establece en su artículo 7 que "se procederá a ejecutar la pena de muerte mediante el procedimiento de la inyección letal"[28] y regula detalladamente todo el procedimiento de ejecución. De acuerdo con sus considerandos iniciales el legislador guatemalteco entiende "que mientras en Guatemala esté vigente la pena de muerte, la ejecución de la misma debe realizarse de la manera más humanitaria posible no sólo para el reo que la sufre sino también para la sociedad que, en una u otra forma, es espectadora" (sic.).

De acuerdo con esta norma, la ejecución se realizara "en forma privada en el interior del presidio que corresponda", art. 3. La privacidad es por lo menos discutible pues junto a las autoridades de acuerdo con este articulo estarán presentes "el Capellán Mayor, un Ministro de Religión o Culto que profese el reo, su esposa o conviviente y sus familiares dentro de los grados de ley, así como los representantes de la prensa hablada, escrita y televisada".

La ejecución se suspende "cuando el reo se hallare privado de la razón o padeciendo una enfermedad grave", aunque, "únicamente por el

---

[28] La primera ejecución con inyección letal tuvo lugar en febrero de 1998 fue la de Manuel Martínez Coronado



la foto puede verse en la página *web de Amnistía Internacional*.

tiempo estrictamente necesario para la recuperación de la normalidad". Todo ello según el art. 4 de esta ley[29].

Al menos en dos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado contra la situación de la pena de muerte en Guatemala. Son las sentencias de los casos Fermín Ramírez, 20.6.2005 y Ronad Raxcaco, 15.9.2005 y 4.7.2006. En ambas la Corte se pronuncia contra la pena capital en casos de asesinato y plagio o secuestro[30].

La Corte Constitucional guatemalteca había suspendido en 2002 la pena de muerte, argumentando que no estaba regulado adecuadamente quien podía ejercer el derecho de gracia. En Marzo de 2008 el Congreso aprobó una Ley reguladora de la conmutación de la pena de muerte, ley que fue vetada por el Presidente Portillo, con lo que se continúa en una situación de abolicionismo de facto.

Es importante subrayar que desde el año 2000 no se ha producido ninguna ejecución en Guatemala, aunque hoy haya 15 reos condenados a la pena capital y pendientes de recursos[31].

8.2. En Cuba, las tres últimas ejecuciones tuvieron lugar en 2003[32] en aplicación de la Ley 93 de 2001 contra Actos de Terrorismo. Con estas ejecuciones se ponía fin a una moratoria de hecho que venía desde el año 2000. La repercusión negativa que tuvieron las ejecuciones[33] ha abierto otra moratoria de hecho y en febrero de 2008, Raúl Castro anunció la conmutación de la pena de muerte a gran parte de los reos

---

29 La ley, Decreto número 100-1996, de 28 Noviembre 1996, regula en su artículo 7 de forma minuciosa todo los pasos de la ejecución a llevar a cabo por el verdugo, en la ley denominado "el ejecutor".

30 Estas sentencias y resoluciones pueden consultarse en la pagina web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, www.corteidh.or.cr

31 Según los datos que me proporciona Alejandro Rodríguez Varillas, durante el conflicto armado entre 1982 y 1983 se fusilaron a 11 personas por parte de tribunales de fuero especial, que eran tribunales secretos. Estos tribunales se suprimieron en 1983. Entre 1996 y 2000 se aplicó la pena de muerte a 6 personas más, 2 por violación cualificada, 1 por asesinato y 2 por plagio o secuestro.

32 En Abril de 2003 fueron ejecutados Lorenzo E. Capello, Bárbaro Leodán y Jorge Luis Martínez, condenados por el secuestro de un barco de pasajeros con el que pretendían dirigirse a Estados Unidos.

33 Puede verse la información que proporciona GROGG: Pena de muerte-Cuba. Una condena difícil de extirpar en, Ipsnoticias.net

condenados a esta pena. Tan solo no se conmutó a tres reos acusados de terrorismo[34].

La situación en la vigente legislación penal cubana toma como punto de partida la Constitución de 1992, que se abstiene de pronunciarse sobre la pena de muerte. La Constitución de 1940, vigente hasta el final de 1958 establecía en su art. 25: "No podrá imponerse la pena de muerte. Se exceptúan los miembros de las Fuerzas Armadas, por delitos de carácter militar y las personas culpables de traición, o de espionaje a favor del enemigo en tiempo de guerra con nación extranjera". El régimen que surge de 1959, suprime la Constitución y las limitaciones respecto a la pena de muerte al implantar los Tribunales revolucionarios en virtud de la ley del Ejercito Mambí de 1896. La Constitución de 1976, al igual que la actual evitaba pronunciarse sobre la pena de muerte[35].

El primer rasgo diferenciador respecto a los otros países de la región reside, por tanto, en la ausencia de limitaciones constitucionales a la presencia de la pena de muerte en la legislación penal.

La institucionalización del nuevo régimen trajo consigo en la década de los 70 del pasado siglo trajo consigo junto a la Constitución de 1976, un nuevo Código por Ley 21 de 1979 que reemplazó al Código de Seguridad Social y a la Ley de Delitos Militares.

El Código penal en su artículo 29 establecía: "1. La sanción de muerte es de carácter excepcional, y sólo se aplica por el Tribunal en los casos más graves de comisión de los delitos para los que se haya establecida. 2. La sanción de muerte no puede imponerse a los menores de 20 años de edad ni a las mujeres que cometieron el delito estando encinta o que lo estén al momento de dictarse la sentencia.3. La sanción de muerte se ejecuta por fusilamiento".

En 1988, por Ley 62, se publica un nuevo Código penal, que mantiene con igual contenido el art. 29. Con posterioridad en 1997, por Decreto 175, se introduce un nuevo Código penal que mantiene el art. 29.

---

34 Véase el Informe sobre Cuba de Human Rights Watch de enero de 2009, en el mismo se estima que se conmutaron entre 20 y 30 condenas, aunque no se puede concretar más la cifra al no comunicar datos las autoridades cubanas.

35 Sobre la evolución legislativa en Cuba, puede verse Pérez Kasparian: La Pena de muerte en la legislación cubana, en *www.sara**perez**k.com*

Los delitos para los que el Código penal prevé la pena capital sobre todo para delitos contra la seguridad del Estado y los más graves contra bienes jurídicos de carácter individual: Contra la integridad territorial, art. 91; Promoción de acción armada contra Cuba, art. 92 y 93; Ayuda al enemigo, art. 94; Espionaje, art. 97; Rebelión, art. 98; Sedición, art. 100; Usurpación del Mando Político o Militar, art. 102 y 105; Terrorismo, art. 106, 107 y 108; Actos hostiles contra un Estado Extranjero, art. 110, Genocidio, art. 116; Piratería, art. 117 y 118; Mercenarismo, art. 119; Crimen del Apartheid, art. 120; Otros actos contra la seguridad del Estado, art. 124; Asesinato, art. 263 y 264; Violación, art. 298 y Pederastia con violencia art. 299.

La Ley 87 de 1999, agrava las penas para una serie de delitos y respecto al tema objeto de nuestro análisis, impone la pena de muerte para delitos graves de tráfico de drogas, corrupción de menores y robo con violencia. Esta orientación político criminal quedaba claramente expuesta por Fidel Castro que al referirse a la pena capital afirmó: "Albergo la esperanza de que nuestros jueces no vacilen en aplicarla"[36].

En 2001 el recurso a la pena de muerte se refuerza con la Ley 93 contra actos de terrorismo.

Oficialmente el recurso a la pena de muerte sigue considerándose excepcional y su mantenimiento en la legislación cubana siempre se justifica en la situación de hostilidad que padece el gobierno de la isla, baste con revisar la lista de delitos capitales para comprobar que la mayor parte responde a una supuesta defensa del Estado.

9. Globalmente la situación en la región en el periodo objeto de este análisis está marcada por un claro retroceso de la presencia de la pena de muerte en las distintas legislaciones penales. Aunque, periódicamente en algunos de estos países hay movimientos a favor de la reimplantación o una mayor utilización de la pena de muerte, normalmente vinculados a delitos graves contra la libertad sexual o a delitos de terrorismo.

---

[36] Sobre este momento en la evolución de la legislación penal cubana puede verse el documento de Amnistía Internacional AMR 25/29/99 de 1 de junio de 1999, "Cuba. Preocupante aumento del uso de la pena de muerte".

Sirva de muestra el caso de Perú donde el Presidente Alan García, ha buscado implantar la pena de muerte, primero para los supuestos de violación seguida de muerte de un menor de siete años y después para casos de terrorismo. El primer caso requiere una reforma constitucional, hasta ahora no producida. Respecto al segundo, en enero de 2007 el Congreso de la República rechazó la ley 2575 que pretendía implantar la pena de muerte para los actos de terrorismo agravado, ser dirigente o pertenecer a un grupo de aniquilamiento[37].

10. En síntesis, y sin olvidar esa oposición entre contenido de la leyes y realidad que históricamente ha caracterizado con excesiva frecuencia a la mayor parte de los países de la región, la situación respecto a la pena de muerte a nivel legislativo se ha de valorarla muy positivamente.

En relación con la pena de muerte el hecho más significativo en este periodo ha sido la aprobación del Protocolo de Asunción, que se ha utilizado como hilo conductor en este trabajo. La situación, que refleja este Documento es un adelanto de las Resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas a favor de una moratoria de la pena de muerte en todo el mundo[38].

Finalmente se debe tener presente:

Que desde 2003 no se ha producido una ejecución en todos estos países en cumplimiento de sentencia judicial.

Que solo dos países, Guatemala y Cuba, contienen la pena capital en sus Código penales.

Que Brasil, Chile, El Salvador y Perú, la mantienen solo en la legislación militar y en tiempo de guerra. Limitación en todos los casos constitucionalmente impuesta.

---

37 Sobre estos intentos véase la información y documentación que proporciona el 36 Congreso de la FIDH que tuvo lugar en 2007 en Lisboa.

38 El 18 de diciembre de 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una resolución a favor de una moratoria en la pena de muerte en todo el mundo. La resolución se adoptó por 104 votos a favor, 52 en contra y 29 abstenciones.
El 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General de naciones Unidas aprobó una segunda resolución que pide una moratoria en las ejecuciones. La resolución se aprobó por 106 votos a favor, 46 en contra y 34 abstenciones.

Que el resto de los países no tienen en su legislación la pena de muerte, en la mayor de los casos por prohibición constitucional.

PENA DE MUERTE

Sérgio Salomão Shecaira
Instituto Brasileño de Ciencias Criminales
Sao Paulo, Brasil

Introducción

Primeramente, me gustaría felicitar a los organizadores del evento por esta iniciativa. Informo que en el Brasil se han iniciado una serie de debates sobre la pena de muerte, siendo que el primero de ellos ocurrió el día 25/11 y que todos los demás, se realizarán el primer semestre de 2010, culminando con un grande panel en el seminario anual de IBC-CRIM, el mes de agosto del año que viene.

Agradezco también a los organizadores del evento, especialmente al Profesor Luis Arroyo Zapatero, eminente maestro, que a lo largo de los años nos ha enseñado mucho con su cultura y saber.

Antes de hablar sobre el problema de la pena de muerte en Brasil, quería disculparme de antemano por la pobreza de mi español y expresar que corro el riesgo de mezclar el idioma de Camões por el de Cervantes y acabar no comprendido tanto por los brasileños y portugueses como también por los españoles. Sin embargo, es un riesgo que he resuelto enfrentar.

Noticia Histórica

No existe en el Brasil una previsión legal para la pena de muerte. Pero ni siempre ha sido así. El Descubrimiento del Brasil ocurre en una época de reglas muy severas con relación a lo penal, el absolutismo de la monarquía y la intolerancia de la Iglesia Católica. Bajo este panorama, la escuadra de Cabral llega al Brasil transportando **20 condenados a muerte**. La carta de Pero Vaz de Caminha al rey Don Manuel revela que los presos ejercieron un papel utilitario durante la expedición: entrar en el territorio desconocido. Fueron desembarcados diversas veces con la finalidad de aproximarse a los indios. Dos de ellos fueron dejados en el nuevo territorio con el propósito de obtener informaciones sobre las

costumbres nativas y de las riquezas de la tierra y para diseminar la palabra de Dios. Nuestros primeros habitantes de linaje europeo, abandonados a su propia suerte, cumpliendo sus penas, fueron rescatados con vida. Uno de ellos se menciona en una carta firmada por el propio rey: "Ha regresado uno que sabía la lengua de los indígenas y nos ha informado de todo"[1].

Durante los primeros tiempos del descubrimiento, la pena capital, ampliamente distribuida por las Ordenanzas del Reino era, en ausencia de una justicia organizada, impuesta por capitanes o gobernadores. Su ejecución no era frecuente, porque los reos huían o se escondían en el vasto territorio sin vigilancia. Nuestras Ordenanzas del Reino preveían la pena de muerte en más de 70 casos, desde el crimen de lesa majestad hasta el de sodomía, pasando por homicidios y robos. La ejecución, aunque variada, era hecha por medio del ahorcamiento, siendo precedida, según el caso, de suplicios e incluso seguida de descuartizamiento, quema del cadáver y pérdida de los bienes.

Con la Independencia (1822), la **Constitución de 1824** expresamente **abolió las penas crueles** aunque mantenía transitoriamente la legislación reinal. La ley del 11 de septiembre de 1826, en su art. 1º, determinaba que la sentencia proferida en cualquier parte del imperio, que impusiese pena de muerte, no sería ejecutada sin que el proceso fuera examinado antes por el **emperador ya sea** para **perdonar o moderar la pena**. (Constitución de 1824, art. 101, §§ 8º y 9º). Sólo en **1830** fue promulgado el **primero Código Penal del Brasil**, en cuyo arsenal de penas se incluía la **muerte en la horca, restrictamente impuesta a los crímenes de insurrección de esclavos, homicidio calificado y latrocinio**[2].

El error judicial que llevó a la horca al hacendado Manuel Motta Coqueiro, en Macaé, RJ contribuyó para la abolición de la pena de la muerte en 1855. Fue acusado de, con la ayuda de dos esclavos Faustino y Florentino, haber matado en 1852, en su estancia de Macabú, al colono Francisco Benedito y a toda su familia, de quién se había vengado por una supuesta oposición a sus amores con una de sus hijas. Sometido a juicio por un jurado, el reo, que el pueblo denominara de la Fiera de

---

1 Luís Francisco Carvalho Filho. O que é pena de morte, p. 26/7.

2 Fragoso. In: Pena de morte. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, *Pena de morte*, p. 73.

Macabú, fue condenado, en dos juzgamientos y por unanimidad, a la horca, no obstante sus reiterados y vehementes protestos de inocencia[3]. Posteriormente se descubrió el error judicial que llevó a Motta Coqueiro a la muerte. Hubo repercusión en la opinión pública y D. Pedro II, en uso de su poder moderador, pasó a conmutar, sistemáticamente, la pena capital por la pena de galeras (trabajos forzados perpetuos), valiéndose, para eso, a cualquier circunstancia favorable al condenado, aunque sin mayor comprobación. D. Pedro II decidió favorablemente a todas las peticiones de perdón que recibió para beneficiar hombres libres y libertos, y a partir de la década de 1860, extendió ese favor a los esclavos, incluso cuando acusados de crímenes de los más graves[4] casi exclusivamente de estados. Existen registros de penas de muerte ejecutadas después de 1855, casi que exclusivamente de esclavos. Es cierto, por ejemplo, la ejecución de cinco esclavos el 9/10/1873, tres de ellos involucrados en un único asesinato. Sin embargo, existe también la seguridad de que la última condenación firmada por el Emperador se habría llevado a cabo en 1876. El último ahorcado fue el esclavo Francisco, residente en la ciudad de Pilar, provincia de Alagoas. De esta manera, el proceso evolutivo aseguró la concesión del perdón imperial a partir de 1856, inicialmente, para los hombres blancos, siendo sus beneficios gradualmente extendidos a los libertos y, por último, a los esclavos. Hasta el final del Imperio, la pena de muerte sólo existía en el papel.

Con la proclamación de la República, el **dec. 774/1890** eliminó de la legislación la pena de muerte y posteriormente se público el **Código Penal** que **no previa la muerte en cuanto pena**, anticipándose a la **Constitución de 1891**, que después de abolir la pena de galeras y la de exilio judicial, declaraba en su art. 72: queda igualmente abolida la pena de muerte, reservadas las disposiciones de la legislación militar en tiempo de guerra.

Con la llegada de la Dictadura Vargas, al final de los años 30 del Siglo XX, la pena de muerte **volvió a ser autorizada, asimismo en la legislación civil y en tiempo de paz.** Además de los casos previstos

---

3 Nelson Hungria. A pena de morte no Brasil. In: Pena de morte. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967, p. 176.

4 René Ariel Dotti. Rituais e martírios da pena de morte. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 7, fasc 26, abr/jun 1999, p. 274.a

en la legislación militar para los tiempos de guerra, la ley prescribía la pena de muerte para todos los crímenes que pudiesen colocar en riesgo la existencia del Estado (subversión, guerra armada, insurrección), además del homicidio. El decreto ley 86, del 20 de enero de 1938, autorizaba la creación de un Tribunal de Seguridad con sede en la Capital de la República, permitiendo así la imposición de la pena de muerte, la cual jamás fue aplicada. Es verdad que, al margen de la ley, ocurrieron casos que llevaron personas a la muerte. Un caso citado es el de Olga Benário Prestes, judía alemana y esposa del gran líder comunista Luis Carlos Prestes, que fue entregada a las fuerzas nazis por el dictador brasileño Getúlio Vargas para que fuese ejecutada en suelo alemán en una cámara de gas.

La redemocratización de 1946, por fuerza del art. 141 de la Constitución Federal, abolió la pena de muerte para los tiempos de paz, manteniéndolo sólo para los casos militares, aún así solamente en caso de guerra declarada.

Con la llegada de la Dictadura Militar de 1964 la pena de muerte fue nuevamente introducida en el Brasil (Ley de Seguridad Nacional, 898/69), y entro en vigor entre 1969 y 1979 y, una vez más, no ocurrieron ejecuciones. Un joven militante del Partido Comunista Brasileño Revolucionario (PCBR), acusado de asesinar a un sargento de la Aeronáutica en 1970, en la ciudad de Salvador, fue condenado a muerte por la Justicia Militar, pero no llegó a ser fusilado. Su sentencia fue continuamente reformada. Excluido de la amnistía, huyó de la prisión en 1979 y se exilió en el exterior. Regresó al país en 1985, después que terminó el ciclo militar, y hoy es un juez de la Justicia Laboral[5].

De esta forma, aun considerando los varios periodos dictatoriales por los que el Brasil pasó a lo largo de la historia, la última ejecución de pena de muerte, se remonta al año de 1876.

Los defensores de la pena de muerte fueron derrotados por gran mayoría en el plenario del Congreso Constituyente en 1988 (392 votos contra, 90 a favor y 18 abstenciones)[6]. Actualmente, la única hipótesis de pena de muerte prevista constitucionalmente (art. 5°, XLVII) es en el

---

5 Luís Francisco Carvalho Filho, Op. cit., p. 34.

6 Luís Francisco Carvalho Filho, Op. cit., p. 35.

caso de guerra declarada. En los términos del artículo 60, § 4°, inciso IV, la **prohibición de la pena de muerte**, por tratarse de derecho y garantía individual, es una **cláusula pétrea**, o sea, no es pasible de enmienda constitucional en el sentido de abolirla.

Los medios de comunicación y la Opinión Pública

Es importante mencionar que, a pesar de la decisión de la Asamblea Constituyente de 1988 haber sido mayoritariamente desfavorable a la pena de muerte, sucesivas encuestas de opinión han mostrado que la pena capital tiene un grande apoyo popular. Tres años después de la Asamblea Constituyente en 1991, una de estas encuestas mostró que el 60% de los encuestados aprobaban la pena de muerte por considerar que la Justicia y el sistema penitenciario no satisfacen la expectativa de la población. El apoyo a la pena de muerte puede ser irracional, provocado por los medios de comunicación o por el temor del aumento de la criminalidad, pero el hecho es que el sentimiento general de impunidad, asociado a la desmoralización de las instituciones públicas, acaba creando una percepción de que la pena de muerte es el remedio universal para los problemas sociales en tiempos de crisis. En 2007, por ejemplo, año de la última gran encuesta sobre la pena de muerte realizada por Datafolha, se identificó que el 47% de los encuestados apoyaban la pena capital. Poco después de un terrible asesinato de un niño en un caso de secuestro en Rio (caso João Hélio), en el mismo año de 2007, el índice de personas favorables a la pena de muerte subió al 55%. Esto muestra claramente que la acción de los medios de comunicación y casos de crímenes episódicos terribles tienen influencia decisiva en la opinión pública del país.

Discriminación en la aplicación de la pena de encarcelamiento y de la muerte

Un dato que pasa desapercibido de la población, especialmente la más pobre, que mayoritariamente acaba por ser el principal sustentáculo de la exacerbación penal en Brasil, es que la ejecución de la pena de muerte, como ocurre en los demás países que la aplican, siempre acaba por recaer sobre los desfavorecidos.

En los EE.UU. siempre fue mucho más probable la ejecución del negro que asesina un blanco que la del blanco que asesina un negro. De los 2.307 ejecutados entre 1930 y 1980, en la región Sur del país, 1.659 eran negros (71,91%). De 1976 a 1991, de las más de 150 personas ejecutadas, solamente una era un blanco condenado por el asesinato de un negro. Es que si la víctima es blanca y el reo es negro, la posibilidad de ser condenado a muerte es cuatro veces más alta que cuando sucede lo contrario. De las más de 16.000 personas ejecutadas, apenas 30 eran blancos condenados por el asesinato de negros. Por otro lado, aunque representasen apenas el **12%** de la **población del país en 1991**, **el 48% de los condenados a muerte eran negros.**

Encuestas realizadas en el estado de Georgia han demostrado que cuando la víctima es blanca y el reo negro, llega a 22% la posibilidad de que el acusado sea condenado a muerte; sin embargo, cuando la víctima es negra y el reo blanco, esa probabilidad es prácticamente cero. En el mismo Estado se ha descubierto, durante la década del setenta, que los asesinos de personas blancas fueron ejecutados en una proporción once veces mayor que los asesinos de personas negras. Un estudio realizado en el estado de Texas ha revelado que en cada grupo de 4 personas defendidas por abogados indicados por el Estado (reos pobres), en procesos donde la pena capital podía ser aplicada, 3 eran condenados a muerte; por otro lado, en cada grupo de 3 personas defendidas por abogados particulares, solamente 1 era condenado a muerte.

En la década del 70, cerca del 65% de los condenados que aguardaban ejecución eran trabajadores no calificados, siendo que el 60% de ellos estaban desempleados en el momento en que cometieron los crímenes[7]. Bryan Stevenson, abogado norteamericano, afirma que el 100% de los condenados a pena de muerte, en los EE.UU., son pobres, el 40% son negros y el 15% hispánicos[8]. Entre 1976 y 1993, el 85% de los ejecutados tuvieron como víctimas personas blancas, siendo que casi el 50% de

---

7 Amnistía Internacional. A questão da pena de morte, 1998, p. 22.

8 Maria Bierrenbach. Maria Bierrenbach. A favor da vida-contra a pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993, p. 52.

las víctimas de homicidios son negros. También en este período ningún reo blanco fue ejecutado por el homicidio de un negro[9].

En el Brasil no es diferente con la pena privativa de libertad. El profesor Sérgio Adorno, del Núcleo de Estudios de la Violencia de la USP, que viene investigando procesos en la justicia de Sao Paulo desde hace 20 años, ha constatado que entre 1984 y 1988 en un fórum de un barrio popular de Sao Paulo, los negros que representaban el 24% de la población respondían con el 48% de todas las condenas. Los nordestinos —normalmente discriminados por su procedencia en los Estados del Centro y Sur del país— que representan alrededor del 18% de la población respondían por el 27% de las condenas. Cerca del 5% de la población son aquellos ciudadanos sin profesión, que la "justicia" llama de personas con "ocupación mal definida". De cada 100 condenados, 35 estaban en esa situación. Otro dato está en la población carcelaria del Brasil. El último censo del Ministerio de Justicia indica que cerca del 65% de la masa carcelaria es de negros y 95% son pobres. El profesor Adorno ha analizado 500 procesos criminales de la ciudad de Sao Paulo de 1990, y ha constatado que la mayor parte de los reos, el 38%, había sido condenado por robo calificado, en el que se usan medios violentos. Los negros son apresados en flagrante delito con más frecuencia que los blancos, en una proporción de 58% contra 46%. Esto sugiere que reciben una mayor vigilancia por parte de la policía. Ha constatado también que el 27% de los blancos responden al proceso en libertad, mientras que sólo el 15% de los negros consiguen ese beneficio. Apenas el 25% de los negros llevan testigos de defensa al tribunal, que es una prueba muy importante, mientras que el 42% de los blancos presentan ese tipo de prueba[10].

Intimidación y pena de muerte

Obsérvese, además, que no existe cualquier dato seguro que garantice la disuasión penal por medio de la pena de muerte. Todos los estudios extranjeros, así como los brasileños para la exacerbación de la pena

---

9 Maria Stella Gregori y Tulio Khan. A volta de um velho debate. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993, p. 102.

10 *www.pime.org.br/mundoemissao/justicacond.htm*, captado en 22/11/09.

privativa de libertad, muestran que la pena de muerte o prisión son inocuas para la intimidación de los crímenes en masa.

Los EE.UU. de 1966 a 1991, periodo que incluye un intervalo de tiempo en que la posibilidad de pena de muerte había sido nacionalmente interrumpida por decisión de la Suprema Corte (1972-76), ofrece un modelo de observación privilegiado (Folha de Sao Paulo, 1993). En Florida (siempre con relación al mismo universo de 100 mil habitantes), la tasa anual de homicidios con la aplicación de la pena de muerte, decrece de 13,4 para 11,7. En Colorado ocurre lo mismo: de 7,4 para 5,9. Texas es el estado norteamericano que más ejecutó presos desde 1976, sin embargo la tasa de homicidios aumenta justamente en el período de ejecuciones de 12,9 para 13,2, llegando a alcanzar 16,9 en 1980. Lo mismo sucede en California: la tasa sube de 9,3 para 10,1. En los estados sin pena de muerte durante todo ese tiempo, los números son igualmente dispares: en Nueva York, la media anual de homicidios es de 10,04 y, en Massachusetts, de apenas 3,7.

¿Por qué los asesinos de Missouri con pena de muerte y tasa de 9 homicidios para cada 100 mil habitantes, en aquel mismo periodo, no eligieron como lugar de delito el estado vecino de Kansas, sin pena de muerte y tasa de 5,1 homicidios en el mismo universo poblacional? Nunca ha quedado comprobado el potencial de intimidación de la pena capital. No es posible valorar cuántas personas han dejado de matar justamente por el temor de ser ejecutadas. Por eso, la estadística viene siendo una aliada para la causa de la abolición. En suma, jamás se ha verificado una alteración expresiva de los índices de homicidio por la restauración o por la abolición de la pena de muerte en determinado territorio[11]. En 2004, en los EE.UU el índice medio de asesinatos en los Estados con pena de muerte fue de 5,71 por cada 100.000 habitantes, sin embargo en los Estados sin pena capital fue solamente de 4,02[12].

Florida tuvo, de 1976 a 1978, una de las más bajas tasas de homicidios de su historia. En 1979, con la reintroducción de la pena, esas tasas aumentaron brutalmente, hubo una elevación de 28% en 1980; en 1984, los índices sin embargo eran superiores a los del periodo en que no ocurrieron ejecuciones. El estado de Florida, donde la pena de muerte

---

11 Luís Francisco Carvalho Filho, op. cit., p. 54/5.

12 Amnistía Internacional, A questão da pena de morte, 1998.

había sido interrumpida por más de 15 años, evidencia la inutilidad y los efectos perversos resultantes de la adopción de la pena de muerte. Si se comparan los últimos tres años de la suspensión de la pena de muerte a los tres siguientes de su reintroducción, tendremos el contraste entre la menor y la mayor tasa de homicidios de aquel estado en toda la historia[13].

Albert Camus expresa bien esta situación: el acusado acaba siendo condenado más por el crimen que podría haber cometido que por el crimen que cometió. Y, como dice Nereu Lima: "extraña ley que reconoce el asesino al que mata e ignora para siempre a aquel cuyo crimen impide cometer"[14].

La pena de muerte informal en el Brasil: las ejecuciones sumarias

En el Brasil, la pena de muerte no es oficial, pero está institucionalizada. La policía mata pobres, negros, favelados, especialmente del sexo masculino entre 15 y 24 años. Los números revelan una política cotidiana de exterminio silencioso, sea en las calles, sea en las instituciones penitenciarias. La barbarie del genocidio contra los indios y los grilletes de la esclavitud dejaron marcas indelebles, creando una mentalidad de desacato a los derechos más elementares de ciudadanía. Antonio Houaiss estima que el Brasil haya importado alrededor de 3,6 millones de esclavos negros contra los 700 mil importados por los EE.UU. **Al final del siglo XVIII y a mediados del siglo XIX, el tiempo de vida útil de los esclavos era de seis o siete años**. Hay una verdadera banalización de la muerte en Brasil, que se puede percibir por el número de familias debajo de la línea de pobreza, la mortalidad infantil, el asesinato de jóvenes[15].

---

13 Maria Stella Gregori y Tulio Khan. A volta de um velho debate. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993, p. 86-90.

14 Nereu Lima. *Pena de morte: pedagogia da violéncia*. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993, p. 72.

15 Maria Bierrenbach. A favor da vida-contra a pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo, p. 53.

Los homicidios son la principal causa de óbitos en la franja de edad situada entre los 15 a 44 años[16]. **El perfil de los criminales y de las víctimas de la violencia es el mismo**: trabajadores urbanos de bajos salarios, sin especialización, del sexo masculino, negros o pardos, emigrantes, solteros, con bajo grado de instrucción, jóvenes, renta inferior a 100 dólares mensuales y residentes en la periferia de la ciudad, sin antecedentes criminales y sin ningún paso por la policía.

Las principales víctimas de la violencia son exactamente los destinatarios preferentes del arbitrio y de la discriminación por parte del Poder Público[17]. Las altas tasas de criminalidad y de homicidio afectan desproporcionalmente a las clases más pobres, especialmente aquellas en las favelas. Existe una fuerte correlación negativa entre la renta media y la tasa de homicidios. En algunas ciudades, la tasa de homicidios en las áreas más pobres llega a ser 4,5 veces mayor que de las regiones más acomodadas. En la ciudad de Rio de Janeiro, las áreas pobres de la Zona Norte y de la periferia tuvieron tasas de homicidios de 56,8 y 55 por 100.000 habitantes entre los años de 2000 y 2005 respectivamente, mientras la área rica de la Zona Sur tuvo una tasa de 12,6 por 100.000 habitantes.

En Rio de Janeiro y en Sao Paulo, solamente el 10% de los homicidios son juzgados por los tribunales; en Pernambuco el 3%. De los 10% que llegan a juicios a los tribunales en Sao Paulo solamente el 50% aproximadamente son en verdad condenados. Entre 1980 y 2002, la **tasa de homicidios** en el Brasil prácticamente triplicó —alcanzando su mayor nivel de 30,4 en 2002. Los números disminuyeron un poco durante los años siguientes, para 28,3 en 2004, 27 en 2005 y 25 en 2006, pero continúan arriba de la media mundial.

Mientras la tasa de homicidios oficial de Sao Paulo disminuyó durante los últimos años, el número de muertos por la policía aumentó entre 2006 a 2008, siendo que en 2007, los policías en servicio mataron una persona por día. En Rio de Janeiro, los policías en servicio son res-

---

16 Relatório Especial da ONU para Execuções Sumárias, Philip Alston, 2008, p. 7, *http://www.global.org.br/pub/FCKeditor/arquivos/File/relatorios/%7B5CDC8111-85E7-4DAA-9D5 8-B 10ED88DE26A%7D_ RelatorioAlston2008.pdf.*

17 Maria Bierrenbach, A favor da vida-contra a pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993, p. 55.

ponsables por casi **el 18% del número total de muertes**, matando tres personas cada día. En 2005, fueron 278 casos de actos de resistencia seguida de muerte (manera de como la policía informa los homicidios que práctica). En 2006, fueron 495 (el aumento en gran parte se debe al número significativo de casos de Actos de Resistencia registrados en mayo). En 2007, hasta octubre, fueron registrados 311 casos. De acuerdo con las estadísticas oficiales, hubo 7.463 homicidios en Rio de Janeiro en 2007 de los cuales 1.330 ciudadanos fueron matados por la policía. En 2006, el porcentaje de muertes por policías fue del 17,82% (de 7,386 muertos, 1.063 fueron realizados por la policía)[18].

Según Paul Chevigny, el indicador más confiable para definir el uso abusivo de la fuerza letal no es la muerte en sí, pero sí el número de tiroteos que envuelve a la policía, puesto que cada tiroteo, en sí, puede provocar potencialmente una muerte. En situaciones de enfrentamiento, lo que se espera es que el número de heridos por policías sea siempre superior al número de muertos. **Si la policía mata más de lo que hiere, esto nos sugiere que la policía dispara deliberadamente, sin tomar en cuenta la necesidad de la acción.** Estudios desarrollados en los EE.UU. muestran que cuando la proporción de civiles muertos con relación a policiales muertos es mayor que 10, la policía usa la fuerza letal de manera desproporcional a la amenaza, sirviendo a otros propósitos y no a la protección de la vida en emergencias. En Nueva York, esta proporción ha sido superior a 10 en apenas cuatro años en la historia**. En Sao Paulo, apenas en uno de estos años la proporción fue inferior a 10. La media en la década es de 14,9 civiles muertos para cada policial, casi 50% superior a lo que se considera internacionalmente justificable.**

A pesar de que los homicidios dolosos hayan disminuido cerca de un 60% entre los años de 2000 y 2008, las muertes provocadas por la policía no presentan una caída en la misma proporción. Ellas oscilan entre la caída y el aumento. De esta manera, estadísticamente, aumenta la proporción de los índices de homicidio, cuando hay una disminución fuerte de los homicidios practicados por civiles.

Las muertes en el sistema penitenciario de Brasil se suceden principalmente dentro de un contexto de violencia y rebeliones relacionadas

---

18 Relatório Especial da ONU para Execuções Sumárias, Philip Alston, 2008, p. 8.

a grupos de detenidos, donde los autores son reclusos, agentes penitenciarios o policiales enviados para controlar el disturbio o la rebelión. El fracaso del Estado en atender las necesidades básicas y la seguridad de los reclusos motiva el crecimiento de facciones al crearse una laguna del poder donde las facciones pueden presentarse como una solución para conseguir beneficios para éstos. Las condiciones deficientes de las penitenciarías brasileñas así como la grave sobrepoblación se encuentran bien documentadas. El sistema carcelario ha sido proyectado para apenas el 60% de la población carcelaria actual en todo el país, y muchos presidios poseen el doble o el triple de su capacidad máxima.

El problema en el **estado de Sao Paulo es** especialmente grave. En São Paulo se encuentra el 20% de los habitantes del país y el 34% de la población carcelaria. El 30 de octubre de 2007 había 140.680 reclusos en 143 establecimientos penales. Las celdas equipadas para el máximo de ocho reclusos se hallan frecuentemente ocupadas por 25, que se turnan para ver quien duerme en las camas o en el suelo.

Entre las principales rebeliones carcelarias se pueden considerar las siguientes: En octubre de 1992, **111 presos acabaron muertos** cuando la policía militar intento retomar el control de la penitenciaria de **Carandiru,** en Sao Paulo, después de una rebelión; una persona fue condenada por esas muertes, pero la condena fue revertida en febrero de 2006. En 2001, se sucedieron rebeliones simultáneas en 29 diferentes establecimientos penales en Sao Paulo. En 2002, 10 murieron y 60 escaparon de la cárcel de Embu de las Artes, en Sao Paulo. En 2003, 84 presos escaparon de la cárcel Silvio Porto, en Paraíba. En 2004, 14 reclusos murieron y algunos fueron mutilados durante la rebelión en la Unidad Urso Branco, en Rondonia. En 2004, 34 reclusos murieron durante una rebelión en la cárcel de Benfica, en Rio de Janeiro. En 2007, 25 reclusos fueron quemados por otros reclusos en la cárcel de Ponte Nova, en Minas Gerais.

Conclusión

Frente a las extraordinarias carencias de la sociedad brasileña y teniendo en cuenta el estado de violencia en Brasil, además de no contribuir para disminuir la inseguridad, la pena de muerte, si quedara implementada en Brasil, solamente agravaría la situación de violencia endémica ya existente.

Nuestra tarea, al contrario de otros muchos países, está en continuar reduciendo las abismales desigualdades existentes, así como combatir la violencia policial y estatal, pues esto nos autorizará a colocarnos en otra fase civilizadora.

Bibliografía

Alston, Philip. Informe Especial de la ONU para Ejecuciones Sumarias, 2008. Disponible en: *http://www.global.org.br/pub/FCKeditor/arquivos/File/relatorios/%7B5CDC8111- 85E7-4DAA-9D58-B 10ED88DE26A%7D RelatorioAlston2008.pdf.*

Amnistía Internacional. A questão da pena de morte. 1998.

Batista, Nilo. Punidos e mal pagos.

Bicudo, Hélio. Contribuição ao debate da pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexóes sobre a pena de morte, 1993.

Bierrenbach, Maria. A favor da vida-contra a pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexóes sobre a pena de morte, 1993.

Carvalho Filho, Luís Francisco. O que é pena de morte. 1995.

Carvalho Filho, Luís Francisco. Mota Coqueiro: o erro em torno do erro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, fasc 33, ene/mar 2001.

Cymrot, Danilo. Informe del exterminio delos Guarani-Kaiowá. *www.iedc.org.br/arquivos/**Guarani**-Kayowaa.doc.*

Dossier "Mapas do extermínio: execuçóes extrajudiciais e mortes pela omissão do Estado de São Paulo", 2009.

Dotti, René Ariel. Rituais e martírios da pena de morte. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 7, fasc.26, abr/jun 1999.

Falácio, Everton de Almeida. Aspectos historiológicos e jurisfilosóficos da pena de morte. In: Revista jurídica da Unisul, vol. 3, fasc. 5/6, ago/jun 2001/2002.

Fragoso, Heleno. Pena de morte. In: Pena de morte. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967.

Franco, Sergio da Costa. A pena de morte na legislação criminal comum do Brasil: o caso Mota Coqueiro e sua repercussão. p. 2-3. Disponible en: *http://tjrs.jus.br/institu/memorial/RevistaJH/vol4n8/01 Sergio %20Franco.pdf.*

Gregori, Maria Stella; Kahn, Tulio. A volta de um velho debate. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993.

Hungria, Nelson. A pena de morte no Brasil. In: Pena de morte. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967.

Lima, Nereu. Pena de morte: pedagogia da violência. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993.

MEDEIROS, BIAMOR. Da pena de morte, decadência. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, vol. 5, 1996.

MINHOTO, LAURINDO DIAS. A privatização de presídios.

PINHEIRO, PAULO SÉRGIO. Pena de morte e violência. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993.

PRUDENTE, NEEMIAS. Um breve discurso sedicioso acerca da pena de morte. In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, vol 9, fasc 50, jun/jul 2008.

SILVA, EVANDRO LINS E. Pena de morte. In: Marques, João Benedicto de Azevedo. Reflexões sobre a pena de morte, 1993.

SOARES, WALDIR. Pena de morte. In: Revista Direito Militar, vol. 9, fasc. 54, jul/ago 2005

SOUZA, JEAN FREDERICK SILVA e. Pena de morte: solução da violéncia ou violação do direito à vida? In: Revista Direito e Liberdade, vol. 7, fasc. 1, jul/dic 2007.

VASCONCELLOS, SILVIO et al. Personalidade e posicionamento s sobre a pena de morte no Brasil: um estudo exploratório. In: Revista de Estudos Criminais, vol 6, fasc 22, abr/jun 2006.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA PENA DE MUERTE[1]

Sergio García Ramírez
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México

El tema de la muerte en el ámbito americano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue instalada hace treinta años, cuando entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos —suscrita hace cuarenta—, que funda su establecimiento y determina su competencia. Constituye una estación destacada en el proceso americano —siempre en marcha y en riesgo— de integración de un sistema propio de protección de los derechos humanos. La idea germinal se localiza en 1945, auspiciada por la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, que deliberó en un lugar emblemático de nuestro Continente: el castillo de Chapultepec, en el corazón —en más de un sentido— de México.

La "navegación americana" hacia el reconocimiento y la eficacia de los derechos humanos ha sido larga y azarosa. Lo será en los años venideros. Reacciona frente a una tradición autoritaria con raíz profunda: anterior a la presencia europea, activa en la conquista y en la colonia, diligente en los siglos XIX y XX, tenaz en el XXI. Los motivos han sido diversos; las manifestaciones, muy numerosas. En la reacción favorable a la dignidad humana actuaron los defensores de indios, los genuinos insurgentes, los liberales demócratas que trajeron las decisiones políticas de Occidente al ordenamiento americano, los movimientos sociales en el alba del siglo XX, los militantes del siglo XXI.

---

1 Comunicación al "Seminario Internacional sobre la abolición de la pena capital". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Madrid, 9-10 de diciembre de 2009. Una primera aproximación a este tema, hace un lustro, figura en mi artículo citado en la n. 59, *infra*.

En este marco —que es su circunstancia histórica y contemporánea— la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos ha lidiado contra la muerte infligida por los agentes de los poderes en turno o sus emisarios. El dato de la muerte inferida —oficiosa y oficial— no nos abandona, aunque parezca —seamos optimistas— que declina. De un lado, las ejecuciones extrajudiciales: ley fuga, ajusticiamiento sumario, ejecución extrajudicial, masacres[2]; del otro, pena capital: muerte punitiva. Manifestaciones, todas ellas, de la "operatividad violenta del sistema penal", para decirlo en palabras de Raul Zaffaroni[3]. En América —y particularmente en el subcontinente al sur del río Bravo, que es mucho más que una frontera política— cubre una geografía cada vez más reducida; sin embargo, persiste a despecho de los buenos propósitos y las disposiciones abolicionistas.

Cuando hablamos de este hemisferio en el marco del sistema interamericano, solemos referirnos a varias porciones, que acogemos en una expresión elocuente: "las" Américas. En el norte —principalmente los Estados Unidos, que no suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos— disputan el abolicionismo y el retencionismo. En el sur —que incluye a México— prevalecen los ordenamientos de abolición. En el Caribe subsisten las corrientes enfrentadas; sin embargo, se observa cierto giro con intención abolicionista. El tribunal interamericano —y también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una pieza relevante del conjunto— operan en esa circunstancia.

---

2 El *Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, de Guatemala, que analiza la etapa más violenta del conflicto histórico en ese país (1978-1983), alude a 626 masacres. Cit. Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez*, sentencia del 29 de abril de 2004. Varios casos ante la Corte Interamericana se han identificado con referencia a esta forma de ejecución colectiva o masiva (que también se ha presentado en otros litigios identificados de otra manera). Así: *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (2004), *Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia* (2005), *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006), *Casos de las Masacres de Iuango vs. Colombia* (2006) *y Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia* (2007). En cuanto a la eliminación de miembros de comunidades indígenas, como categoría en el conjunto de violaciones en agravio de estos grupos, cfr. Las observaciones que formulo en mi voto concurrente a la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005.

3 *Muertes anunciadas*, San José, C. R., Ed. Temis / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 11-13.

En seguida me referiré brevemente a las cuestiones más destacadas y frecuentes del proyecto abolicionista —que consta en las normas y las decisiones derivadas de aquéllas— en el *corpus juris* interamericano, enderezado en el único rumbo que sirve a la causa de la razón.

El marco normativo del proyecto abolicionista: la Convención y el Protocolo

No abundaré en las intenciones depositadas en los textos conducentes a la Declaración de 1948 y la Convención de 1969. Estas y sus derivaciones en el *corpus juris* ponen el acento en la defensa de la vida humana, y por lo tanto rehúyen, reducen o proscriben la pena de muerte. Aquí ha sucedido lo mismo que en otros lugares —sea la escena universal, sea la europea—: la muerte no muere de una vez, con un solo golpe; es preciso acosarla y ha sido necesario acotarla con perseverancia.

Conviene acudir a los trabajos preparatorios del Pacto de San José para ponderar las tendencias en juego y las soluciones adoptadas. Estas fueron —como suele ocurrir— fórmulas de compromiso en espera de tiempos mejores, que sólo llegan lentamente. En la Conferencia de San José, de 1969, hubo una convicción abolicionista que no consiguió, no obstante ser fuertemente mayoritaria entre los países participantes, instalar su preferencia en el pacto mismo. Catorce Estados de los diecinueve asistentes al encuentro dejaron explícita constancia de esa convicción, por una parte, y del consecuente programa para estamparla en un texto vinculante, por la otra.

Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Republica Dominicana, Uruguay y Venezuela fijaron su posición compartida: "recogiendo el sentimiento ampliamente mayoritario expresado en el curso de los debates sobre la prohibición de la pena de muerte, concorde con las más puras tradiciones humanistas de nuestros pueblos, declaramos solemnemente nuestra más firme aspiración de ver desde ahora erradicada del ámbito americano la aplicación de la pena de muerte y nuestro indeclinable propósito de realizar todos los esfuerzos posibles para que, a corto plazo, pueda suscribirse un Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos —Pacto de San José, Costa Rica— que consagre la definitiva abolición de la pena de muerte

y coloque una vez más a América en la vanguardia de la defensa de los derechos fundamentales del hombre"[4]. La "firme tendencia" —expuesta también en algunos planteamientos individuales— quedó recogida en el Informe del Relator de la Comisión I[5].

El plazo no fue tan corto, ni sería unánime la concurrencia de los Estados una vez que se contase con el Protocolo. Este llegó, en efecto, el 8 de junio de 1990. Se transitaba un camino semejante al recorrido por el Convenio Europeo y por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, a los que se añadieron sendos protocolos abolicionistas: de aquél, el Protocolo 6, de 1983, y el Protocolo 13, de 2002; del Pacto, el segundo Protocolo facultativo, de 1989.

El Protocolo quedó abanderado por una serie de motivos que ilustran sus considerandos: el derecho al respeto de la vida, la citada tendencia abolicionista, la obvia conexión entre aquel respeto y esta tendencia, la condición irreparable de la pena de muerte y la necesidad de que exista "un acuerdo internacional que signifique un desarrollo progresivo de la Convención Americana" en este campo.

Pero la plausible intención que anida en el Protocolo no ha sido suficiente para acumular ratificaciones y desterrar salvedades. Hasta hoy, sólo once países lo han ratificado[6], en contraste con los 24 que son partes en la Convención Americana —número insuficiente, sin embargo, si se recuerda que los integrantes de la Organización de los Estados Americanos son 35— y con los 32 que figuran en la Convención de Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

¿Cómo interpretar el hecho de que este Protocolo sea el instrumento de menor cobertura entre todos los que componen el *corpus juris* interamericano de los derechos humanos? ¿Se quiere tener una carta de reserva en la manga? ¿Coincide esta cautela —por así decirle— con las periódicas sugerencias de reinstalación de la pena capital en países que

---

4 Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, *Actas y documentos*, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D. C., 1973, p. 467.

5 *Actas y documentos*, op. cit., p. 296.

6 Al 27 de noviembre de 2009, habían depositado el correspondiente instrumento de ratificación: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

la han suprimido y a despecho de que no podrían recuperarla sin violentar sus decisiones internas de la mayor jerarquía y sus compromisos externos?

Por otra parte, la supresión de la pena capital no es absoluta, como tampoco lo es en otros instrumentos: quedan pendientes los llamados delitos sumamente graves de carácter militar perpetrados en tiempo de guerra. El Estado que ratifica o adhiere al Protocolo puede hacer reserva a favor de esta posibilidad, como ha ocurrido en algunos casos[7]. Corresponde al futuro la exclusión absoluta, incondicional, de la pena de muerte, a la manera del Protocolo 13 del Convenio Europeo, de 2002.

La jurisprudencia interamericana

A la vocación reductora de la pena de muerte que he mencionado contribuye la interpretación judicial arraigada, de manera explícita y constante, en el principio *pro homine* o *pro persona*, que amplía el espacio de protección de los derechos y libertades y que ha sido invocada de nueva cuenta en la sentencia más reciente de la Corte Interamericana sobre pena de muerte, dictada en el caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, el 24 de septiembre de 2009[8].

A esa misma vocación reductora contribuye la necesaria relectura de los textos convencionales bajo la idea —manejada por la Corte Europea a partir de una expresión de Amnesty International, en el caso *Soering vs. Gran Bretaña*— de que los tratados son "un instrumento vivo que (…) debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales"[9]. Es así que actúa la facultad de la Corte para interpretar el ordenamiento internacional, como ha referido el Tribunal —al ocuparse de un tema diferente del que ahora desarrollo— en su *Opinión Consultiva OC-20/09*, del 29 de septiembre de 2009, que excluye —modificando un criterio que prevaleció durante un cuarto de siglo— a los jueces *ad-hoc* y a los jueces

---

7 Así, Brasil y Chile han formulado reserva a efecto de establecer la posibilidad de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra por delitos sumamente graves de carácter militar.

8 *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 49.

9 *Case of Soering vs. The United Kingdom, Judgment (Merits and just Satisfacción)*, 23 April 1989, párr. 102.

nacionales del Estado demandado de participar en litigios promovidos por queja o denuncia de particulares.

La actuación jurisprudencial de la Corte Interamericana sirve a esa vocación reductora en un conjunto importante —e influyente— de opiniones consultivas, sentencias y medidas provisionales. La jurisprudencia aplicable, por diversas vías y en distintos extremos, a la materia que ahora me interesa, es abundante y variada (además, obviamente, de los numerosos pronunciamientos relativos al exterminio de personas: la ejecución extrajudicial).

La columna vertebral de la jurisprudencia acuñada por la jurisdicción interamericana —asociada explícitamente a cuestiones sustantivas o procesales en torno a la pena de muerte— se localiza en: a) dos opiniones consultivas: *OC-3/83*, *Restricciones a la pena de muerte,* del 8 de septiembre de 1983, y *OC-16/99*, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal,* del 1 de octubre de 1999; b) varias sentencias a partir de demandas contra Estados del área: principalmente, las referentes a los casos *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, del 21 de junio de 2002[10], *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, del 15 de septiembre de 2005, *Fermín Ramírez vs. Guatemala,* del 20 de junio de 2007, *Boyce y otros vs. Barbados,* del 20 de noviembre de 2007, y *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, del 24 de septiembre de 2009. A esto se agregan: c) medidas provisionales con designio cautelar del procedimiento y tutelar de los derechos en relación con personas que enfrentaban condenas o ejecuciones: resoluciones en los casos *James y otros (Trinidad y Tobago)*, del 27 de mayo de 1998, *Boyce and Joseph* (Barbados), del 14 de junio de 2005, y *Fermín Ramírez* (Guatemala), del 12 de marzo de 2005.

El conjunto de esas decisiones da cuenta de los criterios sustentados por la jurisdicción interamericana en poco más de un cuarto de siglo, a propósito de este asunto radical para la defensa de los derechos: radical, en el sentido que expresa Antonio Beristain cuando estudia la

---

[10] Originalmente se trató de tres casos diferentes: *Hilaire, Constantine y otros*, y *Benjamín y otros*, acumulados por resolución del 30 de noviembre de 2001 y resueltos en una sola sentencia del 21 de junio de 2002.

pena capital en el marco del derecho punitivo: gravita sobre todas las cuestiones del sistema; es una gota que infecta el vaso[11].

En esta relación conviene invocar igualmente un planteamiento amplio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —conforme a sus atribuciones naturales como órgano de la OEA y de la Convención Americana—, destinado a obtener determinados pronunciamientos de la Corte sobre esta materia. Me refiero a la solicitud de opinión consultiva del 20 de abril de 2004, respecto de las *Medidas legislativas o de otra índole que niegan un recurso judicial u otro recurso efectivo para impugnar la pena de muerte.*

Al plantear esta solicitud, la Comisión requirió al Tribunal "definir más precisamente la manera en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los principios y la jurisprudencia correspondientes del sistema interamericano de derechos humanos imponen requisitos o limitaciones a las medidas legislativas de los Estados, en particular en el área de la pena de muerte"[12].

La solicitud aludió a medidas adoptadas en Barbados, Belice y Jamaica e hizo ver que "varios Estados miembros de la Comunidad del Caribe han considerado y, en un caso, promulgado enmiendas a sus constituciones con el fin de contrarrestar la jurisprudencia de derechos humanos de la justicia interna y de la Comisión y la Corte Interamericanas, en relación con la aplicación de la pena de muerte"[13]. Para sustentar el ejercicio de la función consultiva en este asunto, mencionó que "la mayoría de los Estados miembros de la OEA que mantienen la pena de muerte no han ratificado la Convención Americana y están, por tanto, sujetos a los requisitos de la Declaración Americana"[14].

La Corte no estimó pertinente atender a través de una opinión consultiva las preguntas contenidas en la solicitud de la Comisión. Así lo dijo en una resolución dictada el 24 de junio de 2005. Para ello observó que el Tribunal "en diversas oportunidades (…) ha emitido pronunciamientos en relación con la imposición de la pena de muerte y su

---

11 "Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea", en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, p. 579.

12 "Introducción", párr. 2.

13 "Consideraciones que originan la consulta", párr. 15.

14 *Ibidem.*

ejecución, tanto en casos contenciosos y medidas provisionales como en opiniones consultivas". La Corte hizo la relación de esos pronunciamientos, que son los que mencioné *supra*.

Añadió: "En dicha jurisprudencia la Corte se ha referido a temas vinculados al objeto de la solicitud de opinión consultiva, que permiten conocer claramente la posición del Tribunal respecto de las preguntas formuladas por la Comisión". En seguida expuso —en una suerte de "respuesta completa y concisa"— sus decisiones a propósito de todos los temas mencionados en la solicitud de la Comisión. Y destacó, al cabo de sus consideraciones, que de éstas "se desprende que las respuestas a las preguntas planteadas por la Comisión pueden extraerse del análisis e interpretación integral del *corpus* jurisprudencial del Tribunal".

Finalmente, la Corte hizo notar (ateniéndose a la trascendencia que debieran revestir sus decisiones, materia que plantea la eficacia general de los pronunciamientos del intérprete de la Convención, asunto de enorme relevancia que no corresponde examinar en este momento) que esa interpretación y aplicación de la normativa convencional por parte del Tribunal "también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas"[15]. No quedó desatendida, pues, la petición de criterios en torno a determinadas cuestiones de la pena de muerte: el Tribunal reiteró expresamente su jurisprudencia.

Respeto a la vida

La Convención Americana o Pacto de San José destina un precepto —el artículo 4º— a la proclamación de la vida y la limitación de la muerte punitiva. Aquélla se aloja en un solo párrafo enfático; la limitación discurre por diversas vías y ocupa cinco párrafos más o menos minuciosos.

---

15 *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de junio de 2005. Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, párrs. 7, 12 y 13.

La proclamación general, a la que la Corte Interamericana ha denominado "principio sustancial"[16], dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida"; añade una fórmula oscilante, que refleja el arduo debate sobre la interrupción del embarazo: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"; y concluye con una expresión que ha sido referencia constante de las decisiones judiciales en el sistema interamericano: "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", disposición que la Corte denomina "principio procesal"[17]. Lo que sigue es, como dije, una serie de cláusulas de limitación o resistencia, e incluso —por fortuna— prohibición frente a la pena de muerte.

Nuestra jurisprudencia ha puesto el mayor énfasis, desde hace varios años, en un extremo de la protección de la vida que requiere ese acento particular. Lo ha hecho a partir de una sentencia de gran alcance —*Villagrán Morales y otros o "Niños de la Calle" vs Guatemala*, del 19 de noviembre de 1999—, que subraya el sentido positivo del derecho a la protección de la vida y de los correspondientes deberes estatales: no sólo abstenciones; también medidas que favorecen la calidad de la existencia, el desarrollo de la persona, la elección del propio destino.

Dijo la Corte Interamericana en esa sentencia paradigmática: "En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico"[18].

Legalidad y arbitrariedad

Bajo la Convención Americana, la pena de muerte se halla condicionada, como es común, por el principio de legalidad. Se requiere que

---

16 *Opinión consultiva OC.3/83 del 8 de septiembre de 1983. Restricciones de la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4) Convención americana sobre Derechos Humanos*, párr. 53.

17 *Ibidem.*

18 *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

esté prevista en la ley. Lo dispone, enfáticamente, el artículo 4º, en la porción correspondiente a la *lex praevia*, manifestación del principio de legalidad. Sin embargo, hay que medir el alcance real de la reserva de ley. Concurren a este punto las normas convencionales —artículo 30— que autorizan la restricción o privación de derechos —y entre ellas la privación más intensa: de la vida misma—, y el concepto ampliamente tutelar aportado por la Corte Interamericana en la *Opinión Consultiva OC-4/84*, del 19 de enero de 1984, sobre *La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana*.

Cuando la jurisprudencia fija el sentido de la expresión "leyes" prevalece una doble exigencia que legitima una ley al amparo del Pacto de San José: por una parte, formal; por otra, material o sustantiva[19]. En la Convención Americana no figuran supuestos específicos que eliminen la infracción del artículo 4º, a la manera del artículo 2.2 del Convenio Europeo.

La aplicación de la pena de muerte debe responder, además, a otra condición: que no sea arbitraria. El primer párrafo del artículo 4º de la Convención repudia la arbitrariedad, rechazada también en el régimen de la detención conforme al artículo 7.3. La norma de rechazo se halla en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.1) y reaparecería en la Carta Africana (artículo 4º). El Tribunal interamericano ha explorado y desenvuelto el concepto de arbitrariedad —tan afianzado en el autoritarismo— de manera que permita salir al paso de múltiples supuestos inaceptables, a través de interpretaciones *pro persona* de amplio espectro, que invocan razonabilidad, mesura, necesidad, proporcionalidad[20].

---

19 Las leyes —dice esa opinión consultiva—, son "actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo", párr. 35.

20 La Corte ha vinculado la arbitrariedad (al referirse a la detención) con "métodos incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad". *Caso Gangaram Panday*, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47. Para que la privación de libertad no resulte arbitraria es preciso que su finalidad sea compatible con la Convención, idónea para atender ese fin, necesaria y proporcional. Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 93. Asimismo, cfr. *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia del 6 de mayo de 2008, párr. 98.

Ingresa aquí la valoración del tribunal, que aprecia circunstancias y experiencias conforme a esos criterios, no solamente legalidad. De ello proviene una constante erosión a la potestad de aplicar o imponer la muerte punitiva, pese a la autorización expresa de la ley, como dijo la Corte en las relevantes sentencias —que acompañé con un amplio voto explicativo— de los casos de Trinidad y Tobago, sobre los que volveré *infra*, que abrieron un importante capítulo en la reflexión de la justicia interamericana sobre esta materia.

Restricciones y prohibiciones

Vayamos al régimen de restricciones y prohibiciones que campea en cinco párrafos del artículo 4º de la Convención Americana. La Corte Interamericana ha examinado este punto y la orientación que de aquí se desprende, a la hora de fijar sus consecuencias en supuestos generales y en casos específicos. Ese precepto —subraya la Corte— revela "una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de (la) pena (de muerte) sea en su imposición, sea en su aplicación"; así las cosas, la Convención —y el Tribunal que la interpreta y aplica— "expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ésta se vaya reduciendo hasta su supresión final"[21].

Esta tendencia se proyecta en cuatro direcciones: a) conminación, esto es, previsión legal —que es reducción— de la pena de muerte para ciertos hechos; b) imposición, es decir, disposición judicial de la pena de muerte al cabo de un proceso que culmina en la resolución penal individualizada; c) ejecución de esa pena, y d) interpretación, que constituye una perspectiva para el examen y la valoración de las otras tres dimensiones.

Cuando la Corte Interamericana se refiere a esta cuestión —tanto en la *Opinión Consultiva OC-3/83*, acerca de *Restricciones a la pena de muerte*, como en diversas sentencias— encuentra tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición[22].

---

21 *Opinión consultiva OC-3/83*, cit., párr. 99.

22 Cfr. *idem,* párr. 55.

En primer lugar, la imposición o aplicación de la pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital.

No figura en ese catálogo de contenciones —o no se incluye con la claridad deseable— un par de prohibiciones francas, que despejan el futuro. Efectivamente, el párrafo 2 del artículo 4 señala que no "se extenderá (la) aplicación (de la pena de muerte) a delitos a los cuales no se la aplique actualmente"; y el párrafo 3 adelanta el paso que luego daría, con mayor énfasis, el Protocolo adicional sobre esta materia. Sostiene: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

En vista de esta última norma, que no es apenas una limitación, sino una exclusión definitiva, el profesor Schabas aprecia, con buen fundamento, que el Pacto de San José "fue, en realidad, un tratado abolicionista, al menos para aquellos Estados que ya habían suprimido la pena capital, porque previno que dicha sanción no sería reimplantada en la legislación de los Estados que la habían abolido"[23].

La prohibición de la pena de muerte, que refleja un rechazo generalizado en buena parte del ámbito americano, pudiera constituir *jus cogens* regional, como sugiere el mismo tratadista[24]. Añádase a esto las consecuencias que tenga la abolición *de facto*, asunto mencionado en la sentencia de los casos *Soering vs. Reino Unido* y *Öcalan vs. Turquía*, fallados por la Corte Europea de Derechos Humanos[25].

Aún así, ha persistido la tentación de ampliar los supuestos de pena de muerte. Y la Corte Interamericana ha debido resistirla. Lo ha hecho en el desempeño de sus atribuciones consultivas y en el ejercicio de su

---

23 Schabas, William A.,/*The abolición of the Death Penalty in International Law*, 2004, Cambridge University Press, 3rd. Ed., p. 367.

24 Cfr. *idem*, p. 376.

25 Cfr. *Soering vs. The United Kingdom*, cit., parr. 102-103. Asimismo, cfr. Schabas, *The abolición of the Death Penalty in International Law*, 2004, Cambridge University Press, pp. 260-261.

competencia contenciosa. En la *Opinión Consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte* —uno de los pronunciamientos de más antigua fecha, lo que pone de manifiesto la atención histórica del Tribunal a estos temas—, la Corte fijó un criterio que conviene recordar en seguida.

Al analizar los párrafos convencionales que *supra* mencioné, el Tribunal interamericano sostuvo que "no se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación".

En el primer caso, si bien la Convención "no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena".

En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera que sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte "se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable"[26].

El intento de recuperación de la pena de muerte ha llegado a ciertas normas penales internas. Lo prohíjan las condiciones de inseguridad y criminalidad, que generan un profundo malestar social. Este comienza a calar en el ánimo del legislador, que despliega mayor rigor penal y reduce garantías. Sucedió en la reforma de la ley penal guatemalteca, que a través del Decreto Legislativo 81/96 amplió la aplicación de la pena de muerte en forma que abarcase no sólo el secuestro y muerte de una persona —hipótesis a la que se asociaba la sanción capital—, sino el mero secuestro —que no se hallaba sancionado con esa pena. No varió el *nomen juris* del crimen; cambió su contenido.

La Corte Interamericana se pronunció en contra de esta recuperación de la pena de muerte. En la sentencia del caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, puntualizó: "Si bien el *nomen juris* del plagio o secuestro

---

[26] Párr. 56.

permaneció inalterado desde el momento en que Guatemala ratificó la Convención, los supuestos de hecho contenidos en los correspondientes tipos penales cambiaron sustancialmente, hasta hacer posible la aplicación de la pena de muerte por acciones no sancionadas con ésta en el pasado. Aceptar una interpretación contraria permitiría que un delito pudiera ser sustituido o alterado con la inclusión de nuevos supuestos de hecho, no obstante la prohibición expresa de la pena capital, contenida en el artículo 4.2 de la Convención"[27].

Un rubro de las limitaciones sustantivas atañe a los delitos políticos y a los comunes conexos con aquéllos. No ha sido unánime y pacífica la admisión de este régimen. Algunos países formularon reservas o declaraciones interpretativas: Barbados, con respecto a la exclusión de la traición, si ésta se considera delito político; Guatemala, en lo que concierne a los delitos comunes conexos, pero en 1986 retiró la reserva; y Dominica, también acerca de esta categoría de delitos. Cabe decir que no ha llegado a la Corte el tema de los delitos políticos.

Los delitos "más graves" y la pena de muerte "obligatoria"

Otro rubro de la limitación sustantiva, que tiene coincidencias en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.2) y en las Salvaguardias de las Naciones Unidas (párrafo 1), contrae la pena de muerte a los delitos "más graves". Esto ha determinado una nutrida jurisprudencia de la Corte y motivado reflexiones en torno al ejercicio de las potestades estatales de tipificación y penalización, en general, en forma compatible con el Derecho interamericano de los derechos humanos. Las reflexiones judiciales, que fluyen de la consideración de la pena de muerte, van más allá de ésta y llegan al sentido y el manejo del sistema penal.

El Tribunal interamericano debió pronunciarse sobre el alcance de la expresión "delitos más graves" a partir de los procesos *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Ahí constan algunas decisiones centrales de la Corte a propósito de la pena capital, pero también del régimen penal mismo.

---

27 *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 66.

Tanto la noción convencional de "delitos más graves" como la interpretación jurisprudencial de la Corte Interamericana poseen un notorio carácter restrictivo y entrañan una aplicación específica de la idea político-criminal del Derecho penal mínimo, que no fue invocado con esta denominación en los trabajos preparatorios de la Convención. Apareja el uso racional y moderado del instrumento punitivo, sólo como respuesta a las lesiones más severas de los bienes más relevantes, con las penas estrictamente necesarias, idea que tiene un notorio ascendiente beccariano[28]. La circunstancia de que se limite la pena de muerte a los delitos más graves —señaló la Corte en la *Opinión Consultiva OC-3/83*— "es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable sólo en condiciones verdaderamente excepcionales".

No se distingue apenas entre delitos de suma gravedad e ilícitos de menor entidad, sino también entre los graves y los "más graves", que son "aquéllos que afectan más severamente los bienes de máxima importancia individual y social, y por ello merecen el reproche más enérgico y la sanción más severa", como recordó la Corte en la sentencia de *Raxcacó Reyes*[29]. Por supuesto, la invocación de estos conceptos no significa, en modo alguno, que el Tribunal favorezca la pena eliminatoria para los más graves delitos; sólo manifiesta que su excepcional gravedad puede atraer las más severas consecuencias que prevenga el catálogo penal del Estado, en el que nunca debiera figurar la pena capital: el límite se localiza debajo de esta punición.

El punto surgió a propósito de un tema bien conocido y muy inquietante: la llamada *mandatory death penalty*, conforme se hallaba prevista en la legislación de Trinidad y Tobago a través de la *Ley de delitos contra la persona*, de 1925[30]. Bajo ese concepto, basta con acreditar la

---

28 Como se desprende claramente del famoso párrafo final de la obra señera de Beccaria: "para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancia actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes". *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, con estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 323.

29 Cit. párr. 68, que sigue la orientación de la *Opinión Consultiva OC-3/83*, cit., párr. 54.

30 Cfr. Sección 4 de este ordenamiento, del 3 de abril de 1925, cit. en C*aso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., párrs. 103 y ss.

existencia de un homicidio doloso para que resulte pertinente —peor que eso: inexorable— la imposición de la pena capital. Puesto de otra manera —como se ha dicho en la sentencia de *Dacosta Cadogan vs. Barbados*— "las defensas legales, jurisprudenciales y excepciones para los acusados en casos de pena de muerte, tienen incidencia únicamente en la determinación de la culpa (*rectius*, responsabilidad) o inocencia de la persona, y no en la determinación del castigo adecuado"[31].

El propio Estado trinitario había iniciado la reforma de esa disposición antes de que la Corte Interamericana resolviera el litigio al que aludí en primer término. Eso mismo se había observado en otras reformas del sistema penal caribeño, entre ellas las introducidas en Jamaica por la *Act to amend the Offences against the Person Act*, de 1992, que distingue entre *capital murder*, punible con pena de muerte, y *non-capital murder*, sancionable con prisión perpetua[32].

La decisión de la Corte recordó que es preciso acoger diversas categorías típicas en la privación dolosa de la vida, que reflejan la distinta gravedad del crimen y explican la diferente severidad de las penas aplicables[33]. Analizo este punto en mi voto razonado a las sentencias de Trinidad y Tobago[34]. Evidentemente, el Tribunal interamericano puso así una rigurosa frontera no sólo a la pena de muerte, sino también a la potestad tipificadora del Estado, como lo ha hecho en otras ocasiones y por motivos diversos.

El exceso del Estado legislador fue calificado por la Corte como arbitrariedad que pugna con el artículo 4.1 de la Convención[35]. e implica una violación del deber general, estatuido en aquélla, de adoptar medidas para ajustar el orden interno al orden internacional, conforme al compromiso contraído por el propio Estado. En este marco se reexaminó nuevamente el tema de la ley violatoria de la Convención,

---

31 *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit. párr. 55.

32 Sección 2.

33 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., parr. 102.

34 Cfr. García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, 2006, ITESO/Universidad Iberoamericana. Puebla/Universidad Iberoamericana. Ciudad de México/Universidad de Guanajuato, Guadalajara, pp. 110 y ss.

35 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., párrs. 108-109 y punto resolutivo.

reclamable ante el orden interamericano. Esto ocurre cuando es posible aplicar la ley inmediatamente, aunque aún no se haya verificado un acto específico de aplicación.

Así lo entendió la Corte en la *Opinión Consultiva OC-14/94*, del 9 de diciembre de 1994, acerca de *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Cuando se trata de disposiciones de aplicación inmediata, no es necesario que se aplique la ley desbordante para que haya declaratoria de violación y surja el deber de rectificación; la sola expedición de aquélla viola, *per se*, el deber asumido por el Estado[36].

Vale recordar que el Comité de Derechos Humanos también ha entendido —en la comunicación 806/1998, del 18 de octubre de 2000, referente a *Eversley Thompson (San Vicente y las Granadinas)*— que la pena de muerte obligatoria es incompatible con el derecho a la vida previsto en el artículo 6.1 del Pacto Internacional.

La Corte Interamericana podría ir explícitamente a otros extremos de esta materia, profundizando en los supuestos de aplicabilidad de la sanción capital dentro del espacio permitido por el artículo 4º, lo que implicaría examinar con mayor detalle el régimen de restricciones y limitaciones de los derechos humanos y traer a cuentas los principios que el propio Tribunal ha invocado en otras hipótesis: idoneidad, proporcionalidad, necesidad, por ejemplo. Como se sabe, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que los "delitos que no entrañan la pérdida de vidas humanas" no pueden ser castigados con la pena de muerte".

Otro problema que plantea la disposición indiscriminada de la pena de muerte en casos de homicidio intencional, deriva de la irrelevancia de las formas de participación en el delito, que regularmente influyen en la determinación de la pena. Es bien conocida la diferencia que media, para estos fines, entre autoría material —verdadera autoría— y complicidad, por ejemplo. Sin embargo, la *Ley de delitos contra la persona*, de Barbados, sostiene que se puede encausar y condenar, a titulo de "autor principal", y consecuentemente sujetar a pena capital, a quien "asiste (o) aconseja" a "otra persona para que cometa homicidio".

---

[36] Cfr. *Opinión Consultiva OC-14/94*, cit., párr. 93. Cfr. la condena formulada por la Corte en el multicitado *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párr. 116-118 y puntos resolutivos 2 y 8.

Colisión entre la Constitución y la ley

Las reflexiones desplegadas en torno a esta cuestión delicada, que se produjeron también bajo la competencia de otros órganos, como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas —con referencia a Barbados, entre otros países— y el Comité Judicial del Privy Council, abrió la puerta de más interrogantes. Se observó, ante todo, que las disposiciones penales objetadas en *Hilaire, Constantine y Benjamin* eran inconsecuentes con las normas constitucionales sobre derechos humanos.

Estas normas, sin embargo, facilitaban la incongruencia a través de lo que podríamos llamar una "cláusula de vigencia ultractiva", que ponía la ley inconstitucional al abrigo de impugnaciones, y a partir de ahí permitía la subsistencia de la pena de muerte obligatoria[37]. En un primer momento, el Privy Council desechó la supervivencia de normas anteriores e interpretó las disposiciones constitucionales en forma que excluyese la pena de muerte obligatoria; pero este criterio cambió más tarde.

La Corte Interamericana cuestionó con firmeza la persistencia de disposiciones propiciadoras de la muerte a despecho de las disposiciones constitucionales favorecedoras de la vida. Lo cuestionó esa vez en los casos trinitarios, en 2002, y lo ha hecho de nuevo en 2009, en la sentencia de *Dacosta Cadogan*, que puso a la vista del tribunal la colisión entre la sección 2 de la Ley de Delitos contra la Persona y la sección 26 de la Constitución de Barbados.

En su oportunidad y circunstancia, para resistir éste y otros asedios, Trinidad y Tobago invocó una limitación de enorme latitud establecida cuando reconoció la competencia del Tribunal internacional, que podría desplegarse —dijo el Estado— "sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la Republica de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la

---

[37] El artículo 26 de la Constitución de Barbados, que contiene la "cláusula de exclusión", impide la revisión de constitucionalidad de normas promulgadas antes del inicio de la vigencia de la Constitución, el 30 de noviembre de 1966. Tal es el caso del artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, de 1868. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrs. 71 y ss.

Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares"[38].

El Tribunal rechazó la limitación amplísima, que contraviene el objeto y el fin de la Convención Americana y subordina la jurisdicción supranacional a las apreciaciones y autorizaciones nacionales. "No tendría sentido suponer —manifestó la Corte Interamericana— que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la Corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la Convención. Por el contrario, la sola aceptación conlleva la presunción inequívoca de que se somete a la competencia contenciosa de la Corte"[39].

En esta oportunidad, la jurisdicción interamericana reiteró también una extendida apreciación —acogida en la *Opinión Consultiva OC-2/82*, a propósito de *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*—, que pone en claro la calidad singular de los tratados de derechos humanos, con las consecuencias que de aquí derivan. Estos no son pactos tradicionales, que establecen derechos y deberes entre los Estados; tienen mayor alcance: reconocen derechos de los individuos, y deben ser interpretados y aplicados a la luz de esta circunstancia[40].

En suma, la Corte regional mantuvo incólume el criterio que había sostenido: es inaceptable la *mandatory death penalty*, arbitraria de suyo, aunque la acoja una ley enfrentada a la propia Constitución del Estado. Como se sabe, Trinidad y Tobago denunció la Convención. La denuncia ha ocurrido una sola vez en la historia del Sistema Interamericano, y en este caso se hizo por motivos vinculados a la pena de muerte: en la colisión entre el abolicionismo y el retencionismo, aunque los argumentos específicos bordearon este conflicto. No obstante ser una denuncia

---

38 Cfr. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a mayo de 2008)*, 2008, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, p. 72.

39 Cfr. *Caso Hilaire*, excepciones preliminares, sentencia del 1 de septiembre de 2001, párr. 98. La Corte se pronunció en el mismo sentido en las sentencias de excepciones preliminares de aquella fecha, en los *Casos Benjamín y otros*, párr. 89, y *Constantine y otros*, párr. 89.

40 Cfr. *Opinión Consultiva OC-2/82*, del 24 de septiembre de 1982, párr. 27 y ss.

aislada, constituye un hecho significativo en el proceso histórico que lleva a la abolición de la muerte punitiva.

El tema, que pareció resuelto jurisprudencialmente a través de las sentencias de Trinidad y Tobago, ha vuelto a la escena en los últimos años e incluso en los últimos días. Lo primero, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*[41]. Lo segundo, en el caso *DaCosta Cadogan vs. Barbados*.

El pronunciamiento de la Corte ha sido invariable, por supuesto. Conviene observar, como signo alentador, que a raíz de la sentencia *Boyce* el Estado anunció su decisión de reformar el ordenamiento penal interno en los términos requeridos por el Tribunal interamericano. Comenzaba a ceder la resistencia. El viraje aún no había ocurrido cuando se planteó el litigio *Dacosta Cadogan*, pero en el curso del procedimiento el Estado confirmó su voluntad de suprimir la pena de muerte obligatoria[42]. La resistencia amaina, pues, aunque lentamente.

A mi juicio, la aplicabilidad de la sanción capital en el supuesto de los delitos más graves podría y debería tener impacto sobre las funciones del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos. En el voto personal que acompaña a la sentencia dictada por la Corte en el caso *Cadogan* señalé que "la exigencia del artículo 4º se proyecta a un tiempo sobre la tipificación de la conducta y la selección de la pena, y sobre la individualización judicial para fines de condena. No siempre se ha destacado esta doble referencia"[43].

Una cuestión conexa: peligrosidad y pena de muerte

En el curso de su conocimiento sobre casos que traen la pena de muerte al estrado judicial, la Corte Interamericana ha podido examinar otros asuntos de primer orden y replantear los linderos del poder punitivo. Así aconteció en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. En el caso

---

41 Cfr. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrs. 47 y ss. El Estado consideró que el hecho de que la pena de muerte se hallara prevista en la ley cancelaba el cargo de arbitrariedad. Desde luego, la Corte rechazó este argumento. Cfr. *Caso Boyce y otros vs. Barbados,* párrs. 56 y ss.

42 Cfr. *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*, cit., parr. 74.

43 Mi voto aparece después de la sentencia de la Corte, en la página web del Tribunal: *www.corteidh.or.cr.*

en cuestión, el Código Penal preveía la posibilidad de imponer pena de muerte al inculpado de asesinato si "se revelare una mayor particular peligrosidad del agente"[44]. La impugnación de la pena de muerte agregaba al debate otro asunto: ¿es admisible incorporar la peligrosidad en la conminación penal? ¿Pugna la ley que lo hace con las disposiciones del Derecho interamericano?

La Corte recuperó el Derecho penal de acto o de hecho, consideró las implicaciones materiales del principio de legalidad en la normativa de una sociedad democrática y rechazó —no sólo para supuestos conectados con pena de muerte— la invocación de peligrosidad con trascendencia sobre la caracterización del ilícito y la punibilidad respectiva. Declaró la sentencia: esto "es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención"[45]. Este criterio, con otros de la misma naturaleza, actualiza el significado del artículo 9º, que ya no se circunscribe a la existencia previa de tipos penales y a la descripción precisa que éstos contienen.

Máxima exigencia procesal

Paso a referirme a las exigencias convencionales a propósito del procedimiento que culmina en la imposición de la pena de muerte. Un gran número de litigios llevados a la Corte Interamericana incluyen puntos del debido proceso, vulnerado en las instancias nacionales. Esta materia —que también tiene notable despliegue en la jurisdicción europea— se halla generalmente recogida bajo diversos rubros, tanto en la doctrina y la legislación como en la jurisprudencia. A ella se refiere centralmente el artículo 8º de la Convención Americana, bajo el epígrafe "Garantías judiciales". La Corte ha incorporado el concepto debido proceso, como expresivo de la más amplia defensa.

El tema procesal se halla notoriamente en los articulos 8º y 25, este último relativo a la protección judicial de los derechos fundamentales, y aparece también en otras disposiciones, por diversos motivos: artículos 5º, acerca de integridad; 7º, sobre libertad; 28º, en torno a vigencia de

---

44 Cfr. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, cit., párr. 92.

45 *Idem*, párr. 96.

garantías judiciales en situaciones de excepción, y desde luego 4º, en relación con la pena de muerte.

A este respecto, vale destacar las normas procesales generales, por una parte, y las disposiciones que refuerzan el cuidado procesal cuando ronda la pena capital. A esto último se refieren tanto las Salvaguardias de Naciones Unidas —atraídas por la Corte Interamericana para establecer el contexto, el estándar, el alcance de las garantías procesales—[46], como ciertos extremos explorados por la jurisprudencia interamericana y universal: me refiero, específicamente, a supuestos enlazados con la protección consular.

Se ha examinado el tema de los estrictos condicionamientos procesales de la pena de muerte desde dos perspectivas, mutuamente complementarias: a) conforme al régimen íntegro de garantías procesales, en sus dos extremos normativos: garantías judiciales (artículo 8 CADH) y protección judicial (urgente y expedita) de derechos fundamentales (artículo 25 CADH), lo cual incluye la intangibilidad del habeas corpus y el amparo en estados de excepción; y b) bajo el régimen específico que acoge el artículo 4.2, considerando además la referencias procesales, asimismo específicas, que enuncia el párrafo 6 del mismo artículo 4.

En la *Opinión Consultiva OC-16/99*, la referencia al régimen genérico se hizo en estos términos: "Tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana"[47]. La infracción de esas exigencias transgrede el debido proceso y se traduce en privación arbitraria de la vida. Dicho en otros términos, recogidos en la sentencia de *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, "el respeto al conjunto de garantías que informan el debido proceso y significan el límite a la regulación del poder penal estatal en una sociedad democrática, se hace especialmente infranqueable y riguroso cuando venga al caso la imposición de la pena de muerte"[48].

---

46 Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

47 *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit., párr. 135.

48 *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit., párr. 78.

La *Opinión Consultiva OC-3/83* aludió al régimen específico: "La circunstancia de que estas garantías (las específicas) se agreguen a lo previsto por los artículos 8 y 9 indica el claro propósito de la Convención de extremar las condiciones en que sería compatible con ella la imposición de la pena de muerte en los países que no la han abolido"[49]. Para informar su posición sobre este punto, la Corte ha exigido en la muy reciente sentencia del caso *Dacosta Cadogan*[50] —y yo lo he hecho en mi voto razonado— observancia del estándar que implican las Salvaguardias de 1984 para garantizar el debido desarrollo del enjuiciamiento cuando aparece la posibilidad de imponer pena de muerte.

¿Cuál debiera ser la posición del juez ante este tema, considerando la orientación fuertemente reductora, garantista, que se desprende del sistema sustantivo y procesal de la pena de muerte? Garante él mismo de los derechos humanos, vigilante —y responsable, con otros sujetos del proceso— de la regularidad del enjuiciamiento, debe coincidir en la exigencia y el esmero que gobiernan esta materia. Esto puede matizar, en mi concepto —y también, con alguna limitación, en concepto de la Corte Interamericana—, la posición y la actuación del juzgador que derivan del régimen acusatorio concebido en sus términos más estrictos.

El problema surgió en el examen del caso *Dacosta.* La aplicación de la ley, vista desde la perspectiva de la defensa, pudo evitar que el inculpado fuera reo de pena de muerte: cabía la posibilidad —si se atiende al argumento de la defensa— de que determinadas condiciones personales (empleo de sustancias embriagantes, uso de drogas) colocaran al sujeto en un supuesto de exclusión de la pena capital, no necesariamente de toda pena. Esto vendría al caso no sólo para los efectos de la audiencia, sino para el encauzamiento mismo del proceso, *ab initio*. Empero, la carga íntegra de acreditar ese supuesto quedó en manos de la defensa, sin iniciativa judicial que la supliera.

La Corte reconoció la existencia de una omisión estatal en el caso concreto. Advirtió que "la omisión del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar un debido proceso en un caso de pena de muerte, indudablemente podría resultar en una injusticia grave e irreversible"; en esta materia se "requiere que el derecho a la vida sea

---

49 *Opinión Consultiva OC-3/83*, cit., párr. 53.

50 Párr. 33.

interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean verdaderamente prácticas y efectivas (*effet utile*)"[51]. En mi voto razonado fuí más lejos: "la primera preocupación del tribunal (penal nacional) en un caso como el que ocupó a la Corte debía ser la verificación puntual y precisa de que en efecto se hallaban satisfechas las condiciones en las que se basaba el enjuiciamiento que iniciaba"[52].

No comparto la idea de que "conforme a las reglas estrictas del sistema acusatorio el juzgador debe abstenerse de asumir iniciativas probatorias", limitándose a "esperar que lo hagan otros participantes en el proceso"[53]. Debo recordar que no se trataba de acreditar culpabilidad o inocencia del imputado, sino presencia —o no— de los supuestos para un enjuiciamiento que necesariamente culminaría, si se establecía la participación delictuosa, en la imposición de la pena capital.

El detenido extranjero y la asistencia consular

Sigamos el examen de cuestiones del procedimiento. Para la materia que ahora interesa posee especial relevancia la *Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, que mencioné *supra*. En ésta, la Corte pudo exponer y razonar su criterio en torno al derecho que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce a los detenidos extranjeros. Ciertamente esa convención no es un tratado de derechos humanos, pero recoge —sostuvo la Corte Interamericana— un derecho del individuo en el marco del debido proceso[54], independientemente de que también establezca determinada relación jurídica —con deberes y derechos— entre el Estado de la nacionalidad del detenido y el Estado que desarrolla el procedimiento penal.

En la especie, suben a la escena sujetos pertenecientes a grupos sumamente vulnerables, que requieren atención especial desde la perspectiva del acceso a la justicia. En ellos se reúne un doble factor de vulnerabilidad: por una parte, son extranjeros; por la otra, se encuen-

---

51 Párrs. 84-85.
52 *Voto razonado*, cit., párr. 14.
53 *Voto razonado*, cit., párr. 16.
54 *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit., párr. 87.

tran detenidos y sujetos a un procedimiento penal (pero esta hipótesis pudiera abarcar igualmente, con signo garantista, a quienes enfrentan procedimientos administrativos que culminarán, a menudo, en la aplicación de medidas que afectan severamente derechos humanos: libertad, tránsito, residencia)[55].

México requirió a la Corte la opinión que ahora me ocupa, asociando la consulta con los casos en que se puede imponer —o efectivamente se impone— pena capital sin advertir al detenido extranjero sobre el derecho que le asiste a recibir asistencia consular. Evidentemente, la consulta pudo abarcar un ámbito mayor: cualesquiera punibilidades, no sólo la de muerte. Acaso se redujo a ésta por su importancia superlativa y por la pertinencia de cargar el acento donde es preciso hacerlo, a la luz de consideraciones prácticas. Por ello la *OC-16/99* —que la Corte Europea cita en la sentencia de *Öcalan vs. Turquia* y que fue invocada por algunos participantes en los procesos *LaGrand y Avena* ante la Corte Internacional de Justicia— viene al caso en el examen de la jurisprudencia interamericana sobre pena de muerte.

El planteamiento mexicano aludió tanto a la interpretación de la Convención de Viena, como de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Quedó fuera la Convención Americana. No sobra recordar que los Estados Unidos de América —pero no se trataba de una cuestión contenciosa interestatal, sino de una consulta sobre interpretación de instrumentos internacionales— es Estado parte en la Carta de la OEA, la Convención de Viena y el Pacto Internacional, cuya interpretación pedía el solicitante, no así en el Pacto de San José, del que no se requería interpretación.

La Corte Interamericana estableció su competencia para examinar los instrumentos mencionados y reconoció el derecho del detenido —frente a la consecuente obligación del Estado que lo detuvo— a estar al tanto de la posibilidad de recibir asistencia consular: el artículo 36 "concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrado a la normativa internacional de los derechos

---

55 Cfr. mi voto razonado concurrente a la *Opinión Consultiva OC-16/99*, en García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana…*, op. cit., p. 12.

humanos"[56]. Al adoptar esta interpretación, la Corte corrió, a favor del ser humano, las fronteras del debido proceso, como se han corrido en el escenario nacional cada vez que se garantiza al inculpado el ejercicio oportuno de la defensa a través de advertencias sobre el derecho a no autoinculparse, guardar silencio, conocer el motivo de la detención, recurrir a un abogado, etcétera.

Al referirse al artículo 14 del Pacto Internacional, que consagra el derecho al debido proceso, dijo el Tribunal que aquél "establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables"[57]. En mi voto concurrente razonado examiné este carácter expansivo —nunca estático o agotado— del debido proceso. El interés de esta cuestión —en la que se refleja intensamente el principio *pro persona*, cuyas implicaciones avanzan— surge a menudo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Asimismo, el Tribunal estimó que esta notificación debe practicarse antes de que el inculpado rinda la primera declaración ante la autoridad, y entendió que la inobservancia del deber de informar implica una violación al debido proceso, similar en entidad, oportunidad y consecuencias a la omisión de informar acerca de otros medios de defensa. Sobre la oportunidad, punto tan relevante desde la perspectiva de la defensa, el acceso a la justicia, la tutela de los derechos del justiciable, la Corte adoptó la interpretación más protectora acerca de las palabras "sin dilación", que utiliza el artículo 36.1 en el contexto de otras expresiones que revelan máxima prontitud, apremio: "sin retraso alguno", "sin demora". Si se pretende garantizar la defensa adecuada —y esto es, en efecto, lo que se pretende— adquiere pleno sentido la idea que adopta la Corte Interamericana acerca de la oportunidad de la notificación[58].

El Tribunal interamericano consideró, finalmente, que esa inobservancia implica una violación esencial que empaña el conjunto del pro-

---

56 *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit., punto 2 resolutivo. Asimismo, cfr. párrs. 68 y ss. y 107 y ss.

57 *Idem*, párr. 117.

58 Cfr. *idem*, punto 3 resolutivo y párrs. 99 y ss.

ceso y priva de eficacia a la sentencia[59]. Fue establecido, pues, el criterio general que más tarde sustentaría los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en los casos *LaGrand*, de Alemania vs. Estados Unidos, y *Avena*, de México vs. Estados Unidos[60].

Queda para el futuro —que no debiera ser lejano— explorar la ampliación de la información protectora que se brinda a los extranjeros, a las hipótesis en que éstos no se hallen sujetos a la posibilidad de sufrir la pena de muerte, y además, al supuesto de que no se encuentren actualmente detenidos, pero estén sometidos a un procedimiento penal avanzado del que se desprenda un grave riesgo que justifique oportunos actos de defensa.

Esta ampliación de la tutela podría abastecerse de las razones que han impulsado a la Corte a fijar, para el ejercicio de determinados derechos, referencias más tempranas que la decisión de procesamiento o la detención. La extensión garantista ha surgido, y probablemente se desarrollará más adelante, en materia de notificación de cargos, derecho a la defensa, *dies a quo* para el curso del plazo razonable (entendiendo el *dies* en el sentido de acto a partir del que comienza el plazo cuya consideración interesa a los fines de la justicia y la protección de los derechos humanos).

Garantías procesales específicas: impugnación, sustitución, rectificación

En la Convención Americana, entre otros instrumentos, existe una expresión específica y adicional del debido proceso, que consagra ciertas garantías a propósito de la impugnación de resoluciones condenatorias a pena capital, o bien, en torno a medidas de extinción de la potestad punitiva o de benevolencia penal. Tal es el caso del párrafo 6 del artículo 4 de la Convención. Este alude a tres actos de los que puede

---

59 Cfr. *idem*, punto 7 resolutivo y párrs. 133 y ss.

60 Cfr. mi comentario sobre este punto en "La pena de muerte en la Convención Americana sobre derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre 2005, pp. 1083 y ss.

derivar el relevo de la pena de muerte: amnistía, indulto y conmutación, que deben ser accesibles al sentenciado.

Se entiende que esos conceptos han de ser interpretados conforme al empleo corriente de las voces respectivas, y que también abarcan instituciones que posean la misma naturaleza y los mismos efectos que aquéllos, aunque reciban, en las leyes nacionales, denominaciones diferentes. De lo que se trata, en suma, es de poner al alcance del justiciable todos los medios idóneos para excluir la pena capital o impedir su ejecución.

Esto supone, obviamente, que exista previsión legal sobre aquéllos, que cierto órgano del poder público tenga facultades para ejercer la amnistía, el indulto o la conmutación, que haya un procedimiento —atento a las reglas del debido proceso— conducente al examen y la decisión respectivos, y que la vía se halle al alcance del condenado.

Los actos a los que me estoy refiriendo deben resultar eficaces para el solicitante o beneficiario, en el sentido de que puedan ser concedidos en todos los casos, sin obstáculos prejuiciosos que priven al peticionario del beneficio que la Convención dispone. Es inadmisible el bloqueo absoluto de ese acceso por carencia de un órgano público facultado para resolver sobre la gracia. Este tema surgió en los casos *Fermín Ramírez* y *Raxcacó Reyes*, ambos a propósito de la legislación de Guatemala: el decreto 32/2000 suprimió la facultad reconocida a un órgano del Estado para conocer y resolver en esta materia[61]. De ello derivó la condena por inobservancia del artículo 4.6 de la Convención, en relación con el artículo 2, que obliga a adoptar las medidas conducentes al respeto y garantía de los derechos invocados por el artículo 1.1.

La tramitación del recurso deberá realizarse "mediante procedimientos imparciales y adecuados", de conformidad con el artículo 4.6 de la Convención, en combinación con las disposiciones relevantes de ésta acerca de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8. Es decir —advirtió la Corte en la sentencia de *Hilaire, Constantine y Benjamin*—, "no se trata solamente de interponer formalmente una petición, sino de tramitarla de conformidad con el procedimiento que la

---

61 Cfr. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, cit., párr. 107.

torne efectiva"[62]. En otros términos, habrá verdadero acceso a la justicia, que sustituye la pena de muerte, si se observan puntualmente las reglas del debido proceso; no existirán impedimentos inamovibles, previamente establecidos, derivados de la gravedad del delito o de las condiciones del autor —dígase culpabilidad o "peligrosidad", por ejemplo—, que impidan de plano el otorgamiento de los beneficios mencionados en la Convención.

La Corte abundó: "El artículo 4.6 leído en conjunto con los artículos 8 y 1.1, los tres de la Convención Americana, pone al Estado frente a la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia"[63].

Es importante señalar que, en concepto de la Corte Interamericana, los actos de gracia no son el medio idóneo para remediar la arbitrariedad en la aplicación de la pena de muerte, aunque pueden serlo, obviamente, para evitar su ejecución. En aquellos supuestos, la rectificación debe quedar en manos de un órgano jurisdiccional, mediante un procedimiento de la misma naturaleza.

En un principio —caso *Boyce y otros vs. Barbados*—, el Tribunal interamericano aceptó la rectificación a través de medios político-administrativos, aunque en la misma sentencia estableció: "se debería realizar una distinción entre el derecho que tiene toda persona condenada, conforme al artículo 4.6 de la Convención, a 'solicitar amnistía, el indulto o la conmutación de la pena' y el derecho reconocido en el artículo 4.2 de solicitar a un 'tribunal competente' que determine si la pena es el castigo apropiado en cada caso, de conformidad con la legislación interna y la Convención Americana"[64].

Ha progresado la jurisprudencia a través del caso *Dacosta Cadogan*, también de Barbados. Puesto que el remedio a la injusticia en sede jurisdiccional es un acto de justicia, la provisión de aquél compete a un

---

62 *Idem*, párr. 186.
63 *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala,* párr. 188.
64 *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, cit., párr. 60.

órgano judicial; "la imposición de una pena es una función judicial"; "el poder judicial no puede ser privado de la responsabilidad de aplicar la pena más adecuada para un delito en particular"[65].

Sujetos excluidos de la pena capital

Ya mencioné que hay restricciones a la pena de muerte —o más bien, proscripciones— relacionadas con ciertas categorías de sujetos: los excluidos de la pena capital. Los menciona el artículo 4.5, con diferentes expresiones que pueden sembrar dudas. No se "impondrá" la sanción capital a quienes tenían menos de 18 años o más de 70 "en el momento de la comisión del delito", referencia que tiene diverso impacto cuando se trata de delitos de realización instantánea y cuando vienen al caso delitos continuos o continuados. Además, no se "aplicará" (¿condenará? ¿ejecutará?) a mujeres en estado de gravidez.

En mi concepto, en ninguna de las dos hipótesis se trata apenas de inejecución de la pena —que sería diferimiento en el caso de la mujer encinta—, sino de exclusión de la condena a muerte. Reconozco que esta conclusión es opinable, pero se aviene con la regla *pro persona*: ante la posibilidad de elegir alguno de los dos posibles significados de aquellas palabras, opto por el que ofrece mayor protección al individuo.

Medidas cautelares o provisionales

La función cautelar de la Corte implica un tercer ámbito de competencia de este Tribunal, en el que también se han planteado cuestiones relacionadas con la pena de muerte. Sucedió inicialmente en los asuntos concernientes a *James, Briggs, Noel, García y Bethel* (Trinidad y Tobago). Se trataba de detener la ejecución de condenados en tanto resolvía la Comisión Interamericana sobre la regularidad del procedimiento que había desembocado en pena de muerte[66].

---

65 Párr. 55.

66 La primera resolución sobre medidas provisionales de este asunto, al que seguirían otros igualmente atendidos por la Corte, se dictó el 22 de mayo de 1998. Sobre la sucesión de asuntos y resoluciones en 1998 y 1999, cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., párrs. 26 y ss.

Entonces no se cuestionaba la pena de muerte, en sí misma: el punto objetado radicaba en el debido proceso. En su resolución, de 1998, la Corte dispuso el diferimiento de la ejecución, mientras el asunto se hallase pendiente ante la Comisión: "si el Estado ejecuta a las presuntas víctimas, causaría una situación irremediable e incurriría en una conducta incompatible con el objeto y fin de la Convención, al desconocer la autoridad de la Comisión y afectar seriamente la esencia misma del sistema interamericano"[67]. Evidentemente, resultaría imposible alcanzar la *restitutio in integrum,* tan frecuentemente proclamada en el examen de las reparaciones.

La Corte Interamericana entendió que sus medidas provisionales eran vinculantes para el Estado: no exhortan; ordenan. De ahí que el Tribunal hubiese subrayado que "la ejecución de Joel Ramiah por parte de Trinidad y Tobago constituye una privación arbitraria del derecho a la vida", situación que "se agrava porque la víctima se encontraba amparada por una medida provisional ordenada por este Tribunal, la cual expresamente señalaba que debía suspenderse la ejecución hasta que el caso fuera resuelto por el sistema interamericano de derechos humanos"[68].

Como es sabido, esta cuestión de gran importancia apareció en el caso *LaGrand*, ante la Corte Internacional de Justicia, que también afirmó la condición vinculante de las medidas. En la fecha de emisión de éstas, 3 de marzo de 1999, fue ejecutado Walter LaGrand. En su momento, la Corte de La Haya diría que estas medidas no constituían una "simple exhortación", sino que "creaban una obligación jurídica para Estados Unidos"[69], entendimiento reiterado en el caso *Avena*.

---

67 *Caso James y otros. Resolución sobre medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Trinidad y Tobago*, 29 de agosto de 1998, considerando 9.

68 Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., párrs. 198 y 200 y punto resolutivo 7.

69 *LaGrand case (Germany vs. United States of America)Jjudgement*, 31 march 2004, párr. 110.

Ejecución de la pena

La ejecución de la pena impuesta o imponible —a través de un proceso regular, se entiende— sugiere otras cuestiones relevantes. Una de ellas atañe al método de ejecución. La Corte no se ha pronunciado sobre esta materia. Si el Tribunal declara que la imposición de esa pena contravino el régimen de la Convención no tiene caso examinar los procedimientos de ejecución. En el caso *Boyce,* el Tribunal manifestó que "no considera necesario analizar si el método particular de ejecución por medio de la horca también sería violatorio de la Convención Americana" (además de la violación que entraña la *mandatory death penalty*)[70].

Sin embargo, este asunto puede ser examinado a la luz del artículo 5.2 del Pacto de San José, que prohíbe —con una proscripción de *jus cogens*, ha considerado reiteradamente la Corte Interamericana— la sumisión a torturas o a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Es interesante lo que ese Tribunal ha establecido al respecto, cuando examina penas corporales —condena a flagelación, ejecutable en forma especialmente cruel, humillante o intimidante— en el caso *Cesar vs. Trinidad y Tobago*[71]. Las consideraciones relativas a la ejecución de la pena de azotes podrían trasladarse, *mutatis mutandis*, a los métodos para la ejecución de la pena de muerte.

El tema de la ejecución —en la especie, su inminencia, más o menos relativa— también conduce a examinar el fenómeno de la espera en el llamado "túnel o canal de la muerte", que puede ser muy prolongada, angustiosa y lesiva para la dignidad humana. En el caso *Soering* la Corte Europea se refirió a este punto[72], que también ha atraído la apreciación de la Corte Interamericana en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín*: las condiciones de detención de las víctimas "constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes, ya que éstos se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física o psíquica"[73].

Finalmente, consideraciones humanitarias han llevado a este Tribunal a excluir la ejecución de la pena de muerte en casos en que pudiera

---

70 Cfr. *Caso Boyce vs. Barbados*, cit., párr. 85.
71 Cfr. *Caso Cesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 88.
72 Cfr. *Soering vs. United Kingdom*, cit.
73 *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, cit., párr. 169.

resultar aplicable. Me refiero al supuesto en que una persona fue condenada irregularmente a sufrir la sanción capital. La Corte Interamericana ha dispuesto que en la nueva sentencia condenatoria que se dicte —si procede dictarla— se sustituya la pena de muerte por otra sanción. Así lo resolvió, con fundamento en la equidad, en *Hilaire, Constantine y Benjamín*[74].

Suspensión de garantías

En la revisión de los datos sustantivos, procesales y ejecutivos contenidos en la Convención Americana y examinados por la jurisprudencia del Tribunal internacional, es preciso mencionar una barrera de alcance general, tanto para esta materia como para otras que se hallan fuera del presente examen: los derechos previstos en el artículo 4º de la Convención Americana, que abarca todos los concernientes a pena capital, no se hallan sujetos a la suspensión que autoriza, en casos extremos, el artículo 27.1 del Pacto de San José. La exclusión del núcleo duro de los derechos —como se le ha llamado— figura en el artículo 28.2.

Esa salvedad en beneficio de la vida abarca tanto los derechos sustantivos, procesales y ejecutivos que reúne el artículo 4º, como la salvaguarda amplia, jurisdiccional, de aquéllos, esto es, las garantías judiciales indispensables para su protección. En consecuencia, tampoco es posible suspender el habeas corpus y el amparo —ni otros recursos o remedios judiciales que pudieran existir en el orden interno— en la circunstancia de suspensión de las obligaciones estatales con la que se pretende enfrentar excepcionales circunstancias de peligro o emergencia.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia interamericana en dos opiniones consultivas de los años ochenta: *OC-8/87, El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30 de enero de 1987[75], y *OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia*, del 6 de octubre de 1987[76]. Desde luego, los Estados partes en la Convención Americana deben adoptar medidas, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de ese instrumento, para conformar sus disposiciones internas a las normas del Pacto de San José

---

74 Párr. 215 y punto resolutivo 11.
75 Cfr. *Opinión Consultiva OC-8/87*, párr. 42.
76 Cfr. *Opinión Consultiva OC-9/87*, cit., puntos resolutivos 1 y 2 y párrs. 25 y 38-40.

en esta materia —como en todas, salvo reservas admisibles oportunamente formuladas—, particularmente importante si se considera que la suspensión afecta de un golpe la tutela del *corpus juris* interamericano.

No sobra observar que esta obligación no se ha traducido en reformas normativas —que serían constitucionales— en todos los casos, con el peligro que entraña la discrepancia entre disposiciones constitucionales internas y disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo si esa diferencia —fuente de dilemas que ponen en riesgo el imperio de la democracia y de los derechos humanos, así sea en extremos específicos y más o menos aislados— deja a descubierto el derecho a la protección de la vida frente al asedio histórico de la pena capital.

La "cláusula federal"

Ni la Convención ni su intérprete, la Corte Interamericana, pasan de largo ante el problema que se plantea a partir de la organización federal del Estado obligado a respetar y garantizar ciertos derechos. Bajo el epígrafe "Cláusula federal", el artículo 28.2 del Pacto de San José establece una obligación específica para los Estados federales, que acentúa los deberes generales atribuidos a todos los Estados.

El gobierno central —esto es, la Federación que concurrió al pacto internacional en nombre del Estado en su conjunto— debe "tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de (las) entidades (que tienen jurisdicción en las regiones o estados federados) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención". Existe, pues, una suerte de "obligación reforzada": la que resulta de la obligación general de tomar medidas para el respeto y la garantía de los derechos humanos, y la particular que proviene de la cláusula federal.

A su vez, la Corte ha sido enfática sobre este punto, al que se ha referido en algunas ocasiones: los preceptos internacionales sobre derechos humanos deben ser respetados por los Estados independientemente de su estructura unitaria o federal[77]. En la sentencia del caso *Garrido y Bai-*

---

77 Cfr. *Opinión Consultiva OC-16/99*, cit., punto resolutivo 8 y párrs. 138 y ss.

gorria vs. Argentina, de 1998, el Tribunal sostuvo: "Un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional"[78].

Conviene cargar el acento sobre el hecho de que el Estado debe adoptar "de inmediato" —como dispone el artículo 28.2— las medidas en cuestión, y no sobra recordar que no puede refugiarse en obstáculos de derecho interno —cuya existencia se reconoce en el propio convenio internacional— que pueden y deben ser remontados, para incumplir un compromiso internacional. Es pertinente el acento sobre esta materia por la enorme trascendencia que evidentemente ha tenido en asuntos concernientes a la pena de muerte. Díganlo, si no, los casos *LaGrand* y *Avena* resueltos por la Corte Internacional de Justicia.

78 *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones*, sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 46.

LA PENA DE MUERTE EN ESTADOS UNIDOS: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y SOCIAL[1]

Naomi Norberg
Doctora en Derecho
Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

El profesor Manacorda utiliza la imagen del círculo para describir la evolución de la abolición de la pena de muerte en Europa[2]. En Estados Unidos, no se puede todavía hablar de abolición, sino de una evolución que toma la forma de olas que se inician, llegan con más o menos fuerza, rompen y, finalmente, retroceden. Y las distintas etapas en la evolución de la pena de muerte en Estados Unidos demuestran que estamos actualmente entre la ruptura y el retroceso de la ola. Aunque la abolición por una instancia federal, es decir, por legislación o por un pronunciamiento del Tribunal Supremo, no se avecina en el horizonte, una decadencia constante se registra desde hace varios años tanto en la práctica como en el apoyo popular a la pena de muerte. Comparando las dos olas de la pena de muerte en Estados Unidos y la fase actual de ruptura, incluso retroceso, podemos atrevernos a creer, quizás, en un retroceso definitivo a largo plazo.

Perspectiva histórica: dos ciclos de avance y retroceso

En la época de la revolución americana, "la traición, la muerte, el homicidio involuntario, la violación, el robo, el hurto, el incendio criminal, [y] la falsificación, eran todos delitos capitales en Inglaterra"[3]

---

1 Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI. Traducido por Marta Muñoz de Morales UCLM. Esta investigación se completó el 20 de junio de 2007.

2 Vid. Stefano Manacorda en este número.

3 Diane Marie Amann, La peine de mort en Amérique, intervention à la première reencontré du Réseau "ID" franco-américain, Paris, 10-11 de abril de 2006.

y, por tanto, en las colonias, donde la ejecución pública de los condenados era una práctica corriente. De esta forma la pena de muerte no se consideraba un "castigo cruel ni excepcional" cuando se adoptó, en 1971, la octava enmienda a la Constitución, la cual prohíbe tales castigos. Durante casi un siglo y medio, el número de ejecuciones aumentó progresivamente, alcanzando casi las 200 ejecuciones en 1935[4].

Después el número de ejecuciones disminuyó progresivamente, llegando a cero en 1968. Atribuido, en parte, a la aparición en los Estados Unidos de las *Réflexions sur la guillotine* de Albert Camus, esta moratoria *de facto* duró 9 años[5]. De 1977 a 1983, las ejecuciones se retomaron poco a poco, convirtiéndose en una ola que alcanzó su cumbre en 1999, cuando 98 personas fueron ejecutadas. Si la cifra parece pequeña en relación a las 200 personas ejecutadas en 1935, es porque hoy, la diferencia entre el número de condenas y de ejecuciones en un año es más grande dado que los procesos de apelación son ahora más largos. Durante la década de los noventa, los jurados pronunciaron alrededor de 300 condenas a muerte por año[6], mientras que en 1935, el número de condenas y de ejecuciones era más o menos igual[7]. Tras 1999, la cifra de ejecuciones, así como el de condenas, decreció, cayendo a 53 ejecuciones y a alrededor de 102 condenas en 2006[8]. Podemos preguntarnos pues qué es lo que ha ocurrido para que la segunda ola avance y quién y qué, desde 1999, juega el papel de Camus para hacerla retroceder.

---

4 Vid. *ibid*.

5 Vid. *ibid*. Vid. igualmente US Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, "Key Facts at a Glance: Executions", *http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/exetab.htm* (consultado el 18 de junio de 2007).

6 Vid. Richard C. Dieter, *A Crisis in Confidence: Americans' Doubs About the Death Penalty*, Rapport, Death Penalty Information Center (juin 2007), p. 7 (consultado el 18 de junio de 2007: *http://www.deathpenaltyinfo.org/CoC.pdf*).

7 Vid., por ejemplo, la web de Internet mantenida por el Estado de Indiana en la que se detallan las fechas de condena y de ejecución de los 77 asesinos delincuentes condenados a muerte en este Estado desde 1990 y en la que se observa que transcurre un plazo máximo de dos años, aunque muy a menudo de solo algunos meses (consultada el 18 de junio de 2007: *http//www.clarkprosecutor.org/HTML/death/executions.htm*).

8 Loc. cit.

Evolución jurisprudencial: normas evolutivas y estrategias adaptadas

Es necesario remontarse a 1972, ya que si bien es cierto que no hubo ejecuciones entre 1972 y 1976, en ello Camus no tuvo nada que ver. Se trata, de hecho, del asunto *Furman c. Georgia*[9], en el cual el Tribunal Supremo juzgó que la ausencia de criterios racionales para la aplicación de la pena de muerte daba lugar a una aplicación de esta pena contraria a la octava y decimocuarta enmienda a la Constitución.

Mientras que la octava enmienda permitía la pena de muerte en 1791, la decimoquinta enmienda condicionaba la imposición de la pena, como de cualquier otra sanción penal, al respeto del principio del *due process*[10]. Es decir, que la persona ante la justicia debe beneficiarse de un proceso justo. La garantía del *due process* se retomó en la decimocuarta enmienda, adoptada tras la Guerra civil con el objetivo de garantizar la igualdad de todos ante la ley (*equal protection*), tanto ante las jurisdicciones estatales como las federales.

En el asunto *Furman*, el acusado alegó que había sido sorprendido robando una casa. Mientras intentaba escapar, trepó y su arma se descargó, matando accidentalmente a uno de los propietarios de la casa. Fue condenado a muerte por asesinato, principalmente sobre la base de su testimonio. El Tribunal Supremo invalidó la decisión estimando que la aplicación de la pena de muerte era demasiado "arbitraria y caprichosa" para satisfacer las exigencias de la octava y decimocuarta enmiendas. Esta única decisión categórica sobre este tema, contraria a la mayoría de las decisiones del Tribunal Supremo, sólo contiene un párrafo. Son así las opiniones de los distintos jueces concordantes y disidentes las que esclarecen el asunto. Uno de los jueces, por ejemplo, que suponía que la condena se motivaba en razones de discriminación

---

9 *Furman c. Georgia*, (1972, US) 408 U.S. 238.

10 La quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos —una de las diez enmiendas que figuran en el *Bill of Rights* ratificado el 15 de diciembre de 1971— establece que "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, […] nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law […]".

racial aunque no se había probado, escribió que esta condena era "cruel y excepcional tal como lo sería el ser alcanzado por un rayo"[11].

Con posterioridad a esta decisión, la mayoría de los Estados modificaron sus procesos penales introduciendo garantías suplementarias que tenían como finalidad reducir la arbitrariedad. En 1976, el Tribunal Supremo aprobó estas modificaciones en el asunto *Gregg c. Georgia*[12]. Una mayoría de jueces consideró que dado que existen garantías contra la arbitrariedad y la discriminación en la aplicación de la pena de muerte, ésta no constituye en sí misma una violación de la Constitución. Si esta decisión inició la segunda ola de ejecuciones, la jurisprudencia anterior relativa a los castigos crueles y excepcionales proporcionó algunas pistas para neutralizarla.

La prohibición de los castigos crueles y excepcionales es una norma evolutiva (*open texture norm*): se denomina así a una interpretación judicial a la luz del presente, no del pasado. En su opinión concordante en *Furman,* el juez Douglas cita el asunto *Weems* de 1910 para esta última noción, escribiendo que "la proscripción de los castigos crueles y excepcionales no está ligada a lo obsoleto, sino que puede adquirir [*nuevos*] significado[s] a medida que la opinión pública deviene clara por la justicia humana"[13]. (humano, lo contrario a inhumano). El juez Douglas cita igualmente el asunto *Tropo c. Dulles*[14] de 1958, que tomó su fuente de *Weems*[15] y que se convirtió en la cita de rigor en relación a la octava enmienda. En *Trop*, juzgándose que revocar la nacionalidad era contrario a esta enmienda, el Tribunal Supremo explicó que se trata, en el fondo, de la dignidad del hombre[16]. La fórmula "cruel y excepcional" "debe extraer su sentido de las normas evolutivas de la decencia que definen el progreso de una sociedad que llega a la madurez"[17].

---

11 *Furman*, cit. nº 7, p. 309 (Stewart, J., opinión concordante).

12 V. *Gregg c. Georgia*, (1976, US) 428 U.S. 153.

13 *Furman*, cit. nº 8, p. 241-242 (Douglas J., opinión concordante) (citando *Weems c. United States*, (1910, US) 217 U.S. 340, p. 378).

14 *Trop c. Dulles* (1958, US) 356 U.S. 86.

15 Vid. Amann, cit. nº 1; igualmente "International Law and Rehnquist-Era Reversals". Georgetown Law Journal, Vol. 94 (2006), p. 1319-1346, especialmente pp. 1335-1336.

16 Que envuelve estándares de decencia. Trop, cit., nº 12, p. 100 (Warren C.J., decisión de una pluralidad de Justicias)

17 Amann, cit., nº 1 (citando a *Trop*, cit., p. 101).

Sin embargo, el juez Douglas no consideró la pena de muerte inadmisible en sí, a diferencia de sus dos colegas los jueces Brennnan y Marshall. Aunque estos dos jueces no validaron nunca una condena, estimando que la pena de muerte es contraria a la Constitución bajo cualquier circunstancia, los otros jueces se inclinaban —y se inclinan todavía— por la solución de aplicar la pena de muerte caso por caso[18]. Solo el juez Blackmum, que estaba entre los jueces disidentes en el asunto *Furman*, cambió su opinión: concluyendo finalmente que la pena es injusta, escribió, más de 20 años después de *Furman*, que "ya no colaboraba más con los instrumentos de la muerte"[19].

Así, desde 1976, decrecieron los asuntos relativos más bien a cuestiones procesales o a delitos susceptibles de imponerse la pena de muerte[20]. Pero algunos asuntos conciernen no al tipo de crimen, sino al tipo de autor del delito. Particularmente, en 2002, el Tribunal Supremo invalidó la pena de muerte para los deficientes mentales[21] y, en 2005, para los que tenían entre 16 y 18 años en el momento de la comisión del delito (una decisión de 1987 que suprimió la pena de muerte para los menores de 16 años)[22]. Estas dos decisiones recientes han sido fuente de controversia no tanto por sus resultados sino por el método comparativo utilizado por el Tribunal. En Estados Unidos, el derecho de castigar compete más a los Estados federales que al gobierno federal. Así, la imposición de reglas nacionales en materia de pena de muerte se considera como

---

18 Vid. *ibid*.

19 *Ibid*. (citando a *Callins c. Collins* [1994, US] 510 U.S. 1141 [Blackmun J., opinión disidente], p. 1130).

20 Por ejemplo, la violación de un "adulto" no se castiga con la pena de muerte desde 1977. Vid. *Coker c. Georgia* (1977, US) 433 U.S. 584 (la violación de una mujer casada de 16 años no es apta para la pena de muerte). Más recientemente, la jurisdicción de Louisiane estableció la pena de muerte en el caso de la violación de un niño. El Tribunal Supremo invalidó esta pena en un asunto relativo a la violación de una niña de menos de doce años. Vid. *Kennedy c. Louisiana*, 554 U.S. (2008).

21 Vid. N. Norberg, Le principe du *stare decisis* cède devant les principes du *due process* et de la dignité: La Cour suprime des Estats-Unis et la peine de mort, en este Revista 2002, 917 (discutiendo, entre otros, el asunto *Atkins c. Virginia* [2002, US] 536 U.S. 304.

22 Vid. *Roper c. Sinmons* (2005, US) 543 U.S. 551 (los asesinos tenían entre 16 y 18 años); *Thompson c. Oklahoma* (1987, US) 487 U.S. 815 (los asesinos tenían menos de 16 años). Vid. igualmente D.M. Amann, Le transnationalisme face à la transition, en este Revista 2005, 967 (discutiendo el asunto *Simmons*).

una usurpación de su soberanía. Imponer reglas basadas en normas extranjeras les parece todavía menos aceptable.

En *Trop*, el Tribunal declaró que la interpretación de la fórmula "cruel y excepcional" debe fundarse en normas evolutivas. Precisó más tarde que "[el] primer indicador de estas normas es la legislación, tanto federal como estatal"[23], a la cual el Tribunal añade su propia apreciación. Pero después de 1989, una mayoría del Tribunal rechazó, en el marco de la octava enmienda, considerar otra cosa que no fuese el derecho o la opinión pública americana[24]. Esto cambió en 2002.

En *Atkins*, tras haber concluido que "un consenso nacional" se ha formado contra la aplicación de la pena de muerte en el caso de los deficientes mentales, el Tribunal Supremo añade que "en la comunidad mundial", la aplicación de la pena de muerte en los delincuentes que sufren un trastorno mental es "rechazada por una aplastante mayoría"[25]. En el asunto *Roper*, el Tribunal consigue un vez más el consenso nacional, en esta ocasión en relación a la ejecución de los menores. Después, conforma este consenso con la referencia al derecho extranjero e internacional[26], los cuales muestran que los Estados Unidos son el único país del mundo en el que la pena de muerte se impone a los delincuentes que eran menores en la época de la comisión de los hechos. La mayoría destacó que esta "realidad chocante"[27] no es vinculante, pero acaba reforzando la opinión de que dicho castigo es desproporcionado y, por tanto, contrario a la octava enmienda. Asimismo, los jueces disidentes denunciaron esta referencia al mundo externo a los Estados Unidos, insistiendo en el hecho de que solo la opinión pública america-

---

23 N. Norberg, cit. nº 19, p. 918.

24 Vid. *ibid*.

25 Atkins, cit., nº 19, p. 316, nº 21 (citando el *Brief for The European Union* as Amicus Curiae en el *McCarver v. Noth Carolina*, OT. 2001, nº 00-8727, p. 4, que se había sometido ante el Tribunal con ocasión de un asunto anterior en el que se abordaba la misma cuestión que el asunto *Atkins*, pero que el Tribunal no juzgó debido a una modificación legal en el Estado de Carolina del Norte).

26 El Tribunal cita el artículo 37 de la Convención relativa a los derechos del niño; el artículo 6(5) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; el artículo 4(5) de la Convención interamericana de derechos del hombre; el artículo 5(3) de la Carta africana de los derechos del niño; *Criminal Justice Act*. 11 & 12 Geo. 6, ch. 58 (Reino Unido); y las prácticas de otros países.

27 *Roper*, cit., nº 20, p. 575.

na puede tomarse en cuenta en la interpretación de la fórmula "cruel y excepcional".

Esta visión de la interpretación de la constitución es completamente contraria a la historia, puesto que el Tribunal Supremo se refiere a las normas extranjeras e internacionales desde su creación[28]. Además como bien dijo el juez Breyer, la octava enmienda dice "cruel y excepcional", pero no precisa *dónde*.

Esta evolución jurisprudencial refleja la evolución de la opinión pública.

Evolución de la opinición pública: ¿hacia una visión esclarecida de la justicia humana?

La reanudación de la pena de muerte a finales de los años setenta y su auge en los años ochenta y noventa corresponde a dos movimientos que se entrecruzan: la guerra contra el crimen puesta en marcha por el presidente Reagan y el aumento del fundamentalismo religioso apoyado, incluso alentado, por él. Estos dos movimientos tienen como consecuencia que no se tolere ni el crimen, ni al criminal. Desde hace tiempo, los americanos apoyaban la pena de muerte pensando que tenía un efecto disuasivo[29], se esperaba evitar más muertes, bien por disuasión pura, bien evitando la reincidencia. Actualmente, el 60% de los americanos ya no cree que la pena de muerte sea disuasoria[30] y desde hace seis años, aunque la guerra contra el crimen y el fundamentalismo continúan en vigor, tanto el apoyo a la pena de muerte como a la aplicación de este pena está en retroceso.

En 1994, el 80% de los americanos apoyaban la pena de muerte[31]. Hoy, el 62% la apoya[32]. Esta bajada en el apoyo no se debe a una reedición de Camus. Se trata principalmente del problema denominado "inocencia": desde 1973, más de 120 personas condenadas a muerte y más de 200 personas condenadas a penas de prisión se demostró que

---

28 Vol. 98 (2004), p. 43-57.
29 Vid. *id.*, p. 4.
30 Vid., *ibid.*
31 Vid. Amann, cit., nº 1.
32 Vid. Dieter, cit., nº 4, p. 16.

eran inocentes, bien por exámenes de ADN, bien por investigaciones hechas por los periodistas, estudiantes y otras personas ajenas al sistema de justicia[33]. Para el americano medio, confiar en su sistema de justicia, este "problema de inocencia", es grave, y hace reflexionar hasta tal punto que dos tercios de los americanos creen que el sistema no puede repararse y el 58% se expresa a favor de la moratoria[34].

Mientras tanto, se sigue intentando reducir el campo de aplicación de la pena de muerte. Por ejemplo, el método de la inyección letal es hoy contestado en varios Estados y ha sido objeto de un recurso ante el Tribunal Supremo[35]. Utilizada en 37 de los 38 Estados federados que practican la pena de muerte, este método tiene el riesgo de infligir un castigo cruel y excepcional en caso de error humano a causa de la inyección[36]. Por esta razón, existe una moratoria en California y en Florida desde 2006[37].

Un segundo campo de batalla jurídica es el de la exclusión de los jurados de personas que expresen sus dudas sobre la pena de muerte. Actualmente, el 40% de los americanos piensan que no estarían capacitados a causa de su oposición a la pena de muerte por razones morales. El problema se plantea, pues, en el caso de jurados que no reflejan la

---

33 Vid. *id*. p. 4.

34 Vid. *id*. p. 11 (debe resaltarse que entre las personas encuestadas que procedían del Sur de Estados Unidos, donde la mayoría de las ejecuciones tienen lugar, la cifra asciende al 59%).

35 Vid. *Baze c. Rees*, 553 U.S. (2008), el protocolo sobre la inyección letal de Kentucky no es contrario a la Constitución.

36 La mayoría de los Estados utilizan tres productos para la inyección letal. El primero debería dejar inconsciente al condenado e inmune al dolor; el segundo paraliza los músculos y el tercero provoca un paro cardiaco. Un estudio sobre las ejecuciones en los cuatro Estados ha revelado que en el 43% de los casos, la primera inyección de anestesia no funciona como está previsto y que el condenado estaba, quizás, consciente durante el procedimiento. Además, uno de los productos provoca ya de por sí una sensación muy dolorosa de quemadura.

37 Vid. Dieter, cit., nº 4, p. 11-12; vid., por el contrario, *Taylor c. Crawford*, (2007, US CA8 [Mo]), F. 3º, 2007 WL 1583874. Se trata de una decisión del Tribunal de apelación federal que tenía competencia sobre el Estado de Missouri, en la que se juzgó que la inyección letal no suponía "la imposición gratuita (*wanton infliction*) de un castigo cruel y excepcional".

diversidad real de la comunidad, privando al defensor de su derecho a un jurado imparcial[38].

Es en este tipo de cifras como las mencionadas más arriba en las que el Tribunal Supremo se ha apoyado para alcanzar el consenso en los asuntos *Akins* y *Roper*. En 2002 y 2005, el Tribunal constató que la segunda ola de la pena de muerte había aumentado y estaba en retroceso. El retroceso definitivo está todavía lejos, pero quizás menos lejos de lo que lo estaba en la primera ola, que duró casi 200 años. Después, comenzará la lucha contra la cadena perpetua sin libertad condicional, la alternativa a la pena de muerte que en la actualidad se ofrece, mientras que "la opinión pública" se explicará mejor gracias "a la justicia humana".

38 Vid. *id.*, p. 3.

EL ESTADO DE LA PENA DE MUERTE EN PUERTO RICO

Juan F. Matos de Juan
Presidente de la Comisión contra la Pena de Muerte
Colegio de Abogados de Puerto Rico

Puerto Rico eliminó la pena de muerte mediante legislación en 1929, y sin embargo en los últimos 10 años se han celebrado tres juicios donde cinco ciudadanos han estado expuestos a ejecución, y al presente hay otras dos personas en similar situación. La Constitución de Puerto Rico prohíbe en términos específicos y absolutos la imposición de la pena de muerte desde 1952, y sin embargo los puertorriqueños están sujetos a las disposiciones de varias leyes de los Estados Unidos que contemplan la imposición de la pena capital por conducta realizada en la Isla.

Para comprender esta incomprensible situación, hay que conocer la convulsa relación política entre Puerto Rico y los Estados Unidos de América.

Una breve historia de Puerto Rico

En apretada síntesis, Puerto Rico perteneció a la Corona Española desde su primer encuentro entre ambas culturas en 1493 hasta el 1898, cuando la isla fue cedida a los Estados Unidos como parte de las negociaciones del armisticio que resolvió la Guerra Hispanoamericana, conocida en España como el desastre del 98, o la Guerra de Cuba. Luego de una serie de medidas provisionales para establecer un marco jurídico para la relación, en 1950 el Congreso norteamericano aprobó la Ley de Relaciones Federales, proveyendo para una Constitución local. Sin embargo, la Constitución no era un documento autoejecutable una vez aprobada por la Convención Constituyente y ratificada por el pueblo puertorriqueño, sino que requería que fuera aprobada por el Congreso federal, como en efecto lo fue. Luego de este proceso de enmiendas por el Congreso norteamericano, la Constitución fue ratificada por el electorado puertorriqueño, entrando en vigor en 1952. El Artículo II, sección

7 de la Constitución establece una prohibición absoluta de la pena de muerte.

Bajo el esquema actual, los puertorriqueños, como ciudadanos norteamericanos, poseen los mismos derechos y obligaciones que sus homólogos continentales. Sin embargo los ciudadanos norteamericanos que residen en la isla no tienen representantes con derecho a voto en el Congreso norteamericano, ni pueden votar por el Presidente. Mientras que Puerto Rico posee autonomía similar a un estado en el manejo de sus asuntos internos, está sujeto a la Cláusula de Supremacía de la Constitución Federal. El Tribunal Federal tiene un Distrito establecido en Puerto Rico, y las leyes federales se aplican plenamente. Desde su comienzo esta relación política ha creado tantos problemas como los que puede haber resuelto, sus contornos siendo intencionalmente ambiguos.

La pena de muerte en Puerto Rico bajo la Corona Española

El primer contacto de Puerto Rico con la pena capital se dio como colonia española. España aplicaba la pena de muerte a una amplia variedad de delitos, con tres categorías principales: crímenes contra la ciudadanía como el asesinato y violación, delitos contra la corona, como la traición, la falsificación y la insubordinación, y delitos contra la moral y la religión, como la sodomía y la brujería. Aunque esta penalidad se aplico principalmente a campesinos pobres que se sublevaban, también hubo un número significativo de casos de conscriptos sirviendo en la Isla, asilados de sus familias en la Metrópoli e insatisfechos con sus condiciones de vida y salarios. Paradójicamente, la pena capital rara vez se aplico a prisioneros de guerra, dada la necesidad de mano de obra forzosa y la preocupación de represalias en soldados españoles detenidos en el extranjero.

La pena capital se implemento con variable severidad en las Colonias, dependiendo de la liberalidad de los Gobiernos en España y sus representantes en la Isla. En 1870 el Código Penal español se modificó sustancialmente, y los delitos elegibles a pena de muerte se redujeron a cuatro: la traición, la piratería, el parricidio y asesinato. Lamentablemente, uno de los infortunios de la experiencia colonial española fue el desfase entre las nuevas políticas liberales en la metrópoli y su aplica-

ción en las colonias; las reformas de 1870 llegaron a Puerto Rico en 1896, y en los años entre la promulgación por la Corona y su aplicación un nivel local, 38 condenas a muerte fueron impuestas y 11 ejecutadas.

Las reformas implementadas en 1896 fueron de corta duración, al menos para nosotros: en 1898 Estados Unidos invadió Puerto Rico, y con ella volvió a la pena de muerte.

La pena de muerte en Puerto Rico bajo los EE.UU.

Tras el cambio de soberanía, Estados Unidos impuso en su posesión un código penal que le fuese familiar, importando casi textualmente el Código Penal del estado de California. El artículo 202 del Código Penal de 1902 contemplaba la pena de muerte por el delito de asesinato en primer grado. Sin embargo, luego de las políticas liberales recientes provenientes de España, la pena de muerte no permaneció en los estatutos por mucho tiempo sin verse confrontada. No fueron infructuosos en sus esfuerzos, proyectos para abolirla fueron realizados en 1917, 1921, 1923, todos sometidos por el legislador Juan García Ducos. Finalmente, el 26 de abril de 1929 se abolió la pena capital en la isla, y la sección 6 de la ley conmuto todas las ejecuciones pendientes.

La abolición de la pena de muerte tomó dimensiones constitucionales en 1952. El Artículo 2, Sección 7 de la Constitución reconoce como un derecho fundamental el de la vida, declarando explícitamente la inaplicabilidad de la pena de muerte. El delegado Jaime Benítez, Presidente de la comisión de derechos humanos, declaró:

> "La sección ocho, establece el principio de que la pena de muerte nunca existirá en Puerto Rico. Nos parece adecuado subrayar el sentimiento de la Comisión de la Carta de Derechos, que la vida de un ser humano es de máximo valor, de respeto absoluto y que el Estado, irrespectivamente de los eventos que le podrían motivar, nunca esta justificado en tomar la vida de alguien. Y si el Estado, creador de derechos en virtud de nuestro ordenamiento social, no puede hacerlo, no puede hacer semejante acto, tampoco puede cualquier ciudadano privado." *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, pp. 1104-1105.

La oposición a la pena de muerte es visible en todo el texto constitucional. Uno de los borradores de la Constitución, siguiendo el texto constitucional federal, establecía como requisito el debido proceso de

ley para privar a una persona de la vida, la propiedad o la libertad. Esta sección fue enmendada, eliminando la palabra "vida", para evitar que esta clausula pudiese ser interpretada como permitiendo una excepción a la prohibición explicita a la pena capital. En las palabras del Sr. Barreto Pérez:

> "Señor Presidente y compañeros delegados: Con respecto a la propuesta de que se suprima la palabra vida, la hacemos porque somos conscientes de que en esta Asamblea Constitucional podemos casi asegurar que el cien por ciento de las personas presentes se oponen a la pena de muerte y desde el párrafo en la sección 8, inmediatamente anterior a la presente, se estableció que no habrá pena de muerte, consideramos que no debe haber ningún tipo de proceso alguno, cualquier posibilidad alguna, que un proceso podría crearse para privar a un ser humano de su vida. …
>
> Es lógico y natural que el Estado tenga la facultad de privar a una persona de su libertad a través de cierto proceso legal. Pero el Estado no debe tener la autoridad de tomar la vida de un hombre y la Constitución que estamos creando debería declarar con claridad que el Estado no tiene ninguna autoridad para privar a un hombre de su vida". *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, Vol. II, p. 1502.

El informe final de la Comisión de la carta de derechos declaró:

> "La prohibición de la pena de muerte proviene de la firme convicción de ese castigo, lejos de ser el castigo ejemplificante que algunos pretenden que sea, estimula la satisfacción de sentimientos sádicos sin disminuir en lo más mínimo, según la experiencia universal, la cantidad o frecuencia de crímenes capitales. No es recomendable desde un punto de vista teórico, ni por consideraciones prácticas. Eliminandola a través de una disposición constitucional expresamos la posición moral del pueblo puertorriqueño del valor inviolable de la vida humana". *Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, Vol. IV, p. 2566.

Este fue el final de la pena de muerte puertorriqueña. Sin embargo, la nueva relación con los Estados Unidos llevó la pena de muerte a nivel federal, más allá de nuestro poder para abolir.

La pena de muerte en los Estados Unidos

Una vez eliminada la pena de muerte en 1929, esta no existió en suelo puertorriqueño hasta 1988, cuando los Estados Unidos promulgaron la *Anti-Drug Abuse Act*, ley federal que incluía la pena de muerte por asesinato en el curso de una conspiración de drogas. En 1994, el

Presidente Clinton firmó el *Federal Death Penalty Act*, ampliando substancialmente los delitos elegibles a la pena de muerte. Dos años más tarde, luego del atentado de Oklahoma City, Presidente Clinton firmó la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty*. Dada la cláusula de supremacía de la Constitución norteamericana, todas las leyes federales son aplicables a sus estados y territorios, trayendo nuevamente la pena de muerte a Puerto Rico.

A diferencia de la situación cuando era legislación local, dada la relación política de Puerto Rico con los Estados Unidos, el pueblo puertorriqueño no poseía herramientas para revocar la misma. En Puerto Rico la pena de muerte federal es tema de debate y controversia, por sus dimensiones políticas y constitucionales. Puerto Rico no tuvo ninguna participación en el proceso deliberativo por el cual se aprobaron los estatutos de la pena de muerte, y por lo tanto su voz nunca ha sido escuchada en el órgano legislativo que promulgó tal castigo. Lamentablemente los Estados Unidos han consistentemente ignorado este planteamiento de legalidad básico.

El 2 de junio de 1999, Joel Rivera Alejandro y Héctor Acosta Martínez fueron acusados por delitos elegibles para la pena capital. Los acusados argumentaron la inconstitucionalidad de la ley federal, planteando que el Congreso federal promulgo dos políticas contradictorias con respecto a la pena de muerte en Puerto Rico, por un lado ha prohibido la misma en Puerto Rico, a través de una Constitución sancionada por el Congreso norteamericano, y paralelamente aprobando un estatuto de aplicabilidad general instituyendo la pena de muerte a nivel nacional, incluyendo Puerto Rico. Los acusados señalaron adicionalmente la falta de participación de los puertorriqueños en las elecciones parlamentarias y presidenciales, situación donde los gobernados no eligieron a los gobernantes que les imponen un castigo tan extremo.

El Tribunal de Distrito, tribunal de primera instancia federal presidido por Salvador Casellas, emitió un dictamen de vanguardia, decretando la pena de muerte federal localmente inaplicable a Puerto Rico por dos razones fundamentales. En primer termino, el pacto entre Puerto Rico y los Estados Unidos especifica que a la isla aplicaran las leyes federales excepto si fuesen "localmente inaplicables", concepto que fue dejado intencionalmente ambiguo en el texto original. El Tribunal determino:

> "…, on a matter as unique and extreme as the death penalty, the mention of Puerto Rico exclusively in the context of these maritime offences, cannot reasonably be taken as Congress's manifest intention that the FDPA not fall within the 'not locally inapplicable' provision set forth in section 9, particularly in view of the Commonwealth Constitution's prohibition against capital punishment. The extraordinary nature of capital punishment requires a higher degree of clarity an precision. Reason and common sense dictate that had Congress intended to apply the death penalty in the Commonwealth, it would have done so by the plain declaration, and would not have left it to a mere inference."(*Acosta*, at page 319.)

En segundo término el Tribunal de Distrito determino que es inaceptable en una democracia moderna el que se imponga la pena de muerte a un pueblo que no puede opinar al respecto.

> "But applying to the Commonwealth a statute allowing for the **deprivation of life,** on the basis of the generic consent given in section 9 forty eight years ago, is unreasonable and unfair; inadmissibly infringes upon the principle of government by consent on which the people of Puerto Rico's relationship with the United States is grounded; and **constitutes a violation of the fundamental rights to liberty and life of the American citizens of Puerto Rico. It shocks the conscience to impose the ultimate penalty, death**, upon American citizens who are denied the right to participate directly or indirectly in the government that enacts and authorizes the imposition of such punishment. It is **unconscionable** and against the most basic notion of justice to permit that the American citizens of Puerto Rico be subjected to capital punishment for crimes committed wholly within the boundaries of the Commonwealth, while at the same time denying them a say in the political process of the government that tries them. If the qualitative difference of the death penalty has been sufficient to require more reliable procedures for its imposition, it certainly ought to be sufficient to require that its availability as punishment be grounded, in its origin, **on the consent of those whose rights may be affected by its imposition**, such consent expressed through their participation in the political process as a manifestation of their free will".

El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito, tribunal apelativo intermedio, llego a una determinación totalmente diferente. Con respecto al primer argumento, el Tribunal de Apelaciones determino de manera somera que la ausencia de especificidad en el estatuto era inconsecuente, pues se presume su aplicabilidad a Puerto Rico como todo territorio. De igual forma ignoró el planteamiento de la representatividad:

> "When testing executive action, the Supreme Court has used the 'shocking to the conscience' test. See *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U.S. 833, 846-47, 118 S.Ct. 1708, 140 L.Ed.2d 1043 (1998). Even assuming such a test can be applied to congressional action otherwise authorized by the Constitution, the test is not met here. This court has consistently enforced a variety of federal statutes which Congress intended to apply to Puerto Rico. It cannot shock the conscience of the court to apply to Puerto Rico, as intended by Congress, a federal penalty for a federal crime which Congress has applied to the fifty states.
>
> There is no such legal constraint on Congress' ability to impose penalties for federal crimes. There is no disagreement that Congress has the power to apply the federal criminal laws to Puerto Rico. With that power, of necessity, comes the power to set the penalties for violations of those laws. Indeed, it would be anomalous for Congress to grant the people of Puerto Rico American citizenship and then not afford them the protection of the federal criminal laws. The argument made by defendants and amici is a political one, not a legal one."

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, como suele hacer ante controversias difíciles de manejar, se negó a analizar el caso, determinando que el mismo no estaba maduro al no haberse impuesto hasta la fecha una sentencia de muerte

La Lucha contra la pena de muerte

Durante los últimos años varias organizaciones en Puerto Rico, incluyendo entre otras la Coalición Puertorriqueña Contra la Pena de Muerte, el Colegio de Abogados y varios movimientos religiosos ha seguido una estrategia de varias vertientes en su batalla contra la pena de muerte.

A nivel local, aunque en Puerto Rico se ha abolido la pena capital, estamos sujetos a las solicitudes de extradición que pueden resultar en una condena de muerte. El Colegio de Abogados ha impugnado judicialmente estas extradiciones, proveyendo representación legal a los imputados. De igual forma se han realizado reuniones con el Gobernador de Puerto Rico y su Secretario de Justicia, obteniendo compromisos de estos funcionarios para solicitar a los estados solicitantes que se abstengan de imponer la pena de muerte.

En un segundo nivel, relacionado con los casos elegibles para pena de muerte radicados en la esfera federal, se proporciona asistencia durante el caso, incluyendo a contribuir en las investigaciones, proporcionar los recursos de abogado, sus oficinas y personal y asistencia a los miembros de la familia del acusado. Al mismo tiempo hemos actuado como portavoces para la defensa, mantener un mensaje consistente dirigido a los medios de comunicación y el público, y la organización de protestas y vigilias. Tras haber discutido el asunto, el Comisionado Residente de Puerto Rico en los Estados Unidos ha establecido la practica de comparecer ante el Departamento de Justicia federal para solicitar que no se certifique como elegibles a la pena capital casos originándose en Puerto Rico.

En un tercer nivel, existe una significativa diáspora puertorriqueña en los Estados Unidos, estimada en tres millones de personas, lo que implica que los puertorriqueños se enfrentan a casos capitales en diferentes estados. Esto nos ha llevado a una extensa campaña de cabildeo en diferentes estados, solicitando la no certificación de casos elegibles, y la conmutación de pena cuando la sentencia ha sido impuesta. De igual forma se sirve de enlace entre los puertorriqueños que hacen frente a procedimientos capitales y sus familias en Puerto Rico, ayudando a esas familias a comprender estos complejos procesos y cooperando con sus abogados para localizar información que puede ser útil en estos procedimientos.

A largo plazo, la oposición a la pena de muerte requiere una campaña de educación permanente. Como resultado de la reciente recesión económica, Puerto Rico al igual que varios otros países ha sido objeto de un aumento en la criminalidad. En tiempos como estos, siempre hay llamadas a traer de vuelta la pena capital, como una respuesta simplista a un problema complejo. Las organizaciones puertorriqueñas utilizan los programas diseñados por la Coalición Mundial Contra la Pena de Muerte en campañas educativas en escuelas y coopera con centros universitarios.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE EN EL PERÚ

José Hurtado Pozo
Universidad de Friburgo – Suiza

"Il se trouva que ces gens se rendaient sur la Grande-Place pour voir pendre un certain tailleur nommé Adrian convencu de calvinismo. Sa femme était également coupable, mais comme il est indécent qu'une créature du sexe se balance en plein ciel, les jupes ballotantes sur la tête des passants, on allait selon l'ancien usage l'enterrer vivante".

Margarite Yourcenar, L'Oeuvre au Noir, p. 674
Bibliothèque de la Pléiade

Introducción

La constante lucha en favor de la abolición de la pena de muerte se intensifica con la finalidad de lograr que la minoría de países en los que está vigente la deroguen o, en el peor de los casos, se imponga una moratoria generalizada de la ejecución de las condenas que se dicten o hayan sido dictadas. De esta manera, los participantes en esta campaña no se contentan con la "abolición de facto" de la pena capital, es decir de que los Estados sigan manteniéndola en sus legislaciones, sin aplicarla efectivamente.

Con esta noble y justa causa, sólo se puede estar de acuerdo si se quiere reforzar el respeto de la dignidad humana y, en general, de los derechos humanos. Sin embargo, el objetivo buscado será incompleto si es que los esfuerzos son limitados únicamente a lograr la desaparición normativa de la pena capital. Para completarlo, es indispensable también obtener la suspensión o restricción de la pena de muerte de facto, vigente sobre todo en los países del tercer mundo a pesar de estar formalmente abolida.

Con la finalidad de mostrar algunos aspectos de esta problemática, presentaremos, en razón a nuestros limitados conocimientos, el caso

peruano, que es similar en mucho al de otros países latinoamericanos. Nuestras reflexiones serán expuestas en dos partes: la primera dedicada a la evolución de la legislación y la segunda, a ciertas manifestaciones y causas de la pena capital de facto. Terminaremos, estableciendo algunas conclusiones.

Contexto peruano

La situación actual del debate sobre la pena de muerte en el Perú sólo puede ser bien comprendida si se tiene en cuenta el contexto social, político, legislativo del país. Dicho debate no se caracteriza por su alto nivel teórico o ideológico, sino más bien por el recurso frecuente a afirmaciones estereotipadas a favor o en contra de su inserción o abolición. Una de sus principales manifestaciones es la multiplicación de propuestas legislativas para preverla contra los autores de diversos delitos graves.

Estas iniciativas ponen en evidencia, por un lado, la ligereza con la que se maneja o busca utilizarse el poder punitivo del Estado y, por otro, la existencia de un contexto de violencia que reina en todos los sectores sociales. En este contexto, las instituciones o categorías jurídicas y sociales pierden sentido. La pena de muerte no está legalmente vigente, puesto que no hay ley que la prevea como pena para reprimir un crimen o un delito. Sin embargo, las muertes o desapariciones de personas en periodos de crisis social acontecen fuera de todo marco legal. Se trata de la eliminación física de opositores políticos mediante los medios represivos oficiales u organizados ilegalmente. También puede considerarse que la ejecución de penas extremadamente largas en locales inhumanos implica la destrucción física y moral del encarcelado. Paralelamente, el recurso al linchamiento, por parte de pobladores de barrios o pueblos que se sienten desprotegidos por los órganos estatales, implica igualmente la práctica brutal de la muerte como sanción social.

La lucha contra la pena de muerte será, por tanto, eficaz sólo en la medida en que se logre parar o disminuir sensiblemente las corrientes que, aprovechando del sentimiento de inseguridad dominante en grandes sectores de la población, fomentan y refuerzan percepciones conservadoras favorables a estigmatizar gran número de delincuentes como extremadamente peligrosos y a someterlos a medidas elimina-

doras como la pena de muerte. Así mismo, neutralizar concepciones fundamentalistas que, partiendo de dogmas considerados absolutos, preconizan soluciones extremas. Por ejemplo, el relativismo cultural extremo que conduce al reconocimiento de pautas culturales, desconsideradamente calificadas de milenarias, que abren las puertas al desconocimiento del proceso debido y a la aplicación de penas corporales, comprendida la pena capital. El indispensable reconocimiento de las diferencias culturales debe estar limitado por el respecto de los derechos fundamentales.

Evolución legislativa

La Constitución de 1920, art. 21, pena de muerte sólo por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la Patria, en los casos que determine la ley. En el Código penal de 1924, no se previó esta pena y, en su lugar, se estableció la pena de internamiento de duración indeterminada, con un mínimo de 25 años para los casos de criminales excepcionalmente peligrosos.

En la Constitución de 1933, art. 54, se mantuvo la misma regla, sin modificar el Código Penal. Lo que aparentemente mostraba que seguía prevaleciendo en los sectores gobernantes una opinión desfavorable a la pena de muerte. La misma que fue expresada claramente en la exposición de motivos del Código de 1924. Se decía, por ejemplo, su aplicación repugnaba al país y que los jueces se negaban a imponerla. Además, se afirmaba que la seguridad social puede lograrse por otros «medios compatibles con la vida de los criminales». Por último, se señalaba que la tendencia dominante en el mundo» es la abolicionista, lo que se percibe en el «gran número de Estados europeos y americanos que la han abolido y otros están en vía de hacerlo».

Estas afirmaciones, sin embargo, no correspondían a la realidad, pues fue introducida en la legislación militar y aplicada para reprimir actos de rebeldía contra el gobierno dictatorial de turno. Este condicionamiento político determinó que el Código Penal sea modificado mediante la incorporación de la pena capital. Así, se hizo en 1949, por la Junta Militar de Gobierno, dirigida por el dictador Odría, que persiguió cruentamente al APRA y al Partido Comunista. Dicha pena fue prevista para los delitos de homicidio calificado y de traición a la patria. Se alegó

"que la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes encuentra, por el contrario, el rechazo indignado de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad" y "que la acentuación notoria e innegable de la criminalidad en el Perú en los últimos años, exige que se dote al Estado de los medios necesarios, por severos y drásticos que sean, para evitar su desintegración". Su aplicación se extendió, a finales del gobierno de Odría, al delito de secuestro menores, "si el secuestrador u otro, en ocasión del secuestro, mata al menor".

Las actividades subversivas de los años 60, inspirados en la revolución cubana, dieron lugar a que se acentuara el recurso a la pena de muerte. Así, durante el gobierno de Belaunde Terry, el Parlamento, dominado por el APRA y el partido de Odría, dictó en 1965 la ley 15590, por la que se amplió la noción de acto de traición a la patria y servicio a las armas extranjeras, prevista en la Constitución, para comprender no sólo los actos previstos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, sino también, y en primer lugar, los delitos contra la seguridad militar, de rebelión, de sedición y los previstos en los artículos 310 a 312 del Código penal; en segundo lugar, los casos correspondientes incriminados en el Código de Justicia Militar. Además, se calificó como traición a la patria los delitos de asalto a los bancos, comercio, industrias y en general a los delitos contra la vida, la libertad y el patrimonio cometidos para proporcionar recursos a las guerrillas. Las penas eran las de prisión o penitenciaría no menor de cinco años, internamiento o muerte.

Durante el gobierno militar de Velasco Alvarado, se puso de manifiesto la utilización incoherente de la pena capital y la acentuación de su aplicación por razones políticas y sociales. En 1969, por DL 17388, fue establecida para los casos de violación de menores de siete años y de secuestro cuando el menor secuestrado tuviera siete o menos años de edad o, además, si el menor secuestrado, de hasta 18 años de edad, resultara muerto. Para lo que se afirmó que las penas privativas de libertad eran ineficaces para combatir "la proliferación de delitos y "que la pena capital tiene efectos intimidatorios, ejemplarizadores y sancionadores que es menester utilizar en beneficio de la sociedad".

En contra de ese criterio, en setiembre de 1971, mediante el DL 18968, se limita la aplicación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria y de homicidio, si es consecuencia de rapto y sustracción de

menores. Se arguyó, olvidándose lo afirmado anteriormente, que "se hace imperativa la aplicación de penas que cumplan la finalidad penal y social de readaptar al delincuente, como obligación legal del Estado y moral de la sociedad, a la que aquel pertenece". Este cambio fue sólo oportunista porque se debió a que se buscó evitar el fracaso de una gira política de Velasco Alvarado, gobernante de turno, por los departamentos del sur; en los que estaba pendiente la ejecución de condenas a la pena de muerte.

Sin embargo, dos meses después, alegando una situación de emergencia y la necesidad de sancionar drásticamente el empleo de explosivos con fines delictuosos, se restablece, por DL Nº 19049, la pena de muerte para estos casos. Posteriormente en 1973, mediante DL Nº 19910, se establece la pena capital para el asesinato, el robo y el ataque a miembros de las Fuerzas Policiales, si resulta muerto el agraviado. En 1974, por DL Nº 20828, es prevista para sancionar atentados terroristas contra altos miembros del Gobierno, que produjeran el fallecimiento o lesiones de cualquier gravedad a las víctimas. En esta ocasión se reiteró que "las penas deben ser drásticas, el procedimiento sumario y la ejecución de la pena inmediata". La investigación y el juzgamiento a cargo de jueces militares era un proceso sumarísimo de 48 horas, comprendida la ejecución de la pena de muerte.

Al término de los gobiernos militares, se instauró una Asamblea Constituyente, la que redactó la Constitución de 1979, en la que se dispuso que «no hay pena de muerte, sino por traición a la patria en caso de guerra exterior». Esta regulación fue ampliada en la Constitución de 1993. Según el art. 140 de esta última, la "pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

A pesar de la violencia de las acciones terroristas cometidas, principalmente, por Sendero Luminoso, la pena de muerte no fue prevista en las diversas disposiciones penales dictadas para reprimir a los responsables. Para los casos más graves, se estableció la cadena perpetua. Esto se ha debido con seguridad a que el Perú había suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos. En el art. 4, inc. 2, se dispone que no se extenderá "su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente".

Tentativas para reintroducir la pena de muerte

A pesar de este contexto normativo, no se ha cesado de plantear el restablecimiento de la pena de muerte para diferentes delitos graves. En los últimos años, cabe destacar la promesa populista de Alan García, actual presidente, de restaurarla. Este tipo de discurso, aprovechador del sentimiento de falta de seguridad producida por el deficiente funcionamiento del sistema policial, fiscal y judicial en la lucha contra la delincuencia, ha ocasionado, por un lado, una corriente popular favorable a la pena de muerte y, por otro, a la proliferación de proyectos de ley para concretar su restablecimiento. Entre éstos hay que señalar los siguientes proyectos:

- Nº 00361 (26.09.95) en el que se propone la reforma del artículo 140° de la Constitución Política del Perú, previendo «la pena de muerte para el delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años».
- Nº 01082, del 07.03.96, que prevé que dicha pena se aplique en caso de que «se origine el deceso o se produzca lesión grave por el delito de violación sexual contra menores de edad». El mismo planteamiento se hace en el proyecto Nº 02179 del 31.10.1996.
- N° 01296 del 14.05.96, en el que se hace hincapié en que la pena de muerte se aplicará también «a los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal». En el mismo sentido, el proyecto Nº 01735 del 5.9.1996.
- Nº 01704 del 29.8.1996, que propone la substitución del texto del artículo 140 de la Constitución, en el de que «la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, terrorismo, y por delito de violación de la libertad sexual de menores de 10 años».
- Nº 01826, propone imponer la pena de muerte a «los casos de violación seguidos de muerte de menores de edad».
- Nº 03329 del 6.11.1996, de manera semejante se refiere a «los autores de los delitos de violación sexual en agravio de menores de diez años de edad seguida de muerte o que origine limitaciones graves y permanentes, físicas o mentales, en la víctima».

- Nº 03329 del 14.1.1998, estipula que «la pena de muerte solo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, el de terrorismo, homicidio calificado y delito de violación de la libertad sexual seguida de muerte, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».
- Nº 14812/2005-CR del 7.4.2006, dispone «adicionar un párrafo al artículo 140º de la Constitución y modificar el artículo 173º del Código Penal, referente a la pena de muerte para los delitos de violación sexual en agravio de menores».

Argumentos de las propuestas de introducir la pena de muerte

Los argumentos invocados en esos diversos proyectos son semejantes a los que fueron manifestados para prever la pena de muerte mediante las diversas leyes o decretos leyes citados precedentemente. Por ejemplo, la supuesta opinión pública favorable, la desprotección de las personas frente a una criminalidad creciente y grave, la necesidad de reafirmar la seguridad pública contra el terrorismo y delitos especialmente graves como el homicidio y los delitos sexuales contra menores, la imposibilidad de corregir determinados delincuentes considerados altamente peligrosos.

Las diferencias están relacionadas con los aires fundamentalistas que soplan entre los partidarios de la pena de muerte. Se invocan, por ejemplo, el pensamiento de filósofos griegos o criterios sacados de la Biblia o del catecismo de la Iglesia Católica, tratándose de mostrar que dicha pena ha sido desde hace mucho considerada como justificada y eficaz. Ignorando, tendenciosamente, que la posición del Vaticano, de manera relativa, sostiene que: "La medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes." (Encíclica Evangelium Vital (56), del Papa Juan Pablo II).

Este recurso a afirmaciones apriorísticas y criterios religiosos es oportunista y populista. También lo es el hecho de proponer repetida

e incoherentemente el restablecimiento de la pena de muerte. De esta manera, se confunde y manipula la opinión pública; así mismo se busca desviar la atención de las enormes deficiencias de justicia social.

Pena de muerte de facto

En el Perú, se ha ratificado la Convención interamericana de Derechos Humanos, que impide restaurar la pena capital e insertado en las sucesivas Constituciones disposiciones restringiendo su aplicación. Sin embargo, se han tolerado, por parte de los gobiernos dictatoriales que han existido, las ejecuciones extrajudiciales por la policía o grupos para militares.

El hecho de que no se garantiza como es debido la seguridad de la población provoca la reacción de las personas, quienes, según su capacidad económica, sea organizan grupos de protección, sea proceden a una autodefensa que, muchas veces, comporta el linchamiento de personas sospechosas de haber cometido algún delito.

La tolerancia o admisión de corrientes comunitaristas radicales fomentan un pluralismo de sistemas jurídicos y de jurisdicciones paralelas, que puede conducir al reconocimiento de derechos consuetudinarios, los mismos que admiten la aplicación de penas corporales y hasta la pena de muerte, descuidando que la misma Constitución establece los derechos humanos como límite de la aplicación de dichos derechos.

La substitución de la pena de muerte por la pena de cadena perpetua es ejecutada en locales y condiciones infrahumanas, lo que convierte dicha pena privativa de libertad en una "muerte lenta".

De esta manera, se da una vigencia de facto de la pena capital. Por lo que además de preocuparnos de la abolición formal de la pena de muerte y seguir exigiendo el respeto de los derechos humanos, sería conveniente combatir también las circunstancias materiales e ideológicas que constituyen terrenos de cultivo de las tendencias favorables a la pena de muerte.

A manera de conclusión

Para contrarrestar esta política favorable a la pena de muerte, se debe de manera general permanecer activos en la defensa de los derechos humanos y en el reforzamiento de los principios consagrados en los convenios internacionales.

En relación con la situación en el Perú, se debe reiterar los siguientes criterios:

- que la severidad extrema de la simple amenaza penal es ineficaz para evitar la comisión reiterada de delitos graves y que es pretexto para restablecer la pena capital;
- que las penas proporcionadas son suficientemente eficaces siempre y cuando sean aplicadas, pues la impunidad es causa de aumento de la delincuencia (por ejemplo, el caso de la corrupción);
- que junto a la punición, deben aplicarse medidas que disminuyan las causas personales y sociales que favorecen el aumento de la delincuencia;
- que nada garantiza que la aplicación de la pena de muerte no sea ampliada a otros delitos y que se haga con otros fines que los que se indican expresamente;
- que una política legislativa y penal favorable a la pena de muerte constituye tanto un menosprecio por la dignidad de la persona como un retroceso en el proceso de instauración del Estado de derecho.

La campaña para la abolición universal de la pena de muerte debe también servir para reforzar el respeto de los derechos humanos, sobre todo en relación con la eliminación de toda justicia paralela informal tanto de parte de los gobiernos como de los particulares.

LA PENA DE MUERTE EN JAPÓN

Kanako Takayama
María Verónica Yamamoto[1]
Universidad de Kyoto

Introducción

Hoy en día un simple observador de la realidad de la pena de muerte en el continente asiático podría concluir, sin mayor esfuerzo, en que esta región se ha transformado en la capital mundial de la pena de muerte[2]. En este contexto, aunque más debido a razones internas que a la influencia de sus vecinos asiáticos, Japón se mantiene no sólo dentro del grupo de países retencionistas o no abolicionistas, sino que las perspectivas de cambio sólo pueden entreverse en el largo plazo. Es también, y como un dato no menor, uno de los países mas industrializados del mundo a la vez que presenta una población (aproximadamente 127 millones de personas) de alto nivel educativo. El propósito de esta contribución será presentar, brevemente, la realidad de la pena de muerte en Japón: introducir algunos datos relevantes sobre su praxis y especular sobre su futuro, tomando en consideración la práctica de agencias judiciales y administrativas así como la opinión pública medida a través de encuestas periódicas que realiza el Gobierno japonés, con el fin de recabar información sobre el estado de la opinión pública acerca de la pena capital y el sistema penal.

---

1 Ex becaria de investigación del Gobierno japonés, bajo la dirección de la Profesora Kanako Takayama, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Kyoto, Japón.

2 Así lo ha señalado el Profesor estadounidense David T. Johnson en un interesante y controvertido artículo de 2008, *Japanese Punishment in Comparative Perspective*, en Japanese Journal of Sociological Criminology, 2008, No. 33, pp. 52.

Antecedentes legislativos de la pena capital en Japón

Antes de la entrada en vigor del actual Código Penal (1907), tuvieron vigencia sucesivamente, dos códigos penales: 1) el *Shin ritsu koryo* (1870) que, con marcadas características de la influencia china predominante en la etapa legislativa anterior, preveía tres formas de ejecución de la pena de muerte: ahorcamiento, decapitación y patíbulo; y 2) el *Código Penal de 1880* que, elaborado bajo la influencia de la codificación napoleónica, estandarizó el modo de ejecución mediante el ahorcamiento. Estas leyes se correspondían con las reformas fundamentales puestas en práctica en Japón con el propósito de encaminar la rápida modernización del siglo XIX, conocida como la "Restauración Meiji" de 1868. En la etapa anterior, Japón se había mantenido bajo influencia de la tradición china.

Actualmente, el Código Penal dispone el ahorcamiento como modo de ejecución de la pena capital[3].

Delitos conminados con pena de muerte

La Constitución del Japón, adoptada en 1946 tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, no hace referencia a la pena de muerte. Sin embargo, tanto en el Código Penal como en leyes complementarias se adopta la pena de muerte para un total de dieciocho (18) delitos, que pueden ser agrupados en: 1) delitos contra el Estado, como la instigación a una

---

[3] Artículo 11 párrafo primero: "La pena de muerte se ejecutará en un establecimiento penitenciario conforme al sistema de ahorcamiento". Para una versión en español de la parte general del Código Penal japonés, véase Muñoz Conde, Francisco, *La Parte General del Código Penal Japonés*, en Revista Penal n° 5, 2000, disponible en: *http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/280/270* y en Revista de Derecho Penal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006-I, pp. 389-408. La versión en inglés puede encontrarse en el sitio web *http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf*; en tanto la versión en idioma japonés del mismo código está disponible en el siguiente sitio web: *http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxselect.cgi?IDX_OPT=1&H_NAME=%8CY%96%40&H_NAME_YOMI=%82%A0&H_NO_GENGO=H&H_NO_YEAR=&H_NO_TYPE=2&H_NO_NO=&H_FILE_NAME=M40HO045&H_RYAKU=1&H_CTG=1&H_YOMI_GUN=1&H_CTG_GUN=1*

rebelión interna[4] o a una agresión extranjera[5]; 2) delitos contra la seguridad pública, como incendio de edificios habitados[6] o uso de explosivos[7] y 3) delitos contra las personas, como homicidio[8] o robo con resultado muerte[9].

En general estos delitos presuponen la muerte de una persona, o bien, un peligro concreto para la vida. Asimismo, en leyes especiales fuera del Código Penal se criminalizan seis (6) conductas a las que se conmina con la pena capital[10]. Empero, en la praxis de los tribunales de justicia, la mayoría de las condenas a la pena de muerte se deben a hechos de homicidio y robo con resultado muerte, con múltiples víctimas. De hecho, en los últimos treinta años, sólo se registran en la jurisprudencia nacional seis condenas a pena de muerte por otros delitos[11].

La constitucionalidad de la pena de muerte

Muchas críticas se han formulado a las previsiones legales sobre la pena de muerte, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero[12]. Se

---

4 Artículo 77 párrafo primero.
5 Artículo 81.
6 Artículo 108.
7 Artículo 117.
8 Artículo 199.
9 Artículo 240 segunda parte.
10 Utilización de sustancias explosivas (Artículo 1 de la Ley Penal sobre Control de Sustancias Explosivas), muerte por colisión de aeronaves (Artículo 2 párrafo tercero de la Ley Penal sobre Puesta en Peligro de Aeronaves), muerte como consecuencia de actos de piratería aérea (Artículo 2 de la Ley Penal sobre Secuestro), homicidio de un rehén (Artículo 4 de la Ley Penal contra la Toma de Rehenes), homicidio en duelo (Artículo 3 de la Ley Penal contra el Duelo), homicidio como consecuencia de actos de piratería (Artículo 4 párrafo primero de la Ley Penal contra la Piratería, del 19/6/09).
11 Conf. *Shiho tokei nenpo* [Libro Anual de Estadísticas Judiciales]; esas condenas se deben a los siguientes delitos: incendio (un caso), delito contra la Ley Penal sobre Control de Sustancias Explosivas (cuatro casos) y muerte en ocasión de descarrilamiento de trenes/buques (Artículos 126 párrafo 3 y 127 del Código Penal, un caso).
12 Véanse, por ejemplo, el informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, disponible en: *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/126/06/PDF/G0812606.pdf?OpenElement;* el informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en: *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/415/73/*

señala, entre otras críticas, que la pena de muerte se contrapone a la garantía de los derechos humanos que la Constitución brinda[13].

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha mantenido uniforme desde 1948, a favor de la constitucionalidad de esta clase de pena[14], al decir que "la pena de muerte sería inconstitucional si comportara crueldad en el modo de ejecución; por ejemplo, si lo fuera mediante quema, crucifixión, picota o agua hirviente. Por lo demás, la pena de muerte, en general, no puede ser considerada como una pena cruel"[15].

Mas recientemente, la Corte ha confirmado seguir en la misma línea: "la pena de muerte sólo puede ser aplicada cuando la responsabilidad criminal es extremadamente grave y la pena máxima es inevitable desde el punto de vista de la proporcionalidad entre el delito y la pena

---

PDF/G0741573.pdf?OpenElement; los reportes del Colegio de Abogados del Japón, disponibles en inglés en la siguiente dirección telemática: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/JFBAReport.pdf.* La doctrina científica también ha formulado críticas: Shigemitsu Dando, *Shikei haishi ron*, 1ra. ed. 1991 y 6ta. y última 2000. También Chihiro Saeki, Yasuharu Hiraba y Shigemitsu Dando, *Shikei haishi wo motomeru* (1994). Estos autores formularon una petición conjunta a favor de la abolición de la pena capital, *Shikei haishi wo motomeru keijiho kenkyusha no appeal*, en 1993 que fue apoyada por 279 juristas penales en Japón. Asimismo, existen en el país varias asociaciones de juristas y abogados en contra de la pena de muerte, así como también ONGs: Amnesty International Japan, el Forum Shikei haishi y el Colegio de Abogados. Véanse, por ejemplo: *http://www.amnesty.or.jp/modules/wfsection/article.php?articleid=2242, http://www.jca.apc.org/stop-shikei/epamph/dpinjapan_e.html.*

13 La Constitución japonesa de 1946 establece que: "Los derechos individuales serán garantizados a todas las personas. Su derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad será, salvo interferencia con el bienestar general, la consideración suprema de la legislación y de cualquier otro acto gubernamental" (art. 13). A su vez, se prohíbe la imposición de torturas y de penas crueles (art. 36) y se garantiza el debido proceso legal: "Ninguna persona será privada de su vida o de su libertad, ni ninguna otra pena será impuesta, excepto bajo el procedimiento establecido en la ley" (art. 31).

14 En Japón no existe un tribunal constitucional autónomo y por tanto los tribunales ordinarios son los que deciden sobre la constitucionalidad de las leyes y actos de gobierno.

15 Corte Suprema de Justicia del Japón, fallo del 12 de marzo de 1948, en Supreme Court Reporter on Criminal Matters Vol. 2, p. 191. La sentencia se basó en tres argumentos: uno formal relativo al cumplimiento del debido proceso legal, con apoyo en el art. 31 de la Constitución y los otros dos se respaldaron en cuestiones de prevención general y especial.

así como también desde la óptica de la prevención general, tomando en cuenta […] la naturaleza del delito, especialmente, la persistencia y crueldad del medio utilizado, la seriedad de las consecuencias, en particular el número de víctimas, la conmoción de los familiares de la víctima, los efectos sociales, la edad y condenas anteriores del autor y las circunstancias posteriores a la comisión del delito[16]. La Corte también se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del plazo en prisión a la espera de la ejecución de la pena de muerte. Mas aún el máximo tribunal explicó en su decisión del 19 de julio de 1985, que la ejecución de la pena capital luego de treinta años no se considera una "pena cruel" de las prohibidas por la Constitución[17].

La práctica de la pena de muerte

Sentencia y Ejecución

En Japón la ejecución de la pena capital es una realidad año tras año. Según estadísticas del Gobierno, sólo en el período comprendido entre 1990 y 1992 se suspendieron las ejecuciones. En el año 1993 el número de ejecuciones llegó a siete (7), alcanzando desde entonces un máximo de quince (15) en el año 2008. En 2009 ha habido siete (7) ejecuciones

---

16 Fallo del 8 de Julio de 1983, pronunciado por la Sala II de la Corte Suprema de Justicia, cit. en: Human Rights Committee, *Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Article 40 of the Covenant Fifth periodic reports of States parties due in 2002*; Japón, 20 de diciembre 2006, párrafo 128, disponible inglés en el siguiente sitio web: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs92.htm.* Recientemente, se han registrado varios fallos en igual sentido: siete en 2008, ocho en 2007, ocho en 2006 y siete en 2005; todos ellos no brindan nuevos argumentos sino que se limitan a citar el precedente del año 1948.

17 Corte Suprema de Justicia, fallo del 19 de Julio de 1985, Hanrei jiho Journal No. 1158, p. 28. La Corte sólo señaló que el encierro a la espera de la ejecución capital resultaba necesario. Es el caso de Sadamichi Hirasawa, conocido como "caso Teigin", donde el máximo Tribunal consideró que el período en detención antes de la ejecución era legítimo y no una "pena cruel" de las prohibidas por la Constitución. Los abogados defensores, luego del pronunciamiento definitivo, habían presentado 17 peticiones en pos de un nuevo juicio y 5 solicitudes de amnistía. Por ello, si bien la prisión se prolongó durante treinta años, la mayor parte de ese extenso lapso se debió al trámite de esas peticiones. El peticionante no fue liberado y falleció en 1987 debido a una enfermedad.

y se registra un total de ciento tres (103) condenados en espera de su ejecución[18].

La determinación judicial de la pena de muerte

En los delitos previstos en el Código Penal con pena de muerte, las escalas punitivas en abstracto, dejan un margen exiguo al juez para decidir la pena a imponer en el caso concreto. Frente a ello, el Código Penal en su parte general, no brinda pautas de interpretación para la agravación o la atenuación de las escalas penales. Así, por ejemplo, en los delitos contra el Estado, se prevén de *lege lata* la pena de muerte o bien la prisión perpetua. En cambio, para los delitos contra la seguridad pública y contra las personas, la escala es más amplia: se prevén la pena de muerte, la prisión perpetua y la prisión temporal no inferior a tres, cinco o siete años. No obstante, en lo relativo a la imposición de la pena capital, la jurisprudencia nacional sólo registra condenas por delitos contra las personas (homicidio y robo con resultado muerte) y en este ámbito, una de las discusiones actuales de mayor envergadura se centra en establecer cuáles son las pautas para la distinción entre la pena de muerte y la prisión perpetua para los casos de homicidio[19].

Condenados en espera de su ejecución

Según la ley procesal, para que la ejecución pueda llevarse a cabo se requiere una orden del Ministro de Justicia[20] que debe ser emitida dentro de los seis meses de la sentencia firme[21]. También se prevé que

---

18 Conf. Reporte Anual del Ministerio Público Fiscal, año 2006, cit. en *Alternative Report to the Fifth Periodic Report of Japan on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Japón, Diciembre 2007, disponible en inglés en: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/JFBAReport.pdf*, y las estadísticas sobre la práctica de la pena de muerte, recabadas por personas privadas, disponible en japonés en el sitio web *http://www.geocities.jp/hyouhakudanna/number.html*.

19 Con excepción de los lineamientos (escasos) brindados por la Corte en las sentencias que decidieron sobre la constitucionalidad del plazo en prisión a la espera de la ejecución de la pena de muerte, véase supra nota 16.

20 Artículo 475 del Código Procesal Penal.

21 Artículo 476 del Código Procesal Penal.

la ejecución deberá cumplirse dentro de los cinco días de emitida la orden.

La realidad revela, sin embargo, que estas disposiciones legales no son cumplidas, toda vez que entre la sentencia firme y la ejecución de la pena, usualmente transcurren lapsos temporales extensos. Hasta tiempos recientes, la pena de muerte (sin peticiones posteriores) era ejecutada aproximadamente ocho años después de la sentencia firme[22]. Por otro lado, en casos de apelaciones o pedidos de revisión y nuevo juicio, el lapso temporal hasta la ejecución puede prolongarse por un tiempo mucho mayor. Algunos condenados a pena de muerte, permanecieron a la espera de su ejecución por treinta años. Sin embargo, la Corte Suprema, en su decisión del 19 de julio de 1985, negó que la ejecución cumplida luego de ese extenso lapso en espera pueda considerarse una "pena cruel" de las prohibidas por la Constitución[23].

Otra de las razones que explican la prolongación de la prisión antes de ejecutar la pena de muerte está dada por los casos de enfermedad mental del condenado. No obstante, la discrecionalidad del Ministro de Justicia a través de la emisión de la orden de ejecución, constituye el principal motivo para el diferimiento[24]. Algunas excepciones, empero, pueden observarse. Es el caso de los múltiples homicidios en la escuela primaria de Osaka (caso "Osaka Kyoiku University Ikeda Elementary School"), que tuvieron lugar el 8 de junio de 2001 y la sentencia definitiva fue pronunciada el 28 de agosto de 2003. El condenado solicitó ser

---

22 De acuerdo al Código Procesal Penal, la sentencia debe haber adquirido firmeza respecto de la totalidad de los condenados antes de que cualquiera de ellos sea ejecutado. Por ejemplo, en relación al ataque llevado a cabo por la secta terrorista Aum en el subterráneo de Tokio (caso "Chikatetsu sarin") el 20 de marzo de 1995, había varios acusados. Algunos de ellos ya fueron condenados a muerte mientras que para otros el proceso penal aún está en trámite. Ninguno de ellos será ejecutado hasta que la sentencia adquiera firmeza respecto de todos. Para mayor información sobre este caso, véanse, por ejemplo: *http://www.japantimes.co.jp/weekly/ed/ed20050326a1.htm; http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/461406.stm; http://www.cdc.gov/ncidod/EID/vol5no4/olson.htm.*

23 Caso "Teigin". El primer pronunciamiento condenatorio data del 24 de Julio de 1950, supra nota 16. Más información acerca de este caso puede encontrarse en inglés en la siguiente dirección telemática: *http://www.nytimes.com/1987/05/11/obituaries/sadamichi-hirasawa-is-dead-was-on-death-row-32-years.html?pagewanted=1.*

24 Como sucedió en el período 1990-1992 en que se suspendieron las ejecuciones.

ejecutado lo antes posible, habiéndose cumplido ello un año después (14 de septiembre de 2004) de la sentencia de primera instancia[25].

Por otro lado, es posible observar entre la sentencia definitiva y la ejecución una serie de rasgos peculiares que implican violaciones a derechos humanos: (i) la ausencia de impugnación obligatoria en casos de condena a pena de muerte[26]; (ii) el proceso de "extinción social"[27] de hecho del condenado; (iii) el diagnóstico y tratamiento inadecuado en casos de detenidos que padecen enfermedades mentales. A este cuadro de situación, se suman ciertas dificultades prácticas para solicitar la conmutación de la pena[28].

En suma, los organismos de monitoreo de Naciones Unidas han expresado su preocupación por la forma de aplicación de la pena de muerte en Japón, en especial porque las condiciones de detención no se ajustan a los estándares internacionales. Estos estándares incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas

---

25 Para mas información véase, en japonés, *http://www.memomsg.com/dictionary/D1096/739.html.*

26 Es una tendencia creciente en los últimos años que las sentencias capitales adquieren firmeza sin revisión de un tribunal superior. Además luego de que la sentencia es confirmada, no existen suficientes garantías legales para que los condenados puedan ejercer sus derechos. Dado que el sistema de defensores públicos de la Corte no está disponible una vez que la sentencia adquirió firmeza, resulta dificultoso articular pedidos de revisión o amnistía.

27 D.T. Johnson (2006), p.73. Caracterizado por el aislamiento físico, la restricción de visitas, la pérdida de contacto con sus familiares, la prohibición de conversar o tener contacto visual con los guardias de la prisión, cit. en *Hanging by a Thread Mental Health and the Death Penalty in Japan*, Amnesty International, disponible en *http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/10_09_09_amnesty_japan.pdf*, p. 16.

28 Una vez que la sentencia capital es confirmada, las posibilidades de conmutar la pena por la prisión perpetua con trabajo forzado, son casi inexistentes. En 1975 fue la última ocasión en que fue concedida una conmutación de pena, en que se reemplazó la pena de muerte por la prisión perpetua con trabajo forzado. Por otro lado, si bien el instituto de la amnistía está regulado, ha sido escasamente aplicado en los casos de pena capital. Muchos de los condenados que insisten en defender su inocencia y en consecuencia presentan peticiones de revisión, permanecen en prisión a la espera de su ejecución por lapsos prolongados. Al 27 de mayo de 2007 entre los detenidos que llevaban mas de diez años de espera, había cuatro que llevaban mas de treinta años. Sin embargo, ni aún los de avanzada edad obtienen una amnistía y algunos de ellos mueren en prisión a causa de enfermedad.

para el Tratamiento de los Reclusos[29] y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha formulado planteamientos específicos al Gobierno del Japón durante mas de una década[30].

La ejecución de la pena capital

(1) Falta de notificación previa de la fecha en que se llevará a cabo la ejecución. La práctica consiste en notificar a los condenados aproximadamente una hora antes de llevarse a cabo la ejecución mientras que respecto de familiares y abogados, ningún aviso se practica.

(2) Motivos de suspensión de la ejecución.

Si bien la ley procesal prohíbe las ejecuciones de personas insanas (art. 479 párrafo 1), es casi imposible verificar su observancia pues incluso los propios detenidos carecen de acceso a su historial médico, y

---

29 Por ejemplo, "El orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común (Regla 27).

30 Muchas de las críticas efectuadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1998 (Concluding observations: Japan, 19/11/98, Document CCPR/C/79/Add.102) se repiten en el informe más reciente del mismo Comité (Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee, Japan, UN Document CCPR/C/JPN/CO/5, October 2008). En el informe de 2008 se ha señalado que "los detenidos en espera de la ejecución de la pena de muerte están confinados en una celda individual día y noche, supuestamente para asegurar su estabilidad mental y emocional" (Concluding observations, párrafo 21), cit. en *Hanging by a Thread…* supra nota 26, p. 12. Comité de Derechos Humanos de la ONU en Concluding Observations of the Human Rights Committee: Japan, UN Doc. CCPR/C/79/Add.28, 5 November 1993, comment 4; Concluding Observations of the Human Rights Committee: Japan, UN Doc.CCPR/C/79/Add.102, 19 November 1998, para. 23. UN Doc. CCPR/C/JPN/CO/5, 18 December 2008, para. 21. Véase también *Alternative Report to the Fifth Periodic Report of Japan on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Japón, Diciembre de 2007, supra nota 17.

los especialistas médicos ajenos al establecimiento carcelario no son admitidos para efectuar exámenes médicos[31].

Por ultimo, no existe previsión legal alguna que restrinja la ejecución en los casos de personas de avanzada edad[32].

La opinión pública según las encuestas

El resultado de la última encuesta disponible, llevada a cabo por el Gobierno del Japón, a través del Poder Ejecutivo en septiembre de 2004, con el fin de recabar información sobre el grado de conocimiento de la población acerca del sistema penal, mostró los siguientes resultados[33].

Un **6% de la población apoyó una postura abolicionista**, brindando diversas razones como fundamento: a) aún siendo una pena legislada, la muerte como castigo es inhumano y bárbaro (28.5%); b) ni siquiera los Estados pueden matar personas (35%); c) la pena de muerte niega la posibilidad de compensar los errores judiciales (39%); d) incluso los que cometieron crímenes graves tienen la posibilidad de rehabilitación (25%); e) los delitos graves no aumentarían aún si la pena de muerte fuera abolida (31.7%). Dentro de este 6% abolicionista, un 39.8% sostuvo que la pena de muerte debe ser abolida inmediatamente y un 53.7% apoyó una reducción gradual.

Mas la mayoría de la población japonesa, en una proporción del **81.4%, se mostró a favor de una posición retencionista**. Las razones para apoyar en algunos casos la pena de muerte remiten a argumentos de corte retributivo y de prevención general (intimidación): a) los delitos graves deben ser compensados con la vida (54.7%); b) la satisfacción de la víctima y sus familiares (50.7%); c) si la pena de muerte se aboliera

---

31 Un amplio informe sobre este tema puede encontrarse en *Hanging by a Thread…*, supra nota 26.

32 El 25 de diciembre de 2006 se cumplieron cuatro ejecuciones. En dos de esos casos se trató de personas de 77 y 75 años de edad.

33 Se entrevistó a ciudadanos de todo el país mayores de 20 años de edad. Se obtuvieron 2048 respuestas. Tanto las preguntas formuladas como la información recabada, puede encontrarse en idioma japonés en el siguiente sitio web: *http://www8.cao.go.jp/survey/h16/h16-houseido/3.html.*

los delitos graves se incrementarían (53.3%); d) la probabilidad alta de reincidencia (45%).

Aún dentro de esta mayoría retencionista, al ser interrogado sobre un pronóstico de futuro, sólo un 31.8% avaló la abolición en caso de modificarse las circunstancias, pero un 61.7% mostró una posición contraria, es decir, la porción mayoritaria dentro de la mayoría retencionista opina que la pena de muerte no debe ser abolida

La tendencia creciente de la pena de muerte en Japón

Como se ha dicho, puede verse en la realidad nipona de los últimos años, un incremento de las ejecuciones. Esto ha llevado a muchos observadores a concluir en que, en relación a la pena de muerte, Japón ha ingresado en un nuevo y más agresivo período[34].

Adicionalmente, es posible señalar al menos tres signos cualitativos de esta tendencia expansionista:

1) Una política más agresiva del Ministerio Público Fiscal, evidenciada en un mayor número de acusaciones a la pena capital y apelaciones de condenas a prisión, cuando existe una probabilidad de revocación a favor de la pena de muerte. En años recientes, los fiscales han solicitado la pena de muerte en numerosos casos en los que anteriormente no lo hubieran considerado: casos con víctima única, o bien, con delincuentes juveniles. Al mismo tiempo, se han invocado crecientemente sentimientos populistas en apoyo de sus pretensiones. Tanto así que en un juicio en el año 2003, un fiscal de Tokio basó su pretensión a la pena de muerte en una petición firmada por 76.000 personas. Dadas las características del sistema de enjuiciamiento penal japonés, esta tendencia expansiva se ve fuertemente influenciada por las decisiones que adopte el fiscal, toda vez que es él mas que cualquier otro protagonista del proceso penal, quien controla el curso de la pena capital, pues administra tanto los ingresos al sistema —qué casos acusar con pena de muerte— como los egresos —qué casos presentar al Ministro de Justicia para la firma de las órdenes de

---

34 Johnson, ob. cit. p. 53.

ejecución. Por último, en esta misma línea, otro signo que cabe mencionar está dado por el incremento en la celeridad con que los condenados son ejecutados una vez firme la sentencia. Desde 1993 hasta 1999, cada ejecución llevó al menos siete años, pero desde 2000 a 2005 sólo una de doce demoró tanto[35].

2) La praxis de los tribunales de justicia conforma el segundo signo de expansión. En los últimos años, los tribunales inferiores se han volcado más a imponer la pena de muerte, a la vez que los tribunales superiores a confirmar las sentencias de los inferiores jerárquicos. En el año 2004, la Corte Suprema dictó trece sentencias de confirmación, el mismo número de trece que había dictado en los cinco años previos. Treinta años antes, en 1970s, la Corte en dos casos ("Shiratori" y "Saitagawa") revocó condenas a pena de muerte haciendo lugar a un nuevo juicio. Sin embargo, en 1999 el mismo tribunal revocó la prisión perpetua y en reemplazo impuso la pena de muerte, en un caso de robo y homicidio. En 2008, el Tribunal Superior de Hiroshima, revocó su propio precedente al imponer una pena de muerte a un hombre que al momento del hecho era menor, y estaba acusado de matar a una mujer y a su hijo menor en la ciudad de Hikari (Prefectura de Yamaguchi). Esta decisión siguió una orden de la Corte Suprema de revisar las sentencias para adjudicar la pena capital[36].

3) En tercer lugar, cabe agregar un coadyuvante externo al sistema de enjuiciamiento penal: los medios de comunicación. En ellos puede observarse un creciente apoyo a las acusaciones, condenas y ejecuciones de la pena capital. En la actualidad incluso el periódico nacional más progresista, *Asahi Shinbun*, publica editoriales proclamando que la pena de muerte es "inevitable" para algunos casos[37]. Mas ampliamente, las historias en periódicos impresos y electrónicos se centran en la atrocidad de hechos delictivos como el homicidio, o en las consecuencias exteriorizadas a través de las necesidades y deseos de víctimas y sobrevivientes,

---

35 Johnson, ob. cit. p. 54.

36 Johnson, ob. cit. p. 55.

37 Véanse por ejemplo, las editoriales del 24/4/08 y del 27/5/08.

o bien, de modo más genérico, en el apoyo popular a esta clase de pena[38].

El gobierno japonés y la pena de muerte

Puede afirmarse, según venimos viendo, que la pena de muerte posee hoy en día altos niveles de apoyo en el público en general, así como también en los poderes políticos constituidos, en especial, el Parlamento y los ministros del gobierno. Sin embargo, ese apoyo se debe en gran parte a la amplia reserva que rodea a la pena de muerte, la escasez de espacios públicos de discusión así como de voces críticas en los medios de comunicación.

En el informe presentado por el Gobierno japonés ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con arreglo al artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se señaló que "en el sistema penal japonés, la pena de muerte es aplicada sólo en los casos de delitos particularmente serios (homicidio o conductas dolosas que pongan en grave riesgo la vida humana)"[39]. "La mayoría de la opinión pública cree que la pena de muerte es inevitable cuando se trata de delitos atroces y espantosos […] y, en razón que la realidad todavía presenta hechos como homicidio y muerte en ocasión de un robo, el Gobierno considera que imponer la pena de muerte a aquellos que han cometido delitos extremadamente atroces y cuya responsabilidad criminal es sumamente grave, no puede ser evitado. En consecuencia, abolir la pena de muerte no resulta apropiado"[40]. En respuesta a la solicitud del Comité, el Gobierno del Japón concluyó que era inapropiado introducir una moratoria general en la implementación de la pena de muerte para aquellos sentenciados a esa clase de pena. Se subrayaron los efectos negativos de una moratoria, ya que ello podría resultar en

---

38 Johnson, ob. cit. p. 55.

39 Comité de Derechos Humanos, *Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Art. 40 of the Covenant, Fifth periodic reports of States parties due in 2002*, Japan, UN document CCPR/C/JPN/5, 25 Abril 2007, párrafo 128.

40 Comité de Derechos Humanos, *Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Art. 40 of the Covenant, Fifth periodic reports of States parties due in 2002*, Japón, UN document CCPR/C/JPN/5, 25 Abril 2007, párrafo 130, disponible en inglés en el sitio web: *http://www2.ohchr.org/English/bodies/hrc/hrcs94.htm.*

una situación más inhumana aún: suspender las ejecuciones y luego revocar esa suspensión podría provocar en los condenados el efecto negativo de ver sus esperanzas destruidas[41]. En este informe escrito, el Gobierno también expresó preocupación acerca de una alternativa a la pena de muerte, como la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, al decir que "es problemática en términos de política criminal porque la personalidad del interno puede quedar completamente destruida a través de un confinamiento de por vida"[42].

La doctrina científica

En sentido contrario a la opinión pública, la doctrina científica en su gran mayoría defiende una postura abolicionista. Tradicionalmente, la posición opuesta llevaba preeminencia, conformando el argumento de corte retributivo el principal fundamento en apoyo de la postura retencionista. En esta línea, Seiichiro Ono, ex Profesor de la Universidad de Tokio (y maestro del abolicionista Profesor Dando), basaba su postura en la retribución moral del delito, posición que lo condujo a integrar la Comisión Parlamentaria para Asuntos Judiciales el 10 de mayo de 1956. Otros autores como Tadashi UEMATSU, ex Profesor de la Universidad Hitotsubashi, fundaban su apoyo a la pena capital en la importancia del efecto disuasorio[43]. También, el Profesor Takeshi Tsuchimoto, ex fiscal, es ampliamente conocido por su tendencia hacia las penas severas[44]. En general, hoy en día, los juristas japoneses que apoyan la pena de muerte basan su posición en el apoyo contundente de la población.

---

41 Comité de Derechos Humanos, *Replies to the List of Issues (CCPR/C/JPN/Q/5) To Be Taken Up in Connection with the Consideration of the Fifth Periodic Report of the Government of Japan*, UN Document CCPR/C/JPN/Q/5/Add.1, 23/9/08, disponible en inglés en el sitio web: *http://www2.ohchr.org/English/bodies/hrc/hrcs94.htm.*

42 *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Art. 40 of the Covenant. Fifth periodic reports of States parties due in 2002*, JAPANCCPR/C/JPN/5, 25 Abril 2007, párrafo 131, p. 38, disponible en inglés en la siguiente dirección telemática: *http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs92.htm.*

43 Por ejemplo, su artículo *Shikei haishiron no kansho wo kirau*, en Horitsu no hiroba Vol. 43, Nº. 8, 1990.

44 Son numerosas las editoriales publicadas por este autor en periódicos y programas de televisión, como por ejemplo en el periódico Sankei Shinbun, la nota del 12 de mayo de 2004.

Sin embargo, entre las generaciones más jóvenes se ha ido afianzando una posición abolicionista. El primer jurista penal japonés que defendió abiertamente la abolición de la pena de muerte es Shigemitsu Dando, profesor emérito de la Universidad de Tokio y ex Juez de la Corte Suprema de Justicia[45]. También se destacan Chihiro Saeki y Yasuharu Hiraba[46], ambos de la Universidad de Kyoto.

Los ciudadanos comunes normalmente conocen poco acerca de la situación de la pena de muerte afuera del territorio japonés, como por ejemplo lo que ocurre en Estados Unidos o en China, en Europa e incluso en Corea del Sur.

Conclusión

A pesar de que el 80% de la población en Japón apoya la pena de muerte, creemos que la tendencia hacia su limitación y eventual abolición, va a terminar por imponerse en el largo plazo, en especial porque las bases argumentales que fundan la postura retencionista se revelan frágiles frente a cuestionamientos de una mayor profundidad analítica. Esta tendencia que hoy apoya la pena de muerte podría revertirse a través de una apertura no sólo de la información proporcionada a la población, sino en especial de los espacios públicos de análisis, discusión y cuestionamiento de la pena capital. Según el resultado de las encuestas sobre la opinión pública, hoy en día, el marcado arraigo de la pena de muerte en la población civil encuentra dos razones fundamentales:

1) El sentimiento primitivo de venganza que se ve reflejado claramente en respuestas tales como "*los delitos graves deben ser compensados con la vida del delincuente*" ó "*si se aboliera la pena de muerte, las víctimas y sus familiares quedarían insatisfechos*".
2) La creencia general en el efecto disuasorio de la pena de muerte. Más del 60% de los entrevistados consideró que los delitos más graves se incrementarían en caso de abolirse la pena de muerte.

---

45 Su libro "Shikei haishi ron" fue publicado por primera vez en 1991 y la última edición (6ta.) data del año 2000, supra nota 11.

46 Dando, Saeki y Hiraba, *Shikei haishi wo motomeru*, 1994, supra nota 11.

A pesar de la contundencia de estos resultados, la falta de información en la población juega un papel crucial para modelar estas dos razones. En primer lugar, el efecto disuasorio no ha podido probarse mediante investigaciones científicas. Más aún, en aquellos países que han abolido la pena de muerte no se ha verificado un incremento de la criminalidad mas grave. Sin embargo, estos datos no son ampliamente conocidos por la población japonesa.

Partiendo de este estado de cosas, si bien en el futuro cercano no se observan signos de retroceso de la tendencia expansionista referida en el punto VII; sí es posible, en cambio, visualizar otros factores que podrían jugar un rol decisivo en pos de la abolición de la pena capital y a partir de ellos creemos poder especular sobre su limitación en el futuro:

1) La tendencia a la armonización que Japón, históricamente, ha mostrado en el contexto internacional[47].

2) La entrada en vigor de un nuevo sistema de participación de la víctima en el proceso penal[48]. Hasta tiempos recientes, los damnificados por el delito no tenían derecho a tomar parte en el proceso penal. No recibían ninguna clase de información sobre la investigación ni el trámite del proceso ni tenían oportunidad de expresar su opinión. En suma, la víctima era considerada como una simple fuente de información a los fines de esclarecer el delito. Este estado de cosas causaba una gran insatisfacción en los damnificados, llegando a endurecer sus pedidos en pos de la ejecución del delincuente. El nuevo sistema introducido reciente-

---

47 Un ejemplo evidente es la transformación política de Japón durante la Era Meiji (1868).

48 La ley fundamental en pos de esta reforma data del año 2004 —véase en el sitio web *http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=01&vm=&id=138*. No obstante, la reforma completa fue materializada mediante diferentes leyes. En 2007, la nueva ley "Hanzaihigaishato no kenririeki no hogo wo hakaru tame no Keijisoshohoto no ichibu wo kaiseisuru horitsu" reformó el Código Procesal Penal y otras leyes. En 2008, se implementó otra reforma a la ley "Hanzaihigaishato no kenririeki no hogo wo hakaru tame no keijitetsuzuki ni fuzuisuru sochi ni kansuru horitsu" para mejorar la asistencia y ayuda a las víctimas. Sobre la base de estas leyes, el sistema de participación de la víctima en juicios criminales y el sistema de compensación penal (similar a la "action civile" del derecho francés) entró en vigor el 1° de diciembre de 2008.

mente, al establecer una participación más activa de las víctimas y sus familiares, permitirá contribuir hacia una compensación de los daños causados por el delito, debilitando posiblemente el tradicional rigorismo de los ofendidos por hechos delictivos.

3) La vigencia a partir del 21 de mayo de 2009 del nuevo sistema de juicio por jurados[49], que impone el juzgamiento de estos casos mediante un panel integrado por tres jueces letrados y seis legos. Este modo de enjuiciamiento producirá, al menos, una apertura en la difusión de la información sobre esta clase de hechos delictivos así como la obligación para muchos ciudadanos de tomar partido y comprometerse en decisiones judiciales con consecuencias tan decisivas para los participantes del conflicto penal. Esta participación popular en decisiones judiciales, de claro sentido democrático, abrirá sin duda espacios de discusión fructíferos en pos de un camino de maduración de una población civil que cuenta con un elevado nivel educativo y gran poder económico. No obstante, considerando la reciente iniciación del sistema, elaborar un pronóstico un poco más preciso permanece aún fuera de nuestro alcance.

4) Por último, la posibilidad de imponer prisión perpetua sin derecho a la libertad condicional, configura una alternativa viable a la pena de muerte, al menos como una opción transicional plausible[50], en miras a un equilibrio entre el respeto de la vida y el estado actual de la opinión pública mencionado en el punto VI.

En la medida que el respeto a los derechos humanos se fortalezca, la imposición de penas estrictas o severas irá perdiendo terreno en los sistemas penales de los modernos Estados de Derecho. Esta ha sido la lucha histórica desde la Edad Media. También en Japón, esperamos que la pena de muerte, en el largo plazo, sea abolida.

---

49 El primer juicio mediante jurado de enjuiciamiento mixto se realizó en Tokio, desde el 3 de agosto de 2009.

50 Ya que la prisión perpetua sin derecho a la libertad condicional ha sido también objetada como "pena cruel".

LA REFORMA DEL SISTEMA DE LA PENA DE MUERTE EN CHINA ANTES DE LA RATIFICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS[1]

Lu Jiamping[2]
Departamento de Derecho Penal de la Universidad Normal de Beijing

Visión general

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("Pacto B") y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte ("El Segundo Protocolo Facultativo") contienen las disposiciones sobre la pena de muerte. La pena de muerte está estrechamente relacionada con el derecho a la vida: cualquier aplicación de la pena de la muerte que sea incompatible con el artículo 6 del Pacto B constituiría una privación arbitraria de la vida y una violación del derecho a la vida conforme a lo dispuesto en el derecho internacional sobre los derechos humanos.

Tanto el Pacto B como el Segundo Protocolo Facultativo propugnan la abolición de la pena de muerte. Aunque el Pacto B permite a sus Estados Partes mantener la pena de muerte, en el párrafo 6 de su artículo 6 se estipula que "ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir

---

1 Traducido por Raul Baigorri Guerra. Universidad de Salamanca, en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI.

2 Este artículo forma parte de los resultados de un importante proyecto de investigación nacional, titulado *Los Pactos internacionales sobre derechos humanos y la reforma del sistema de la pena de muerte en China,* que lleva a cabo el profesor LU Jianping (el número de referencia del proyecto es 02JAZJD820010).
LU Jianping, Profesor y Vicedecano del Departamento de Criminología de la Universidad Normal de Beijing.

la abolición de la pena capital". Además, muchos artículos del Pacto B imponen restricciones muy estrictas a la aplicación de la pena capital y el Segundo Protocolo Facultativo exige expresamente su abolición de una forma aún más directa.

El Gobierno de China suscribió el Pacto B el 5 de octubre de 1998. Aunque no ha sido ratificado oficialmente, la ratificación sólo es cuestión de tiempo. El 27 de enero de 2004, el Presidente chino HU Jintao, de visita oficial en Francia, señaló en su discurso al Parlamento francés que el Gobierno chino había estado estudiando el PIDCP y que se plantearía su ratificación a la Asamblea Popular Nacional cuando se estimara conveniente.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige a los Estados Partes no realizar ninguna acción que sea contraria al objetivo de los tratados, por lo que el Gobierno chino, al haber suscrito el Pacto B, debería cumplirlo. Por consiguiente, China debería enmendar sus leyes sobre la pena de muerte para emular la tendencia restrictiva/abolicionista de la pena capital, que está en consonancia con el espíritu del Pacto B.

Análisis

La premisa indispensable para imponer la pena capital: "los más graves delitos"

a) Deficiencias del derecho penal chino

El párrafo 2 del artículo 6 del Pacto B estipula que "en los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos". Ésta es la condición indispensable para aplicar la pena capital. De manera equivalente el párrafo 1 del artículo 48 del Código Penal de la RPC establece que "la pena de muerte sólo se aplicará a aquellos delincuentes que hayan cometido delitos sumamente graves". Desde una perspectiva literal, ambas disposiciones son muy parecidas entre sí, pero tienen significados considerablemente distintos. La disposición del Pacto B hace hincapié en los tipos de delitos de mayor peligrosidad, mientras que en el Código Penal chino hay muchas clases de delitos intencionales susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte. Por lo tanto, el alcance de la expresión "delitos

sumamente graves" parece mayor que en el Pacto B. El Código Penal chino no sólo contempla la peligrosidad del delito, sino que también incluye ciertos delitos en los que concurren circunstancias extremadamente agravantes como las medidas, las circunstancias y las consecuencias, que generalmente no figuran entre "los más graves delitos" según lo dispuesto en el Pacto B. Por consiguiente, los delitos intencionales en los que concurran circunstancias sumamente graves (como ciertos delitos contra el orden público), los delitos de sustracción de grandes cantidades de dinero (como ciertos delitos económicos), los delitos cometidos con métodos especialmente crueles (como ciertos delitos contra los derechos de las personas) o los delitos que provoquen una cantidad importante de víctimas (como por ejemplo determinados delitos contra la seguridad nacional) son todos susceptibles de ser sancionados con la pena capital. Tomemos el delito de robo como ejemplo. El robo no pertenece a la categoría de los "más graves delitos" a tenor del Pacto B, pero si alguien roba un banco y la cantidad de dinero sustraída es especialmente grande, el robo quedaría incluido en la categoría de "delitos sumamente graves" en el derecho penal de la RPC. Por lo tanto, el derecho penal de la RPC estaría ampliando inaceptablemente la aplicación de la pena de muerte, lo que es incompatible con el espíritu del Pacto B.

Las deficiencias de las disposiciones específicas del Código Penal de la RPC resultan más evidentes si se comparan con lo dispuesto en el Pacto B. En primer lugar, de los 422 delitos tipificados en el Código Penal vigente (que incluye las 6 Leyes de enmienda del 29 de junio de 2006), 68 (es decir el 16,1%) son susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte. En cambio, en otros países que mantienen la pena de muerte ésta sólo se aplica para sancionar un número limitado de delitos. Por ejemplo, sólo hay 6 delitos susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte en la India[3] y únicamente 2 en Rusia[4]. Por lo tanto, en las leyes penales chinas no debería haber tantos delitos sancionables con la pena capital.

---

3 Liu Jian, *The International Trend of Restricting & Abolishing Death Penalty and China's Countermeasures* (2004), 3 Crim Rev, edited by Zhao Bingzhi, Law Press China.

4 Tang Jun, *Absolute Elimination of the Death Penalty System* (2003), p. 11, *China Justice* (2003).

En segundo lugar, existen otras dos deficiencias en las disposiciones específicas del Código Penal de la RPC desde el punto de vista de la clasificación de las acusaciones. Estas disposiciones específicas, que tipifican los delitos en función del objeto violado y de su gravedad y peligrosidad[5], no distinguen la peligrosidad social en la clasificación acusatoria a la hora de imponer la pena capital, ya que en 9 de los 10 capítulos se contempla su aplicación. Únicamente se hace dicha distinción en el Capítulo 9 relativo a los delitos de abandono de funciones. Por otra parte, la pena de muerte se aplica a unos 68 delitos tipificados en el Código Penal chino, entre los que se incluyen varios delitos graves (como los que ponen en peligro la seguridad nacional, los delitos intencionales violentos como el asesinato), ciertos delitos económicos y contra la propiedad (delitos económicos que afecten a grandes cantidades de dinero pero que no tengan consecuencias sumamente graves pueden ser sancionados con la pena de muerte), y ciertos delitos cometidos por negligencia (por ejemplo en el secuestro[6], si se provoca la muerte del secuestrado, independientemente de que sea de forma intencional o por negligencia, el delito se sanciona con la pena de muerte). En cambio, en otros Estados donde se mantiene la pena de muerte ésta sólo se aplica a los delitos más graves e intencionales que tengan consecuencias graves, y prácticamente nunca se aplica a los delitos económicos ni a los delitos contra la propiedad[7].

La clave del problema radica en cómo interpretar el significado de la expresión "los más graves delitos", que no se desprende de la lectura del Pacto B. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo 2 del *Segundo Protocolo Facultativo* estipula que no se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de gue-

---

5 Gao Mingxuan, The New Criminal Jurisprudence of China (1998), 437, Remnin University of China Press.

6 Véase el artículo 239 de las disposiciones específicas del Código Penal de la RPC, "si provoca la muerte de la persona secuestrada o la mata será condenado a muerte".

7 Zhao Zuojun, *On Capital Accusations and the Restriction of Death Penalty* (2002), 1 *Criminal Forum* (2002) 148, Law Press China.

rra. Además, de conformidad con el artículo 1 de las *Salvaguardias que garantizan la protección de los derechos de los condenados a muerte*, el alcance de la aplicación de la pena de muerte en los países que no la hayan abolido sólo se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves. Desde luego existe cierto consenso por parte de la comunidad internacional sobre la interpretación de la expresión "los más graves delitos". Se entiende que tales delitos deben reunir como mínimo las siguientes características: a) debe tratarse de delitos intencionales y resulta inconcebible considerar un delito por negligencia como uno de "los más graves delitos" susceptible de ser sancionado con la pena capital; b) deben tener consecuencias graves, como la privación ilegal de la vida de otra persona u otras consecuencias graves similares. En resumen, aunque el Pacto B permite a los Estados Partes no eliminar la pena de muerte de forma inmediata, la pena capital sólo se puede aplicar a aquellas personas que cometan los tipos de delitos mencionados más arriba.

b) Raíces históricas del marco jurídico de China

Sólo se pueden entender las funciones de una ley si se comprenden los antecedentes sociales y económicos. Además, la inercia social influirá en las instituciones jurídicas e incluso configurará su evolución. Por consiguiente, en este artículo se estudian los antecedentes políticos y económicos de la pena de muerte en China.

En primer lugar, en China no se respeta plenamente el derecho a la vida. Los derechos humanos fundamentales son universales en todos los países. Entre los derechos irrenunciables especificados en el artículo 4 del Pacto B se incluye el derecho a la vida. En el sistema de los derechos humanos, el derecho a la vida es el derecho más fundamental y el único símbolo de la esencia de la persona. Todas las personas, incluso los delincuentes, deberían gozar del derecho a la vida. Perder el derecho a la vida supone la negación de la esencia misma de la persona[8]. La pena de muerte que priva de la vida a una persona debería ser abolida

---

[8] Hu Yunteng, *Preservation & Abrogation: The Basic Theory of Death Penalty* (2000), 191, China Procuratorial Press.

ya que viola los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, en China no se entiende plenamente la importancia de la protección del derecho a la vida.

En segundo lugar, existen ciertos malentendidos sobre las funciones de la pena de muerte. Las sanciones penales cumplen una función tanto retributiva como utilitaria. La pena de muerte tiene algunos aspectos característicos. La función retributiva resulta imposible de cumplir y no se debería privar a un asesino del derecho a la vida simplemente por haber violado el derecho a la vida de otras personas. Aunque la pena de muerte tiene una función disuasoria, siempre se pasa por alto que las sanciones penales graves pueden provocar en el delincuente un mayor deseo de evasión. Además, no se conoce el porcentaje de reincidencia y la naturaleza irreversible de la pena capital hace que sea imposible rectificar si se cometen errores en su aplicación. Por lo tanto, tanto desde la perspectiva retributiva como desde la perspectiva utilitaria, la pena de muerte es innecesaria[9].

En tercer lugar, la inercia cultural influirá e incluso configurará la evolución de la legislación sobre la pena de muerte. Las diferencias culturales son una de las razones principales por las que el Pacto B permite a sus Estados Partes mantener temporalmente la pena de muerte. Algunas ideas como "*endurecer la legislación en tiempos difíciles*" o "*no matar no basta para aplacar la furia popular*" ponen de manifiesto por qué se prefiere la pena de muerte en China. Las autoridades chinas consideran que la pena de muerte puede ayudar a mantener la estabilidad social ya que tiene efectos disuasorios y las personas normales y corrientes generalmente reconocen su efecto retributivo. Estas inercias culturales no se pueden pasar por alto. Sin embargo, algunas peculiaridades culturales permitirían a los Estados Partes mantener la pena de muerte de forma temporal, pero nunca pueden servir de excusa para que se abuse de ella ni para descuidar la protección de los derechos humanos.

---

9 Qiu Xinglong, *On the Drama of the Death Penalty, The Mission of Rule of Law* (2001), edited by Chen Xingliang, Law Press China.

c) Recomendaciones y propuestas

Se deberían modificar los siguientes aspectos del Código Penal chino:

1) El artículo 48 de la disposición general del Código Penal debería enmendarse de modo que la pena de muerte sólo se aplique a aquellos delincuentes que hayan cometido delitos sumamente graves.
2) En cuanto a las disposiciones específicas, es preciso abolir la pena de muerte de forma gradual o inmediata para los delitos no violentos. Concretamente, se debería abolir la pena de muerte de forma inmediata para algunos delitos no violentos, como los delitos económicos, los delitos contra la propiedad y los delitos contra el orden público. Por lo que se refiere a los delitos de malversación de fondos y cohecho, es fundamental aumentar las condiciones aplicables para la pena de muerte en la legislación y la práctica judicial. Se propone la abolición gradual de la pena de muerte para estos delitos.
3) A medida que evolucionen las circunstancias y resulte oportuno, se debería anular la pena de muerte para algunos de los delitos no violentos contra la seguridad pública tipificados en el capítulo 2.
4) En principio se debería abolir la pena de muerte en los casos de delitos no violentos contra la seguridad nacional (capítulo 1), delitos contra los intereses de la defensa nacional (capítulo 7) y delitos de abuso de funciones públicas (capítulo 10), al mismo ritmo que para los delitos violentos graves. Además, se debería abolir la pena de muerte para los delitos por negligencia. La pena de muerte sólo debería aplicarse al delito de homicidio intencional y a aquellos delitos que tengan consecuencias similares de suma gravedad[10].

---

[10] Zhao Bingzhi, *Discussion on the Gradual Abolition of Death Penalty for the Nonviolent Crimes, The Road of the Abolition of the Death penalty in China – In Perspective of Abrogating the Death Penalty for Nonviolent Crimes* (2005) 5, PHCPPSU.

El sistema de la pena de muerte con suspensión de la ejecución

La comunidad internacional reconoce ampliamente la validez de la inaplicación y la no ejecución *de facto* de la pena de muerte como enfoques para lograr el objetivo de limitar rigurosamente la aplicación de la pena de muerte. La "inaplicabilidad" significa que rara vez se impone la pena de muerte, incluso aunque se den las condiciones necesarias para su aplicación. La "no ejecución *de facto*" significa que la pena de muerte no se ejecuta en virtud de ciertas instituciones, como la amnistía, conmutándose por una pena de cadena perpetua o una pena de reclusión por un plazo determinado, aunque la infracción sea susceptible de ser sancionada con la pena de muerte. Para limitar la aplicación de la pena de muerte, la práctica de la suspensión de la ejecución de la pena de muerte en China es compatible y tan eficaz como la no ejecución *de facto*. A tenor de lo dispuesto en el artículo 48 del Código Penal de la RPC, la suspensión de la ejecución de la pena de muerte no se puede aplicar a menos que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, que el delincuente sea susceptible de ser sancionado con la pena capital; y, en segundo lugar y sobre todo, que la ejecución inmediata de la pena de muerte sea innecesaria. Además, de conformidad con el artículo 50 del Código Penal de la RPC, si un delincuente comete un delito intencional durante el periodo de suspensión, la suspensión de la ejecución de la pena de muerte podrá ser conmutada por la ejecución inmediata. Por otra parte, el artículo 50 del Código Penal de la RPC establece que si el delincuente no comete ningún delito intencional durante el periodo de suspensión, la sanción será conmutada por la pena de cadena perpetua una vez transcurrido el plazo de dos años. Además, si el delincuente no comete ningún delito intencional durante dicho plazo y tiene un comportamiento realmente bueno o presta servicios excepcionalmente meritorios, la sanción se conmutará por una pena de reclusión por un plazo determinado no inferior a 15 años y no superior a 20 años al término del plazo de dos años.

Dada la situación actual de la pena de muerte en China, un enfoque más realista para restringir su aplicación consiste en limitar *de facto* su ejecución. La suspensión de la ejecución de la pena de muerte constituye un enfoque adecuado para lograr este objetivo. Algunos expertos sostienen, sin embargo, que la suspensión de la ejecución de la pena de muerte no es una sanción *per se*, sino simplemente una forma de

ejecutar la pena de muerte. Al estar relacionada por su naturaleza con la pena de muerte, sigue constituyendo una violación del Pacto B[11]. La eficacia de las instituciones en la protección de los derechos humanos es el criterio principal que se utiliza para establecer si ciertas instituciones son compatibles con el Pacto B. Aunque la suspensión de la ejecución de la pena de muerte es uno de los enfoques más factibles en China para restringir la aplicación de la pena de muerte, tiene deficiencias. En primer lugar, para poder aplicar la suspensión de la pena de muerte, debe cumplirse la condición de que se considere innecesaria la ejecución inmediata de la pena de muerte. Sin embargo, esto deja demasiada discrecionalidad a los jueces a la hora de decidir si la pena de muerte es innecesaria o no. Además, el grado de maldad en la peligrosidad personal que se tendrá en cuenta también es relativamente subjetivo. Las normas vigentes sobre la conmutación de la suspensión de la ejecución de la pena de muerte por la ejecución real tienen algunas deficiencias. En primer lugar, la comisión de un delito intencional durante el plazo de dos años de suspensión es motivo suficiente para ejecutar al delincuente sujeto a la suspensión de la ejecución de la pena de muerte. Es decir, no se tienen en cuenta el grado de la naturaleza del delito ni otras circunstancias. La comisión de un delito intencional durante el plazo de dos años de suspensión no debería ser el único criterio para ejecutar la pena de muerte. Al decidir si procede o no ejecutar la pena de muerte se deberían valorar también otros elementos atenuantes, como la entrega voluntaria o el buen comportamiento. Algunos estudios indican que la suspensión de la ejecución no es lo suficientemente eficaz para reducir la aplicación de la pena de muerte, dado el abuso de las ejecuciones capitales que se produce en la realidad. De ahí que deba utilizarse en la mayor medida de lo posible el plazo de dos años de suspensión de la ejecución cuando no existan motivos suficientes que justifiquen la ejecución inmediata, para que el mecanismo de la suspensión de la ejecución pueda cumplir plenamente sus funciones de restricción y reducción de la ejecución de las condenas a la pena capital.

El sistema de la pena de muerte con suspensión de la ejecución es un enfoque innovador que también es compatible con el espíritu del

---

11 Qu Xinjiu, *An Institutional Analysis of the Policy of Death Penalty in China*. 1 *Law Forum* (2004), vol. 19.

Pacto B. Además, se puede mejorar tomando las siguientes medidas. En primer lugar, se deberían revisar las disposiciones sobre los delitos susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte de forma que la suspensión de la ejecución se haga extensible a toda esta categoría de delitos. Además, esta revisión aclararía la ambigüedad de la condición indispensable para la aplicación de la pena de muerte con suspensión de la ejecución. En segundo lugar, se deberían modificar las condiciones necesarias para conmutar la suspensión de la ejecución de la pena de muerte por la ejecución real, especificándose las consecuencias al término del plazo de dos años de suspensión. Concretamente, las sanciones penales para los delitos intencionales se pueden dividir en tres niveles: pena de muerte o cadena perpetua para los delitos intencionales graves; pena de reclusión por un plazo determinado no inferior a 5 años para delitos intencionales relativamente graves; y penas de reclusión por un plazo determinado no superior a 5 años o penas de detención o vigilancia de la autoridad pública para delitos relativamente menores. En el supuesto de que un delincuente cometa un delito relativamente menor del nivel 3, no se debería ejecutar la pena de muerte. En cambio, en teoría se puede ejecutar la pena de muerte si se comete un delito intencional grave o relativamente grave. Además, al establecer la peligrosidad personal del delincuente y la debida sanción penal se deben valorar con prudencia ciertas circunstancias como la entrega voluntaria o el comportamiento (considerablemente) bueno, y se debe hacer referencia a la norma aplicable sobre la "concurrencia de varias circunstancias de naturaleza contraria"[12].

La aplicación retroactiva de la pena de muerte

El párrafo 2 del artículo 6 del Pacto B establece el principio de irretroactividad de la pena de muerte al exigir que sólo se pueda aplicar de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito. Por consiguiente, si las leyes vigentes en el momento de cometerse el delito no contemplan la pena de muerte, ésta no se debería aplicar incluso aunque después de la comisión del delito entre en vigor

---

12 Xiao Zhonghua, *Analysis of the Judicial Application of the Death Penalty with a Suspension of Execution and Other Related Legislation*, 6 *Legal Science* (1999).

una ley que contemple su aplicación. Al determinar si se puede aplicar retroactivamente la pena de muerte, como su aplicación retroactiva no está específicamente prevista en el Código Penal de la RPC, se debería admitir en las disposiciones generales del derecho penal chino el principio general del derecho antiguo por el que se establece la retroactividad de la ley penal más favorable. Según el párrafo 1 del artículo 12 de dicho Código, si las leyes vigentes en el momento en que se comete un hecho delictivo no contemplan la pena de muerte, no se debe condenar a muerte al autor del mismo, con independencia de si las leyes actuales contemplan la pena capital o no, mientras que si las leyes vigentes en el momento en que se comete el hecho delictivo sí contemplan la pena de muerte y se procesa al autor del mismo con arreglo a las leyes actuales, entonces sí puede ser condenado a muerte en virtud de las leyes penales vigentes en el momento de la comisión del delito. Sin embargo, si la pena de muerte no es aplicable a la acción a tenor de la ley penal vigente, deberá regirse por la nueva ley. Cualquier sentencia de muerte que se haya dictado y hecho efectiva en virtud de las leyes vigentes en el momento en que se cometió el delito, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, conservará su validez, incluso aunque la nueva ley contemple una sanción más favorable ya que no tiene efecto retroactivo.

Resulta evidente que la disposición sobre la retroactividad de la pena de muerte en el derecho penal chino es en gran medida compatible con el Pacto B, salvo en los puntos que se detallan a continuación:

El Código Penal de la RPC estipula que, antes de la entrada en vigor de la nueva ley, toda sentencia de muerte que se haya dictado y hecho efectiva conforme a las leyes vigentes en el momento en que se cometió el delito, conservará su validez, incluso aunque la nueva ley contemple una sanción más favorable; no tiene efecto retroactivo. El enfoque del Pacto B sobre este aspecto es distinto ya que exige la aplicación retroactiva de la ley nueva ley más favorable aunque exista una sentencia de muerte efectiva y válida, siempre y cuando ésta no se haya ejecutado. Esta discrepancia surge como consecuencia de las distintas interpretaciones sobre la naturaleza de la pena de muerte. El aspecto característico de la pena de muerte es su naturaleza irreversible: una vez muerta una persona no se puede recuperar su vida. Este aspecto es totalmente distinto de otras penas privativas de libertad o patrimoniales. Habida

cuenta de la característica excepcional de la pena de muerte, el enfoque del Pacto B es más prudente. Por consiguiente, debería enmendarse el Código Penal de la RPC de modo que la efectividad de la sentencia de muerte previa no sacrifique el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Restricciones a la aplicación de la pena de muerte

El párrafo 5 del artículo 6 del Pacto B establece las restricciones a la aplicación de la pena de muerte: "No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez". El objetivo es proteger de manera especial a los menores y las embarazadas.

Con respecto a las restricciones a la aplicación de la pena de muerte, el artículo 49 del Código Penal chino establece lo siguiente: "No se impondrá la pena de muerte a las personas que tengan menos de 18 años de edad en el momento de cometer el delito, ni a las mujeres que se encuentren en estado de gravidez en el momento del juicio". Evidentemente, los menores y las embarazadas son también objeto de restricción en cuanto a la aplicación de la pena de muerte, lo que refleja la misma idea de protección de los derechos humanos incorporada en el Pacto B.

El Código Penal de la RPC brinda más protección a las embarazadas (y también al feto y al recién nacido) que el Pacto B. El Pacto B únicamente prohíbe la ejecución de la pena de muerte en el caso de las mujeres embarazadas, lo que implica que las mujeres embarazadas pueden ser condenadas. En cambio, el Código Penal de la RPC prohíbe tanto la condena como la ejecución de la pena de muerte en el caso de las mujeres embarazadas, incluida la pena de muerte con suspensión de la ejecución.

El Tribunal Supremo ha adoptado de forma sucesiva tres interpretaciones judiciales, pero son imprecisas e irracionales. En primer lugar, por lo que se refiere a la expresión "en el momento del juicio", las referidas interpretaciones judiciales amplían el sentido de dicha expresión para incluir el periodo de custodia previo al juicio y excluir las circunstancias relativas a la fase previa al juicio (como la libertad bajo fianza a la espera de juicio o la vigilancia policial). Sin embargo, a tenor del artículo 60 de la Ley de Procedimiento Penal de la RPC, si el presunto

delincuente susceptible de ser detenido es una mujer embarazada, se le permite obtener un garante a la espera del juicio o que sea puesta bajo vigilancia policial. Con el fin de proteger a las mujeres embarazadas y a sus fetos, la Ley de Procedimiento Penal estipula que en principio no se les debe mantener en prisión preventiva, lo cual, sin embargo, permite objetivamente la aplicación de la pena de muerte por el hecho de no estar detenidas. En segundo lugar, la expresión "mujer en estado de gravidez" no está bien definida. Observamos que la interpretación judicial señala claramente que las mujeres que hayan sufrido un aborto espontáneo o inducido deben ser tratadas como "mujeres en estado de gravidez". Sin embargo, sigue sin quedar claro qué tratamiento deben recibir esas mujeres tras el parto, ya que no existe ninguna diferencia biológica entre la maternidad y el aborto espontáneo o inducido. Por consiguiente, la expresión "en el momento del juicio" debería incluir la situación de libertad previa al juicio y también se debe considerar "mujeres en estado de gravidez"a las mujeres tras el parto.

La amnistía, el indulto y conmutación de la pena de muerte

Aunque el Pacto B permite a los Estados Partes mantener la pena de muerte, espera que aquellos que la mantengan hagan todo lo posible por reducir su aplicación. Por consiguiente, aunque se pueda ejecutar una sentencia de muerte con arreglo a las leyes internas, el Pacto B establece otra restricción a la ejecución: el párrafo 4 del artículo 6 establece que "Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos". Concretamente, el objetivo de la primera frase de la disposición consiste en proteger el derecho del condenado a muerte a solicitar el indulto o la conmutación, de forma que se aplace la ejecución por lo menos hasta la finalización de todos los procesos debidos. La segunda frase trata de introducir estos derechos en el poder legislativo interno, el cual, apoyándose en consideraciones humanitarias, debe conceder la oportunidad de solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la sentencia de muerte y el debido proceso. Es decir, el poder legislativo no debería limitar las actuaciones de las autoridades responsables para impedir a determinados grupos de personas o a algunos delincuentes potenciales susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte el

derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena de muerte[13]. La disposición versa fundamentalmente sobre el sistema de indulto. Este sistema incluye por lo general el indulto, la amnistía, la exención de la pena, la conmutación y el restablecimiento de los derechos lesionados[14]. Por lo que respecta al sistema jurídico de indulto en los países modernos, el principio del indulto suele estar contemplado en el derecho constitucional. Hay varias formas de ejercer la facultad de indultar, como por ejemplo la monarquía constitucional o el republicanismo, por citar algunas. En cuanto a la naturaleza de esa facultad, en la mayoría de los países se considera que es un poder administrativo estipulado en el derecho constitucional, mientras que en algunos países se considera que es una facultad judicial[15].

El sistema de indulto en China proviene del derecho constitucional, al igual que sucede en la mayoría de los países. La Constitución china de 1954 establece dos sistemas de indulto: el indulto general y la amnistía. A partir de entonces las sucesivas enmiendas constitucionales no contemplan el indulto general y actualmente el sistema de indulto previsto en los artículos 65 y 66 de la Constitución vigente únicamente hace referencia a la amnistía. Además, la "conmutación de la pena" prevista en el derecho penal de China es una ejecución de la pena y no un sistema de indulto, lo cual supone una diferencia respecto al Pacto B.

El sistema de indulto es un método eficaz para mitigar las consecuencias derivadas de los delitos susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte. Sin embargo, el sistema de indulto de China resulta inadecuado en comparación con el contemplado en el Pacto B. En primer lugar, la Constitución vigente de China sólo establece un sistema de indulto (la amnistía). Si bien el Pacto B no obliga a los Estados Partes a establecer los tres sistemas de indulto, amnistía y conmutación, la existencia de un único sistema de indulto es demasiado limitado para paliar las sanciones aplicables a los delincuentes condenados a muerte. En

---

13 Manfred Nowak (austriaco), *U.N Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas), traducción de Bi Xiaoqing, Sun Shiyan y otros, *Union Bookstore Press* (2003).

14 Guo Jinxia y Miao Mingyu, *General Pardon, Amnesty – A Brief Review of the System of Amnesty Home and Abroad*, *Qunzhong Press* (2003), 386.

15 Xie Wangyuan, *The Significance of Amnesty in Perspective of Criminal Policy*, 9, *The People's Justice* (2003).

segundo lugar, el sistema de conmutación previsto en el derecho penal chino sólo se puede aplicar a aquellos delincuentes que se beneficien de un periodo de dos años de suspensión de la ejecución, quedando excluidos los delincuentes que vayan a ser ejecutados de forma inmediata. Dicho sistema no puede reducir de forma eficaz las ejecuciones de la pena de muerte ni resulta compatible con el principio de igualdad del derecho a la vida. En tercer lugar, la legislación china no prevé de forma expresa el derecho de los condenados a la pena capital a solicitar por sí mismos el indulto y la conmutación.

Con el fin de armonizar ese sistema de indulto con el previsto en el Pacto B en este artículo se proponen algunas sugerencias para mejorarlo. En primer lugar, se deberían enmendar algunas disposiciones de la Constitución china. Proponemos, por ejemplo, que se restablezca el sistema de indulto general previsto en la Constitución de 1954 y que se establezcan en la Constitución otros sistemas de indulto, como la exención de la pena, la conmutación de la pena de muerte y el restablecimiento de los derechos lesionados, entre otros. El procedimiento para modificar la Constitución es sin duda muy complejo y podría llevar bastante tiempo. En segundo lugar, se deberían revisar las disposiciones sobre la conmutación estipuladas en el derecho penal chino. Aunque la conmutación actual no forma parte del sistema de indulto, puede desempeñar un papel importante en la reducción de las ejecuciones reales de la pena de muerte y en la protección del derecho a la vida si la ley confirma su aplicabilidad a aquellos delincuentes que estén condenados a muerte, tanto en aquellos supuestos en los que existan sentencias de muerte de ejecución inmediata como cuando existan sentencias de muerte con un plazo de dos años de suspensión de la ejecución. Un enfoque de este tipo es realista y factible. En tercer lugar, a los delincuentes condenados a muerte se les debe conceder de forma clara la oportunidad de solicitar el indulto. La costumbre constitucional existente en Rusia es un buen ejemplo ya que su Constitución recoge el "derecho a solicitar el indulto" como uno de los derechos civiles fundamentales[16]. Por lo tanto, el derecho penal debería contemplar el derecho del condenado a muerte mediante sentencia firme a solicitar la conmutación de la pena directamente ante el Tribunal Popular.

---

16 *Ibid.*

El derecho de aprobación de la pena de muerte

El párrafo 2 del artículo 6 del Pacto B exige que la pena de muerte sólo pueda imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. Esto significa, en primer lugar, que hay un procedimiento previo para la "sentencia definitiva" que es necesario para la ejecución de la pena de muerte; en segundo lugar, que dicha "sentencia definitiva" la dicta "un tribunal competente", lo que supone que dicha sentencia es compatible con el espíritu de equidad y justicia y es dictada por el tribunal de acuerdo con las leyes internas; y, en tercer lugar, si un acto que viola otras disposiciones del Pacto repercute directamente en la aplicación de la pena de muerte, puede que también esté violando esta disposición[17].

El sexto informe quinquenal sobre la pena capital, del Director General de la UNESCO, confirma plenamente la disposición del derecho penal chino de que la sentencia de muerte debe ser aprobada por el Tribunal Supremo Popular. En teoría, este sistema es compatible con las normas internacionales que abogan por la existencia de un procedimiento de apelación especial para los supuestos que den lugar a la aplicación de la pena capital[18]. En la práctica, sin embargo, puesto que la facultad de aprobación de la pena capital se transfiere en gran medida a los tribunales inferiores, pierde eficacia como medio de protección del derecho a la vida de los delincuentes. El artículo 48 del Código Penal chino señala que todas las sentencias de muerte deberán ser sometidas a la revisión y aprobación del Tribunal Supremo Popular, a excepción de aquellas sentencias que éste haya dictado de acuerdo con la ley interna. Los Tribunales Superiores Populares están facultados para revisar y aprobar las sentencias de muerte con suspensión de la ejecución. Además, el artículo 199 de la Ley de Procedimiento Penal de China establece que las sentencias de muerte serán sometidas a la aprobación del Tribunal Supremo Popular, mientras que el artículo 200 de dicha Ley señala que "los procesos penales en primera instancia en

---

17 Manfred Novak, *U.N Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas), traducción de Bi Xiaoqing, Sun Shiyan y otros, *Union Bookstore Press* (2003).

18 Qiu Xinglong, *International Human Rights and the Death Penalty – An Analysis in Perspective of International Law of Human Rights and the Countermeasures of China*, Vol. 1, *Comparative Criminal Law* (2001), 99, China Procuratorial Press.

los que un Tribunal Superior Popular haya dictado una sentencia de muerte y el acusado no haya apelado, así como los procesos penales en segunda instancia en los que se haya dictado una sentencia de muerte serán sometidos a la aprobación del Tribunal Supremo Popular". Todas estas disposiciones señalan la exigencia de que las sentencias de muerte sean aprobadas por el Tribunal Supremo Popular. Sin embargo, el 2 de septiembre de 1983 el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional aprobó la *Decisión sobre la Revisión de la Carta de los Tribunales Populares de la RPC*, que modificaba las disposiciones sobre la ejecución del derecho de revisión y aprobación de las sentencias de muerte. En consecuencia, todas las sentencias de muerte deberán ser sometidas a la revisión y aprobación de Tribunal Supremo Popular, a excepción de aquellas sentencias que éste haya dictado, pero dicho Tribunal puede conceder el derecho de revisión y aprobación de sentencias de muerte a los Tribunales Superiores Populares provinciales, regionales y municipales por un plazo determinado y para algunos delitos susceptibles de ser sancionados con la pena capital, tales como el homicidio, la violación , el robo, la explosión y otros delitos que pongan gravemente en peligro la seguridad y el orden público. El 7 de septiembre de 1983, el Tribunal Supremo Popular autorizó a todos los Tribunales Superiores Populares provinciales, regionales y municipales, en virtud de la citada *Decisión*, a ejercer el derecho de revisión y aprobación de la pena capital. Desde entonces el Tribunal Supremo Popular ha autorizado sucesivamente a los tribunales superiores populares en provincias como Yunnan, Guangdong, Guangxi, Sichuan, Gansu, Guizhou y otras, a revisar y aprobar las sentencias de muerte impuestas por delitos de tráfico de drogas en los años 1991, 1993, 1996 y 1997, respectivamente. El hecho de delegar el derecho de aprobación para algunas sentencias de muerte debilitó de forma considerable el papel limitador y reductor de las sentencias de muerte que venían desempeñando los procedimientos de aprobación.

Como ya se ha indicado, el objetivo fundamental del Pacto B es la abolición de la pena de muerte, objetivo que posiblemente no se consiga de forma inmediata. Por consiguiente, la segunda mejor alternativa consiste en restringir rigurosamente la pena de muerte subrayando la importancia del derecho a la vida. El carácter irreversible de la pena capital es una de sus características básicas: una vez ejecutada erróneamente la pena capital es imposible rectificar. En los países en que no

se ha abolido (temporalmente) la pena de muerte, su misma existencia ya constituye una violación del derecho a la vida inherente a todo ser humano. La aplicación imprudente de la pena de muerte es contraria al objetivo de proteger el derecho a la vida. Los procedimientos de revisión y aprobación de la pena capital en China son deficientes. En cuanto a la jerarquía normativa, la enmienda de la *Carta de los Tribunales Populares* realizada por el Comité Permanente de la APN en 1983 es de rango inferior a las disposiciones relativas a la aprobación de sentencias de muerte aprobadas por la APN y contempladas en la Ley de Procedimiento Penal de 1996 y la Ley Penal de 1997. El principio en virtud del cual la ley posterior prevalece sobre la ley anterior también se debería aplicar al derecho penal y al procedimiento penal como criterio rector. En la práctica judicial la facultad de conceder aprobaciones de la pena de muerte se delega en gran parte en los Tribunales Superiores Populares, provocando una concurrencia de procedimientos de segunda instancia y de aprobación. Por lo tanto, en la mayoría de los casos un Tribunal Superior Popular será el encargado tanto de dictar la sentencia de muerte como de aprobarla. Además, muchos de esos tribunales unen la segunda instancia y la aprobación de la sentencia de muerte en un único procedimiento, lo cual acarrea inevitablemente la inexistencia del procedimiento de aprobación de sentencias de muerte. Como han señalado algunos expertos, la delegación del poder de aprobación no sólo ha provocado una mala utilización del procedimiento de aprobación de sentencias de muerte sino también una utilización considerablemente menor del mismo[19]. La delegación del derecho de aprobación de la pena capital en tribunales inferiores podría provocar que una cantidad importante de sentencias erróneas no puedan rectificarse a tiempo, causando perjuicios incalculables. En tales circunstancias, resulta dificilísimo garantizar que todos los Tribunales Superiores Populares limiten eficazmente la aplicación de la pena de muerte para evitar ejecuciones indebidas[20].

La práctica de la revisión y aprobación de la pena de muerte en China está muy por debajo del criterio establecido en el Pacto B. Los expertos

---

19 Véase, por ejemplo, Chen Ruihua, *The Front Issues in the Criminal Procedure*, RUC Press (2000), 468.

20 Qu Xinjiu, *An Institutional Analysis of the Policy of Death Penalty in China, Law Forum* (2004), 1 vol. 19.

chinos recomiendan enérgicamente que el Tribunal Supremo Popular revoque la facultad de revisar y aprobar penas de muerte. La función de aprobación de las sentencias de muerte que desempeña el Tribunal Supremo Popular es plenamente compatible con el derecho penal y la Ley de procedimiento penal. Para mantenerse a la par con el derecho internacional sobre los derechos humanos y servir de salvaguardia contra la aplicación indebida de la pena de muerte, no sólo es necesario sino también fundamental que el Tribunal Supremo Popular reanude su papel de aprobación en el caso de la pena de muerte. Nos complace mucho informar de que ya lo ha hecho. Desde el 1º de enero de 2007, y en virtud de lo dispuesto en la "Carta de los tribunales populares de la RPC"que fue recientemente revisada por el Comité Permanente de la APN el 31 de octubre de 2006, todas las sentencias de muerte deben ser revisadas por el Tribunal Supremo Popular. Como consecuencia de las reformas llevadas a cabo por el Tribunal Supremo Popular, dicho tribunal anuló aproximadamente el 15 por ciento de las sentencias de muerte dictadas por tribunales superiores durante el primer semestre de 2008. En un breve informe de la agencia de noticias *New China* dado a conocer en mayo se citaban fuentes anónimas que señalaban que los tribunales chinos habían dictado un 30 por ciento menos de sentencias de muerte en 2007 que 2006[21].

Las cláusulas sobre la pena de muerte en las disposiciones específicas

Aunque el Pacto B permite a los Estados Partes mantener la pena de muerte de forma temporal, exige una aplicación rigurosa de la misma. Algunos aspectos de las cláusulas contenidas en las disposiciones penales específicas son incompatibles con los requisitos del Pacto B.

Concretamente, no está definida la sanción penal para alrededor de 68 delitos susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte. Existen 6 cláusulas sobre la pena de muerte en las disposiciones penales específicas vigentes: "será condenado a una pena de reclusión por un plazo determinado no inferior a 10 años, a cadena perpetua o a muer-

---

21 Véase*: China's Capital Cases Still Secret,* by *Maureen Fan and Ariana Eunjung Cha*, Washington Post, 24 de diciembre de 2008.

te"; "será condenado a una pena de reclusión por un plazo determinado de 15 años, a cadena perpetua o a muerte"; "será condenado a cadena perpetua o a muerte"; "será condenado a muerte, a cadena perpetua o a una pena de reclusión por un plazo determinado no inferior a 10 años"; "podrá ser condenado a muerte" y "será condenado a muerte". Las cláusulas que establecen la muerte absoluta, la pena de muerte como sanción única y la prioridad de la pena de muerte están reñidas con el espíritu del Pacto B, que consiste en restringir la pena de muerte y proteger el derecho a la vida.

Como se desprende de la cláusula "será condenado a muerte", la "muerte absoluta" significa que se prevé la pena de muerte como sanción única para el delito, sin que existan otras penas alternativas. Las disposiciones penales específicas tipifican 7 supuestos delictivos susceptibles de ser sancionados con la pena de muerte como la piratería aérea, los delitos de secuestro y rapto, el delito de tráfico de mujeres y niños, los delitos de incitación a la rebelión y al atraco armado en prisión, el delito de desfalco y el delito de aceptación de sobornos. Siempre y cuando la conducta delictiva se ajuste a las circunstancias tipificadas en la legislación vigente, el juez está obligado a imponer la pena capital sin margen alguno de discrecionalidad. La llamada cláusula sobre la pena de muerte como sanción única hace referencia a la posibilidad de ser condenado a muerte ("podrá ser condenado a muerte") contemplada en las disposiciones penales específicas, que se diferencia de la "muerte absoluta" en que en el primer supuesto el juez goza de cierto margen de discrecionalidad, pero dentro de un marco orientado a la defensa de la pena capital. En la cláusula sobre el delito de homicidio intencional la pena de muerte se considera una sanción absolutamente necesaria, lo cual refleja la firme actitud del legislador contra dicho delito y una preferencia objetiva por la aplicación de la pena de muerte. Por consiguiente, la libre elección de las sanciones penales y la amplia discrecionalidad judicial pueden convertirse en un arma de doble filo, capaces de restringir y reducir la aplicación de la pena capital si se utilizan adecuadamente o de conducir a abusos en caso de ser utilizadas de forma indebida.

Las tres cláusulas citadas amplían la aplicación de la pena de muerte y proponemos que el legislador las modifique. En primer lugar, si una circunstancia o una consecuencia de un delito debe ser sancionada con

la pena de muerte, deberían existir simultáneamente otras penas, como la cadena perpetua o la pena de reclusión por un plazo determinado (al menos una de ellas), de manera que el juez pueda hacer uso de la discrecionalidad que le corresponde para limitar el uso de la pena de muerte. En segundo lugar, debería modificarse como sigue la redacción de la cláusula prevista para el delito de homicidio intencional: "aquel que cometa un homicidio intencional será condenado a una pena de reclusión por un plazo determinado no inferior a 10 años, a cadena perpetua o a muerte; …".

Observaciones finales

Según Amnistía Internacional, 137 países han abolido la pena de muerte. Argentina, Chile y Uzbekistán la ilegalizaron en 2008. En 2007 un total de 24 países (de los cuales China, Irán, Pakistán, Arabia Saudita y Estados Unidos representaban el 88% de todas las ejecuciones) ejecutaron a 1.252 personas en comparación con 1.591 en 2006.[22] China es, sin lugar a dudas, el campeón mundial de condenas de muerte y ejecuciones. Aunque no es factible que China elimine la pena de muerte de manera inmediata, es fundamental estudiar y replantearse la práctica de la pena de muerte en el país y emprender reformas para reducir y restringir de forma gradual su aplicación hasta llegar a la abolición definitiva.

Bibliografía

James R. Acker, Robert M. Bohm and Charles S. Lanier eds., America's Experiment with Capital Punishment: reflections on the Past, Present, and Future of the Ultimate Penal Sanction (1998).

Hans Jorg Albrecht: The Death penalty in China from a European Perspective, EU-China Human right Dialogue, Proceedings of the 2nd EU-China Legal Expert's seminar, 1998.

Amnesty International, The Death penalty in China: Breaking Records, Breaking Rules, *http://web.amnesty.org/library/Index/ENGASA170381997?open&of=ENG-393*.

22 Véase: *www.infoplease.com/ipa/a0777460.html.*

John T. Boxer, China's Death penalty: Undermining legal reform and Threatening National Economic Interest, in Suffold Transnational Law Review, 1999, Nº 22, p. 604.

Chao Zuojun (2001) Sixing xianzhilun (On Limiting the death penalty). Wuhan: Wuhan daxue chubanshe.

Samuel Cameron, The Demand for Capital Punishment, 13 International Review of Law and Economics 47 (1993).

Jerome Cohen: The criminal process in the People's Republic of China (1949-1963), 1968.

Kimberly Cook, Divided Passions: Public Opinion on Abortion and the Death Penalty (1998).

David Davis, The Movement to Abolish Capital Punishment in America, 1787-1861, 63 American Historical Review 23 (1957).

Mireille Delmas-Marty et Pierre-Étienne Will, La Chine et la démocratie, Fayard, 2007.

Richard J. Evans, Rituals of Retribution: Capital Punishment in Germany, 1600-1987 (1996).

John F. Galliher et al., America without the Death Penalty: States Leading the Way (2002).

Gao Ming Xuan: A Brief Dissertation on the Death penalty in the Criminal law of PRC, in Revue internationale de droit penal, 1987, Nº 58.

Gao Ming Xuan, et al., Xingfaxue yuanli (The principles of criminal law), vol. 3 Beijing: Zhongguo renmin daxue chubanshe, 1994.

David Garland, Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory (1990).

David Garland, The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society (2001).

Aijmer Goran, and Virgil Kit-yiu Ho, Cantonese Society in a Time of Change. Hong Kong: The Chinese University of Hong Kong Press.

Guo Daohui (1998) Fa de shidai huhuan (The call of the times of law). Beijing: Zhongguo fazhi chubanshe, Xinhua shudian

Craig Haney, Psychological Secrecy and the Death Penalty: Observations in the 'Mere Extinguishments of Life', 16 Studies in Law, Politics, and Society 3 (1997).

Craig Haney, Violence and the Capital Jury: mechanisms of Moral Disengagement and the Impulse to Condemn to Death, 49 Stanford Law Review 1447 (1997).

Peter Hodgkinson and Andrew Rutherford, eds., Capital Punishment: Global Issues and Prospects (1996).

Ho Virgil Kit-Yiu, Butchering Fish and Executing Criminals: Public Executions and the Meaning of Violence in Late-Imperial China, in J. Abbink and G. Aijmer, eds., Meanings of Violence: A Cross Cultural Perspective. Oxford: Berg, 2000.

Roger Hood, Carolyn Hoyle, The death penalty, a worldwide perspective, Oxford University Press, 2008.

Hu Yunteng, Sixing tonglun (A general discussion of the death penalty). Beijing: Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, 1995.

Hu Yunteng, Reserving or Abolishing – Research on Basic Theory of Death Penalty (2000).

Li Guo, Lun sixing cailiang (On the ruling and penal measurement of death sentence), in Jianqun.

Zhang and Chuanyang Li, eds., Fanzui yu xingfa: Zhongguo faguan lun xingshi shenpan (Crime and punishment: criminal cases verdicts as seen by judges in China). Beijing: Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, 1995.

Li Wenyan, ed., Sixing anjian zhengju diaocha yu yunyong (The use and investigation of evidence in cases leading to the ruling of the death penalty). Beijing: Zhongguo renmin gongan daxue chubanshe, 2002.

Li Yunlong, and Deyong Shen, Sixing zhidu biaojian yanjiu (A comparative study of the penal ystems of capital punishment). Beijing: Zhongguo renmin gongan daxue chubanshe, 1992.

S. Manacorda, Restraints on Death Penalty in Europe: A Circular Process, 1 Journal of International Criminal Justice 263 (2003).

Jerome T. Monthy: Internal Perspectives on Chinese Human Rights Reform, in Texas International Law Journal, 1998, Nº 33.

Michael Palmer: People's Republic of China, in "Capital Punishment: Global Issues and Prospects", Directed by P. Hodgkinson and A. Rutherford, 1996.

Qiu Xinglong, Bijiao xingfa (diyi juan): Sixing zhuanhao (Comparative penal codes, vol. 1: special issue on the death penalty). Beijing: Zhongguo jiancha chubanshe, 2001.

William A. Schabas, The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture: Capital Punishment challenged in the World's Courts (1996).

P.A. Seay: Law, Crime and punishment in the PRC: A Comparative Introduction to the Criminal Justice and Legal system of the PRC, in Indiana International and comparative Law Review, 1998, Nº 9.

Marina Svensson, State Coercion, Deterrence, and the Death Penalty in the PRC (2001), paper presented to the Annual Meeting of the Association for Asian Studies.

Susan Trevaskes: The death penalty in China today-Kill fewer, kill cautiously, in Asian Survey, 2008, vol. 48, Issue 3.

Daniel Turack: The New Chinese Criminal Justice System, in Cardozo Journal of International and Comparative Law, 1999, Nº 7.

Xu Chunjin, Sixing cunfei zhi tantu (An investigation into [the issue of] keeping or abolishing the death penalty). *http://www.rdec.gov.tw/res/project/rdec69.htm,* 1994.

Xu Zhongming, Baogong gushi: yige kaocha Zhongguo falu wenhua de shijiao (The story of Judge Bao: a perspective for understanding Chinese legal culture). Beijing: Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, 2002.

Yu Shutong: Le systeme de la peine capitale dans le droit penal chinois, in Revue internationale de droit penal, 1987, Nº 58.

Zhao Bingzhi et al., Xiandai shijie sixing gaikuang (The situation of the death penalty in the modern world), Beijing: Zhongguo renmin daxue chubanshe, 1992.

Zhichi baoliu sixing zhidu de linwai yihan liyou (Another reason for supporting the keeping of the death penalty). *http://www.chinamonitor.org/view/support/blsxly.htm.*

LOS ESFUERZOS CONTEMPORÁNEOS EN CHINA PARA LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

Shizhou Wang
Escuela de derecho de la Universidad de Pekín

Hoy en día, ya no queda nadie dentro de los círculos académicos del derecho penal chino en contra de la abolición de la pena de muerte "Si" la pena de muerte debe ser abolida o no se configura como un tema de discusión académica. "Como" abolir la pena de muerte es el tópico. La única manera para una abolición inminente de la pena de muerte se consideraría como política y socialmente irreal. La política general sobre la pena de muerte en China se dirige a su mantenimiento y con una limitación estricta de la pena capital. La practica que se aproxima a las recomendaciones realizadas por los estudiantes y, segunda, de los jueces chinos, es la que se denomina abolición de facto.

Según los actuales estándares internacionales, el significado de la abolición de la pena de muerte debería de incluir tres tipos de abolición, por ejemplo, abolición total, abolición parcial y abolición de facto. La abolición total se configura como un ideal no fácil de llevar a cabo ya que esto requiere una completa abolición en todo el sistema legal. Por consiguiente, la pena de muerte no solo no debería estar en práctica más sino que también el no permitir que exista en la Constitución ni en otras leyes en el país. La abolición parcial se refiere a la situación donde existe la pena de muerte solo en el derecho militar pero que ya quedo desaparecida del derecho penal ordinario. La abolición de facto significa que la pena de muerte puede permanecer formalmente en las leyes previstas, sin embargo, no debería de ser impuesta de manera normal al menos durante un largo periodo de tiempo.

Cada uno de los tres tipos de abolición esta considerado en el marco de los procesos abolicionistas. Aunque los pro-abolicionistas defienden que solo la abolición total seria lo perfecto, los esfuerzos en el desarrollo global de la abolición de la pena de muerte nos muestra que la abolición

total normalmente es llevada a cabo después de un mayor o menor periodo de tiempo respecto de una abolición de facto o parcial.

Cuando la población realiza una comparación prudente, pueden encontrarse con que la política oficial en referencia a la pena de muerte en China es la del mantenimiento pero estrictamente limitada, pudo estar en una posición compatible con los esfuerzos abolicionistas de la pena de muerte. Al menos la población esta fácilmente de acuerdo con que la más estricta restricción debería conducir a la no causación de la pena de muerte: ¡*abolición de facto*! De ahí que en China, los esfuerzos para abolir la pena de muerte, de manera realista, pueden estar dirigidos en torno a la abolición de facto.

En el sistema legal chino, la práctica del sistema para limitar las ejecuciones inmediatas ha sido un hecho conocido, por ejemplo, mediante la *conocida* como *pena de muerte con dos años de suspensión.* En el ordenamiento penal chino, la pena de muerte con dos años de suspensión no es demasiado a como lo es un tipo independiente de castigo sino como un sistema de aplicación para la implementación de la pena capital. Este tipo de castigo solo puede ser infligido sobre aquellos que deben estar sentenciados a muerte según las provisiones específicas del derecho penal y los hechos del caso, sin embargo, la ejecución inmediata es considerada como innecesaria. Si, por ejemplo, el crimen en el que el acusado es condenado, este, fuera amenazado con la pena de muerte de acuerdo a las circunstancias específicas de la pena capital mostrarán que la ejecución inmediata no es necesaria, la sentencia de pena de muerte con dos años de suspensión seria enunciada.

De acuerdo con el derecho penal chino y su procedimiento penal, las sentencias de pena de muerte con dos años de suspensión serán reducidas a cadena perpetua si el responsable del crimen no cometió ningún delito intencional en esos dos años. Si el sujeto realiza una contribución importante dentro de esos dos años la sentencia puede incluso quedar fijados entre 15 o 20 años de prisión, siendo lo normal 18 años. Solo en los casos en los que el imputado con el delito capital cometa un crimen intencional en cualquier momento dentro de eso dos años será ejecutado inmediatamente si esta pena se ha ratificado por la Tribual Supremo del Pueblo. En la práctica, la ejecución final es un caso extremadamente inusual. Luego el sistema de la pena de muerte con dos años de suspen-

sión funciona bien en China en la dirección de la abolición de facto de la pena de muerte.

En el ámbito procesal, los procedimientos criminales chinos eliminan el sistema del "segundo juicio final". Sin embargo, existe un procedimiento adicional para la sentencia de pena de muerte: el procedimiento de verificación de la pena de muerte. Todas las sentencias de pena de muerte con ejecución inmediata serán eventualmente verificadas por la Tribunal Supremo del Pueblo, no importa si el acusado ha dispuesto un recurso de apelación ya que la sentencia de pena de muerte con suspensión de dos años suele ser verificada por el Tribunal Supremo del Pueblo a nivel provincial.

En la comprobación de los casos de pena capital, el Tribunal Supremo del Pueblo de China, entre otras funciones, tiene la principal de comprobar y evaluar las circunstancias que demuestren que la ejecución inmediata es posible.

De estas circunstancias, excluyendo la ejecución inmediata, existen muchas disposiciones en el Derecho Penal Chino, tales como que el menor de 18 años de edad cuando cometió el delito y las mujeres embarazadas durante el juicio, no serán condenados a muerte, incluso con suspensión de dos años. Mucho más con esta función han sido reconocidos en la práctica jurídica, tales como la culpa de la víctima, acto incidental, la indignación, y así sucesivamente. Mientras este tipo de circunstancias de exclusión de ejecución inmediata se comprueba, la sentencia original será normalmente rechazada por el Tribunal Supremo del Pueblo. El círculo del Derecho Penal Chino, académica y prácticamente, se ha esforzado mucho para ampliar el alcance de estas circunstancias, para excluir la ejecución inmediata. Entre ellas, la china es la circunstancia o situación más probable de "vecindario", ya que la gente china ha vivido como vecina no solo años sino generaciones, especialmente en el campo y las áreas menos desarrolladas. Esto crea un malestar evidente para la armonía social cuando se ejecuta un vecino. El Tribunal Supremo del Pueblo de China ha discrepado normalmente al conceder una autorización a la pena de muerte con ejecución inmediata cuando se compruebe que la victima y actor son vecinos.

Se han realizado más esfuerzos en esta dirección en orden a conseguir un mayor apoyo para que el Tribunal Supremo del Pueblo des-

apruebe la ejecución inminente. Recientemente, la circunstancia más innovadora que ha entrado en escena es "la compensación". Sin embargo, todavía no se ha llegado a conclusión alguna. En esta situación, la víctima y su familia pueden conseguir un pago en compensación por lo que han perdido, una situación mejor que la alternativa de que el acusado sea ejecutado. Si bien, el valor de la justicia en la Sociedad quedará afectado muy negativamente, y otra consecuencia sería la de poner precio a la vida humana. Queda por encontrarse una solución satisfactoria. De todas maneras, los académicos en China y los profesionales de la Justicia siguen buscando alternativas que permitan excluir la imposición de la pena de muerte, especialmente en aquellos supuestos de ejecución inmediata. Hablando en puridad, esta forma de restringir la pena de muerte ayuda a reducir el número de ejecuciones. Según un funcionario de alto nivel del Tribunal Supremo del Pueblo en China, la ejecución inmediata de los reos se ha limitado a los supuestos de homicidios dolosos, y asesinatos, quedando limitada para las graves lesiones, secuestros, robos, y el tráfico de drogas, lo que constituye una mejora, si tenemos en cuenta que el número total de crímenes en el Derecho Penal Chino que son constitutivos de pena capital asciende a 44.

De los anteriormente citados, sólo a los que tengan un resultado de muerte se les podrá aplicar la pena de muerte; sólo el tráfico de drogas viene a ser una excepción a esta "regla". Las lecciones históricas que se aprendieron de la Guerra del Opio en 1840 que llevo a China a su período más oscuro que se extendió durante un siglo hasta 1949, y que hace que para este país la cantidad de droga sea un estándar a la hora de aplicar una política criminal de los estupefacientes. Sin embargo, los datos son optimistas ya que el número de ejecuciones inmediatas que han sido desautorizadas en 2008 en el Tribunal Supremo Popular ha aumentado. Desafortunadamente, ¡el número de ejecuciones todavía es un secreto de Estado "para las autoridades de China".

Es notorio que la publicación del número de ejecuciones ayudaría mucho en los esfuerzos para la abolición. No existe ningún motivo que justifique racionalmente el secretismo de estas figuras, y seguir dándole un tratamiento de secreto de Estado, no hace sino que los ciudadanos deduzcan que la tasa debe ser muy alta. Ciertamente, el pueblo de China no va a inferir, de forma lógica, que la autoridad pública en China es sanguinaria y no está dispuesta a reducir el número de ejecuciones.

La historia de China, a menos de los últimos dos mil años, muestra que una utilización errónea de la pena de muerte lleva a toda dinastía o reinado a colapsar sin remedio. Además, existe una motivación real para el gobierno chino para reducir, de forma palpable, el número de ejecuciones; el cumplimiento con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que China ha firmado en 1998 y que es un instrumento clave del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y desde los foros internacionales se le esta pidiendo que haga honor a la firma del mismo, y lo ratifique a la mayor brevedad. En razón del elevado número de ejecuciones, China no puede, de ninguna manera, cumplir con las obligaciones de este tratado internacional.

La dificultad de reducir el número de ejecuciones se encuentra en la opinión pública. Es comúnmente conocido en la sociedad china el proverbio de que una vida se paga con otra y esto es conforme con las reglas del Cielo y la Tierra. Para los ciudadanos resulta extraño aceptar la justificación de la protección de los derechos humanos para que apoyen la abolición. Además, este argumento puede resultar en confusión para la población, al entender que el asesino, de forma inmediata va a salvar su vida como el principal beneficio de la Abolición, y en qué se pueden beneficiar el ciudadano cuidadoso del respeto de las normas. Si universalmente se acepta que la vida es el bien más valioso de una persona, la libertad también es un bien preciado, pero no tan elevado como la vida en el plano de los derechos humanos. Por tanto, la abolición viene a significar que sólo podemos hacer uso de la pena de prisión exclusivamente para desposeer al asesino de su derecho de menor valor, la libertad, para compensar su deuda al despojar a otra persona de su bien más preciado, la vida. ¡A los ojos del pueblo Chino esto no parece lo apropiado! Claramente, en estos argumentos se aprecia el espíritu retributivo, y con todo, los argumentos no son sólo parecen claros para los ciudadanos chinos sino también para la población de, aproximadamente, la mitad del mundo.

La elocuencia, a secas, no va a salir airosa para cambiar una opinión pública tan formada, nos enfrentamos, principalmente, ante una cuestión práctica. Los actuales esfuerzos en China para restringir la pena de muerte deben prestar una mayor atención a la consideración de los beneficios de aplicar sentencias que no conlleven la aplicación de la pena de muerte, y a las pérdidas o daños que se producen cuando

esta se aplica, por el bien del conjunto de la sociedad. Evidentemente, la opinión pública es consciente de que los asesinatos no dejaran de producirse con la amenaza de la pena de muerte, y no obstante, la pena de muerte no debe inflingirse cuando no hay asesinatos. El sistema que China ha venido intentando establecer es uno en el que los crímenes cuyas penas conllevan la muerte sean los que se produzcan de forma más ocasional, y es una vía, hoy día, comúnmente empleada y aceptada hacia la abolición en la sociedad actual china. Por otro lado, los beneficios sociales que los ciudadanos esperan de la Abolición serán los factores que contribuyan a despejar la influencia de la opinión pública contraria a la abolición. Cuando mayor sea el beneficio para el pueblo y la comunidad, mas debilitada se verá la opinión pública.

En esta dirección, China ha empezado a construir un amplio sistema de control para la Seguridad, que integra las penas criminales junto a otros tipos de métodos que incluyen, y no están limitados a, la educación de valores y moral; del espíritu civil, sistemas de supervisión, seguridad del organigrama administrativo; mecanismos de mediación, sistemas de prevención del crimen, entre otros, con el objetivo de prevenir la comisión de delitos. En los últimos 30 años, desde 1979, China ha realizado grandes esfuerzos para realizar políticas de reformas transparentes, y ha conseguido grandes logos en la construcción de un sistema jurídico conforme con las exigencias del imperio de la ley. Sin embargo, no es tarea fácil en una país como China, superpoblado y necesitado de importantes reformas sociales. Hasta la fecha, el proceso de reforma marcha por el buen camino, y con el apoyo del nuevo sistema de Seguridad, se han reconocido y adoptado nuevas circunstancias que excluyen la ejecución inmediata, y tenemos la esperanza de que con desarrollos ulteriores, China alcance nuevos logros en el camino de la Abolición de la Pena de Muerte.

AVANZANDO EN EL DEBATE SOBRE LA PENA DE MUERTE: LA COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS[1]

Lilian Chenwi
Universidad de Pretoria

Introducción

África sigue siendo una de las regiones del mundo en las que se practica la pena de muerte. La mayor parte de los Estados africanos todavía preven este castigo en sus leyes. Catorce Estados africanos han abolido la pena de muerte a nivel legal y en la práctica también[2]. De ellos siete han ratificado el *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte*[3].

---

1 Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI. Traducción de Marta Muñoz de Morales Romero. Instituto de Derecho penal europeo e internacional. UCLM.

2 Cabo Verde (1981), Mozambique (1990), Namidia (1990), Santo Tomé y Príncipe (1990), Angola (1992), Guinea-Bissau (1993), Seychelles (1993), Mauritania (1995), Yibuti (1995), Sudáfrica (1997), Costa de Marfil (2000), Senegal (2004), Liberia (2005) y Ruanda (2007).

3 El Segundo Protocolo Facultativo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 11 de julio de 1991 (Res. AG 44/128, Doc. NN.UU. A/44/49 (1989). Ha sido ratificado por Mozambique (21 de julio de 1993), Namidia (28 de noviembre de 1994), Seychelles (15 de diciembre de 1994), Cabo Verde (19 de mayo de 2000), Sudáfrica (28 de agosto 2002), Yibuti (5 de febrero de 2003) y Liberia (16 de septiembre de 2005). Santo Tomé y Príncipe (6 de septiembre de 2000) y Guinea-Bissau (12 de septiembre de 2000) lo han firmado. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976 (Res. AG 2200, Doc. NN.UU. A/6316 (1966).

Sin embargo, ninguno de los Estados africanos *de facto* abolicionistas han firmado o ratificado este Protocolo. Ello plantea cuestiones acerca del compromiso de algunos Estados africanos respecto a los estándares de los derechos humanos y en algunos casos respecto a su *de facto* status de Estados abolicionistas. África también sigue siendo la única región con un tratado sobre derechos humanos que todavía no ha adoptado un protocolo sobre la abolición de la pena de muerte. Los sistemas de protección de derechos humanos europeo e interamericano ya disponen de sendos protocolos sobre este extremo.

Además, la *Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos* (Carta africana) guarda silencio en relación a la pena de muerte[4]. La disposición concerniente al derecho a la vida de la Carta africana señala: "Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. *Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente*"[5]. El lenguaje del artículo 4 con la referencia a la privación arbitraria de la vida es similar al del artículo 6,1 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (PIDCP) en el que se estipula la prohibición del uso arbitrario de la pena de muerte. Aunque existe un material interpretativo en la construcción del art. 4, el artículo 60 de la Carta africana invita a recurrir al Derecho internacional sobre los derechos humanos y de los pueblos. El análisis de la pena de muerte en los instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos, que se inclinan por la abolición, pueden ser por tanto muy útiles para los propósitos de interpretación del artículo 4 de la *Carta africana*. Dado que el objeto de los tratados sobre los derechos humanos es proteger los derechos básicos de los seres humanos, los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, resultan más apropiados que los criterios subjetivos que se refieren tan solo a la intención de las partes[6]. En este sentido, he discutido en otro lugar que si

---

4 La Carta africana fue adoptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986 (OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev.5 (1982) 21I.L.M 58). La Carta africana ha sido ratificada por los 53 Estados africanos excepto Marruecos. Sobre el estado de ratificación de la Carta africana, vid. Heyns 2004, 106.

5 Art. 4 de la Carta africana (énfasis del autor).

6 Vid. Corte interamericana de derechos humanos, Opinión consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4(2) y 4(4) de la Convención interamericana sobre derechos humanos), Serie A, nº 3, pár. 50.

se aplica un criterio objetivo en contraposición de un criterio subjetivo en relación al artículo 4 de la Carta africana, la meta de dicha interpretación apuntaría hacia la abolición (Chenwi 2007, 65-67).

Aunque la Carta africana no hace mención a la pena de muerte, algunos instrumentos africanos sobre los derechos humanos al menos hacen referencia a la misma. A este respecto, la *Carta africana sobre los derechos y el bienestar de los niños* (Carta africana sobre los derechos de los niños)[7] y el *Protocolo a la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África* (Protocolo sobre los derechos de la mujer en África)[8] establecen restricciones en relación a la imposición de la pena de muerte sobre personas menores de 18 años, embarazadas y madres con bebés o niños pequeños.

A pesar de estas restricciones y del hecho de que la mayor parte de los Estados africanos son parte de la mayoría de instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, algunos de ellos con claros fines de limitar la imposición de la pena de muerte (vid. Heyns 2004, 48, 106), los estándares en dichos instrumentos han tenido sólo un impacto limitado en la mayoría de los Estados africanos en parte a causa de la percepción general del Derecho internacional por los Estados africanos como amenaza para su soberanía. Los gobernantes salvaguardan su soberanía muy celosamente (Heyns y Viljoen 2002, 31). Perciben dichos estándares como una amenaza para su soberanía y por ello dudan a la hora de implementarlos. El impacto de los estándares internacionales sobre los derechos humanos a nivel interno ha sido también limitado debido al hecho de que algunos de los tratados no han sido incorporados al Derecho doméstico, sin olvidar la ignorancia extendida sobre dichos estándares entre los abogados y la sociedad civil[9].

No obstante, ha habido una tendencia creciente hacia la abolición de la pena de muerte a nivel internacional y también en África, de la

---

7 Adoptado en julio de 1990 y en vigor desde el 19 de noviembre de 1999 (OUA Doc. CAB/LEB/24.9/49 (1990). Vid. arts. 5(3) & 30(e).

8 Adoptado en Sesión extraordinaria de la Asamblea de la Unión Africana (AU) en Maputo, 11 de julio de 2003, art. 4(2) (j).

9 Sobre los factores que limitan el impacto de los tratados de NN.UU. a nivel doméstico, vid. Heyns y Viljoen, *The Impact of the United Human Rights Treaties on the Domestic Level* (2002) (Kuwer Law Internacional), pp. 31-32.

cual he hablado en otro lugar (Chenwi 2007, 201-206). Han producido desarrollos específicos en África que apuntan hacia la abolición. Éstos incluyen el aumento de la voluntad de los tribunales a tratar la pena de muerte en un contexto constitucional; el progreso en la conmutación de las condenas a muerte; la ejecución (*de facto*) de una moratoria en algunos casos; y la realización de estudios en distintos estados sobre la pena de muerte y sobre su necesidad. Además, un desarrollo crucial ha sido el hecho de que la Comisión africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (Comisión africana) está animando el debate sobre la cuestión de la abolición de la pena de muerte en África. La Comisión africana se vio persuadida para iniciar este debate por los desarrollos internacionales en derechos humanos que ya estaban teniendo lugar en algunos países africanos como Zambia, Kenia, Malawi, Uganda y Nigeria (Comisión Africana, 2004a). Este desarrollo es crucial porque, tal como se examinará más adelante, la Comisión africana todavía no ha adoptado una postura clara sobre la pena de muerte. Por tanto, la Comisión africana podría así pavimentar el camino adoptando una posición clara y firme sobre el tema.

Este capítulo revisa las iniciativas de la Comisión africana incluyendo sus decisiones sobre la pena de muerte. El capítulo empieza con una discusión sobre la posición de la Comisión africana en relación a la pena de muerte así como sus iniciativas sobre la abolición como la resolución de 1999 y el Grupo de Trabajo sobre la pena de muerte. Además, la jurisprudencia de la Comisión africana es discutida. El capítulo concluye con las propuestas sobre la abolición sobre la pena de muerte en África.

La Comisión africana y su postura sobre la pena de muerte

La Comisión africana se estableció como un mecanismo de control sobre la base de la *Carta africana*. Se creó en 1987, un año después de la entrada en vigor de la *Carta africana*. La Comisión africana se compone de nueve expertos, elegidos por su capacidad personal[10]. Fue creada para promover y proteger los derechos reconocidos en la *Carta africana*

[10] Art. 31 de la Carta africana.

así como para interpretar todas sus disposiciones[11]. Por tanto, la Comisión africana tiene una amplia función interpretativa, similar a la de las jurisdicciones consultivas (Murray 2000, 25). Las funciones de la Comisión africana también se extienden a la realización de todas aquellas actividades que le sean encomendadas por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno[12].

Aunque la Comisión africana está promocionando el debate sobre la cuestión de la pena de muerte, todavía no ha tomado una postura clara y firme sobre el asunto[13]. En parte, ello puede deberse al hecho de que todavía no se le ha presentado la pena de muerte como un reto directo a afrontar.

La pena de muerte apareció por primera vez en la agenda de la Comisión africana durante la XXXVI Sesión ordinaria de Noviembre-Diciembre de 2004, casi dos décadas después de su establecimiento[14]. Sin embargo, al expresar sus opiniones personales, algunos comisarios habían señalado su oposición a la pena de muerte o su postura a favor de la abolición. Por ejemplo, el fallecido Comisario Beye, en la XII Sesión de la Comisión africana de octubre de 1992, se definió a sí mismo de forma abierta y explícita como un abolicionista al señalar que se oponía personalmente a la pena de muerte. También, en la época en la que era comisario, Umozurike manifestó, aunque no explícitamente, su interés en la abolición de la pena de muerte (Viljoen 2004, 400). Igualmente, la antigua Comisaria Chirwa durante su época como comisaria dejó claro que estaba a favor de la abolición de la pena de muerte en África y que veía la pena de muerte como un asunto de derechos humanos. De hecho, esta Comisaria inició el debate e instó a la Comisión africana a que adoptase una posición firme sobre el tema. Ello fue visto con alguna resistencia desde Egipto, Sudán y Nigeria. Egipto, por ejemplo, argumentó que la abolición de la pena de muerte va en contra de la ley *Sharî'a* y que no existe consenso internacional sobre este asunto. No obstante, ha

---

11 Art. 30 y 45 de la Carta africana.

12 Art. 45 de la Carta africana.

13 Para una discusión sobre la postura de la Comisión africana sobre la pena de muerte, vid. Chenwi, 2005b.

14 Aunque la pena de muerte no había sido todavía incluida en la agenda de la Comisión africana, en 1999 adoptó una resolución sobre la pena de muerte, *infra* examinada.

sido bienvenida una propuesta que culminó con el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre la pena de muerte.

Las iniciativas de la Comisión africana

La Resolución de 1999

La Comisión africana no manifestó mucha atención a la pena de muerte ni abordó el tema en ninguna de sus resoluciones con anterioridad a 1999. Sin embargo, la situación cambió en noviembre de 1999 cuando adoptó la "Resolución por la que insta al Estado a establecer una moratoria de la pena de muerte"[15]. La Resolución fue adoptada porque organizaciones no gubernamentales habían expresado su preocupación sobre las recientes sentencias a muerte adoptadas en África. Tras estas sentencias y en vista de los desarrollos internacionales hacia la abolición de la pena de muerte, Ben Salem, que era entonces Asesor especial sobre Ejecuciones, sumarias, arbitrarias y extrajudiciales propuso que la Comisión africana se posicionase sobre el tema, exigiendo a su vez una moratoria. Aunque Sudán y Ruanda (ésta última es ahora un país abolicionista) se opusieron a la resolución, el Asesor especial en respuesta de la Comisión africana siguió adelante y preparó el borrador del texto. La resolución fue posteriormente adoptada. Esta iniciativa es un paso adelante y alentador hacia la abolición de la pena de muerte en África.

La Comisión africana expresó en el preámbulo que el artículo 4 de la *Carta africana* establece "el derecho de toda persona a la vida" y que el artículo 5(3) de la *Carta sobre los derechos del niño* señala que "la pena de muerte no se impondrá en el caso de delitos cometidos por niños". El preámbulo hace referencia además a las resoluciones de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos humanos y de la Subcomisión sobre la promoción y protección de los derechos humanos, las cuales exigen el establecimiento de una moratoria sobre la pena de muerte con la finalidad de abolirla. El preámbulo hace alusión también al Segundo Protocolo facultativo al PDCP y al hecho de que tres Estados africanos lo

---

[15] Adoptada en Kigali el 15 de noviembre de 1999, Comisión africana de Derechos humanos y de los pueblos, Res. 42 (XXVI)99 (vid. Comisión africana 2000).

hubiesen ratificado (en ese momento). Por último, el preámbulo alude al hecho de que los estatutos del Tribunal penal para la Ex-Yugoslavia y del Tribunal de Ruanda hayan abolido la pena de muerte en el caso de la comisión de graves crímenes internacionales. La Comisión africana señaló también el número de Estados africanos que habían abolido *de facto* o *de jure* la pena de muerte por aquel entonces, que eran 19. La Comisión africana expresó su preocupación también en el preámbulo por la imposición de la pena de muerte en los Estados africanos bajo condiciones no conformes con los derechos a un proceso justo garantizados por la *Carta africana*.

Por consiguiente, la Comisión africana en la resolución insta a los Estados parte de la *Carta africana* que todavía mantienen la pena de muerte a cumplir rigurosamente con sus obligaciones que le impone la *Carta africana* y a asegurar que a las personas condenadas a la pena capital se les proporcionen "todas" las garantías previstas por la *Carta africana*. La resolución exige así a los Estados que limiten la imposición de la pena de muerte a los casos delictivos más graves, que consideren el establecimiento de la moratoria de las ejecuciones, y que reflexionen sobre las posibilidades de abolir la pena de muerte.

La preocupación de la Comisión africana, tal como puede deducirse de esta resolución, se centró principalmente en la ejecución de la pena de muerte sin el respeto de las garantías procesales básicas. El hecho de instar a los Estados a que reflexionen sobre la posibilidad de abolir la pena de muerte muestra que la Comisión africana ha estado pensando sobre el tema. Además, esto se apoya por la subsiguiente inclusión de la pena de muerte en la agenda de la Comisión africana y el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre la pena de muerte.

El Grupo de Trabajo sobre la Pena de Muerte

El establecimiento de un Grupo de trabajo sobre la pena de muerte ha sido otra de las claves en las que se ha centrado la Comisión africana para iniciar el discurso sobre la cuestión de la pena de muerte en África. En su XXXVIII sesión ordinaria de diciembre de 2005, la Comisión africana adoptó una "Resolución sobre la Composición y funcionamiento del Grupo de Trabajo sobre pena de muerte (Comisión africana 2005, 21). En el preámbulo de la resolución, la Comisión africana se remite

a la resolución de 1999 y al igual que en ésta última, reconoce las tendencias en el Derecho internacional para abolir la pena de muerte. En particular, hace referencia al Segundo Protocolo facultativo al PIDCP, al Estatuto de la Corte penal internacional, a la Resolución 2005/59 de la Comisión de Naciones Unidas sobre derechos humanos sobre el tema de la pena de muerte así como a los debates e iniciativas adoptadas por la sociedad civil y otros interesados sobre la materia. La Comisión africana señaló además que 14 Estados africanos ya han abolido la pena de muerte y que otros 13 están ejerciendo la moratoria en su aplicación. Llama, pues, a los Estados que han abolido la pena de muerte *de jure* a animar a aquellos menos partidarios sobre la necesidad de suprimirla.

El Grupo de Trabajo fue creado con distintos fines: elaborar un informe sobre la situación de la pena de muerte en África; desarrollar un plan o planes estratégico/s, incluir un marco práctico y legal sobre la abolición de la pena de muerte; recolectar información y continuar controlando la situación de la aplicación de la pena de muerte en los Estados africanos; desarrollar una propuesta de financiación con la finalidad de aumentar los fondos que sostienen los costes del Grupo de Trabajo; y presentar un informe sobre el funcionamiento del Grupo en cada sesión ordinaria de la Comisión. En el cumplimiento de su mandato, el Grupo de Trabajo será requerido para colaborar con otros sujetos, incluidas las instituciones internacionales, nacionales y gubernamentales y no gubernamentales.

El Grupo de Trabajo está compuesto de dos miembros de la Comisión africana (Comisión Africana 2005, 8)[16] y cinco expertos elegidos entre distintos sistemas legales y en distinas regiones en África. Su primera reunión tuvo lugar el 20 de noviembre de 2005, en Banjul, Gambia, gracias a la asistencia financiera de la *Fédération Internationale de Droits de l'Homme* (FIDH), una organización no gubernamental internacional (Comisión africana 2005, 45). El grupo discutió un borrador sobre la pe-

---

16 Comisario Yasser El Hassan (Presidente) y el Comisario Bahame Tom Nyanduga (vid. Comisión africana 2005, 8). En 2007, un nuevo presidente fue nombrado —Comisario Kayitesi Zainabo Sylvie (vid. Resolución sobre la Renovación del mandato y nombramiento de un presidente del Grupo de Trabajo sobre la pena de muerte, adoptada en la XLII sesión ordinaria de la Comisión africana en Brazzavilla, República del Congo, desde el 15 al 28 de noviembre de 2007, Comisión africana 2007; Comisión africana 2008, 3).

na de muerte y estuvo de acuerdo en la necesidad de involucrar al público en el debate sobre el tema. En el momento de la primera reunión, los cinco expertos todavía no se habían nombrado. Durante la XXXIX Sesión ordinaria de la Comisión africana en mayo de 2006, el Grupo de Trabajo presentó un informe en el que se señalaba que no había podido reunirse otra vez debido al hecho de que el nombramiento de cinco expertos estaba a punto de concluirse y también por causas financieras (Comisión africana 2006, 37). Los cinco expertos fueron nombrados en la XL Sesión ordinaria en noviembre de 2006[17]. Sin embargo, los limitados recursos de los que se dispone están todavía impidiendo el propio funcionamiento del grupo. Es por ello que el grupo no ha sido todavía capaz de reunirse desde que los expertos fueron nombrados en mayo de 2006. En la Resolución sobre la composición y funcionamiento del Grupo de trabajo, la Comisión africana solicitó que la Unión africana proporcionase recursos adecuados, asistencia y apoyo para asegurar su implementación. La asistencia y el apoyo todavía son escasos y no parece que vayan a proporcionarse en un futuro próximo, ya que depende muchísimo de la voluntad política.

No obstante, el trabajo en la mejora del borrador sobre la pena de muerte en África está en curso. En su reciente reunión que tuvo lugar del 4 al 5 de mayo de 2008, en Manzini (Suazilandia), el Grupo de Trabajo redactó un detallado plan sobre la elaboración de la forma y contenido del borrador sobre la pena de muerte en África (Comisión africana 2008, 47-48). A este respecto, por ejemplo, el Grupo de trabajo decidió que el primer borrador del documento elaborado sería producido por la Coalición mundial contra la pena de muerte, la cual participó en la reunión en calidad de observador (Comunicado final del Grupo de Trabajo adoptado en mayo de 2008). El Grupo de trabajo después informó que continuaría controlando las tendencias abolicionistas y moratorias en África (Comisión africana 2008, 13). El Grupo de Trabajo también intenta dedicar sus esfuerzos a la recolección de contribuciones e ideas de sus socios, del público y de otras fuentes (Comisión africana 2006, 37). Es incuestionable que el Grupo de Trabajo proporciona un foro para ilustrar e explicar cómo la pena de muerte ha sido administrada en el

---

17 Alya Cherif Cahmmari (Túnez), Alice Mogwe (Botawa), Mactar Diallo (Senegal), Philip Francis Iya (Uganda), Carlson E. Anyangwe (Camerún) y Mohamed S. El-Awa (Egipto).

pasado, las alternativas al castigo capital que pueden y deben estudiarse y si la pena de muerte es deseable en el presente.

Decisiones de la Comisión africana

Aunque la Comisión africana todavía no ha tomado una posición firme sobre la pena de muerte, se ha enfrentado con el tema antes en multitud de ocasiones. Consideró violación de los derechos a un proceso justo y del derecho a la vida en casos en los que la cuestión de la pena de muerte estaba presente y no sólo en el contexto de los derechos a un proceso justo sino también en el contexto del derecho a la vida. En relación a si la pena de muerte es cruel, inhumana y degradante, la Comisión africana ha fracasado al no estimar violación alguna cuando no se ha proporcionado al condenado información sobre la fecha y la hora de la ejecución o cuando la sentencia de condena a muerte es una pena desproporcionada o equivale a un castigo o trato cruel, inhumano y degradante.

En cambio, la Comisión africana ha tenido más impacto cuando la pena de muerte se le ha presentado en el contexto de la privación de los derechos a un proceso justo. Como se verá a continuación, la Comisión africana ha establecido de hecho puntos de referencia procesales en casos capitales. Por ejemplo, las ejecuciones sumarias y la privación de los derechos del justo proceso durante los procesos judiciales constituyen una violación no sólo del derecho a un proceso justo, sino también del derecho a la vida y de la obligación de los Estados de garantizar la independencia de los tribunales. También, el menor signo de parcialidad es suficiente para declarar una violación del derecho a ser juzgado por un tribunal o corte imparcial. Los párrafos subsiguientes proporcionan una visión general de la jurisprudencia de la Comisión africana.

Puntos de referencia procesales en casos de pena de muerte

Varias organizaciones de derechos humanos han enfatizado en la naturaleza imperativa de los derechos a un proceso justo. La Comisión Interamericana de derechos humanos y la Corte interamericana de derechos humanos han indicado que el respeto de los derechos a un proceso justo es un requisito necesario para asegurar la protección de los

derechos de los individuos (Davidson 1997, 296)[18]. El Tribunal europeo de derechos humanos también ha señalado la importancia de respetar tales derechos[19].

En relación a la pena de muerte, la Asamblea General de las Naciones Unidas en varias de sus resoluciones ha señalado la importancia de que todos los Estados respeten los estándares del proceso justo en casos de pena capital[20]. El Rapporteur especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias también ha reiterado que los procedimientos que llevan a la imposición de la pena capital deben no vulnerar los más altos estándares de independencia, competencia, objetividad e imparcialidad de los jueces y de los jurados, de acuerdo con los estándares relevantes del proceso justo previstos en los instrumentos jurídicos (Naciones Unidas 1996, 81). Además, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha alentado a los Estados parte de las Naciones Unidas en los que la pena de muerte todavía no ha sido abolidada a asegurar a los acusados sometidos a una posible pena de muerte que se les proporcionen todas las garantías que comprende el derecho a un proceso justo[21].

De la misma manera, la Comisión africana ha enfatizado en numerosas ocasiones en la naturaleza imparativa de los derechos del justo proceso y en la necesidad de expandir las previsiones de la *Carta africana* en relación a tales derechos[22].

El artículo 7 de la Carta africana garantiza a cualquier persona el derecho de apelación ante órganos nacionales competentes[23]; el derecho

---

18 Vid. Opinión consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos OC-9/97 de 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en Estados de emergencia, §29.

19 *Delcort c. Bélgica* (1970), Rep. TEDH 355, Antonio F. Rubio25.

20 Vid. Res. 2393 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968 y Res. 35/172 de 15 de diciembre de 1980.

21 Res. 1996/15 de 23 de julio de 1996.

22 Vid. "Resolución sobre el derecho a un recurso y a un proceso justo", XI Sesión en Túnez, 2-9 de marzo de 1992 (reimpresa en Heyns 2004, 526); "Resolución sobre el derecho a un proceso justo y a la asistencia jurídica en África", XXVI Sesión en Kigali, Ruanda, 1-15 de noviembre de 1999 (contenida en Heyns 2004, 584); "Principios y Directrices sobre el derecho a un proceso justo y a la asistencia jurídica en África", adoptada en su XXXI Sesión ordinaria en mayo de 2003 (vid. Comisión africana 2004b).

23 Art. 7(1)(a) de la Carta africana.

a la presunción de inocencia hasta que no se demuestre lo contrario ante un juez o tribunal competente[24]; el derecho de defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección[25]; y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable de tiempo ante un juez o tribunal[26]. La Comisión africana ha decretado la violación de estos derechos en un número considerable de casos en los que el tema abordado era el de la pena de muerte[27]. Estos casos ponen de manifiesto que la violación de los derechos a un proceso justo puede derivar en otras violaciones. Es lo que ocurre con la ejecución de una pena de muerte arbitraria o en violaciones del artículo 26 de la *Carta africana*, en virtud del cual los Estados parte están obligados a garantizar la independencia de los tribunales.

La Comisión africana estipuló que la condena a pena de muerte ante un tribunal tradicional compuesto por un presidente sin ninguna preparación jurídica y en el que los acusados no estaban defendidos por un abogado constituía una violación de los derechos de defensa[28]. Es lo que ocurrió en un caso en el que los tribunales tradicionales regionales del sur en Malawi habían condenado a muerte a Orton y Vera Chriwas por traición ante un tribunal que no respetó los estándares del derecho a un proceso justo. Se alegó que los Srs. Chirwa habían rechazado tener representación legal durante el proceso[29]. Aunque la Corte de apelación tradicional fundamentó sus condenas, se criticaron sin embargo muchos aspectos de la actuación del tribunal. Antes de que la Comisión africana decidiera el caso, y tras las protestas internacionales, las condenas fueron conmutadas por cadena perpetua[30]. La Comisión africana estableció posteriormente que el juicio a los Srs. Chirwa sin contar con

---

24 Art. 7(1)(b) de la Carta africana.

25 Art. 7(1)(c) de la Carta africana.

26 Art. 7(1)(d) de la Carta africana. El artículo 6 de la Carta africana sobre el derecho a la libertad y seguridad de la persona es también relevante en relación a la fase pre-judicial para asegurar un proceso justo.

27 Estos casos han sido también discutidos, en relación a los derechos a un proceso justo, en Chenwi 2006.

28 *Amnistía Internacional (en representación de Orton y Vera Chriswa) c. Malawi*, Comunicaciones 68/92 y 78/92, 8º Informe anual de actividad: 1994-1995 (Comisión africana).

29 Párr. 2.

30 Párr. 3.

la representación legal de ningún abogado suponía una violación del artículo 7(1)(c) de la *Carta africana*.

Además, es un requerimiento del derecho de defensa, el cual incluye el derecho a ser defendido por un abogado de su propia elección garantizado en el artículo 7(1)(c), que el abogado que represente a un acusado no esté intimidado o amenazado durante el proceso. En un caso contra Nigeria, se alegó que el abogado del acusado así como el propio acusado fueron constantenmente acosados e intimidados durante el proceso. El continuo acoso e intimidación provocó la retirada de la defensa legal[31]. El caso concernía a siete hombres nigerianos que habían sido condenados a pena de muerte en virtud de la ley de 1987 sobre disturbios civiles ante un tribunal especial. La ley no contiene ninguna disposición para apelar judicialmente contra las decisiones de tribunales especiales y prohíbe que los tribunales revisen cualquier aspecto de la actuación de un tribunal especial. A pesar de la ausencia de defensa, fruto de su posterior retirada, el tribunal prosiguió con el juicio y condenó al acusado a pena de muerte por ser culpable de homicidio, organización ilícita y violación de la paz[32].

Se discutió ante la Comisión africana la prohibición de la revisión judicial de los tribunales y si la falta de apelación judicial de los pronunciamientos de los tribunales conculcaba el artículo 7(1)(a) de la Carta africana, en virtud del cual se garantiza el derecho de apelación ante un órgano nacional competente contra cualquier acto que viole derechos fundamentales. Se discutió también si el acoso al representante legal y la consiguiente retirada de la asistencia jurídica violaba el artículo a ser defendido por un abogado de su propia elección del artículo 7(1)(c). Y todavía más: se discutió si la composición de los tribunales por miembros de las fuerzas armadas y de la policia así como por jueces, viola el artículo 7(1)(d) sobre el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial[33].

---

31 *Proyecto de derechos constitucionales (en representación de Lekwot y otros) c. Nigeria*, Comunicación 87/93, 8º Informe de actividad anual: 1994-1996 (Comisión africana); (2000) AHRLR 183 (Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos 1995).

32 Párr. 2.

33 Párrs. 3-4.

La Comisión africana observó que una decisión, condena, sentencia u órden de un tribunal puede con seguridad constituir una violación de un derecho fundamental descrito en el artículo 7(1)(a)[34]. Los derechos fundamentales en este caso eran los derechos a la vida y a la libertad. La Comisión africana entonces estableció que "la ausencia de cualquier posibilidad de apelación ante "órganos nacionales competentes" en casos penales que llevaban a la imposición de la pena de muerte constituía una violación del artículo 7(1)(a) de la Carta africana"[35]. La Comisión africana determinó además que el derecho de defensa por el que se garantiza el derecho a ser defendido por un abogado de su propia elección del artículo 7(1)(c) exige que el abogado que representa al acusado no sea intimidado o acosado durante el proceso. La intimidación y el acoso del abogado hasta el extremo de provocar la retirada de la defensa puede derivar en una violación de este derecho. Si tras dicha retirada al acusado no se le da la oportunidad de que se proporcionarse los servicios de otro abogado, el derecho a ser representado por un abogado de su propia elección se viola[36]. En relación a la composición del tribunal, la Comisión africana observó que el tribunal estaba compuesto por personas que pertenecían a la rama ejecutiva (un juez y cuatro miembros de las fuerzas armadas), la misma rama que adoptó la ley. La mera composición, con independencia del carácter de los miembros individuales, estableció la Comisión africana, "crea una apariencia, si no una ausencia real, falta de imparcialidad", lo cual viola el artículo 7(1)(c) de la *Carta africana*. Tras declarar la violación del artículo 7(1)(a), (c) y (d), la Comisión africana recomendó que los recurrentes fuesen liberados.

En relación con el derecho de apelación, la severidad de la condena es determinante para determinar si la denegación de dicho derecho constituye una violación. Esto fue lo que la Comisión africana determinó en otro caso contra Nigeria, en el cual los recurrentes habían sido condenados a muerte en virtud del Decreto sobre robo y armas de fuego (disposición especial) de 1984. Este precepto creaba tribunales especiales compuestos por un juez en activo o retirado, un miembro de

---

34 Párr. 12.
35 Párr. 13.
36 *Ibídem*.

las fuerzas armadas y un miembro de la policía[37]. El Decreto no preve ninguna apelación de las condenas sino tan solo las somete a la confirmación o no indulgencia del gobernador del Estado. Se argumentó que la prohibición a una revisión judicial y la falta de apelación judicial de las sentencias de estos tribunales violaba el derecho de apelación ante un órgano judicial nacional competente que a su vez es contrario a los derechos fundamentales previstos en el artículo 7(1)(a) de la *Carta africana*[38]. Se señaló también que la composición de los tribunales violaba el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial garantizado en el artículo 7(1)(d)[39].

La Comisión africana consideró violado el artículo 7(1)(a) en este caso porque los tribunales especiales creados en 1984 en Nigeria eliminaban cualquier posibilidad de apelación ante órganos nacionales competentes en casos penales que conllevaban penas graves[40]. La Comisión determinó también la violación del artículo 7(1)(d) en base a la falta de imparcialidad que suponía la composición de los tribunales especiales[41]. El carácter de los miembros individuales del tribunal fue irrelevante en su decisión acerca de si el derecho a ser juzgado por un tribunal o juez imparcial había sido violado.

Asimismo, en un caso contra Sierra Leona, la Comisión africana estableció que la denegación del derecho de apelación ante órganos competentes nacionales en casos de delitos graves (presunta participación en el golpe de Estado que derrocó al gobierno elegido) caía dentro del requerimiento del respeto de los estándares de un proceso justo que se supone que los tribunales garantizan[42]. En este caso se alegó que los juicios de 24 de soldados fueron defectuosos violando así Sierra Leona sus obligaciones que le impone la *Carta africana*. El tribunal marcial que juzgó y acusó a los soldados no concedío ningún derecho de apelación

---

37 *Proyecto de derechos constitucionales (en representación de Akamu y otros) c. Nigeria*, Comunicación 60/91, 8º Informe de actividad anual: 1994-1995 (Comisión africana); (2000) AHRLR 180 (Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos 1995).

38 Párr. 3.

39 Párr. 4.

40 Párr. 13.

41 Párr. 12.

42 *Forum of Consciencia c. Sierrea Leona*, Comunicación 223/98, 14º Informe anual de actividad: 2000-2001 (Comisión africana); (2000) Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos 293 (CADHP 2000).

contra la condena ante un tribunal superior[43]. Se alegó que ello violaba los derechos a un proceso justo y que la ejecución pública de los soldados después de que les fuera denegado el derecho de apelación constituía una privación arbitraria de la vida[44]. La Comisión africana concluyó que la ejecución de los soldados sin el derecho de apelación suponía una violación del artículo 7(1)(a) de la *Carta africana*. Se observó además que "ello era más grave dado que dicha violación era irreversible"[45].

En uno de los casos con más repercusión, la Comisión africana también decretó que los tribunales especiales de Nigeria habían sido parciales violándose así el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. En consecuencia, decretó que Nigeria había vulnerado su obligación de garantizar la independencia de sus órganos judiciales[46]. El caso abordaba la detención y el juicio de Ken Saro-Wiwa (un escritor y activista de Ogoni) y las violaciones a los derechos humanos que sufrió éste y el resto de acusados. Tanto su juicio como el de sus compañeros tuvo lugar ante un tribunal establecido sobre la base de la Ley sobre disturbios civiles (tribunal especial) de 1987[47]. Ken Saro-Wiwa y alguno de sus compañeros fueron condenados a muerte pese a haber alegado irregularidades en la conducta del tribunal tales como el acoso al representante legal, la presencia de oficiales militares en las reuniones confidenciales entre los acusados y el abogado, soborno a testigos, y los prejuicios por parte de los miembros del tribunal[48]. Las comunicaciones iniciales de la Comisión africana fueron adoptadas antes de que el juicio comenzara. Tras la condena, la Comisión africana adoptó un suplemento urgente a la comunicación el 2 de noviembre de 1995 por el que se solicitaba la adopción de medidas provisionales para impedir las ejecuciones. El Secretario de la Comisión africana envió entonces un fax con una *note vebale* al gobierno de Nigeria solicitando la adopción de medidas provisionales con base en la Regla 111 del Procedimiento

---

43 Párr. 4.
44 Párr. 5.
45 Párr. 17.
46 *International Pena y otros (en representación de Saro-Witwa) c. Nigeria*, Comunicación 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97, Informe anual de actividad: 1998-1999 (Comisión africana); (2000) CADHP 212 (CADHP 1998).
47 Párr. 5.
48 Párrs. 6-7.

de Reglas de 1995. No existe ninguna disposición en la *Carta africana* que establezca la adopción de medidas provisionales, lo cual explica por qué la Comisión africana confía en dicha disposición de sus Reglas de Procedimiento. Dado que el caso lo estaba estudiando en ese preciso momento, la Comisión africana solicitó que las ejecuciones se postpusieran hasta que discutiese el caso con las autoridades nigerianas[49]. Sin embargo, el gobierno ignoró lo solicitado por la Comisión africana y Ken Saro-Wiwa fue ejecutado junto a los demás en secreto el 10 de noviembre de 1995[50].

En relación con la actuación del tribunal, la Comisión africana reiteró doctrina ya utilizada en casos anteriores y señaló que los tribunales especiales establecidos sobre la base de la Ley sobre disturbios civiles violaba el artículo 7(1)(d) de la *Carta africana* ya que su composición está sujeta a la discreción de las ramas ejecutiva, comprometiendo así su imparcialidad. La Comisión africana añadió que "esta violación de imparcialidad de los tribunales aparece en principio en relación a la capacidad de los individuos elegidos para formar parte de un tribunal particular"[51]. En consecuencia, señaló que a Ken Saro-Wiwa y a sus compañeros se les había denegado el derecho a un proceso justo y que ello violaba el artículo 7(1)(d)[52] y el artículo 7(1)(a) de la *Carta africana*, dado que las personas acusadas no tenían la posibilidad de apelar ante órganos nacionales competentes[53]. La Ley sobre disturbios civiles impedía cualquier posibilidad de apelación ante tribunales ordinarios. Consecuentemente, y considerando que el artículo 26 de la *Carta africana* imponía una obligación a los Estados parte de garantizar la independencia de los tribunales, la Comisión africana estimó la violación del artículo 26 sobre la base de que los tribunales especiales no eran independientes.

Además, la Comisión africana decretó la violación del derecho a la presunción de inocencia del artículo 7(1)(b) porque el gobierno abiertamente pronunció la culpabilidad del acusado antes y durante el pro-

---

49 Párr. 8.
50 Párrs. 9-10.
51 Párr. 86.
52 Párr. 90.
53 Párr. 93.

ceso en varias conferencias de prensa y ante las Naciones Unidas[54]. El derecho de defensa, el cual incluye el derecho a ser defendido por un abogado de su propia elección garantizado en el artículo 7(1)(c) de la *Carta africana*, también estimó que había sido violado. Y se constató la violación en base al acoso sufrido por el abogado, a la consecuente retirada de la representación legal, y al posterior acoso que también sufrió el segundo de sus representantes legales. Tras este segundo acoso, el acusado rechazó tener un nuevo equipo de defensa, y los procedimientos ante el tribunal finalizaron sin que el acusado tuviera ninguna representación legal. Además, se alegó que el gobierno ocultó pruebas a la defensa que no pudo refutarlas[55].

La Comisión africana abordó el tema de la composición de los tribunales especiales en una serie de casos contra Sudán[56]. Estos casos abordaban la imposición de la pena de muerte tras un proceso injusto y la ejecución de las ejecuciones tras juicios arbitrarios y sumarios. Los recurrentes alegaban que el gobierno ejecutó a los miembros y partidarios sospechosos del Ejército de Liberación del Pueblo de Sudán (ELPS) sin un previo proceso[57]. Los recurrentes alegaban también que las ejecuciones se habían llevado a cabo por grupos militares con conexiones cercanas al gobierno[58]. Se alegó también que 28 oficiales del ejército fueron ejecutados tras un juicio en el que no tuvieron representación legal[59] y que los procesos se ejecutaron ante tribunales especiales en los que no se permitió a los abogados dirigirse ante el tribunal[60].

La Comisión africana determinó que cuando se otorga el poder de veto a un tribunal respecto a la elección del representante legal de los acusados, se viola de manera inaceptable del derecho a elegir un representante el artículo 7(1)(c), el cual es esencial para asegurar el proceso justo[61]. La Comisión reiteró, pues, la obligación de los Estados parte

---

54 Párr. 96.
55 Párr. 97-101.
56 *Amnistía Internacional y otros c. Sudán*, Comunicaciones 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 13º Informe anual de actividad: 1999-2000 (Comisión africana); (2000) CADHP 297 (CADHP 1999).
57 Párrs. 6-7.
58 Párr. 8.
59 Párr. 13.
60 Párr. 15.
61 Párr. 60.

de la *Carta africana* de garantizar la independencia de los tribunales en base al artículo 26 y la conexión entre este artículo y el artículo 7 sobre los derechos al debido proceso. El gobierno de Sudán no cumplió esta obligación. La Comisión africana decretó también la violación del artículo 7(1)(d) sobre la siguiente base: Primero, porque la composición de los tribunales especiales en Sudán daba la impresión de una falta total de imparcialidad[62]. Los tribunales se componían de tres oficiales militares o de otras personas de integridad y competencia nombrados por el Presidente, sus diputados y oficiales militares seniors. La Comisión africana añadió que con la asignación de tribunales cuya imparcialidad no estaba garantizada, el gobierno violaba el artículo 26 de la *Carta africana*[63]. En segundo lugar, dado que el gobierno descartó a jueces privó a los tribunales del personal cualificado necesario para asegurar que se actuaba de manera imparcial, denegando así a los individuos su derecho a que su caso fuese oído ante tribunales imparciales[64].

Sin embargo, en otro caso de gran repercusión contra Botawa la Comisión africana no estimó vulneración alguna de los derechos de defensa[65]. Fue el caso de Mariette Bosch que había sido condenada por asesinato ante el Tribunal Superior de Botawa, el 13 de diciembre de 1999, y condenada a muerte[66]. Tras la fallida apelación ante la Corte de Apelación de Botawa en 2001, una petición fue presentada ante la Comisión africana en su nombre por las violaciones a sus derechos previstos en la *Carta africana*. Una vez recibida la petición, el presidente de la Comisión africana escribió al presidente de Botawa el 27 de marzo de 2001 solicitando el aplazamiento de la ejecución al estar pendiente el caso de una posterior comunicación de la Comisión[67]. No hubo respuesta a la solicitud y las autoridades de Botawa siguieron adelante con la ejecución materializándola el 31 de marzo de 2001[68].

---

62 Párr. 68.

63 *Ibídem*.

64 Párr. 69.

65 *Interights et al. (en representación de Bosch) c. Botawa*, Comunicación 240/2001, 17º Informe anual de actividad: 2003-2004 (Comisión africana); (2003) CADHP 55 (CADHP 2003).

66 Párr. 2.

67 Párrs. 7-10.

68 Párr. 11.

Varios temas surgieron en torno a este caso en relación a los derechos a un proceso justo, el derecho a la vida y la prohibición de tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes. El asunto que hacía referencia a los derechos a un proceso justo se centró en determinar si la incorrecta dirección del juez del proceso en relación a la carga de la prueba fue tan fatídica como para implicar una denegación del derecho a un proceso justo en las circunstancias del caso, desembocando a su vez en una violación del derecho a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad ante un tribunal o juez competente. Según el juez del proceso, la carga de la prueba sobre las probabilidades de que otra persona fuese responsable de la muerte por la que le acuasaba recaía en la propia acusada, lo cual suponía la reversión de la presunción de inocencia. A pesar de reconocer dicha reversión, el Tribunal de Apelación de Botawa confirmó la condena de Bosch porque la reversión no desembocaba en ninguna injusticia. La Comisión africana opinó que no existía ninguna regla o norma internacional que determinase que cualquier defecto en la dirección del proceso viola el veredicto de culpabilidad, y que la violación del artículo 7(1) tenía lugar sólo si la condena resultaba de dicha dirección incorrecta[69]. Tomando como fuente de inspiración, entre otros, la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos y basándose en el hecho de que la condena a Bosch por asesinato no derivaba de la incorrecta dirección del proceso sino de la prueba presentada, la Comisión africana concluyó que no había habido ninguna violación[70]. Estableció que podría ser una razón para encontrar una violación del artículo 7(1) así como del artículo 4 de la *Carta africana*, si se hubiese demostrado que el examen del Tribunal Superior y de la Corte de Apelación de Botawa sobre los hechos eran manifiestamente arbitrarios y constitutivos de una denegación de justicia[71]. Pero ese no fue el caso.

En mi opinión, la reversión de la presunción de inocencia es fundamental para decretar la violación del artículo 7(1)(b) de la *Carta africana*. Generalmente, en cualquier sistema de justicia penal, la presunción de inocencia es fundamental para la protección de los derechos humanos (Naciones Unidas 1984, 7). Es esencial asegurar un proceso justo.

---

69 Párrs. 24 & 26.
70 Párrs. 27 & 28.
71 Párr. 29.

La ejecución tras un proceso indebido como privación arbitraria de la vida

El derecho a la vida es un requisito para la realización de otros derechos humanos. Es el derecho más importante de todos los derechos humanos. La Comisión africana ha abordado el derecho a la vida en un número de casos individuales. Pero la disposición todavía no se ha interpretado en el contexto de la pena de muerte *per se*, independientemente de los derechos a un proceso justo. Las decisiones muestran que la pena de muerte no es una violación *prima facie* del derecho a la vida, ya que el artículo 4 de la *Carta africana* sólo se viola si el debido proceso en la imposición de la condena a muerte no se respeta. La Comisión africana ha enfatizado la importancia del derecho a la vida señalando que es el "fulcro de todos los demás derechos. Es la fuente a través de la cual otros derechos fluyen, y cualquier violación a este derecho sin el proceso debido supone una privación arbitraria de la vida"[72].

En consecuencia, la Comisión africana ha estimado que la ejecución de 24 soldados tras un juicio que no respetaba el derecho al debido proceso constituye una privación arbitraria de la vida. Tal como se mencionó más arriba, se argumentó que la ejecución pública de los soldados después de que les fuese denegado el derecho de apelación suponía una privación arbitraria de la vida[73]. La Comisión africana estipuló que dado que el proceso de los soldados vulneraba el debido proceso, particularmente el derecho de apelación como garantía del artículo 7(1)(a) de la *Carta africana*, la ejecución posterior de la pena de muerte conducía a una privación arbitraria de los derechos a la vida[74].

En una serie de cuatro casos contra Sudán antes discutidos, la Comisión africana también determinó que la ejecución de prisioneros tras procesos sumarios y arbitrarios constituía una privación arbitraria de la vida[75]. La Comisión africana observó que incluso si todas las ejecuciones tras los juicios sumarios o arbitrarios no fuesen obra del gobierno, el gobierno tenía la obligación de proteger a todo su pueblo que

---

72 *Forum of Conscience c. Sierra Leona*, párr. 20.
73 Párr. 5.
74 Párr. 19.
75 *Amnistía Internacional y otros c. Sudán*, páars. 47-52.

reside bajo su jurisdicción[76]. La Comisión estimó consecuentemente la violación del derecho a la vida sobre la base de que los procesos fueron injustos[77].

La Comisión africana concluyó en el asunto Ken Saro-Wiwa que dado que el propio proceso que ordenó la ejecuciones violaban los derechos a un proceso justo, cualquier ejecución posterior de condenas constituía una privación arbitraria de la vida, violando así el artículo 4 de la *Carta africana*[78]. La violación se estimó porque las ejecuciones se habían llevado a cabo pese a la solicitud de la Comisión africana de aplazamiento de la ejecución y mientras el caso todavía estaba pendiente. A este respecto, se remarcó que la Regla 111 del Procedimiento de reglas es una regla importante cuya finalidad no es otra que la de prevenir daños irreparables causados por la presentación de una demanda ante la Comisión africana. El aplazamiento de la ejecución con base en dicha regla tenía como propósito evitar daños irreparables[79]. En el pasado, las ejecuciones se habían aplazado en Nigeria a solicitud de la Comisión africana pero eso no fue lo que ocurrió en este asunto[80]. La Comisión africana consideró la negativa de Nigeria a su solicitud de aplazamiento como uns "mancha en el sistema legal de Nigeria cuya eliminación no iba a ser fácil" y expresó su desacuerdo en los siguientes términos:

> Haber llevado a cabo la ejecución pese a la solicitud de la Comisión y de la opinión mundial es algo que ojalá nunca vuelva a ocurrir porque se trata de una violación incuestionable de la Carta[81].

Además, la Comisión africana también estimó la violación del artículo 1 de la *Carta africana* porque el gobierno ignoró las súplicas de la

---

76 Párr. 50.

77 Párr. 52.

78 *International Pen y otros (en nombre de Saro-Wiwa) c. Nigeria*, párr. 103.

79 Párr. 114.

80 La primera decisión sobre las medidas preventivas se adoptó en 1993 en una comunicación contra Togo. Al finales de 2002, la Comisión había usado las medidas preventivas en seis ocasiones (vid. Killander 2006, 106).

81 Párr. 115.

Comisión africana y de otras instituciones, ignorando así sus obligaciones relativas a la adopción de medidas provisionales[82].

La esperanza de la Comisión africana de que las ejecuciones no se llevaran nunca a cabo ante las quejas de los recurrentes no surtió efectos en Botawa quien "hizo oídos sordos", pues dos años después de su decisión en el asunto Ken Saro-Wiwa, la solicitud de aplazamiento de la ejecución al gobierno de Botawa por parte de la Comisión resultó inútil[83]. Sin embargo, a diferencia del asunto Ken Saro-Wiwa, la Comisión africana eludió tratar la cuestión de si la ejecución de Mariette Bosch, causa de la demanda, implicaba una violación.

Dos de los temas en el asunto Mariette Bosch hacían referencia a las violaciones del artículo 4 de la *Carta africana*. El primer tema se refería a si el Presidente en el ejercicio de su capacidad para denegar el indulto había privado arbitrariamente a Bosch de su derecho a la vida. La Comisión determinó que el proceso de indulto no caía dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 de la *Carta africana*. Señaló que el proceso por el que se da la oportunidad a un acusado de defender su causa y la intervención del Presidente no afecta al carácter no arbitrario del proceso[84]. La Comisión africana estableció que el proceso de indulto, a diferencia del proceso justo, es discrecional en la mayoría de las jurisdicciones y que se basa en un informe escrito por el juez del proceso junto con otra información que el Presidente puede requerir[85]. La Comisión africana estableció además que el Presidente no se considera un tribunal que debe escuchar las solicitudes de indulto y que la vista del demandante y de sus abogados para ser escuchados fue impracticable y resultó en el debilitamiento de la oficina y reputación del Presidente[86]. Asimismo, añadió que en determinadas circunstancias el derecho a ser escuchado

---

82 El artículo 1 establece: "Los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana firmantes de la presente Carta reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto".

83 Comunicación 240/2001, 17º Informe anual de actividad: 2003-2004 (Comisión africana); (2003) CADHP 55 (CADHP 2003).

84 *Interights y otros (en nombre de Bosch) c. Botawa*, párr. 43.

85 Párr. 44.

86 Párr. 46.

puede limitarse a la presentación de información por escrito[87]. Ese caso era una de esas circunstancias.

Puede deducirse de la decisión de la Comisión africana que si en este asunto no se le hubiese concedido al acusado el tiempo adecuado para recopilar la información relevante y para preparar y presentar su defensa en el proceso de indulto, hubiese sido posible decretar la violación del derecho al debido proceso.

El segundo problema presentado ante la Comisión africana fue el relativo a si la ejecución de Bosch pendiente todavía de resolución ante la Comisión constituía una privación arbitraria de la vida violando el artículo 4 y 1 de la *Carta africana*. Este último exige a los Estados la adopción de medidas legislativas y de otra naturaleza (incluidas las medidas preventivas) para llevar a cabo los derechos reconocidos en la Carta. La Comisión africana evitó abordar este tema, señalando que no estaba en posesión de ninguna prueba de que el Presidente de Botawa recibiese la carta escrita en la que le solicitaba el aplazamiento de la ejecución[88]. Realmente, el gobierno señaló en su presentación oral que el Presidente nunca recibió el fax[89]. Una vez que la carta se envió por fax, correspondía al gobierno de Botawa asegurar el establecimiento de los medios adecuados para garantizar que el Presidente recibía la carta. Este enfoque adoptado por la Comisión africana pudo abrir la puerta a abusos futuros, dado que los Estados podían alegar que no recibieron ninguna solicitud de medidas provisionales, incluso en los casos en que sí las hubiesen recibido, como una excusa para no cumplir la solicitud de la Comisión africana. En consecuencia, no estimó vulneración del artículo 1 de la *Carta africana* a diferencia de lo que hizo en el asunto Ken Saro-Wiwa.

Por desgracia, la Comisión africana no estimó que la ejecución de la pena de muerte *per se* constituía una violación del derecho a la vida, a pesar de reconocer la evolución del Derecho internacional, la tendencia hacia la abolición[90] y el hecho de que la pena de muerte se consideraba cada vez con mayor frecuencia una violación del derecho a la vida. De

---

87 Párr. 47.
88 Párr. 50.
89 *Ibídem*.
90 Párr. 52.

hecho, el Tribunal constitucional de Sudáfrica señaló que la imposición de la pena de muerte era inherentemente arbitraria[91]. Esto implica que no existe ninguna garantía de que los derechos al debido proceso puedan ser respetados en el curso de su imposición. El artículo 4 de la *Carta africana* permitiría la pena de muerte sólo si las garantías materiales y procesales y las restricciones a su imposición se respetan. Pero si no pueden respetarse, entonces la pena de muerte no puede considerarse conforme al artículo 4 dado que su imposición sin el respeto de los derechos del proceso justo constituye una privación arbitraria de la vida.

La aproximación de la Comisión africana ha sido hasta ahora consistente. Allí donde los derechos al proceso justo no se respetan, la imposición de la pena de muerte supondrá una privación arbitraria de la vida. Este enfoque está en armonía con lo estipulado en otros cuerpos legislativos de derechos humanos en Naciones Unidas y a nivel regional. El Comité de derechos humanos es partidario de que la imposición de la pena de muerte tras la realización de un proceso injusto se considere una vulneración no sólo de los estándares procesales sino también del derecho a la vida (Schabas 2002, 112-113). En *Burrel c. Jamaica*, por ejemplo, el Comité de derechos humanos decretó la violación del derecho a disponer del tiempo adecuado y de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa y del derecho a comunicarse con un abogado de su propia elección (artículo 14(3)(b) del PIDCP). En consecuencia, la Comisión estimó una violación del derecho a la vida del artículo 6 del PIDCP porque la pena de muerte se había impuesto tras un juicio en el que las disposiciones del PIDCP no se habían respetado[92]. *Burrel* no fue informado acerca de que su consejero legal no iba a presentar ningún motivo en apoyo a su apelación ni tampoco de que no se le iba a dar la oportunidad de considerar ninguna opción de aplazamiento[93]. El Comité africano, por tanto, consideró que esto suponía una violación del derecho a disponer del tiempo y de las facilidades adecuadas para la preparación de la propia defensa y para comunicarse con un abogado de su propia elección[94]. Como *Burrel* había sido ejecutado antes de que

---

91 *S c. Makwanyane* (1995) 3 SA 391 (CC), párr. 153.

92 *Burrel c. Jamaica*, Comunicación 546/1993, Doc. NN.UU. CCPR/C/57/546/1993, 1 de agosto de 1996, párr. 9.4.

93 Párr. 9.4.

94 Art. 14(3)(b) del PIDCP.

el Comité decidiese sobre el asunto, el remedio en este caso conllevaba el pago de una indemnización a la familia[95]. La Comisión africana no ha valorado todavía la posibilidad de conceder una indemnización en casos de pena capital, dado que no lo hizo en el caso de Ken Saro-Wiwa, quien había sido ejecutado antes de que se pronunciara sobre el caso en el que estimó la violación. En el asunto Ken Saro-Wiwa, la Comisión africana solicitó al gobierno que anulase el decreto que llevó a la imposición de la pena de muerte sin el respeto de los derechos de defensa.

La Comisión interamericana de derechos humanos (Comisión interamericana) y la Corte interamericana de derechos humanos (Corte interamericana) también han tenido que pronunciarse sobre las relaciones entre los derechos a un proceso justo y el derecho a la vida. La Comisión interamericana estimó que la imposición de la pena de muerte sin el respeto de los derechos del debido proceso suponía una violación del derecho a la vida. En el caso Andrews, por ejemplo, quien había sido condenado a pena de muerte y ejecutado pese a la solicitud de medidas provisionales, tuvo que abordar, entre otras cuestiones, el derecho a ser escuchado de manera imparcial garantizado en el artículo XXVI de la *Declaración americana de derechos y obligaciones del hombre*[96]. La Comisión interamericana observó que inherente a la disposición relativa al derecho a la vida (artículo I) de la *Declaración americana* era un requerimiento de que antes de la pena de muerte se impusiese y antes de la que se ejecutase, se le dieran al acusado todas las garantías establecidas en las normas preexistentes, incluidas las garantías tanto nacionales como internacionales[97]. Señaló que:

> La prueba indica que el señor Andrews no fue escuchado con imparcialidad porque se manifestó una cierta "predisposición racial" entre algunos de los miembros del jurado y porque al omitir el juez de primera instancia el interrogatorio de los miembros del jurado se vició el juicio, dando como resultado la condena, la sentencia a muerte y la ejecución del acusado[98].

---

95 Párr. 11.

96 O.A.S. Res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de los Estados americanos (1948), reimpresa en Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 5 rev.1 at 17 (1992).

97 *Andrews c. Estados Unidos*, Asunto 11.139, Informe nº 57/96, 6 de diciembre de 1996, OEA/Ser.L/V/IL.98 Doc. 6 Rev., 13 de abril de 1988 (Comisión interamericana), párr. 177.

98 Párr. 165.

En consecuencia, los Estados Unidos violaron el artículo XXVI de la *Declaración americana*[99]. La Comisión interamericana después reiteró que en los casos de castigos capitales, los Estados parte tienen la obligación de observar rigurosamente todas las garantías del proceso imparcial. La Comisión africana, tal como hemos visto más arriba, también ha reiterado la importancia de respetar los estándares de un proceso justo en los casos en que se imponen penas tan severas (como la pena de muerte). En consecuencia, tal como se ha visto en los casos abordados por la Comisión africana, la Comisión interamericana fue más allá y estimó la violación del derecho a la vida porque *Andrews* fue juzgado por un tribunal parcial e incompetente que no le proporcionó un trato igual ante la ley[100]. Al igual que el Comité de derechos humanos, la Comisión interamericana recomendó que los Estados Unidos proporcionasen una compensación adecuada a sus familiares, que los Estados Unidos no aceptaron[101].

La Corte interamericana ha considerado que la imposición de la pena capital sin el respeto del debido proceso constituye una privación arbitraria de la vida. La Corte ha establecido que el fracaso en el respeto del derecho a la información consular, reconocido en el artículo 36(1)(b) de la *Convención de Viena sobre las relaciones consulares*[102], es prejudicial para las garantías del justo proceso y que la imposición de tales castigos viola el derecho a no ser privado de la vida de forma arbitraria, tal como está estipulado en los tratados más importantes sobre derechos humanos[103].

---

99 Párr. 172.

100 Párrs. 175-177 & 184.

101 Párrs. 188 & 190.

102 Adoptada el 24 de abril de 1963 y en vigor desde el 19 de amrzo de 1967.

103 Opinión consultoria OC-16/99 de la Corte interamericana de derechos humanos, de 1 de octubre de 1999, "El derecho a la información en la asistencia consular en el marco de las garantías del justo proceso" (párrs. 137 & 141), aprobado por Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1999 en el preámbulo de la Resolución sobre la protección de los inmigrantes (Doc. NN.UU. A/RES/54/166).

Castigos y tratos crueles, inhmanos y degradantes

La pena de muerte no ha sido cuestionada ante la Comisión africana desde la óptica de los tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes, a excepción del caso *Mariette Bosch*. Dos de los temas en este caso hacían referencia a si la pena de muerte era cruel, inhumana y degrandante.

El primero se refería a si la condena a muerte en el caso era una pena desproporcionada y violaba el artículo 5 de la *Carta africana*. El artículo 5 establece que "todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de (…) trato cruel, inhumano o degradante serán prohibidas". La Comisión africana estimó que la cuestión de la imposición de la pena de muerte como pena desproporcionada respecto a la gravedad del delito en este caso se basaba en una asunción errónea de las circunstancias atenuantes[104]. Mientras que la Comisión africana reconocía que la pena de muerte debía imponerse tras una plena consideración no sólo de las circunstancias del delito individual sino también de las circunstancias individuales del infractor, añadió sin embargo erróneamente que "no existe ninguna regla de Derecho internacional que establezca las circunstancias bajo las cuales la pena de muerte puede imponerse"[105]. Por el contrario, el artículo 6 del PIDCP y otros estándares de las Naciones Unidas como las *Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*[106], por ejemplo, prescribe las circunstancias sobre las cuales la pena de muerte puede imponerse.

La Comisión africana fue más allá al establecer que las circunstancias atenuantes deben relacionarse con la conducta criminal en cuestión y con el estado mental del acusado en el momento de la comisión del delito[107]. Añadió que en la decisión sobre la proporcionalidad de una pena debía tenerse en cuenta la gravedad del delito en relación a la pe-

---

104 Párr. 31.

105 Párr. 31.

106 Aprobadas por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984 y aprobadas por la Asamblea General de las NN.UU. en la Resolución 39/118, adoptada con un voto el 14 de diciembre de 1984.

107 Párrs. 31-32.

na[108]. La Comisión africana no estimó ninguna circunstancia atenuante porque, tal como se evidenciaba de los archivos de la Corte de Apelación, el asesinato fue minuciosamente planeado por parte de Bosch[109]. Así, no estimó ninguna violación del artículo 5 de la *Carta africana* ya que no se acreditó que los tribunales en este caso se hubiesen equivocado al considerar plenamente las circunstancias antes de imponer la pena de muerte[110].

El segundo tema abordado fue si la falta de noticias razonables sobre la fecha y hora de la ejecución suponía un castigo y un trato cruel, inhumano y degradante que violaba el artículo 5 de la *Carta africana*. La Comisión africana estimó que sería fundamentalmente injusto para el Estado demandado tener que tratar este tema respecto al fondo porque el tema no se había comunicado al Estado[111]. Añadió que dado que el tema sólo se había abordado de forma supreficial en la vista, los Comisarios no habían tenido la oportunidad de estudiarlo. En esta situación dio prioridad al aspecto procesal respecto al fondo del asunto, ya que la comunicación sobre el estado de la ejecución era una cuestión procedimental. Como cuerpo independiente, podía esperarse que la Comisión africana diera su opinión sobre el fondo del asunto. Debía haber establecido estándares mínimos que los Estados tendrían que respetar en la imposición de la pena de muerte, además del requerimiento del respeto del debido proceso (Hye-Young y Ramaroson 2006, 116). La Comisión africana no lo hizo así en este caso. Sin embargo, si hubiese abordado la cuestión, habría detectado seguramente la violación del artículo 5 de la *Carta africana*, pues puede deducirse de la siguiente observación que realizó:

> Un sistema de justicia tiene una cara humana en materia de ejecución de condenas a muerte concediendo a una persona condenada la oportunidad de arreglar sus asuntos, de ser visitado por los miembros de su familia más directa antes de que fallezca, y de recibir consejo espiritual y toda la comodidad posible para sentirse lo mejor que se pueda en estos casos ante una experiencia tan horrible de estas características[112].

---

108 Párr. 36.
109 Párr. 36.
110 Párrs. 31 & 37.
111 Párr. 40.
112 *Ibídem*.

Sin embargo, en este caso Bosch fue ejecutado sin habérsele comunicado razonablemente la fecha y la hora de la ejecución y sin informar a su familia.

Propuestas para la abolición

La adopción de la Resolución de 1999, por la que se colocaba la pena de muerte en la agenda de la Comisión africana y se establecía el Grupo de Trabajo sobre la Pena de Muerte son los mayores y más esperanzadores pasos hacia la abolición de la pena de muerte en África. Sin embargo, existe una necesidad para la Comisión africana de ir más allá de estas iniciativas. Además de alentar a los Estados a considerar la moratoria de los castigos capitales como medio de abolición, la Comisión africana debería también exigir a los Estados incluir en sus informes periódicos[113] las medidas que adoptan para conseguir la abolición en sus respectivos países. Para que el debate sobre la cuestión de la pena de muerte en África tuviese más fuerza, la Comisión africana tendría que asumir una posición más clara y firme sobre el tema. Hay varios medios para que la Comisión africana aborde el debate sobre la pena de muerte, dos de ellos se señalan a continuación.

La Resolución sobre el artículo 4 de la Carta africana

La Comisión africana podía adoptar una resolución en la que interpretara explícitamente el artículo 4 de la *Carta africana* en el contexto de la pena de muerte, yendo así más allá que la resolución de 1999. Tal como se estipula en el artículo 60 de la *Carta africana*, dicha interpretación tiene que hacerse a la luz del Derecho internacional sobre los derechos humanos y de los pueblos, de otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en el ámbito de los derechos humanos y de los pueblos. En virtud del artículo 45(3) de la *Carta africana*, la Comisión africana puede interpretar todas las disposiciones de la

---

113 El artículo 62 de la *Carta africana* exige a los Estados a comprometerse "a presentar cada dos años… un informe sobre las medidas legislativas o de otra índole tomadas con el fin de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la presente Carta".

Carta a instancia de un Estado parte, una institución de la Organización para la Unidad africana (OUA) —ahora Unión africana— o una organización africana reconocida por la OUA. Los Estados parte abolicionistas (incluyendo a los Estados *de facto* abolicionistas), instituciones de la Unión africana y organizaciones africanas son así animadas a solicitar una interpretación del artículo 4 de la *Carta africana* a la luz de los desarrollos del Derecho internacional y de las tendencias abolicionistas que tienen lugar a nivel mundial.

Protocolo a la Carta africana sobre abolición

La Comisión africana podría también fortalecer el debate a través de la adopción de un protocolo a la *Carta africana* sobre la abolición de la pena de muerte en África. A diferencia de los sistemas de derechos humanos europeo e interamericano, que ya cuentan con sendos protocolos abolicionistas, el continente africano, tal como se señaló antes, continúa siendo la única región que no ha adoptado todavía un protocolo sobre la abolición de la pena de muerte. La base legal para la adopción de dicho protocolo se encuentra en el artículo 66 de la *Carta africana*, en el que se señala que "si fuera necesario, la presente Carta se complementaría mediante protocolos o acuerdos especiales". Dado que el artículo 4 de la *Carta africana* no hace mención alguna a la pena de muerte y considerando que uno de los principios de la Unión africana es el respeto de la inviolabilidad de la vida[114], esta iniciativa es vital para conseguir la meta de la abolición en África. Esta iniciativa no debería impedir a la Comisión africana seguir animando a los Estados africanos para que ratifiquen el Segundo protocolo facultativo al PIDCP. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dado que el protocolo tendría en consideración los problemas del continente, se presentaría como una mejor oportunidad para implementar efectivamente las disposiciones de la *Carta africana* que el Segundo protocolo facultativo. Un instrumento africano daría mayor legitimidad porque los Estados africanos creen que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no se dirigen siempre a resolver los problemas específicos del continente

---

114 Vid. artículo 4(o) del Acto constitutivo de la Unión africana, adoptado el 11 de julio de 2000 y en vigor el 26 de mayo de 2001 (CAB/LEG/23.15).

(Nsibirwa 2001, 40). Ello explica en parte por qué no todos los Estados africanos abolicionistas y *de facto* abolicionistas han ratificado el Segundo Protocolo facultativo. Además, un protocolo sobre la abolición de la pena de muerte en África tiene un lugar importante en el marco de la protección de los derechos humanos en esta región. Sería esencial en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos y en la clarificación de la situación de la pena de muerte en África[115].

Conclusión

La Comisión africana ha dado un paso adelante sin duda en el debate sobre la pena de muerte en África. Ha adoptado una resolución instando a los Estados a considerar el establecimiento de una moratoria de las ejecuciones y reflexionando sobre la posibilidad de abolir el castigo. Ahora ha iniciado un debate regional sobre la abolición y ha establecido un grupo de trabajo para, *inter alia*, desarrollar planes estratégicos, incluyendo un marco legal y práctico sobre la abolición de la pena de muerte. Las decisiones de la Comisión africana sobre los derechos a un proceso justo han sido progresivas y son claros puntos de referencia procesales en los casos de pena capital. Su jurisprudencia sobre el derecho a la vida es intuitiva, y algunos han considerado su decisión en el asunto Mariette Bosch como un paso atrás (Hye-Young y Ramaroson 2006, 114). Sin embargo, es una excelente incursión en el Derecho internacional para guiar las futuras decisiones de la Comisión africana sobre la pena de muerte dado, que en la línea del artículo 60 de la *Carta africana*, la Comisión africana tuvo en cuenta la evolución del Derecho internacional y las tendencias hacia la abolición. Se ha remarcado también su conocimiento previo de estas tendencias cuando adoptó la resolución de 1999 y animó a los Estados, aunque con un lenguaje débil, "a tomar todas las medidas necesarias para abstenerse de ejercer la pena de muerte"[116]. Esta decisión de hecho subraya la necesidad de ampliar la jurisprudencia de la Comisión africana así como de la Corte africana sobre derechos humanos y de los pueblos prestando atención

---

115 He sugerido en otro lugar como este proceso puede hacerse. También he proporcionado directrices en relación a su contenido (vid. Chenwi 2007, 211-212; y Chenwi 2005b, 101-103).

116 Párr. 52.

a la jurisprudencia de órganos similares y a los desarrollos acaecidos en otros sistemas de derechos humanos sobre la abolición de la pena de muerte.

Bibliografía

Comisión africana:
- (1988) "First Activity Report: November 1987-April 1988 (African Commission on Human and Peoples" Rights).
- (2000) 13th Annual Activity Report (1999-2000) Annex IV (African Commission)
- (2004a) "The Question of the Death Penalty in Africa", DOC/OS/XXXVI/387º, November 2004.
- (2004b) Final Communiqué of the 33rd Ordinary Session and 17th Annual Activity Report: 2003-2004 (African Commission)
- (2005) 19th Annual Activity Report: July-December 2005 (African Commission)
- (2006) 20th Activity Report: January-June 2006 (African Commission)
- (2007) Final Communiqué of the 22nd Ordinary Session (African Commission)
- (2008) 23rd and 24th Activity Report: May 2007-May 2008 (African Commission)

Chenwi, L.:
- (2005a), "The African Commission and the death penalty", en 11 *Amicus Journal*, 13-15.
- (2005b), "Initiating Constructive Debate: A Critical Reflection on the Death Penalty in Africa", en 38:3 *Comparative and Internacional Law Journal of Southern Africa*, pp. 474-491.
- (2005c), "Breaking New Ground: the Need for a Protocol to the African Charter of the Abolition of the Death Penalty in Africa", en 5:1 African Human Rights Law Journal, pp. 89-104.
- (2006), "Fair Trial Rights and their Relation to the Death Penalty in Africa", en 55 International and Comparative Law Quarterly, pp. 609-634.
- (2007), *Towards the Abolition of the Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective* (Pretoria: Pretoria University Law Press).

Davidson, S. (1997), *The Inter-American Human Rights System* (Aldershot Dartmouth).

Hands off Cain (2004), *The Death Penalty Worlwide: 2004 Report* (Rome: Quaderni Radicali)

Heyns, C. (ed.) (2004), *Human Rights in Africa* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers)

HEYNS, C./VILJOEN, F. (2002), *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level* (The Hague: Kluwer Law International).

HYE-YOUNG, L/RAMAROSON, M. (2006), "Like a Candle in the Wind: Commentary on Communications Decided by the African Commission of Human and Peoples' Rights in 2003", en 10:2 *Law, Democracy and Development*, pp. 101-121.

KILLANDER, M. (2006), "Communications before the African Commissioner on Human and Peoples' Rights", en 10:1 Law, Democracy and Development, pp. 101-117.

MURRAY, R. (2000), "Is the Death Penalty and Inhuman Punishment?", en Orlin, T. et al. (eds.): The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach (Turku: Institute of Human Rights, Abo Akademi University).

NSIBIRWA, M. (2001), "A Brief Analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women", en 1:1 African Human Rights Law Journal, pp. 40-52.

CHABAS, W. (2002), *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

UNITED NATIONS (2004), United Nations Human Rights Committe General Comment 13, "Equality before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Establisched by Law (article 14 of the ICCPR)", 13 April 1984 [versión española Observación General Nº 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984)].

UNITED NATIONS (1996), Report by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, UN Doc. E/CN.4/1997/60, 24 December 1996.

VAN ZYL SMIT, D. (2004), "The Death Penalty in Africa", en 4:1 *African Human Rights Law Journal*, pp. 1-16.

VILJOEN, F. (2004), "Introduction to the African Commission and the Regional Human Rights System", en Heyns, C. (ed.): *Human Rights in Africa* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers).

VICTIMOLÓGICA Y ESPERANZADA HERMENÉUTICA FILOSÓFICO-TEOLÓGICA DE LA PENA CAPITAL

Antonio Beristain Ipiña†
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

1. No hay filosofía jurídica sin teología, ni ésta sin aquélla

> *"Dann wenn letzte Reste von Theologie verschwinden, auch letzte Werte und Sinnzu-sammenhünge zugrunde gehen"*. (Cuando los últimos restos de la teología desaparecen, también se hunden los valores y las conexiones axiológicas de sentido). Max Horkheimer

Todavía hoy, muchos ciudadanos, políticos[1], juristas, filósofos, y teólogos, así como el actual Catecismo de la Iglesia católica (Vaticano, 1993, n° 2266), mantienen "el derecho y el deber de la legítima autoridad pública para aplicar la pena de muerte" a los autores de ciertos delitos graves. Para superar estas posturas y praxis retencionistas consideramos muy importante buscar nuevos argumentos múltiples; también de filosofía jurídica y teología. Lo científico necesita lo religioso, y viceversa, como explica Agustín Udías, S.J. ("Las relaciones entre ciencia y religión consideradas desde el conocimiento y los aspectos sociales", Razón y Fe, marzo, n° 1.265, 2004, págs. 239-252). La filosofía y la teología exi-

---

1 El 20 de abril de 2004 cincuenta y dos países, reunidos en la sede de las NN.UU., Nueva York, aprueban una resolución que insta a abolir las ejecuciones de menores de 18 años, pero EE.UU. mantiene que puede ejecutarse la pena de muerte para estos niños. Cfr. Ottenhof, Reynald, "La muerte de un niño", en R. Cario (comp.) *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio. (Homenaje al profesor Antonio Beristain)*, trad. S. Fernández Oliván, M. Camblor Zamora, Edersa, Madrid, 1996, págs.193-201.

gen autonomía con relaciones mutuas internares[2], pero sin imposiciones inquisitoriales. Opinamos que sus argumentos en torno a la pena de muerte (que han tenido, tienen y tendrán gran influencia) han ido generalmente unidos en su no-dualidad que rebasa la supuesta separación de los aspectos filosóficos, por una parte, y los religiosos, por otra. Pretendemos intensificar su integración en un conocimiento, no dual, filosófico-teológico, que avanzará, cada día más, a favor de la abolición de la pena capital. La historia muestra que los movimientos fuertes a favor y/o en contra de esta sanción no son exclusivamente religiosos, ni exclusivamente filosóficos, sino que van y deben ir entrelazados. Como, desde otro punto de vista, afirma el genial escritor polaco Erich Przywara, S.J.: "… debemos establecer la unidad del análisis filosófico y teológico" (San Agustín. Perfil humano y religioso, 2ª ed., traducción de Lope Cilleruelo, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1984, págs. 15, 76).

La filosofía victimológica, desde el primer Symposium Internacional de Victimología, celebrado en Jerusalén el año 1973, al profundizar en el análisis de la pena de muerte, llega hasta lo religioso, lo metarracional, que enriquece a la filosofía con su mensaje de máximos (subrayo), con su figura emblemática —pero poco conocida y mal interpretada[3]— del Siervo Sufriente, que supera la parábola del Buen Samaritano (éste le cura las heridas y atiende generosamente al golpeado y medio muerto; pero no le homenajea, ni realza, ni reconoce preeminencia alguna).

Del mensaje bíblico esperanzador, la figura del Siervo Sufriente es lo más exquisito y misterioso. Encarna todo el sufrimiento humano, incluido el de la muerte afrentosa. Pero en esa figura el dolor se redime, porque es aceptado, es inocente, es por otros y termina en victoria. Redime y hermana dos suertes, al parecer irreconciliables: la humillación y la elevación, el sufrimiento y el triunfo, la muerte y la vida. Dios y los hombres testifican con el Siervo que el dolor inocente es redimido y redime, carga con la cruz y perdona los pecados.

---

2 Kerber, Walter (Hrsg.) *Die Wahrheit der Religionen*, Kindt München, 1994, pág. 32 y sigs. 220 y sigs.

3 Homilía en el funeral de Argala, en Beristain, Antonio, *Protagonismo de las víctimas en la justicia de hoy y de mañana*, Tirant lo Blanch, Valencia (en prensa), 2004, cfr. páginas de presentación.

El Siervo Sufriente "no tiene apariencia ni belleza…, abandonado de los hombres… y familiarizado con el sufrimiento…, le despreciamos y no le estimamos" (Larrañaga, Ignacio, Del sufrimiento a la paz. Hacia una liberación interior, 15ª ed., San Pablo, Madrid, 2003, pág. 229 y sigs).

Sin embargo, a pesar de su no-belleza, su no-sentido y por eso mismo, Dios le encumbra por encima de todos. Con otras palabras, la víctima marginada, humillada, torturada…, merece ser atendida y reparada. ISAÍAS proféticamente proclama que merece mucho más: ser enaltecida, colmada de honores: "mi Siervo tendrá éxito, será elevado, ensalzado y excelso en extremo" (profeta Isaías, cap. LII, vers. 13, y toda la "primera lectura" litúrgica del Viernes Santo).

Dicho brevemente, la víctima, a pesar de su victimación, y por eso mismo, llega a ser aupada como protagonista insigne, recreadora del humanismo. Por eso Maximiliam Kolbe es canonizado, entronizado en los altares de las iglesias de los cinco continentes. Cada victimación concreta puede constituir un milagro siempre renovado, que comenta Víctor E. Frankl (El hombre doliente. Fundamentos antropológicos de la psicoterapia, trad. Diorki, ed. Herder, Barcelona, 1987, pág. 149 sigs). Tiene valor quien acepta el sacrificio, como comenta el neurólogo y psiquiatra vienés (pág. 276 sigs). Todavía más, desde un punto de vista teológico, en el Siervo Sufriente, sin sentido, está la plenitud del sentido; está Dios. Elie Wiesel, Nobel de la paz (1986), en su libro Die Night, narra su experiencia cuando los policías S.S. colgaron a dos hombres y un muchacho judíos, a la vista de todos los presos en el campo de concentración. Los hombres murieron pronto, pero la lucha del muchacho con la muerte se prolongó media hora. Cuando pasó un largo rato, el muchacho agonizaba en el suplicio, oí a un hombre gritar "¿dónde está Dios ahora?", y escuché dentro de mí una voz que me respondía "¡ahí está, en ese patíbulo!", en ese Siervo Sufriente[4]. Esta respuesta nos inicia en la victimología de máximos, que merece punto y aparte.

---

[4] Nodet, Etiene, "Judíos y cristianos ante el mal: un abismo", *Concilium*, nº 304, febrero, 2004, pág. 61 sigs. Antonio Beristain, "Evolución desde el crimen al delincuente y a la víctima (aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la política criminal)", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. LII, enero-diciembre, 1999, pág. 82.

2. Victimología de mínimos y máximos

> *"El Estado y el delincuente eran los protagonistas. La víctima, el convidado de piedra. Ahora, a la victimología compete invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano".* ESTHER GIMÉNEZ-DALINAS.
>
> (*"La mediación: una visión desde el derecho comparado"*, en AA.VV., La mediación penal, Barcelona, 1999, pág. 94).

Más de un filósofo y teólogo, al leer el paradigmático libro de sister Helen Prejean (Pena de muerte, traducción Maite Subirats, Ediciones B, Barcelona, 1996. Y la película correspondiente, de igual título, dirigida por Tim Robbins), se han avergonzado al verse retratados en la religiosa que, de acuerdo con el consejo evangélico "estaba preso y me visitaste" (San Mateo, cap. XXV), se vuelca en atenciones generosas, comprensivas y altruistas con Patrick Sonnier, el preso condenado a muerte…, pero hace también algo que ellos omiten: se acerca, atiende y superestima a las familias y amistades de las dos personas asesinadas. Ella añade algo nuevo (pág. 362 sigs.) —el mensaje del Siervo Sufriente—, reconoce que las víctimas son protagonistas axiológicas y merecen nuestra mayor estima y nuestros homenajes y conmemoraciones (NN.UU, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, de 18 de enero de 2000, sobre "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. [El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales]". International Review of Penal Law, vol. 71, 3/4, 2000, pág. 503. Informe final elaborado por M. Cherif Bassiouni [International Review…, vol. 71…, págs. 493-496]. Cfr. la nota posterior 10).

Por desgracia, gran número de filósofos y teólogos tradicionales no han mostrado la debida compasión ante el dolor de los familiares y amigos de los dos jóvenes asesinados; poco o nada han hecho para caer en la cuenta del valor humano emblemático de estas víctimas inocentes directas e indirectas (familiares, amigos, etc.) de las dos personas asesinadas.

El jesuita belga Philippe Landenne, que desde el 23 de abril hasta el 18 de julio de 1991 interrumpió su trabajo para vivir, en la cárcel suiza de Bellechasse, cerca de Fribourg, como un preso cualquiera, siguiendo el régimen común, sin excepción alguna (ídem, Résister en prison. Pa-

tiences, Passions, Passages,…, Lumen vitae, Bruselas, 1999, págs. 212-232), lo mismo que Sister Helen Prejean (pág. 373 ss.) y otros muchos, han entrado en contacto con tales o cuales víctimas, y éstas les han convertido a la nueva y esperanzada hermenéutica victimológica.

Al reconocer la suprema (por muchos ignorada) dignidad de todas las víctimas inocentes (aunque en distinto grado), han caído en la cuenta de que la pena de muerte debe abolirse por muchas razones, pero también por nuevos motivos victimológicos: porque los delincuentes deben seguir con vida para cumplir sus deberes reparadores (en amplio sentido) a favor de las víctimas y porque la mayoría de los condenados a muerte pertenecen al sector de los ciudadanos pobres, marginados, inmigrantes… víctimas de las estructuras sociales injustas, del abuso de poder (no sólo Antígona). Lo comprueban muchas páginas del libro de Sister Helen Prejean (por ejemplo, los capítulos 3, págs. 75-114, y 5, págs. 159-194) y del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, en sus diversas publicaciones.

Ahora, desde esta moderna perspectiva victimológica, adquieren mayor fuerza (y más número de partidarios) los argumentos abolicionistas que algunos —no muchos— filósofos y teólogos ya anteriormente defendían, y que resumimos a continuación en el punto tres "innovadores argumentos victimológicos".

3. Innovadores argumentos victimológicos

> *"Lo que dice la ética (victimológica)… es un testimonio de una tendencia del espíritu humano que yo personalmente no puedo sino respetar profundamente y que por nada del mundo ridiculizaría"*. Ludwig Wittgenstein (Conferencia sobre ética, Barcelona, 1989, pág. 43).

Merecen destacarse aquí los atinados y valientes estudios abolicionistas de autorizados teólogos como Horacio Arango (de Colombia, "¡No más candela al monte!", Promotio Iustitiae, Roma, núm. 64, junio 1996, pág. 56 sigs.), Giuseppe de Rosa ("Gli italiani e la pena di morte", La Civiltà Cattolica, núms. 3507-3508, 3-17 agosto 1996, págs. 288-297), José Llompart (de Japón, "7ª maravilla: proteger la vida con la pena de muerte", en Teoría y realidad del derecho, Valparaíso (Chile), 1989, págs. 129-134; ídem, "La pena de muerte en el Japón", Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 2, Universidad Nacional de Educación

a Distancia, Madrid, 1992, págs. 349-373 [372]; ídem, "La carta de un ajusticiado y… la justicia", en ídem, Lo aprendí en Japón, Sevilla, 1993, págs. 129-137), Joseph Vernet ("Directives et prospectives de l'église sur la peine de mort", Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, París, enero-marzo 1970, págs. 201-204; ídem, "La chiesa e la pena di morte", Scuola Positiva, Milán, 1962, págs. 620-625), Hilton Rivet, James R. Stormes, James Sunderland y otros veinticinco jesuitas capellanes penitenciarios en Estados Unidos, reunidos en la Universidad Loyola, en Nueva Orleáns, Luisiana (Jesuit Conference on Criminal Justice, „ Call for Change ", New Orleans: Universidad Loyola, 27-29 diciembre 198 1). En su "Llamada al cambio" —29 de diciembre de 1981— afirman textualmente: *"la pena de muerte debe abolirse por ser intrínsecamente injusta. Su ejecución no sólo destruye la vida humana sino que devalúa y brutaliza a quienes la practican. Además de su radical inmoralidad, ineficacia preventiva y desigual aplicación, resulta costosísima. La pena de muerte coloca una barrera frente a la investigación creadora de sanciones alternativas".*

En este mismo sentido se han manifestado en España los jesuitas Landecho ("Reflexión criminológica sobre la pena de muerte", Razón y Fe, núm. 875, Madrid, 1970, págs. 447-468) y Beristain ("El catolicismo ante la pena de muerte", en Barbero Santos, Berdugo, García Valdés y otros, La pena de muerte. Seis respuestas, Publ. Universidad, Valladolid, 1975, págs. 156-179; ídem, "La sanction capitale en Espagne. Référence spéciale à la dimension religieuse chrétienne", en La peine de mort dans le monde d'aujourd'hui, Erès, Toulouse, 1987, págs. 613-636; ídem, Sub voce: "Pena de muerte", en Nueva enciclopedia jurídica, t. XIX, Ed. F. Seix, Barcelona, 1989, págs. 388-420; ídem, "Hacia la abolición de la pena de muerte", Promotio Iustitiae, Roma, núm. 71, julio 1999, págs. 99-101; ídem, "Abolición de la pena de muerte: reflexiones criminológicas y religiosas", Razón y Fe, Revista Hispanoamericana de Cultura, núm. 1.217, marzo 2000, págs. 255-264; ídem, "¿Desaparece la pena de muerte también en Illinois?", Razón y Fe, núm. 1.252, febrero 2003, págs. 105-114).

No pocos filósofos y teólogos experimentan una conversión similar a la de sister Helen Prejean, Philippe Landenne, S.J., y Johann Baptist Metz ("Cómo he cambiado yo mismo (repaso biográfico)", en ídem, Dios y tiempo. Nueva teología política, Trotta, Madrid, 2002, pág. 235).

También ellos perciben "la mirada de las víctimas"[5] y ven con pupila positiva (y aprecian sobremanera) a todas las víctimas, a las cruentas y las incruentas, las inmediatas y las mediatas, etc., como protagonistas axiológicos. Por esto, por su innovadora cosmovisión, se comprometen desde una perspectiva hodierna, para que desaparezca la pena de muerte.

Vuelvo al libro de Sister Helen Prejean y constato que todo él contiene, principalmente, alegatos en pro de la ciencia y praxis victimológica. Tanto o más que a favor de la abolición de la pena capital. La inmensa mayoría de sus argumentos abolicionistas se apoyan en que la pena de muerte pisotea los derechos elementales de muchas víctimas de los sistemas cerrados de la economía, la técnica, y su industria de la cultura y la comunicación (Johann Baptist Metz, Dios y tiempo, pág. 230) —los pobres, los inmigrantes, los negros, los marginados…— cuyas detenciones, cuyos procesos, etc., rebosan discriminación e ilegalidad. De estos temas tratan gran número de páginas, especialmente los capítulos 3 y 5, como hemos indicado anteriormente.

Es lógico que la filosofía-teología actual evolucione y llegue a propugnar la abolición de la pena de muerte desde nuevas consideraciones victimológicas: no sólo porque la autoridad debe respetar la vida de todo delincuente porque es imagen de Dios (tal y como constatan, con nueva pupila, Jon Sobrino (La fe en Jesucristo. Ensayo desde las víctimas, Trotta, Madrid, 1999, pág. 392), Peter Hünermann ("Tesis sobre la imagen cristiana del hombre", en ídem, Verbundenheit im Geist, Katholischer Akademischer Ausländer Dienst, Bonn, 2003, págs. 93-102 [97) y tantos otros), sino también porque el condenado tiene una misión (descubierta por la moderna victimología) de seguir en vida para colaborar en la cotidiana recreación de los demás, de hacer algo positivo a favor de los demás, y sobre todo a favor de las víctimas que él ha causado. Además, la victimología exige esa abolición porque, aunque parezca paradójico, los delincuentes sentenciados a muerte son victimarios, pero también

---

5 Reyes Mate, "La mirada de la víctima", en *Estudios de Deusto*, Revista de la Universidad de Deusto, vol. 50/1, enero-junio, 2002, pág. 229-243.

son víctimas[6] del abuso de poder[7] y de su ejecución "legal", sobre todo en algunos países. Alguien puede objetar que esta argumentación no vale, pues, supone que, "todos somos víctimas" y, por lo tanto, nadie es víctima. Le respondo que este razonamiento vale, pues, ciertamente, el número de víctimas —unas más víctimas que otras— es, en cierto sentido, ilimitado, como lo afirma, en teología, el axioma del pecado original[8]. También lo afirma, en victimología, "la autoridad del desplazado", según indica el profesor Julio Andrés Sampedro, director del Departamento de Derecho Procesal y del Centro de Estudios en Criminología y Victimología 'Jorge Enrique Gutiérrez Anzola', de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia): *"Cuando el marginado, el otro, comete un delito… una historia común lo convierte en desplazado, en viuda, en huérfano, es decir, en víctima"*. (La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victimología, Legis, Bogotá, 2003, pág. 64).

Y, no menos, lo proclama, en las ciencias jurídico-penales, el concepto criminológico universal de "estereotipo social negativo que debe ser más amplio que el analizado en la criminología interaccionista de los años sesenta", tal como prueba y desarrolla el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su Derecho penal. parte general (Ediar, Buenos Aires, pág. 1006 sig). (Personalmente me agradaría comentar detenidamente la cuestión ética de la victimación —asimétrica y parcial, pero cierta— de los victimarios, que merece más espacio del que aquí dispone- mos).

En esta línea avanzan elocuentes observaciones de filósofos como José María Mardones y Reyes Mate (compiladores del libro La ética ante las víctimas, Anthropos, Barcelona, 2003), y de teólogos como Jon Sobrino, Rafael Aguirre y Johann Baptist Metz (Dios y tiempo, pág. 229 sig.,

---

6 JESÚS inicia su actividad pública en Galilea..., como un compromiso (no digo lucha, ni combate) a favor de las víctimas: las personas imposibilitadas, enfermas, endemoniadas, pobres y también delincuentes. Cfr. THEOBALD, CHRISTOPH, "El 'pecado original': una doctrina que sigue siendo controvertida. Reflexiones sobre un debate", *Concilium*, nº 304, febrero, 2004, pág. 139-165 (160).

7 Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, de 29 de noviembre de 1985.

8 MAINBERGER, GONSALV K., "El pecado original como 'matriz cultural' de nuestra época" (1), *Concilium*, febrero, 2004, nº 304; pág. 105 sigs. y 115 ("una mirada a la víctima, que no necesita representación"); SCHWAGER, RAIMUND, "El pecado original como 'matriz cultural' de nuestra época" (2), *Concilium,* febrero, 2004, nº 304, págs. 117-128.

231). También historiadores, como Fernando García De Cortázar (Los mitos de la historia de España, Planeta, Barcelona, 2003, pág. 321, 325), y la sister Helen Prejean[9], partenaria en el Centro Social de los Jesuitas de la Sophia University, de Tokio, cuando, confiesa —con dolor y arrepentimiento— su anterior olvido de las víctimas directas e indirectas: *"Cuatro años antes había estado trabajando para conseguir ayuda legal para los presos del corredor de la muerte… Ahora, por fin, también había hecho algo para ayudar a las víctimas"… "cueste lo que cueste, voy a hacer todo lo posible por ayudar a las familias de las víctimas. Percibo que ellas en su dolor deben de sentirse solas, y que además debe de ser muy duro tener que organizarlas"* (Pena de muerte, pág. 362 sigs., 373).

4. Avanzamos a favor de la abolición de la pena capital

> *"La necesidad de pena se mide en abstracto…, junto a esa medida abstracta, precisa acreditarse en el caso concreto, y puede quedar excluida tanto por la concurrencia de circunstancias legalmente previstas como por otras no previstas. Donde la pena resulta innecesaria es, a su vez, injusta: por eso el sistema penal ha de contar con posibilidades de gracia, que eviten la injusticia en el caso concreto".* Tomás S. Vives Antón, Fundamentos del sistema penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 487.

Afortunadamente, desde el Concilio Vaticano II y los congresos internacionales de la Sociedad Mundial de Victimología, la teología (católica) y la filosofía van inclinándose mayormente hacia el abolicionismo. Merece citarse la inesperada manifestación solemne del Romano Pontífice, el 25 de diciembre de 1998, desde el balcón de la Basílica de San Pedro, a las doce del mediodía. Después de la bendición «Urbi et Orbe», Juan Pablo II saludó espontáneamente "a cuantos se han reunido aquí para defender la vida humana y suprimir la pena de muerte". Estas palabras venían a explicitar un claro objetivo de «abolir la pena de muerte» ya manifestado en su discurso previo, como mensaje navideño a todo el mundo, en el que habló «con la esperanza de que se destierre la pena de muerte…». Esta esperanza ganaba especial fuerza al ser

---

9 "*Sister* Helen Prejean *speaks at St. Ignatius Church*", *Social and Pastoral Bulletin*, Jesuit Social Center, Tokio, núm. 101, April 15, 2001, págs. 1-4; "*What does Death Penalty achieve? Exhibition, Concert, Prayer Meeting and Symposium*", *Social and Pastoral Bulletin*, Jesuit Social Center, Tokio, núm. 103, July 20, 2001, pág. 1 sig.

proclamada tres semanas antes de su viaje a Estados Unidos, único país entre las democracias occidentales que mantiene legal y prácticamente la pena capital.

Hoy, en España, como en la Unión Europea, son múltiples, aunque con excepciones, las posturas abolicionistas (Robert Cario, "El restablecimiento de la pena de muerte: consideraciones de orden penológico y criminológico", en ídem (comp.), La pena de muerte en el umbral del tercer milenio, trad. S. Fernández Oliván, M. Cambl or Zamora, Edersa, Madrid, 1996, 169-192; José Luis de la Cuesta, "¿Pena de muerte para los traficantes de drogas?", en R. Cario (comp.), La pena de muerte en el umbral…, págs. 203-211). Como argumenta el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, no hay razón alguna para el mantenimiento de la pena de muerte ("Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en Manuel Cobo del Rosal [dir.], Miguel Bajo Fernández [coord.], Comentarios a la legislación penal, t. I, Edersa, Madrid, pág. 86 sigs). Dicho con formulación de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: "La pena de muerte es, por definición contraria al principio de humanidad de las penas" (Derecho penal. Parte general, Valencia, 2002, pág. 544).

Más recientemente, a finales del año pasado —27 de noviembre de 2003— en el acto académico convocado por Cultura Información Cristianismo (CIC) y Acción de los cristianos para la abolición de la tortura (ACAT), el doctor en filosofía y en teología, profesor titular de la Universidad Ramón Llull, de Barcelona, Francesc Torralba, en su "Reflexión" sobre la pena de muerte, ilustrada posteriormente con la película "Pena de muerte", de Tim Robbins, defendió su tesis abolicionista desde diversos puntos de vista. Desde la filosofía y la teología (que a nosotros nos interesa especialmente) propugna la abolición porque comprende al ser humano "como una realidad hecha de necesidades y de posibilidades" (con formulación de Soerenkierkegaard).

> "Esta pena debe abolirse, —afirma—, porque le priva al delincuente de las "posibilidades de cambiar"…, le "niega la posibilidad de cambio, la posibilidad de transformación…".

El profesor catalán tiene fe

> "en que un ser humano, que ha causado mucho sufrimiento a otros, puede cambiar", y debe cambiar para reparar a sus víctimas y/o macrovíctimas.

En pocas palabras, insistimos en el importante argumento de los abolicionistas tradicionales que a todos los delincuentes les reconocen el derecho a corregirse y, por lo tanto, a seguir viviendo para poder resocializarse… ; pero —con pupila victimológica— añadimos algo de gran calado: el derecho a seguir viviendo para poder reparar, ensalzar, dignificar y rehabilitar[10] a sus víctimas. Aquí, en este contexto, rehabilitar significa más que volver a la situación anterior, más que la "rehabilitación social del penado", del art. 83.1.5º del Código Penal; significa homenajear, encumbrar, festejar, etc., al Siervo Sufriente, las víctimas, como lo reclama la victimología de máximos.

---

10 "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law", Preámbulo a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 18 de enero de 2000, … *International Review of Penal Law*, vol. 71 ..., p. 498.

LA MUERTE COMO CASTIGO EN LA SHARIA[1]

M. Cherif Bassiouni
Universidad DePaul de Chicago
Instituto Internacional de Derechos Humanos

La Ley Islámica *Sharia* está basada en dos fuentes el Corán y la Sunna (los dichos y acciones del Profeta Mohamed). El Corán contiene las palabras de Ala (Dios) que inspiraron al profeta y que pronunció en presencia de otros quienes memorizaron estas expresiones y escribieron fragmentos de él durante aquel tiempo[2]. El Corán fue definitivamente transcrito algunos cuarenta años después de la muerte del Profeta Mohamed por el tercer Califa, Uthman ibn Affan y fue concluido en el año 651 después de Cristo. El trabajo de esta compilación se inició durante el mandato del primer Califa, Abu Bakr.

Se hicieron cuatro copias alrededor del año 651 d. C (algunos dicen que fueron siete) y el texto fue verificado por los acompañantes que sobrevivieron al Profeta, el *sahaba.* Una copia se conservó en la Meca, otra fue enviada a Damasco, a Iraq, y la cuarta a Yemen. Estas cuatro copias maestras fueron llamadas "Imam", y todos los libros subsiguientes que contenían el *Corán* se basaron en ellas. Nadie en ningún momento cuestionó la autenticidad o exactitud de esa transcripción original. El *Corán*, que significa lecturas, esta ordenado en 114 suras o capítulos de desigual longitud y numerados consecutivamente. Cada *Sura* difiere en el número de *Ayat* o versículos, que varían desde los tres hasta 286 versículos.

---

1 Traducción de Antonio Muñoz Aunión *Instituto de Derecho penal europeo e internacional. UCLM y* Axel Baldemar Tamez Cano. *Universidad Autónoma de Tamaulipas. México.* Traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI.

2 Hay muchos versículos que se refieren a los orígenes divinos del Corán; 42:51, 26:192, 42:7, 16:102, 17:106, y 41:11 – 12:99.

El Corán es la fuente principal de la Sharia, y esta completado por la *Sunna*[3]. El registro completo de la Sunna fue compilado por Ishaq ibn Yassat 136 años después de la muerte del Profeta, en el año 11 de la Hégira[4].

Si bien, el Corán es la fuente dominadora, ambas representan las fuentes primarias de la ley Islámica[5]. Las disposiciones contenidas en estas dos fuentes primarias de la ley Islámica, sin embargo, requieren de interpretación. De hecho, muchos de los dichos del Profeta, o *haditha* (que son parte de la Sunna), interpretan algunos versículos del Corán.

Después de la muerte del Profeta, la necesidad de interpretación se acentuó debido a que el número de supuestos *hadith* proliferó, alcanzando la cifra de 200,000[6]. Esto condujo a su vez a la necesidad de fuentes suplementarias de ley para aplicar cuando las dos fuentes primarias fueran inconsistentes o no tuvieran respuesta a una cuestión formulada. Entre estas fuentes de ley se incluyen *urf* (la costumbre), *istihsan* e

---

3 Las fuentes más fiables de la Sunna son las del Imam Muhamad al-Bukhari, *Al-Sahih al-Bukhari* (Imam al-Nawawi ed., 6 vols., 1924) que contiene 7,275 *hadith* contrastados, y la del Imam Muslim ibn Haág, *Al-Sahih Muslim* (n.d.). Los imanes *al-Bukhari* y eI Imán *Muslim* eran contemporáneos, y murieron respectivamente en el año 257 y en el 261 después de la Hégira, sus trabajos han pervivido en el transcurso del tiempo. Al – Bukhari apunta que hay consenso en relación a los 7,275 hadith que aparecen en su *sahíh,* aunque, debido a repeticiones y coincidencias, en realidad solamente se disponen de 2,762 *hadith* separados. En aquel tiempo, había 200,000 presuntas *hadith* en circulación. La obra de Bukhara traducida al francés se encuentra *Les Traditions Islamiques* (Traducido en varios volúmenes por D. Hondas y W. Marçais., 1903-14). El debate sobre qué *hadith* viene a ser un *sahih,* que equivale a la verdad, resulta tan amplio como el de la interpretación de cada *hadith*. La reconciliación de *haditha* inconsistentes y contradictorios es otro aspecto complejo cuyo mejor análisis se encuentra en la obra de Ibn Qutayba, *Ta'Wál Mukhtatafat al_Hadith* (Interpretación de Diferencias en el Hadith, 1936), traducido en lengua francesa, *Le traité des Divergences du Hadith d'Ibn Qutayba* (G. Lecomte trans. 1962). Para un trabajo actualizado pero que, sin embargo, cubre solo 632 hadith, véase Mulana Muhammad Ali, *A Manual of Hadid* (1983).

4 Esto está basado en el Corán. Véase Surat al-Nissa'a, 4:59.

5 Esto fue debido al hecho de que el número de presuntos *hadith* proliferase y alcanzase los 200,000, pero también debido a que algunos hadith eran inconsistentes, y algunos eran incompatibles con el Corán. Véase Ibn Qutayba, nota 2 arriba.

6 Esto requirió el desarrollo de una nueva técnica para reconciliar o explicar estas divergencias. Véase, Ahmad Hassan, *The Early Development of Islamic jurisprudence* (1991).

istihlas (la equidad), *maslaha* (el interés público) e *ijtihad* (mejor razonamiento)[7]. Dado que la *Sharia* es una ley dada por Dios a la humanidad, esta debe ser integral. En consecuencia, los conceptos doctrinales, los puntos de vista legales, las técnicas de interpretación, y las decisiones judiciales no pueden dar lugar a disparidades, o resultar contradictorias. A lo más, pequeñas diferencias de una a otra[8]. Todo esto dio lugar al *fiqh.* Con este término *al-fiqh* se conoce a la ciencia o al conocimiento de las prescripciones de la *Shariá* las cuales derivan de sus fuentes específicas. Esto incluye todas las normas obligatorias, los juicios y las opiniones eruditas.

Esto también condujo al desarrollo de la ciencia de la interpretación de la *Sharia*, *ilm usul al-fiqh*[9] (la ciencia de los principios de interpreta-

---

7 Una corriente principal en el *ilm ustd al-fiqh* distingue entre fuentes principales (el Corán, la Suna, el *Ijm'á,* o consenso de opiniones de eruditos y jueces, y las *Qiyas*, o analogía) y las fuentes suplementarias. Las ultimas consisten en: *Istislah* o *Maslaha,* consideración del bien público; *Al –istihsan*, el razonamiento basado en el mejor resultado, o equidad; *Al –urf,* la costumbre y uso; las prácticas de los cuatro primeros *Califas* "sabios", como forma de precedente autorizado; los edictos de los *Califas* y gobernantes locales; la jurisprudencia de jueces; los tratados y acuerdos, los contratos (la *Sharia* contempla los contratos como ley vinculante para las partes siempre y cuando no viole la *Sharia*), y la *Ijtihad* (véase, la nota 24 mas abajo). Una primera ilustración de la jerarquía de las fuentes de la *Sharia* y el reconocimiento de la *ijtihad* se encuentra en un dialogo más bien estructurado en forma de una entrevista —entre el Profeta y Muadh ibn – Jabal a quien designó como juez en Yemen—. El *hadith* lee esencialmente como sigue:

> El Profeta: "¿Cómo decidirás cuando se presente una cuestión?"
> Muadh: "Según el libro de Alá" (el Corán)
> El Profeta: "¿Y si no encuentras nada en él?"
> Muadh: "Según la Suna del mensajero de Alá".
> El Profeta: "¿Y si tampoco encuentras nada en sus escritos?"
> Muadh: "Entonces, aplicaré mi propio razonamiento"
> (El Significado de la *Ijtihad*)

El hadith indica la conformidad del Profeta con esta aproximación. Se debe, señalar sin embargo que no todos son capaces de ofrecer la *Ijtihad*. Hay algunos requisitos y condiciones relativas a quienes pueden ejercitar estas funciones. Véase, también la nota 24 más abajo.

8 Para una perspectiva contemporánea, véase, por ejemplo, Bernard G. Weiss, The Spirit of Islamic Law (1998).

9 El primer texto sobre la *ibn usul al-fiqh* fue compilado por el Imán Mohammed ibn Idriss el-Shafe'i en el año 204 después de la Hégira, en su elaborado texto *Al-Risalá*. Véase *Risalá-el-Shafe'i* (trad.Majid Khadduri, 1961). Véase también Maham-

ción de la ley). El *Ilm usul al-fiqh* se desarrolló en el segundo siglo de la *Héjira* en parte debido a que Musulmanes de muy diferentes culturas cuya lengua no era la árabe necesitaban ser guiados por ciertas reglas de interpretación para evitar la confusión que diferentes perspectivas lingüísticas y culturales pudieran traer con la interpretación de la *Sharia*. Por lo tanto, nos referimos a la ciencia de las reglas a través de las cuales se determinan las prescripciones de la *Sharia.* Esto incluye una jerarquía de fuentes de ley y fuentes de interpretación; así como las reglas de interpretaciones lingüísticas y sustantivas.

Por ejemplo, el *Corán* tiene precedencia sobre el resto de fuentes, seguido por la Sunna. Para el Corán el último versículo en el tiempo tiene precedencia, y lo mismo ocurre con el *hadith.* El versículo específico o hadith tiene precedencia sobre los versículos generales o hadith, y así respectivamente. Algunas escuelas de jurisprudencia se han desarrollado a las que se conoce como *madháhib* (plural de *madháb*)[10]. Después del cuarto *Califa*, Ali, quién fuera sobrino del Profeta, surgió una disputa política para determinar que el *Califa* (gobernador) fuera elegido entre los Musulmanes o de los descendientes del Profeta. Los defensores de esto último fundaron el movimiento del *Chiísmo.*

Los *Sunnis* (que comprenden alrededor del 90 por ciento de los 1.2 billones de musulmanes en el mundo) reconocen cuatro escuelas coránicas[11], de cada una de ellas

---

mad Abu Zahra, *Usul al-Fiqh* (1958); Abdel Wahab Khailaf, *Ibn Usul al-Fiqh* (8 edición, 1947); Zokaria el-Berri, *Ustd al-Fiqh al-Islamí* (The Principles of Islamic Law) (1980).

10 Véase, por ejemplo, Mohammad Hashim Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence* (1991); Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (1964); N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (1965).

11 Son las siguientes: Maliki, para Imán Abu Abdulla Malek ibn Anas (179 después de la Hégira), el Imán Malek fue el primero en haber reunido todos las *fatawa* (plural de *fatwa*) del primer *Califa*, Abou Bakr (año 11 después Hégira) hasta aproximadamente el año 170 tras la Hégira. Esto fue hecho por la petición del entonces *Califa* el-Mansour. Abou Hanifa, para el Imán Nu'man ben. Thanit quien fue conocido como Abu Hanifa (que significa, literalmente, el padre de la recta religión.) (fallecido en el año 150 después de la Hégira). Shafe'i, para Imán Muhammad bin Idriss al-Shafe'i, véase, la nota 7 mencionada anteriormente. Hanbali, para el Imán Ahmad ibn Hanbal (d. AH 240).

Para una perspectiva más contemporánea de estas escuelas, véase, Christopher Melchert, *The Formation of the Sunni Schools of Law, 9th -10th Centuries CE* (1997);

Posteriormente ha generado una o más escuelas secundarias. Por ejemplo, la escuela Abu Hanifa albergó dos escuelas secundarias que fundara Abu Yusuf Ya'qub al-Ansari y Muhammad al-Shaibani. Al-Shaibani fué el primer académico en compilar textos musulmanes de Derecho internacional[12]. La escuela *Hanbali* que es la más ortodoxa de las cuatro, dio lugar a la escuela *Wahabi*, que lleva el nombre de su fundador, Abdel Wahab, cuyas opiniones son aún más rigurosas que las del Imam Ahmad ibn Hanbal. Esta escuela tiene sus seguidores principalmente en Arabia Saudita. Por su parte, el Chiísmo también desarrolló sus propias escuelas y escuelas de segundo rango.

Irán es el único Estado musulmán que casi en su totalidad pertenece al Chiísmo. Este país sigue la escuela llamada *Ithna-Asharia* (la "Doceava", nombrada en honor del decimosegundo Imán reconocido por el *Chiísmo,* dirigente al que en la creencia popular, se le considera "oculto" en una cueva, y a quien se espera que "reaparezca" en algún momento para conducir los creyentes por el camino correcto)[13].

Otras escuelas de jurisprudencia han surgido también de ciertos movimientos religiosos o políticos en la historia del Islam[14]. Estos *madhãhib* organizan las fuentes de ley secundarias e inferiores de manera distinta,

---

Norman Calder, *Studies in Early Islamic Jurisprudence* (1993); Muhammad Kamali Hashim, *Principles of Islamic Jurisprudence* (1997); Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (1994); y N.J. Coulson, *A History of Islamic Law* (1965). Véase, también, por ejemplo, David A. Funk, "Traditional Islamic Jurisprudence: Justifying Islamic Law and Government" (1993) *20 Southern University Law Review* 213; Gatnal Moursi Badr Islamic Law.: Its Relation to Other Legal Systems (1974) *26 American Journal of Comparative Law.* 187. Para una perspectiva diferente, véase, George Makdisi, "the Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court 1" (1984) *Zeinchrift fûr Geschichte der Arabish-Islamischen Wissenschaffen* 233. Debe apuntarse que estas cuatro escuelas o madhahed se considerada que no son contradictorias una con la otra, sólo diferentes en una forma que no es incompatible con el Corán y la Suna.

12 Véase Majid Khadduri, *Siyyar al-Shaybani: The Law of War and Peace in Islam* (1955).

13 Véase, por ejemplo, Seyyed Hossein Nasr y otros. (eds.), *Shi'Isn: Doctrines, Though and Spirituality* (1988). El Corán, sin embargo, específica que solo Jesús de Nazaret que ha sido elevado en vida a un lado de Alá pueda regresar a la Tierra antes del día del juicio final para guiar a los pueblos del mundo hacia el sendero correcto del Islam.

14 Entre estas se encuentran; la *niu'razala*, el *Khatuarij* y el movimiento *sufí* que dieron lugar a varias ramas en diferentes países musulmanes en distintos periodos. Véase C. Glassé, *The Concise Encyclopedia of Islam* (1984).

y se inclinan por encontrar aproximaciones analíticas y métodos separados de la interpretación de la *Sharia*[15].

Ilm usul al-fiqh reconoce esta diversidad dentro de un marco holístico. Uno de los grandes debates doctrinales entre todas las escuelas de jurisprudencia, pero principalmente entre la *Sunni* y la *Chiíta,* cuyo principal aspecto es sí el Corán y la Sunna deben ser interpretadas, literalmente, o sobre la base del objeto y finalidad del texto, o ambas[16]. El hecho de que se adoptase una posición u otra, determinara sí las políticas legislativas que se infieren de los distintos aspectos que regula la Sharia se consideran relevantes para la interpretación textual del *Corán* y de la *Sunna*[17]. Es probablemente en este aspecto donde exista una mayor divergencia de puntos de vista entre lo que denominaría como tres categorías amplias de pensamiento y práctica.

La primera es la de los "tradicionalistas", que representan los modelos religiosos prevalecientes en los mundos *Sunnis* y *Chíita*[18]. La in-

---

15 Para un acercamiento musulmán clásico autorizado mediante una técnica analítica histórica, véase la obra de Ibn Khaldoun, *Al –Muqaddima* (Trad. F. Rosenthal., 3 vols., 1958); y a Ibn Khaldoun, *Kitab al-'Ibar*. Para un análisis de la filosofía de historia en la obra de Ibn Khaldoun, vea Muhsein Mahdi, *Ibn Khaldoun's Philosophy of History* (1971). Otro de los principales historiadores musulmanes es al-Tabari: véase El-Tabari, *Kitáb Ikhsiláf al Fuqaha'a* (The Book on the Differences of Scholarly Interpretation) (F. Kern ed., 1902). Para un breve análisis contemporáneo, véase Joseph Schacht, "The Schools of Law and Later Developments", en Majid Khadduri y Herbert Liebesny (eds.), *Law in the Middle East* (1995).

16 Este debate se encuentra caracterizado por el gran debate entre *al-zaher*, el significado obvio o literal, y *al-baten,* el significado oculto o el propósito. La filosofía Sunni apoya el acercamiento *Al-saher* a excepción de que el propósito o el significado oculto resulte evidente en algún aspecto del *Corán* o de la *Sunna*. El *Chíismo,* permite el uso del significado *al-baten* para la interpretación del texto literal. Para una perspectiva contemporánea, véase, Bernard G. Weiss, nota 7 mencionada anteriormente.

17 Este debate se caracteriza por el hecho de que la *Sharia* sea dinámica o estática. Para un acercamiento reformista "tradicional" contemporáneo, véase, Fazlur Rahman, *Islam and Modernity: Transformation of an Intellectual Tradition* (1986). Véase, también Muhammad Iqbal, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam* (1951). Para una vision más "tradicionalista", véase M. Mawdudi, *Toward Understanding Islam* (A. Ghandi trans., 5th edn, 1954).

18 El *Chíismo* tiene una estructura religiosa jerárquica que confiere al clérigo aun más autoridad sobre los fieles que los *Sunnis.* Esto es debido al hecho de que el clérigo Chiíta que se originó en el sur de Irak y en Irán, particularmente en este último, el papel histórico de una jerarquía bien organizada de clérigos en regímenes religio-

fluencia de estos dos regímenes es decisiva, en parte debido a su papel preponderante en materia de educación. Sus enseñanzas en las universidades Islámicas, como *Al-Azhar* (que es la principal academia *Sunni*), *Najaf* y *Qum* (que son las mas representativas academias de *Chiítas*), así como en escuelas de la mayor parte del mundo musulmán, hacen de sus opiniones las mas popularmente diseminadas y aceptadas. Los "Tradicionalistas" *Sunníes* son, en esencia, literarios, pero de forma inexplicable su interpretación también incluye reconocer que el Profeta y sus primeros cuatro sucesores, denominados los "sabios", confiaron en los propósitos de la *Sharia* en sus interpretaciones de la letra del *Corán.*

En la segunda categoría se encuentran los "fundamentalistas", que son esencialmente dogmáticos, intransigentes y literales. Ellos buscan las soluciones de los tiempos antiguos como una panacea para problemas contemporáneos complejos, algunos incluso convirtiéndose al activismo político y a la violencia como medios para propagar sus posiciones[19].

---

sos "anteriores" estuvo bien presente. Baste con recordar la tradición Zoroastriana y su dominante jerarquía religiosa. Sobre la historia más antigua de la sociedad iraní, véase J. M. Cook, *The Persian Empire* (1983); véase también R. Frye, *Islamic Iran and Central Asia (7th – 12th Centuries)* (1979).

19 Esto no fue, sin embargo, siempre el caso. De hecho, el término "fundamentalista" tiene su origen en algunos movimientos reformistas que han surgido en diferentes tiempos y lugares sobretodo en los últimos siete siglos. Lo que tienen en común estos movimientos es su búsqueda por una forma más ascética, ortodoxa y simple. El *muwahhidai* fue un movimiento fundamentalista que apareció en Marruecos en el siglo doce después de Cristo, al mismo tiempo que se originó un movimiento similar por Ibn Taymiya en Siria entre 1263 y 1328, y por parte de, Ibn Khaldoun en Egipto entre 1332-1408 d.C.). Esto dio lugar al movimiento *al-Salaf al-Salih* (la senda correcta) en Egipto en los inicios del siglo veinte d.C. impulsado por el Jeque Mohammad Abdou, el *Mufti*, quien fuera discípulo de Jamal el-din el-Afghani, un reformista de mediados de 1800. Sin embargo, estos fueron movimientos reformistas que surgieron desde dentro de la doctrina *Sunni* "tradicionalista" existente. Los movimientos contemporáneos son una reacción frente, o como consecuencia de, corrupción, desgobierno y pobreza en diferentes países musulmanes. Como resultado, ellos también han creado un movimiento político y algunos grupos creen en la eficacia de llevar a cabo una *jihad* o una guerra santa por el uso de medios violentos. Véase, por ejemplo, W. Montgomery Watt, *"Islamic Fundamentalism and Modernity"* (1988); John L. Esposito, Islam and Politics (2 edición 1987); Hasan Hanafi, "The Origin of Modern Conservatism and Islamic Fundamentalism¨ en Ernest Gelher (ed.), *Islamic Dilemmas: Reformers, Nationalists and Industrialization* (1985); y Martin S. Kramer, *Political Islam* (1980). Véase también M. Cherif Bassiouni, "

La tercera es una categoría que consiste en varios reformistas seculares y otros "tradicionalistas" con una visión progresista, a la que la corriente principal de "tradicionalistas y "fundamentalistas" se refieren (con distinto grado de desaprobación) como los *ilmani*, que caracteriza a aquellos que usan *ilm* o conocimiento. Los *ilmani* buscan lograr los objetivos legislativos de la *Sharia* mediante técnicas de jurisprudencia reconocidas, que incluyen la *ijtihad*, a través del desarrollo científico[20]. Los *ilmani* también buscan los propósitos y políticas de la *Sharia* para como medio para abordar los problemas contemporáneos. Aquellos detractores de este acercamiento argumentan que el uso de conocimiento científico para reexaminar las suposiciones, interpretaciones y aplicaciones de la *Sharia* resulta inapropiado, inaceptable o anatema dependiendo del grado de cerrazón intelectual o fanatismo religioso. Pero este posicionamiento *ilmani* ha sido apoyado por académicos de la talla de Ibn Taymia e Ibn Khaldoun[21].

A Search for Islamic Criminal Justice: An Emerging Trend in Muslim States" en Barbara Freyer Stowasser (ed.), *The Islamic Impulse* (1987), p. 244. Este libro también contiene algunas contribuciones sobre varios aspectos del fundamentalismo Islámico.

20 Muhammad T. Amini, *Fundamentals of Litihad* (1986); Fozlur Rahman, *Islam and Modernity: Transformation of an Intellectual Tradition* (1980); y Hassan Hanafi, "The Origin of Modern Conservatism and Islamic Fundamentalism" en Ernest Gellner (ed.), *Islamic Dilemma: Reformers, Nationalists and Industrialization* (1985).

21 Para dos visiones académicas actuales, véase Fazlur Rahman, *Islam and Modernity: Transformation of an Intellectual Tradition* (1986); y Muhammad Iqbal, *The Reconstruction of Religious Thought in Islam* (1951). El siglo veinte tuvo reformas tan principales, surgidas de entre las filas del clero de los tradicionalistas, como la del Jeque Mohammad Abdu de Egipto y más tarde en 1940, Sayed Qutb de Egipto quien fuera el faro intelectual de la Hermanos musulmanes. Véase, por ejemplo, Sayed Qutb, *Social Justice in Islam* (existen varias traducciones que fueron publicadas en varios países en distintos años). El rector, al momento de la redacción de este escrito, de al-Azhar, Sheikh Hassan Tantawi, se ha convertido entre los clérigos *Sunníes*, en uno de los principales reformistas menos radicales. Hace unos años, como *Muftí* de Egipto, publicó una declaración en la que afirmaba que los intereses de los bancos no son (*riba*) usura. Esta fue la primera vez que una declaración como esta había sido publicada por un *Muftí* principal desde que el Imán Ahmad Abdou afirmase, en 1930, que las libretas de ahorros de las entidades postales podrían dar una "interés fijo". Desde la década de los setenta, un nuevo concepto denominado "actividades bancarias islámicas" se ha desarrollado para solventar el problema de la usura y de los intereses bancarios. Véase, M. Cherif Bassiouni y Gamal Badr, *Interests and Banking Islam* (1990), p. 34. Para una visión reformista de la justicia crimi-

Los escritos de los académicos musulmanes usualmente reflejaran las posturas representadas por estas tres categorías. En consecuencia, el lector, ya sea musulmán o no y que no está familiarizado con estas distinciones y con las complejidades de la *Sharia*, se enfrentará a dificultades para entender todas estas teorías y sus aplicaciones[22].

El Islam se expandió a regiones con culturas distintas de la Arábiga donde el Islam se arraigo en primer lugar. Los problemas a los que *Sharía* se enfrentaba en la simple sociedad beduina del desierto de la península Arábiga ofrecían pocos precedentes para sociedades más complejas en el subcontinente Indio y otras sociedades[23]. Pero, desde el momento en que el Corán es dado por Dios y no puede ser alterado, estas diferencias jurisprudenciales y doctrinales han tenido que ser reconciliadas, esto ha dado lugar a discusiones muy enconadas e interesadas. Llego el momento, en que todo esto se fue complicando lo que limitó el conocimiento del *fiqh e ilm usul al-fiqh* a aquellos que podían dedicar muchos años a estudiarlo. Para ser un licenciado de la principal universidad Islámica *Sunni, al-Azhar*, y recibir el título de *islamia*, que equivale a un doctorado, se requiere de doce años de estudio tras finalizar la escuela secundaria.

El *Chiísmo*, por las razones mencionadas anteriormente[24], siempre contó con una jerarquía clerical desde civilizaciones anteriores que mantenía un férreo control de sus seguidores. Esto es cierto aún hoy, e Irán es el mejor ejemplo. El hecho de que el idioma del pueblo Iraní sea el Farsi hace aun más difícil para los musulmanes iraníes corrientes aprender árabe y leer el Corán en su idioma original. Por lo tanto, el clérigo iraní es el intermediario necesario entre los fieles y la *Sharia*,

---

nal islámica y de los estándares contemporáneos de los derechos humanos., véase, M. Cherif Bassiouri, "Source of Islamic Law and Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System", en M. Cherif Bassiouri (ed.), *The Islamic Criminal Justice System* (1982), p. 3. Debe observarse que el término *ilmami* debe ser distinguido del de *almani*, este último se refiere a los agnósticos.

22 Para trabajos generales sobre el Islam, véase John L. Esposito, *Islam: The Straight Path* (1988); Gerhard Endress, *An Introduction to Islam* (1988); J. Hodgson, *The Venture of Islam: Conscience and History in a World Civilization* (3 vols., 1973).

23 Para una perspectiva contemporanea, véase, Martin Gerber, *Islamic Law and Culture* (1990); e Ira M. Lapidus, A *History of Islamic Societies* (1988). Véase, también Laurence Rosen, *The Justice of Islam* (2000), pp. 154-86.

24 Véase nota 19 mencionada anteriormente.

así como su intérprete, y esto explica su poder. Esto explica también porque los excesos cometidos por la revolución iraní, especialmente los abusos legales y judiciales —todo hecho con la aprobación del liderazgo religioso-político de los Ayatolas— no fueron, en su mayoría, objeto de oposición. Ejemplo de esto, lo encontramos en el secuestro de los diplomáticos de Estados Unidos en Teherán en 1979[25].

Los expertos se convirtieron en la elite, los consejeros de los gobernantes, y los maestros de las masas. Esto puede explicar porque los clérigos *Sunníes* "tradicionalistas", para preservar su poder, decidieran en el quinto siglo después de la Hégira, o siglo XII después de Cristo, impedir la utilización de la *ijtihad* o, mejor razonamiento, como una fuente del Derecho y como un método de interpretación[26]. Ya que la *ijtihad* es la fuente básica del desarrollo progresivo, su detención preservó el pasado y condenó al futuro a seguir anclado a ese pasado[27]. Ningún país musulmán hasta ahora ha intentado reabrir oficialmente la puerta a la *ijtihad*, a pesar de que la necesidad para ello sea obvia, a la vista de la cantidad de desarrollos científicos y tecnológicos.

Para entender la *Shariá* en todas sus complejidades se requiere un conocimiento de sus interpretaciones y aplicaciones jurisprudenciales y académicas no solo a lo largo de un —lapso de historia de quince siglos— sino también de las muchas regiones del mundo musulmán que se caracterizan por diferentes culturas, costumbres y usos, todos los cuales han influido la forma en que ellos interpretan y aplican la *Shariá*.

---

25 Véase M. Cherif Bassiouni, "The Protection of Diplomats in Islamic Law" (1980) 74 *American Journal of International Law* 609. Se produjeron numerosos excesos en la época de la Revolución donde se ejecutó, de forma sumaria, a muchas personas, y se torturó y detuvo arbitrariamente a muchos otros, en clara violación de los preceptos islámicos de justicia criminal. Véase M. Cherif Bassiouni, "The Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System's en M. Cherif Bassiouri (ed.), *The Islamic Criminal Justice System* I (1989).

26 Véase, nota 19 arriba.

27 Sin embargo, véase, Wael B. Hallaq, "Was the Gate of Ijtijhad Closed" (1984) 16 *International Journal of Middle East Studies* 3.

Crímenes y penas en la Sharia[28]

La *Sharia* contiene tres categorías de crímenes: *Hudud*[29], *Qesas*[30]y *Ta'ázir*[31]. Sus fuentes normativas varían, y en ocasiones, varias fuentes normativas tienen que ser combinadas para completar la definición de un crimen determinado, definir sus elementos, y establecer sus requisitos probatorios. Las escuelas jurisprudenciales *Sunníes* y *Chiíta* difieren en cuanto a algunos de los elementos de los crímenes existentes en estas tres categorías y en sus requisitos de prueba, lo que hace su estudio más difícil.

Crímenes Hudud

Los *Hudud* (*Hudud* significa el límite, o los limites prescritos por Ala) que están establecidos en el *Corán* y que son suplementados por la *Sunna*.

Consisten en siete crímenes específicos: uno requiere obligatoriamente la pena de muerte (*haraba*), tres permiten la pena de muerte como opción (*ridda, zena y baghi*) y tres conllevan otras penas corporales. La óptica legislativa de estos crímenes es la prevención general, que explica la severidad de las penas.

Muerte y castigo corporal. Como muestra de una política clara de prevención general, por oposición a la mera retribución, cada delito tiene elementos específicos y unos requisitos extraordinariamente rígidos de prueba que deben ser probados más allá de cualquier duda. Los académicos en el mundo musulmán se refieren a los estándares probato-

---

28 Véase, M. Cherif Bassiouni, "L'Islam Face à la Déviance", en A. Bouhdiba y M. Ma'ruf al Dawalibi (eds), *Les Différents Aspects de la Culture Islamique* (1995), p. 903; Muhammad Abu – Zahtra, *Al – Jarima Wal – Uquba fil Islam* (Crime and Punishment in Islam) (1974).

29 Aly Aly Mansour, "Hudud Crimes" en M. Cherif Bassiouni (ed), *The Islamic Criminal Justice System* (1982), p. 195.

30 M. Cherif Bassiouni, "Qesas Crimes" en Islamic Criminal Justice, nota 28, arriba, p. 203. Véase, también M. Cherif Bassiouni, "Les Crimes relevant du prècepte de Qesas" (1989) 4 *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* 485

31 Ghauti Benmelha, "Ta'zir Crimes" en *Islamic Criminal Justice*, nota 28, arriba, p. 211; Abdul – Aziz Amer, *Al- Ta'azir fil Sharia al Islamiâ* (1969) (Ta'azir en la Sharia islámica).

rios utilizando distintos términos pero todos se muestran partidarios de que, en caso de duda, la pena *Had* no debe ser aplicada. En un *hadib*, el Profeta amonestaba a aquellos que utilizaban pruebas equívocas[32]. Los objetivos que se buscaban al sancionar estos crímenes se desarrollaron en los tiempos del Profeta y de los subsiguientes primeros cuatro *khulafâ (khulafâ* es el plural de *khalifa)* al interpretar los elementos de estos delitos y de sus requisitos de prueba. No obstante, posteriormente, estas y otras aproximaciones interpretativas razonadas fueron limitadas por un rígido formalismo que impedía interpretaciones progresistas.

Se describen a continuación de forma breve, los siete crímenes *Hudud* y sus elementos, requisitos de prueba y las sanciones. No se enumeran siguiendo un orden alguno de prioridad. De hecho, las distintas escuelas de jurisprudencia las enumeran en distintos órdenes, incluso difieren en cuanto al número en cuestión, algunas mantienen que sólo existen cinco[33]. Se debe reseñar que estos crímenes reflejan unos objetivos de política criminal que son distintos para cada uno de los delitos. Sin embargo, todos ellos comparten las características de la teoría de prevención general que se manifiesta en la severidad de la pena y en la especificidad de los requisitos probatorios.

Ridda. La *Ridda* o apostasía equivale a renunciar al Islam. Es discutible si la *ridda* debe ser considerada uno de los crímenes *had* al no aparecer específicamente mencionada en el *Corán*[34]. *Ridda* significa algo más que un simple cambio de la creencia religiosa en el Islam que es como lo creen la mayoría de los "tradicionalistas" y todos los "fundamentalistas." Algunos de los "tradicionalistas" y los "fundamentalistas" equivocadamente equiparan blasfemia a apostasía. En un caso controvertido referente a un autor musulmán, ciudadano del Reino Unido de origen indio, Salman Rushdie que fue condenado por los Mulas iraníes por blasfemia debido a que en su libro, L*os Versículos Satánicos* aparecían

---

32 Véase, Ma'amoun Salama "General Principles of Criminal Evidence in Islamic Jurisprudence" en *Islamic Criminal Justice,* nota 28, p. 109.

33 Al excluir los dos crímenes que aparecen en la *Summa* y que no están específicamente mencionados en el *Corán.*

34 El versículo del Corán, Surat al- Baqarat 2:127 que trate a este aspecto, se refiere a Abraham y es bastante general. No criminaliza expresamente la *ridda* lo que lleva a algunos académicos a considerar la *ridda* como un delito creado por la *Sunna* que debe entenderse formando parte del *Ta'azir* y no del *Hudud.*

declaraciones blasfemas. Algunos musulmanes seculares se mostraron contrarios al igual que varios *ulama* (estudiosos religiosos)[35] tradicionalistas. Otro caso reciente ocurrió en Egipto cuando un profesor asociado de literatura árabe de la Facultad de Artes de la Universidad de El Cairo, Dr Nasr Hamad Abu Zeid, redactó un folleto con el título de *Naqd al-Khitad al-Dini* (Una crítica de la Lengua Divina)[36]. En esta obra, y en otros escritos suyos relativos al Corán desde una perspectiva literaria, se adoptaba la posición de que el discurso divino no podía ser tomado de forma literal. Proponía, en cambio, que la intención de los mismos era trasladar una impresión con palabras que evoque determinadas imágenes en la mente de la sociedad. Esta aproximación se encuentra dentro de la categoría de aquellos que consideran que el *Corán*, en todas las instancias, este sujeto a una interpretación literal. Esto resulta contrario, a los preceptos básicos del fundamentalismo.

Egipto dispone de un código penal secular que no contiene la *ridda*. Pero las leyes de relaciones familiares de Egipto aplican la *Shari'â* a los musulmanes y una asociación civil pudo presentar una reclamación civil con éxito ante un tribunal de familia para forzar a Abu Zeid a divorciarse de su mujer, ya que los no musulmanes no pueden casarse con una mujer musulmana. Abu Zeid recurrió, primero al Tribunal de Apelación de El Cairo que sorprendentemente falló en su contra manteniendo el fallo del juicio anterior[37]. Poco después, Abu Zeid recurrió al Tribunal Supremo de Egipto, argumentando que la *ridda* era un crimen y que sus elementos se encuentran tipificados en la *Shari'â* y que nunca fue su intención renegar del Islam o cometer blasfemia, y que el Tribunal de Familia carecía de competencia para ordenar su divorcio (la ejecución del mismo encontrándose en suspenso.) Para sorpresa de todos, la Sala Civil, Comercial, y de Asuntos Familiares del Tribunal Supremo compuesta por cinco jueces confirmó el fallo del Tribunal de Apelación en una decisión con fecha 5 de agosto de 1996[38].

---

35 Véase, M. Cherif Bassiouni, "Remarks" (1989) *Proceedings of the American Society of International Law* 432. Para una opinión distinta, véase, Alaa – El Din Kharoofa, Hukm Al – Islam FiJara'im Sabman.

36 (Cairo; Madbouli Press, 1995).

37 Decisión Nº 287, 14 de junio de 1995.

38 Rabe 'e Awal 1417 AH.

En los primeros tiempos del Islam la apostasía significaba que una persona abandonaba o estaba a punto de abandonar el mundo islámico para unirse a los enemigos del Islam. En nuestros días, esto sería equivalente a alta traición. Por tanto, la visión simplista de la apostasía que hacen los "fundamentalistas" y alguno de los "tradicionalistas" no se encuentra en consonancia con el propósito legislativo de la *Shari'â*. Una indicación reveladora de esto se encuentra en el hecho de que las cuatro escuelas *Sunni* de Jurisprudencia difieren sobre cuando la *ridda* debe ser concluyente. Cada una de las Escuelas enumera distintos elementos que deben ser probados así como distintos períodos de tiempo para que el infractor pueda retractarse de la *ridda,* que varía entre uno y diez días. Así, si es una cuestión temporal, debe también reconciliarse con otro principio angular del Islam, a saber, que no puede existir coacción en el Islam[39].

Por consiguiente, mantengo que el espacio de vida temporal del infractor es un criterio tan válido como el rango de uno a diez días[40]. De mayor interés, sin embargo, para esta interpretación es un *hadib* que relata que cierta persona fue llevada ante el Profeta por cometer *ridda*. El Profeta se ocupó de la cuestión como sigue: el Profeta le pregunto que había hecho, y se le contó que al infractor se le había sorprendido lanzando una jabalina al cielo, gritando 'Quiero matarte, Dios'. El Profeta le preguntó a infractor ' ¿por qué?' Su respuesta inmediata fue que su amada, con la que iba a desposarse, había muerto de una enfermedad repentina, y que estaba disgustado con Dios por habérsela llevado. El Profeta miró a sus acompañantes y declaró: ' ¿no os resulta suficiente su creencia en Dios que quiere matarlo ?' Por tanto, la *Ridda* no pudo quedar establecida y no se le impuso pena alguna. El valor que se desprende de este *hadib* resulta evidente en sí mismo. Sin embargo, y sorprendentemente, este significado se ha perdido para los "fundamentalistas" y otros defensores del razonamiento simplista, primitivo y atávico de matar a aquellos que no comparten su ortodoxia no islámica, y para los estándares de estos extremistas, el autor este con seguridad

---

39 La no coerción en la religión aparece expresamente en el *Corán, Surat al – Baqara* 2:256.

40 M. Cherif Bassiouni, "L'Islam face à la déviance" en A. Bouhadiba y M. Ma'ruf al – Dawalibi (eds), Les Différents Aspects de la Culture Islamique (1995), pp. 315-316.

incluido, por algunas de sus ideas progresistas que se desprenden de este texto.

Baghi Por *Baghi* se entiende trasgresión o levantamiento y se basa en un verso del *Corán* que revela que la conducta prohibida debe tener la naturaleza de una rebelión ya que la palabra "agresión" se utiliza en el verso en cuestión del *Corán*[41]. El Corán no prevé una pena para el *baghi*. Las cuatro escuelas Sunnis difieren por cuanto a los elementos de este crimen coincidiendo en la postura de que resulta equivalente a un levantamiento armado contra el gobernante legítimo. La pena de muerte es optativa y se puede optar por un marco amplio de penas distintas a la de muerte, incluyendo por ejemplo, el exilio.

Sariqa La *Sariqa* o robo, se castiga seccionando la mano del culpable así se prescribe en el *Corán*[42]. No obstante, los elementos de este delito son muy estrictos[43]. Se requiere, *inter alia*, una apropiación con intrusión en una zona restringida, protegida o privada y el valor de lo obtenido debe alcanzar el *nissab* o mínimo requerido, esto difiere en las cuatro escuelas sunnies. El segundo *Khalifa*, Umar ibn el -Khattab[44], en un período de sequía al que se denominó el año de la hambruna, suspendió el castigo y su decisión representa hasta la fecha una referencia jurisprudencial. Si bien, su decisión unilateral, sin fundamento jurídico en ningún precedente, y sin estar basada en los términos literales del *Corán.* Su argumentación era que un elemento no previsto del delito es que el robo ocurra en una sociedad islámica justa. De ahí que cuando una sociedad no pueda satisfacer las necesidades de su pueblo o ser justa, entonces la pena no debe ser de aplicación. Esta visión tan racionalista sólo puede inferirse de una interpretación finalista de la *Shari'â* y no del espíritu del texto de la disposición. En consecuencia, una legislación racional contemporánea puede seguir la misma aproximación, y así se ha hecho en muchos Estados[45].

---

41 Surat al- Hujurat, 409: 9.

42 Surat al- Ma'ida, 5:38.

43 Véase Ma'amoun Salama, "General Principles of Criminal Evidence in Islamic Jurisprudence" en *Islamic Criminal Justice*, nota 28 arriba, p. 109.

44 Fazal Ahmad, *Umar: The Second Caliph of Islam* (1965).

45 Argelia, Egipto, Irak, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria, y Túnez han eliminado la amputación de la mano en los delitos de robo y en su lugar imponen una pena de

Haraba. Por *Haraba* o bandolerismo se identifica a aquellos que declaran la guerra a Ala y al Profeta, y por extensión a los que se enfrentan a los gobernantes legítimos de las sociedades islámicas. Los infractores pueden ser ejecutados, o que ambas manos y píes del lado contrario sean amputadas, o ser desterrados[46]. Por tanto, la pena de muerte no es obligatoria para este delito, a menos, según los estudiosos, que resulte en homicidio. En este supuesto, interpretan la disposición del *Corán* sobre la *haraba* como sujeta a la pena capital.

Zena. La pena prevista en el Corán para la *zena* o adultero es la flagelación[47]. Sin embargo, el Profeta impuso la pena de muerte por lapidación al infractor casado. Esta precedía la aparición en el Corán de la disposición que preveía el azotamiento[48], lo que llevo a relevantes eruditos a considerar que la práctica del Profeta quedaba anulada por el Corán. Para otros, se distinguía entre casados y solteros, sosteniendo que el verso del Corán se aplica a los segundos, y la *summa* del Profeta se refiere a los primeros.

Los requisitos de prueba para demostrar este delito son muy rígidos. En concreto, cuatro testigos oculares deben testificar que un hipotético hilo no puede pasar entre dos cuerpos —en otras palabras, se requiere el acto sexual de la penetración—. Este requisito de cuatro testigos oculares significa que lo que realmente esta prescrito es que la relación sexual del coito se realice de forma pública; de otra manera, resulta difícil imaginar como pueden estar presente cuatro testigos. En los casos que fueron juzgados por el Profeta quedo claro que la pena no podía ser de aplicación en casos de dudas, y que el cumplimiento de los requisitos probatorios hace muy difícil probar este delito.

En uno de estos casos, una mujer acudió al Profeta y confeso su adulterio. El Profeta le pregunto sí alguna persona podía dar testimonio de esto pero no había testigos, insistiendo la mujer en que su confesión fuera recibida, pero el Profeta insistió en que ella regresara en cuatro

---

prisión de una duración relativamente breve. Otros Estados como Afganistán, Irán, Pakistán, Arabia Saudita y Sudán aún no lo han hecho.

46 Surat al- Ma'ida, 5:33

47 Surat al – Nur, 24:2

48 La imposición de esta sanción por el Profeta despierta interrogantes entre ciertos académicos sobre sí la pena de Zena para la persona no casada no tiene que ser de la naturaleza de *Ta'azir* en lugar de *Had.*

ocasiones para que sus confesiones reiteradas pudiera considerarse equivalente a cuatro testigos oculares. Al hacerlo, el Profeta aún insistió en que corroborara su confesión con pruebas externas, lo que hizo confesando que estaba embarazada. El Profeta, claramente, deseando evitar el castigo, lo retraso hasta que diera a luz, ya que, de otra manera, la sanción afectaría al feto. Transcurridos ocho meses, la mujer regreso, pero una vez más, el Profeta rechazo aplicar la pena debido a que tenía que amamantar al bebe, invitándola a regresar pasados nueve meses. Al regresar, le pregunto sí deseaba retractarse de su confesión, a lo que se negó. El Profeta se vio obligado a ordenar que se cumpliera el castigo, cuando sus acompañantes regresaron de realizar la lapidación, les preguntó si la habían escuchado negar su confesión, a lo que ellos contestaron que por qué, a lo que respondió que si lo hubiera negado, deberían haber dejado de lanzar piedras.

Este *hadith* del Profeta refleja el objetivo de prevención general perseguido por la pena, la naturaleza rígida de su demostración, y la aproximación indulgente del Profeta en su interpretación del crimen y en la aplicación de la pena.

Badhf. Por *Badhf* se viene a señalar la calumnia, pero en puridad se utiliza para designar la difamación del carácter y la reputación de una mujer pura[49]. Este crimen se encuentra en el *Corán* y su castigo es la flagelación[50]. No incluye la pena de muerte, los estudiosos discuten en sí la difamación debe realizarse en público o no, ya que como prueba del crimen es necesaria la declaración de cuatro testigos.

Shorb al – Khamra. Este término se refiere a la ingesta de alcohol que aparece en tres versículos sucesivos que fueron revelados en tres etapas durante un período de nueve años[51]. Sólo en la última de las revelacio-

---

49 Este versículo del Corán se revelo tras los rumores de que durante un viaje en caravana, la mujer más joven del Profeta, Aicha, que era mucho más joven que él, se sentía atraída por un joven jefe guerrero de los seguidores más cercanos del Profeta.

50 Surat al- Nour, 24: 4 Este versículo expresamente requiere cuatro testigos.

51 Surat al- Baqarah, 2: 219, después Surat al – Nissa, 4:43, posteriormente, Surat al-Ma'ida, 5:90-1. Las tribus árabes del desierto bebían el licor de dátiles fermentados. La costumbre estaba tan extendida que el Corán gradualmente prohibió la toma de alcohol en los rezos, posteriormente, amonestó contra el consumo de alcohol, y por último, termino prohibiendo la bebida de alcohol como un hecho inducido por el

nes se contiene una clara prohibición del consumo de alcohol pero no incluía castigo alguno, este tema ha sido históricamente discutido por todas las escuelas de jurisprudencia. Los arduos debates se han referido a cuestiones como qué sustancias son alcohólicas, sí el grano fermentado, las frutas y las uvas se encuentran en esta categoría o no, y hasta qué punto con la fermentación se convierte en la clase de alcohol prohibida. Puesto que el Corán no prevé pena alguna, el Profeta consideró que debía ser la flagelación. La *madhahib* no se pone de acuerdo sobre el número de golpes ni sobre la forma de administrarlos; por ejemplo, a base de golpes de vara o con látigo, o sí se puede imponer otra pena dirigida a prevenir un posterior consumo de alcohol. Por consiguiente, la pena no excluye la rehabilitación de alcohólicos. Esta característica de la pena la hace más cercana a la *Ta'azir* que a una *Had.*

Los Delitos Qesas

Los *Qesas* se basan en versículos del *Corán* que establecen algunos principios que deben aplicarse cuando se cometen determinadas violaciones de la integridad física de las personas[52] que incluyen homicidios y atentados contra la integridad físicas de las personas. Estos versículos están redactados más en forma de principios ya que carecen de los elementos de los crímenes que recaen en la categoría o de los requisitos

---

diablo. Transcurrieron varios años entre el primer y el último pronunciamiento del Corán en este asunto. Esta gradualidad se reconoce tiene su fundamento en las políticas legislativas del Corán que toma en consideración los usos y las costumbres.

52 Surat al Baqarah, 2:178-9. Uno de los significados de la palabra *qesas* es "equivalencia" De ahí que una persona que haya sufrido un daño tenga derecho a obtener su equivalente. El *Madhaheb* ha interpretado los delitos que caen en la categoría de *Qesas*, como distintos de aquellos que deben estar sujetos a la *dyya.* Veáse, Ahmad Fathi el –Bahnassi, Al – Dyya *fil Shari'â* al – Islamia (1967) (Dyya en la Shari'â islámica; y Ahmad Fathi el – Bahnassi, *Al- Qesas* fil Fiqh al Islami (*Qesas* en la Fqh del Islam). Es la opinión de quien escribe que esta no es la sola interpretación del Corán, que no establecía dos categorías de crímenes, sino sólo una, para la que las penas variaban entre la causación del mismo daño, o la *qesas*, a la *dyya*, o el perdón. Véase, Surat al – Baqarah, 2:178-9; Surat al – Ma'ida, 5:45 y Surat al – Nisaâ, 4:92. Véase, también M. Cherif Bassiouni, "Qesas Crimes" en Islamic Criminal Justice, nota 28 arriba, p. 203; M. Cherif Bassiouni, "Les crimes relevant du prècepte de Qesas", (1989) 4 *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* 485. La posición del autor se basa en los versículos del Corán citados antes.

de prueba[53]. La Sunna y otras fuentes complementan estas disposiciones. Los versículos en el Corán que tratan este tema disponen que la víctima tenga derecho a causar o que se inflija al causante el mismo daño que sufrió la víctima que puede llegar incluso hasta su muerte;[54] o bien, prevén la *diyya* o compensación a la víctima que el *Corán* considera preferible a la primera alternativa. Finalmente, estos versículos concluyen con la opción más deseable, a saber, el perdón de la víctima, y por supuesto, de los herederos de la víctima. Se pone de manifiesto que la compensación a la víctima presente en las políticas legislativas más adelantadas es una alternativa a cualquier pena; así como a facilitar la reconciliación entre víctima e infractor[55]. Además, en la última parte del versículo se exhorta a la víctima a perdonar al transgresor y claramente se declara que el perdón es preferible a cualquier otra alternativa, esto es, la causación de un daño equivalente al que se realizo de forma ilegal, o a la compensación de la víctima. Estos textos hablan por sí mismos, si bien su interpretación histórica le ha dado un mayor énfasis a las primeras dos alternativas, seguramente, porque esta era la costumbre de la época en la cultura árabe, al igual que en otras culturas que aceptaron el Islam.

A la luz de los objetivos de las *Qesas*, muchos países, incluyendo aquellos que han afirmado en sus Constituciones que están sujetos a la *Shari'â* como fuente suprema del Derecho, han interpretado las *Qesas* de tal forma que su codificación permita al Estado perseguir y castigar estos crímenes *in lieu* de las alternativas *Qesas*; a saber, la *dyya* y el perdón. Estos Estados han adoptado leyes penales que prevén la pena de

---

53 Véase, Surat al – Baqarah, 2:178-9; Surat al Ma'ida, 5:45; y Surat al – Nisaâ, 4:92. El derecho a pedir la muerte de infractor que ha matado a su víctima se transmite a ciertos herederos de la víctima.

54 Los versículos citados en las notas 51 -2 más arriba responden al derecho consuetudinario de las tribus del desierto que exigían "ojo por ojo, y diente por diente". Esa ley conocida como la *Ley del Talión* aparece originariamente en la *Torah.* El *Corán* la menciona expresamente en la Surat al – Ma'ida, 5:45. Pero en la sociedad árabe pre-islámica llevo a una espiral de venganzas que continúo por generaciones. Por tanto, que un objetivo tan claro del *Corán,* apoyado por los *hadiths* del Profeta y otros comentaristas, haya sido ignorado durante siglos pone de relieve la primacía del atavismo humano frente a las políticas expresas del Corán cuyos versículos en cuestión llevan a esta interpretación del autor.

55 Muhammad Moheiddin Awad, Bada 'il al – Jaza'át al- Jina'iâ fil Mojtama' al Islami (The Substitute Criminal Penalties in Islamic Societies) (1991).

muerte para ciertos tipos de homicidios intencionales o premeditados, y la prisión para otros homicidios o para daños físicos[56]. De ahí que estas legislaciones hayan limitado la pena de muerte a algunos supuestos, en los que según una interpretación estricta de la *Qesas*, esta hubiera debido estar sujeta al consentimiento de la víctima. Puede ocurrir que los Estados eliminen la pena de muerte si así lo deciden e imponer, en su lugar, una pena alternativa. En este caso, en opinión del autor, se debería pagar una compensación a la víctima a modo de *dyya* que es la alternativa en la *Shari'â* a otras sanciones contra el infractor.

Los delitos Ta'azir

Los delitos *Ta'azir* vienen a ser similares a las faltas puesto que se refieren a comportamientos delictuales de menor gravedad. Estas ofensas derivan de conductas similares a las prohibidas en los delitos *Hudud* y *Qesas*. Además, las ofensas *Ta'azir* también pueden se establecidas por legislación secular. Sus penas, según varias de las escuelas jurisprudenciales de las tradiciones *Sunis* y *Shi'á*, pueden ser las mismas que las previstas para los delitos *Hudud* y *Qesas*[57]. No obstante, y como los crímenes *Ta'azir* pueden ser legislados, pueden estar sujetos a penas distintas a la de muerte, esta es absolutamente opcional y no se dice nada en el *Corán* sobre la aplicación de la pena de muerte en estos supuestos[58]. La elección de castigos para estos crímenes refleja las perspectivas culturales y las elecciones de política social.

---

56 Estos países incluyen Argelia, Egipto, Irak, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria, y Túnez. El antiguo académico Abdel Qader Oda, que fuera líder de la Organización de los Hermanos musulmanes, en su obra *Al – Tashri'al – Jina 'i al – Islami* (2 ed. 1969) reconocía la validez de la legislación secular para los crímenes *Qesas* y *Ta'azir,* si bien se inclina por la posición de que las *Qesas* en los homicidios conlleva la pena de muerte si los herederos de la víctima insisten en ella.

57 Ahmad Abdel Aziz al – Alfi, "Punishment in Islamic Criminal Law" en *Islamic Criminal Justice*, nota 28 arriba, p. 927.

58 Varios países musulmanes aplican la pena de muerte para los crímenes que están legislados o sobre la base del *ta'azir*. Pero es una elección de política penal y no esta preceptuado por la *Shari'â.*

El Arrepentimiento como una Exclusión de la Pena[59]

El arrepentimiento y el perdón son dos temas recurrentes en toda la extensión del *Corán* Dado que el Islam es una religión con una base holística, el arrepentimiento y el perdón no se encuentran limitados al más allá sino que tienen su aplicación en el mundo terrenal. El Corán específicamente prevé que aquel infractor que ha cometido un crimen puede arrepentirse y, sí su arrepentimiento se hace y es genuino, la persona no podrá ser castigada[60]. El arrepentimiento como una excepción absoluta al castigo va a depender en función de la naturaleza del crimen pero no puede ser considerado si es producto de temor a ser arrestado o descubierto. Por ejemplo, en los delitos *Hudud;* en la *sariqa* (robo) se requiere el arrepentimiento y la restitución antes del descubrimiento del hecho o de su detención; el *had* de *haraba* se encuentra expresamente mencionado en el Corán como uno de los delitos sujetos a arrepentimiento[61]; la *zena* (adulterio) también puede estar sujeta a la no aplicación de la pena en caso de arrepentimiento[62]; para la *sariqa* (robo) el *Corán* también prevé, de forma específica, el arrepentimiento[63]. Con seguridad, el arrepentimiento es un ámbito al que se puede remitir todas las penas. El por qué no esta reconocido y aplicado por los sistemas legales musulmanes contemporáneos que aplican la *Shari'â*, como una parte de las teorías contemporáneas de rehabilitación de los delincuentes sólo puede ser explicada por una aplicación selectiva del texto de la ley sin tomar en consideración el espíritu progresista de la *Shari'â.*

---

59 Véase, Ibn Rushd, *Bidayat al – Mogtabid* (n. d), vol. 2 p. 488; Ibn Taymia, *Al – Fatawa al – Kobra* (n. d), vol. 4 p. 200.

60 No obstante, se debe realizar un juicio para determinar la naturaleza positiva y sincera del arrepentimiento.

61 Surat al- Ma'aida 5:34 donde se declara: "Salva a aquellos que se arrepienten antes de que los destruyas. Sabiendo que Ala es Comprensivo y Piadoso". *The Glorious Corán* por Muhammad Marmaduke Picktball (1977), p. 106. Véase, también Surat äl- Imran, 3:159.

62 Véase, Surat al – Nissa'a, 4:16.

63 Entre los muchos versículos sobre el tema, véase, Surat al- Ma'ida, 5: 3 y Surat al – Imran, 3:159.

Conclusión

En suma, la *Shari'â* sólo prescribe la pena de muerte para dos de los crímenes *Hudud*, como se apunta más abajo, siempre que estén presentes los estrictos elementos del crimen y los requisitos probatorios[64]. En los crímenes *Hudud,* la pena de muerte se requiere, específicamente, en el *Corán* para la *haraba*, o el bandidaje, y sólo en el caso de que se produzca una muerte. Resulta cuestionable sí en la *ridda* (apostasía) y la *zena* (adulterio) la pena de muerte que se prevé es obligatoria o no. El *Baghi* permite la pena de muerte como una opción. Tanto en estos como en otros crímenes *Hudud* se deben reunir todos los requisitos probatorios, y la duda debe siempre interpretarse en beneficio del acusado. Cuando haya duda, la pena no puede ser aplicada. El arrepentimiento en ciertas condiciones también es una excepción a la aplicación de la pena, o una base para su reducción. En los delitos *Ta'azir* no está prevista la pena de muerte si bien puede ser opcional. La pena de muerte en los *Qesas* puede estar condicionada o ser opcional[65].

Los Estados musulmanes pueden por tanto reducir mediante la legislación la pena de muerte y seguir siendo consistentes con la *Shari'â*[66]. La existencia de la pena de muerte para determinados delitos en los países musulmanes es una elección política pero no necesariamente emanada de la *Shari'â.* La mayoría de estos países que aplican la pena de muerte para una serie de crímenes acuden a las alternativas opcionales previstas en los crímenes *Hudud, Qesas*, y *Ta'azir.*

El *Corán* ofrece una amplia guía para una política legal contemporánea dentro de los objetivos para establecer una sociedad justa y humana. El musulmán inicia cada rezo, y debe empezar cada acción con las palabras del *Corán* en la *Fatiha*, las primeras letras de la escritura: "En el nombre de Ala, fuente de misericordia, el Misericordioso" la compasión es la impronta del Islam ya que es la característica principal de Ala. La rectitud, *el – Adel,* es también una de las características divinas de

---

64 Véase, Ma'amoun Salama, "General Principles of Criminal Evidence in Islamic Jurisprudence" en Islamic Criminal Justice, nota 28 arriba, p. 109.

65 Véase, Mohammad S. el – Awa, Punishment in Islamic Law: A Comparative Study (1982).

66 Libia, por ejemplo, redujo la aplicación de la pena de muerte en 1980 a sólo cuatro crímenes.

Alá[67]. El cómo las sociedades musulmanas han podido desviarse tanto de estas y otras características nobles del *Islam* sólo puede explicarse por razones ajenas al *Islam.*

[67] A Ala se refiere el Corán con ochenta y nueve nombres o calificativos. Entre ellas, el Piadoso, el Compasivo, el Benéfico, el Liberador, el Absolvedor, el Perdonador y el Justo. Véase, Muhammad A. Zimaity, *The Most Magnificient Names of Allah* (1971).

APUNTES SOBRE LA VIDA Y LA MUERTE EN EUROPA[1]

Geneviéve Giudicelli-Delage
Presidenta de ARPE
Universidad de París I Panthéon-Sorbonne

En este artículo me gustaría realizar dos observaciones preliminares.

La primera de ellas sobre la delimitación del campo de mi intervención. A pesar de la amplitud del título que figura en el programa de este seminario, y teniendo en cuenta los temas ya desarrollados y del que desarrollará Stefano Manacorda, limitaré mi intervención al suicidio y por extensión a la cuestión de disponer de la propia muerte: examinaré, pues, el rechazo a los cuidados, el suicidio, el suicidio asistido y la petición de eutanasia (que es un suicidio en el que se pide a otro la ejecución) y que son cuestiones muy actuales en las sociedades europeas; la segunda observación es sobre el método. Tomaré de Durkeim la idea de que el derecho es un hecho social privilegiado, porque es signo visible, manifestación de otros hechos sociales menos accesibles de forma inmediata. El método consistirá, pues, en tomar el derecho como expresión, como manifestación de las relaciones del hombre consigo mismo, con los demás, con la naturaleza, con la moral social y religiosa, revelador de sus relaciones con la muerte, de las actitudes sociales frente a la muerte. Y aquí restringiré mi intervención aún más. En primer lugar, en cuanto a esas actitudes y relaciones, no soy ni filosofa, ni historiadora ni antropóloga. No haré más que retomar algunas propuestas que desarrollaré de forma esquemática[2]. A continuación, del derecho úni-

---

1 Traducido por Aurelia Richart de la versión original de Geneviève Giudicelli-Delage, Pena de Mort et Suicide, RSC Nº 3, Juillet Septembre 2008, en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/JURI.

2 De entre una bibliografía muy vasta sólo se hará referencia a las obras o artículos directamente utilizados para la redacción de esta comunicación: Ph. Ariès, *L'homme devant la mort,* Paris, Le Seuil, 1977; *Essai sur l'histoire de la mort en Occident: du Mo-*

camente tomaré las líneas directrices y no los tecnicismos particulares. Y además ese derecho sólo será, en los tiempos desarrollados, francés. Digo bien, los tiempos, porque sólo ellos son diferentes: los movimientos son comunes. Por ejemplo, si la despenalización del suicidio es un movimiento común, su tiempo no es el mismo según los países. Ahora bien, ¿qué expresa el derecho? Expresa el paso de una coherencia relativa a una incoherencia cierta. Un paso que, jurídicamente, se produce en Francia en la Revolución francesa, pero que se arraiga con el nacimiento de la modernidad.

La relativa coherencia es la de una cultura en la que la moral religiosa, las prácticas sociales, las reglas jurídicas penales y civiles coinciden todas ellas en prohibir al hombre cualquier disposición de su vida y de su muerte en nombre de su sumisión a Dios y a la naturaleza. Esta sumisión es la que socava la cultura que nace de los grandes descubrimientos. El hombre vivo es todopoderoso: es el amo del mundo, de su destino, puede transformar uno y otro. La incoherencia surge entonces, y no cesa de ampliarse después, para confinar la aporía. Se revela en los silencios, en las contradicciones, en las vacilaciones y en el rechazo de sistemas que, aún reconociéndole al hombre la libertad, vacilan en dar pleno efecto a esa libertad primera que sería la de disponer de su vida y de su muerte, y no se deciden a ver en esa eventual libertad, un derecho a la muerte, sin descartar, sin embargo, cualquier derecho sustancial a la no intervención de otros en esa disposición.

Y más concretamente. Los indicios, que son los nuestros, aparecen, en Francia, con la Revolución francesa (con la despenalización del suicidio). Aparecen primero con *el silencio* que se instaura entonces. El derecho ya no dice nada más del suicidio, continua sin decir nada de la eutanasia. Este silencio tiene sin embargo consecuencias jurídicas: todo

---

*yen-Âge à nos jours, P*aris, Le Seuil, 1975; S. Aurenche (dir), *Euthanaise, des clés pour un débat,* Autrement, coll. Nutations, nº 222,2003; Ch.H.Baron, Le "droit de mourir" et son traitement aux Etats. Unis, en *Droit constitutional et bioéthique: l'expérience américaine,* Economica, PUAM, 1977, p. 51-67; J.L. Baudouin, D. Blondeau, *Ëthique de la mort et droit à la mort,* Paris, PUF, "Les voies du droit", 1993; J.Chanteur, Le desir de vivre, *in* F. Frré (dir), *Le suicide*, PUF, 1994, p. 59; A.M. Dourlen-Rollier, Tour d'horizon international in S.Aurenche (dir), *op. cit.*, p. 50-63; E. Danet-Larousse, Chronique d'une législation annoncée, *in* S.Aurenche (dir), *op. cit.,* p. 30-43; B. Mathieu, *Le droit à la vie*, Éditions du Conseil de l'Europe, *2005;* P. Thominet, L'aporie réalisè, *in* S.Aurenche(dir), *op. cit.,* p. 13-29.

lo que no está prohibido está permitido, el suicidio, pues, está permitido; dar muerte a otro con premeditación es un asesinato, la eutanasia es pues un asesinato, cualquiera que sea el consentimiento o la instigación de la víctima. Y no obstante, el silencio no es lo único. Se acompaña de contradicciones, de vacilaciones, de rechazos. Si el suicidio es un acto lícito ¿no es contradictorio incriminar la ayuda o la provocación a un acto lícito? Si el suicidio es libertad ¿cómo admitir que se haga caso omiso a esa libertad y que se le oponga un deber de socorro, de reanimación? Y a la inversa, si la eutanasia es un asesinato, ¿por qué las absoluciones o la falta de persecución? Las vacilaciones las tienen los legisladores que, hostigados por algunos para legislar, legislan en algunos países sobre el suicidio asistido o la eutanasia (Suiza, Países Bajos, Bélgica), (Dourlen-Rollier), y en otros países vacilan, estimando que el momento no ha llegado todavía. Pero vacilaciones también las tiene el juez europeo que, por un lado, estima que la libertad de disponer de su propia vida no es un derecho fundamental y, por otro lado, deja a los Estados un margen nacional de apreciación, diciendo (sobre la base del art. 8 y el respecto a la vida privada), que no les está prohibido a los Estados organizar sistemas de ayuda al suicidio. Pero estas vacilaciones producen un efecto negativo: el de afirmar un derecho a la muerte: así la CEDH (*Pretty*, 29 de abril 2002) señala que no está persuadida (formula interesante) que el derecho a la vida garantizado por el art. 2 de la Convención se pueda interpretar como que comporta un aspecto negativo, es decir el derecho a no vivir (Mathieu, p. 80).

Una incoherencia del derecho que es la señal de que las posturas contradictorias respecto a la disposición de su vida y de su muerte se enraízan en actitudes contrastadas frente a la muerte, el signo, sobretodo, de que estas actitudes se producen internamente en una lucha entre recusaciones y resistencias cuya salida es incierta.

De estas posturas que revela el derecho nacen cuatro modelos: lo prohibido, la tolerancia, la libertad, el derecho. Son diacrónicos y sin embargo para algunos igualmente sincrónicos. El paso de uno a otro es histórico, sin que por ello los precedentes se borren al menos completamente. Ya que los modelos son trabajados siempre desde el interior por su opuesto. Yo los abordaré, pues, de manera flexible, entremezclándolos, tal como aparecen en realidad, antes de intentar una breve reflexión sobre esta separación actual entre recusaciones y resistencias.

La prohibición es el primer modelo, al menos si se toma como punto de partida la aparición del pensamiento cristiano. Pensamiento que ha cambiado profundamente las cosas en las civilizaciones occidentales. En el pensamiento cristiano, la vida viene directamente de Dios. Es considerada, según las interpretaciones, como un don o un préstamo. Teniendo en cuenta su origen, la vida y también la muerte pertenecen a Dios, que es su único Dueño. Según esta concepción, el ser humano no podría ejercer o incluso intentar ejercer un poder o un control sobre esas dos realidades

Según esta visión teocrática, regla moral y regla de derecho son perfectamente complementarias. Cualquier intervención humana en el proceso de la mortalidad, como el hecho de darse muerte o más todavía de matar por compasión o caridad, es moralmente censurable y jurídicamente prohibido no porque el acto sea inhumano en sí, sino porque el hombre que actuara así se apropiaría y dispondría por su propia voluntad de un bien que sólo pertenece a Dios. Violaría una regla religiosa cuya simbiosis con la regla civil es patente. Un simple depositario, en derecho, debe rendir el objeto del contrato de depósito al depositador y no tiene ningún poder para disponer de él. El prestatario de un bien, que tiene la carga de devolverlo no puede tampoco considerarlo suyo y destruirlo (Baudouin,Blondeau, p. 72-73).El hombre, que trasgrediera estas reglas, disponiendo de su vida, cometería un pecado, puesto que solo Dios dispone de la vida, cuando y como él quiera. Y, por la no distinción del fuero interno y del fuero externo cometería también un crimen. Tanto en los países del *civil law* como en los del *common law*, toda disposición del hombre sobre la vida y la muerte era un homicidio, un asesinato. El suicidio estaba penalizado, el suicida, juzgado y su cadáver ejecutado, o, si no conseguía matarse, era curado para ser juzgado y condenado.

El prohibir al hombre toda intervención en el desarrollo de un proceso, cuyo control moral y jurídico debe por definición escapársele totalmente, confiere a la muerte un carácter que únicamente puede ser natural. Dejar hacer a Dios y dejar hacer a la naturaleza es pues equivalente. Toda muerte debe ser, necesariamente, natural.

Pero lo natural se despliega en cascada. La muerte es natural, porque el hombre no puede apropiarse de un poder que solo pertenece a Dios. La muerte es natural, porque haber recibido la vida de Dios

conlleva necesariamente que Dios la retome. La muerte, pues, es vivida como ineludible y por lo tanto normal, y además, es igualitaria puesto que todos los hombres son iguales ante el designio divino. Designio divino que abre las puertas de la eternidad. La muerte, para el cristiano, no es solamente un final, es un principio. Es ciertamente el fin de una primera vida terrenal, pero es también y sobre todo el comienzo de la vida eterna. Al ser alfa y no omega, no es percibida de manera negativa, sino por el contrario como un simple rito de transición hacia la eterna felicidad (Baudouin, Blondeau, p. 72).

Ineludible, igualitaria, normal, sosegada, la muerte podría ser denominada "domestica" retomando la expresión de Philippe Ariès, es decir, cotidiana, familiar. Coexistencia de vivos y muertos, como muestra, por ejemplo, la descripción de un cementerio parisino, en el que los huesos y los cráneos de las fosas comunes servían para decorar las fachadas de los muros del patio que recorrían los paseantes y donde se habían instalado diversas tiendas. Familiaridad del morir: la habitación del moribundo abierta donde entran la familia, los vecinos o los simples parientes, la presencia de niños jugando al pie de la cama del agonizante. Pero lo más importante, según mi opinión, es que el hombre expropiado del control de su muerte es investido del control de su morir. La regla de oro era que el hombre debía saber que iba a morir —la buena muerte era aquella que se podía mirar de frente— y que debía presidir el ceremonial de su tránsito, dando sus últimas recomendaciones y dando su adiós a cada miembro de su entorno. Si el hombre no era dueño de su destino, al menos lo era de sus últimos instantes. Podía tomar, en la noche de su vida, la medida reflexiva de cual había sido ésta, y el ceremonial la incluía, en tanto que vivo, en los últimos instantes de su vida. Más no parece inútil añadir que la familiarización, que ordenaba la regla religiosa, se nutría igualmente de una realidad técnica: la imposibilidad para la medicina de obstaculizar la muerte o simplemente retrasarla. Las agonías eran la mayoría de las veces breves, haciendo soportable el transito y permitiendo el ceremonial. Cuando eran más largas y los sufrimientos grandes, era también la religión la que permitía, a pesar de todo, mantener la prohibición de cualquier disposición humana. Aunque esto haya sido observado por algunos, el cristianismo, al menos en algunas épocas, ha mantenido una cierta valoración del sufrimiento. Sufrimiento que ponía de manifiesto cualidades humanas esenciales, como el coraje, la determinación, la

resignación, la exaltación (aquellas que manifestaban los mártires torturados en sus carnes). Más aún, el cuerpo es el obstáculo del alma; el sufrimiento, el paso necesario que opera una transfiguración del amor de Dios: el sufrimiento como la salvación anticipada del alma, como el precio terrestre a pagar en su propia carne por el reposo eterno del espíritu. El sufrimiento, al igual que la muerte, estaba así sublimado en un valor positivo (Badouin, Blondeau, p. 73).

Ahora bien, justamente aquí es donde se va a abrir una de las grandes brechas que conducen al segundo de los modelos, el de la tolerancia.

La tolerancia se abre paso sobre un fondo de comprensión de un acto desviado y de compasión con respecto al sufrimiento. Pero a partir de ese fondo común, el suicidio, el suicidio asistido y la eutanasia siguen líneas diferentes. En efecto, si los discursos moral y jurídico coinciden en las prácticas para comprender, perdonar y desincriminar el acto suicida, en cambio, para el suicidio asistido o la eutanasia, una fosa separa los discursos moral y jurídico oficiales —intransigentes—, de las realidades vivas en donde se asientan la indulgencia, la mansedumbre, la conmiseración, la flexibilidad.

La tolerancia respecto al suicidio nace de un proceso de irresponsabilidad del propio acto suicida. Éste deja de ser obligatoriamente considerado como un acto dirigido contra Dios. Se convierte en un acto inexplicable, irracional: la acción solo puede haber sido cometida por extravío o aberración del espíritu. El suicida se convierte necesariamente en un enfermo y el suicidio inevitablemente en patológico. El hombre enfermo ya no es responsable de sus actos y el perdón lo obtiene por falta de imputabilidad. De esta manera, podrá estar justificado suministrarle, a pesar de todo, los últimos ritos sagrados, darle sepultura cristiana, compadecerse con la familia y sus próximos, etc. Y, de manera complementaria, el suicida o el que lo ha intentado pueda dejar de ser, a los ojos de la ley, un criminal (Baudouin Blondeau, p. 75).

Si el proceso de irresponsabilidad se clarifica a partir de principios del siglo XX, la comprensión, la tolerancia, germina ya en el modelo de la prohibición, elaborándolo en las prácticas judiciales. El suicida sólo podía ser culpable si era capaz de discernir, si voluntariamente había transgredido la regla religiosa y penal. Y la tendencia jurisprudencial era la de mantener con agrado la falta de discernimiento.

Falta de discernimiento, extravío, aberración: el suicidio es tolerado porque es inevitablemente patológico. Y es precisamente este carácter el que salva de la condena moral y jurídica y, a su vez, justifica la tolerancia, pero no justifica más que la tolerancia. Este es también el carácter que recorre el discurso científico, o sea, que el suicidio sea considerado como un acto de patología individual o como un acto de patología social (como en la obra de Drukheim). Es entendido, bien como consecuencia de la fuerza —tensión extrema o debilitamiento— del vínculo social, bien como ruptura individual del vínculo al otro. Que el suicidio esté en relación con la anomia de la sociedad, o que sea impuesto, en ocasiones, como un deber social, o que sea la acción de un hombre que haya vivido separado de los demás (Chanteur), el suicidio es considerado o como una falta de libertad (coacción/deber), o como una libertad extraviada (no saber reconocer que no podríamos vivir fuera de los hombres).

El suicidio únicamente puede ser un acto desviado, aunque a pesar de todo suscitara comprensión y compasión. Esta concepción desvela así que el suicidio es un fracaso (de sí mismo, de la familia, de la sociedad); y la recusación de cualquier idea de libertad (ausente, extraviada) justifica que se oponga al acto un deber de socorro, de reanimación.

La tolerancia con respecto al suicidio asistido o la eutanasia se arraiga en un cambio profundo de la relación con el sufrimiento. Éste ha perdido, incluso con respecto a la Iglesia, su valor positivo: ha dejado de tener sentido. Y si se busca aquello que ha podido ayudar a la causa de los enfermos incurables y favorecer la elaboración de un discurso sobre el suicidio asistido o la eutanasia de los agonizantes, lo encontramos también en el periodo antiguo, aquel en el que dominaba la prohibición, de donde hay que tomar prestado dos metáforas, a mi parecer, decisivas: la del suplicio, y la de la clemencia (Thominet, p. 21-22).

La metáfora del suplicio remite a la suerte del criminal: suplicio de la cuestión a la que los procesos inquisitoriales sometían a los acusados, suplicio de la ejecución. Ahora bien, es frecuente comparar al agonizante con un torturado. La referencia a la tortura persigue siempre nuestro lenguaje. Calvario, puñalada, quemadura, descarga eléctrica, torsión, desgarros: otros tantos elementos de tortura. Los médicos en ocasiones son acusados de "torturar" a los enfermos sobre los que se ensañan.

Esta metáfora del suplicio, aplicada al agonizante, encuentra en la lengua francesa un apoyo etimológico: la palabra paciente viene del

verbo latino *patior* que significa hacer sufrir; y Furetière precisaba, en su Diccionario, en 1690, que la palabra paciente sirve tanto para designar al cliente del cirujano como al del verdugo.

Al utilizar la metáfora del suplicio, los partidarios del suicidio asistido o de la eutanasia reclaman una medida de clemencia para poner término a una vida de dolor. Y esta reivindicación surge también, en la misma época, con la tradición que autorizaba al juez a dar pruebas de clemencia con el *retentum* (fórmula secreta que pedía al verdugo poner fin rápidamente a la vida del torturado para aliviar sus sufrimientos, matarlo antes de que se encendiera el fuego, darle, sobre la rueda, un primer golpe fatal, etc.).

Esta medida de clemencia ha contribuido probablemente a concebir la idea, en las mentalidades, de que en caso de sufrimientos extremos, es posible dar muerte a un paciente, al igual que el verdugo libraba al condenado con un golpe de gracia.

Asegurada la tolerancia, el hombre pasa a la reivindicación de *la libertad*: la libertad de no sufrir, la libertad de morir como última apropiación de la persona humana de su propia humanidad.

Evidentemente no es más que un cambio de actitud. La desincriminación del suicidio, jurídicamente ha hecho nacer una libertad, es decir una facultad de actuar. Pero en tanto la sociedad considere el suicidio como un acto patológico, como un acto desviado, no es una libertad reconocida, es más bien una tolerancia concedida.

Reivindicar la libertad de morir es pues, en primer lugar, rechazar el carácter patológico del acto suicida. Sin duda la recusación es difícil frente a algunos suicidios. Pero no lo es más que la afirmación inversa frente a otros suicidios. Se trata simplemente de que el singular es inapropiado: el suicida no existe, sólo existen suicidios. Y las retoricas de la libertad o de la patología no tienen ni el mismo sentido ni la misma eficacia frente al suicidio de un adolescente, de un anciano o de un enfermo incurable, de un manifestante que se inmola o de un miembro de la resistencia que prefiere la muerte al riesgo de hablar bajo la tortura. Como prueba: algunos filósofos que analizan el suicidio como una ruptura del vinculo con el otro, excluyen de la noción del suicidio algunas elecciones de muerte, especialmente las de los manifestantes o de los resistentes (Chanteur). Pero, sin duda, esta exclusión merecería un análisis profundo.

Reivindicar la libertad de morir significa, imponer, a continuación, a los demás el respeto mínimo a esa libertad.

La libertad primera o primera de la libertades para el hombre de dominar su destino, por tanto, de poner fin a su vida a su elección, a su hora, es una pura libertad individual, en la que la alteridad no cabe (Baudouin, Blondeau, p. 78), salvo en la medida en que pide a los demás el respeto mínimo de no intervencionismo.

Esta libertad ha hecho germinar un principio de derecho: el derecho de rechazar los cuidados. En base al principio del consentimiento, la persona es titular de un verdadero derecho a que no se le administren cuidados susceptibles de impedir o de retrasar su muerte.

Pero este derecho no es absoluto. Se encuentra siempre enfrentado a la obligación de proteger la vida; puede estar supeditado a tener en cuenta en cuenta el estado del enfermo y el uso de su libertad puede ser juzgado poco razonable. Y la CEDH admite que los poderes públicos puedan ser obligados a proteger a la persona suicida contra sí misma (especialmente a los detenidos) (Mathieu, p. 76).

Esta libertad supone y descansa sobre la autonomía de la persona. Y, puesto que, la alteridad no forma parte de esta libertad,no hay libertad para aquellos que no disponen de autonomía de conciencia o de movimientos.

Si la falta de conciencia permite admitir que el principio de autonomía no entra en juego, la cuestión no es tan sencilla para aquellos cuya voluntad es clara y, únicamente están privados de su posibilidad de actuar físicamente. Se invoca entonces el principio de igualdad. La prohibición de ayuda al suicida o de la eutanasia pedida crearía una desigualdad entre los que dispusieran de los medios físicos para darse la muerte y aquellos que no fueran capaces de hacerlo físicamente.

Ahora bien, frente a esta invocación al principio de igualdad, se ha objetado, frecuentemente, que instaurar reglas de ayuda al suicidio par las personas incapacitadas quebrantaría seriamente la protección de la vida (CEDH) y la protección que la sociedad debe a la personas vulnerables (Canada) (Mathieu, p. 79); esta invocación no es admisible en el terreno de los derechos fundamentales al no encontrar aplicación tratándose de un comportamiento tolerado (es decir, el suicidio).

¿Qué surge de estas rápidas evocaciones? En primer lugar que, si la libre disposición de la vida se legitima cada vez más en el cuerpo social, puesto que, alejada de su base mística y de su transfiguración religiosa que constituían sus justificaciones, lo prohibido se viene abajo y entonces el sufrimiento parece gratuito, antihumano, deshumanizado (Baudauin,Blondeau, p. 77), ésta es todavía frecuentemente percibida *jurídicamente c*omo una *tolerancia.* Pero la legitimación social comienza a abrir brechas, los principios que fundamentan las sociedades democráticas, libertad, igualdad, dignidad, elaboran las soluciones adquiridas, la alteridad comienza aquí y allá a encontrar su sitio sobre la reivindicación de estos principios y la libertad podría consolidarse con el reconocimiento de derechos. Y, en todo caso, la legitimación de la libertad conduce a la reivindicación de derechos.

A continuación (y aquí está la paradoja), la libertad recién adquirida es amenazada, más en Francia o en Europa continental que en Estados Unidos, por la todopoderosa medicina y los equipos médicos. La apreciación del bien fundado del rechazo a los cuidados, del rechazo al encarnizamiento terapéutico, e, incluso a la ayuda al suicidio, revelan menos la libertad o el derecho del paciente, que la obligación que pesa sobre los médicos de socorrer o de no socorrer ciertas conductas. Son los médicos entonces —bajo el control del juez— particularmente en los Estados Unidos, los que son dueños de la decisión.

Es decir, que la expansión de la libertad individual podrá ser contrarrestada. Que el hombre no será dueño de su destino. Ciertamente ya no estará sometido a lo voluntad divina,pero estará sometido a la decisión de otros hombres.

Las brechas sin embargo podrían ampliarse. La libertad legitimada gana suficiente fuerza para introducir la alteridad y para que la humanidad se vuelva cada vez más reivindicadora. No sólo la libertad, sino también *el derecho* de asegurar los aspectos negativo y positivo de esta libertad.

Un derecho de no intervención, un derecho a la muerte, dos batientes de un único y mismo derecho subjetivo, que es el derecho al respeto a disponer de su muerte. Y la posibilidad de recurrir al juez para hacerlo respetar.

Esos dos batientes no son, sin embargo, ni comparables ni complementarios.

El derecho a la no intervención es el derecho a dejar morir. Es el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación; en el fondo no es más que la aplicación actual del antiguo *noli me tangere.*

El derecho a la muerte coloca en su sitio un derecho-préstamo (Badouin, Blondequ, p. 116). No es una simple neutralidad la que se exige del otro, sino un compromiso. El otro se convertiría en autentico deudor, un "obligado" sometido a la voluntad o al deseo del paciente de ejercer su derecho a morir. El paso franqueado es enorme. Superada, en efecto, la simple abstención que consistía en permitir a la naturaleza seguir o retomar su curso, cuando ese curso se había interrumpido por una intervención terapéutica. Estamos completamente con la reivindicación del acto de procurar directamente la muerte. Exigir la muerte es distinto a exigir que se deje que la muerte sobrevenga naturalmente. El derecho de morir naturalmente es diferente del derecho a la muerte. Y lo que subestiman, fundamentalmente, los partidarios del derecho a la muerte, es que el deseo, la voluntad de aquel que al pedir ejercer su derecho a la muerte convierte al otro en un obligado a transgredir lo prohibido de dar muerte a otro.

¿Cómo y por qué se ha llegado aquí?

La reivindicación está fundada sobre una premisa común no expresada: la certeza de la liberalización del ser humano y la apropiación por él de un poder ético y jurídico de control sobre la muerte, poder que jamás había tenido antes cuando estaba sometido a Dios. Más ¿se actúa bien con una apropiación? ¿No será más bien una reapropiación individual frente, no ya al poder divino, sino al poder de otros hombres, poder que la evolución de las técnicas y de la medicina ha creado?

La pregunta no es evidentemente una acusación a la medicina y a los médicos, sino más bien una interrogación sobre lo que ese hecho técnico —la evolución de la medicina— ha conseguido en la modificación de las actitudes sociales frente a la muerte, en la relación del hombre con la muerte, con la naturaleza, con los demás.

La reivindicación del derecho a dejar morir, del derecho a la muerte, me parece que es, en efecto, una doble recusación, una doble protesta con respecto a esas actitudes y relaciones, y me parece, por eso mis-

mo, que constituye una doble provocación, una doble perturbación que conmueve a las sociedades occidentales modernas.

Reintroduce la muerte en una sociedad que la había licenciado, la reintroduce con su brutalidad, su visibilidad, su duración. Es la afirmación de que la muerte está consustancialmente ligada a la vida, a lo más íntimo de la vida y de que nadie tiene derecho a disponer de este intimo de la vida. Haciendo esto, lo que es rechazado no es solo la actitud frente a la muerte sino también frente al morir.

Me parece necesario, para entender estas recusaciones, detenerme un instante en las actitudes modernas respecto a la muerte y al morir. Citaré para ello, nuevamente, a Philippe Ariès: la muerte ha dejado de ser domesticada, se ha convertido en prohibida. Una prohibición que también aquí se manifiesta en cascada.

La muerte, en primer lugar, ha dejado de ser natural, bajo los dos aspectos de la naturaleza que he mencionado antes. Ha dejado de ser natural porque la tecnificación, los progresos de la medicina han revivido el viejo fantasma encerrado en el corazón del hombre: el sueño de inmortalidad. Una inmortalidad que las sociedades anteriores habían soñado celestial y que nuestras sociedades quisieran terrenal negando a la muerte su carácter de inevitable. La muerte ha dejado de ser natural porque se ha convertido, las mayoría de las veces,en artificial: se muere, la mayoría de las veces, en el hospital, lejos de todo lo que era su vida cotidiana, y en un estado de inconsciencia, de una muerte descompuesta, dividida en pequeñas etapas, una muerte en la que ya no se sabe si ha sobrevenido cuando la persona ha perdida la conciencia o cuando ha dejado de respirar, una muerte técnica, final más o menos avalado por una decisión medica, una muerte en la que los dueños son innegablemente los médicos.

La muerte, en segundo lugar, ha dejado de ser familiar, se ha vuelto extraña y ajena; rechazada, negada, expropiada y sin rituales.

Rechazada de nuestro espacio mental porque entra en contradicción flagrante con la imaginería consciente o inconsciente de nuestra época. Ya no es percibida como la gran igualadora, sino, por el contrario, como una injusticia, como un terrible sorteo, reduciendo a la nada toda planificación garantía de estabilidad y de felicidad humana y todos los esfuerzos de lucha contra las desigualdades. Es un fracaso evidente de

la ciencia, en contradicción con el mito del poder de la tecnología (del todo es posible). Es antiestética en una cultura que valora la belleza, la perfección física, la juventud (y que busca por todos los medios eliminar la fealdad de la muerte).

Negada por esa estratagema que algunos han denominado el juego de la comedia. Un juego que, menos aparente, menos tangible, es quizás el medio más subversivo de rechazar la muerte. Este juego pertenece al mundo del camuflaje, de la mentira, de la conspiración. El "teniendo que saber su próximo final" de la Edad Media se ha sustituido por el "no sentirse morir".

Mas esta negación es también expropiación. El enfermo que no debe saber es así expropiado de su propia muerte, privado de todo compartimiento con el otro —aun cuando si sabrá porque se espera de él que haga como si no supiera— de todo compartimiento con el otro de esta vida en vías de acabarse vivida como tal. La expropiación de la muerte es, igualmente expropiación de la alteridad: la muerte de un ser humano es la muerte del otro, puesto que la vida humana solo se construye con interrelaciones que le dan su verdadero sentido.

Pero la muerte negada desritualiza además el morir. Los ritos antiguos de los últimos instantes de la vida constituyen un momento inestimable para el moribundo y para la comunidad familiar. El juego de la comedia, la muerte que, frecuentemente, solo sobreviene en estado de inconsciencia no permite ya inscribir al moribundo y su morir en la continuidad de su vida.

No profundizaré más. Habría que hablar de los ritos funerarios, de la falta de duelo, del registro de las condolencias, de la cremación versión occidental, etc., todos elementos visibles de una prohibición de la muerte. Es decir de una pérdida de sentido. Una pérdida de sentido que tendría ella misma que reinscribir más ampliamente en los movimientos civilizadores de la cultura occidental: tecnificación, egocentrismo de la persona —derechos que suplantan la persona—, deberes, la promoción del tener en relación al ser, etc. Ahora bien el hombre no vive de las cosas sino del sentido de las cosas. Esta deshumanización es rechazada por la reivindicación de un derecho a dejar morir, de un derecho a la muerte. Al querer en primer lugar restablecer el conocimiento de su fin, elegido o próximo. Y en este punto, el contraste es flagrante entre Europa, y en particular Francia, y los Estados Unidos donde se ha ini-

ciado el movimiento inverso: es, hoy día, un deber, sancionable, para el médico decir al paciente que se va a morir (Baron). Al querer también restablecer la disposición de su vida, de su morir y la intimidad de esta disposición: elegir cuándo y cómo quitar la vida (como lo atestigua en Estados Unidos, por ejemplo, el desarrollo de los testamentos de vida) (Baron, Dourlen-Rollier). Al querer, finalmente, restablecer la alteridad: la negación de la muerte, el juego de la comedia sumiendo al moribundo y a sus próximos en la más profunda soledad frente a su muerte, frente a la muerte del otro. Esta alteridad es reivindicada incluso en las formas extremas de suicidio asistido o de petición de eutanasia que, a veces reintroducen un ceremonial para morir cuando el acto se desarrolla en el medio familiar.

Y, sin embargo, esta reivindicación podría ella misma contener gérmenes de deshumanización. La reivindicación de un derecho a morir con dignidad, que se afirma aquí y allá, no deja de plantear problemas. Podría sobreentenderse que la dignidad podría ser la apreciación de la calidad de una vida (o de un morir)y que existirían vidas dignas y vidas indignas. Admitir tal concepción conllevaría el riesgo inconmensurable de ver reaparecer formas de profilaxis sociales conocidas en las sociedades antiguas y de las que el siglo XX ha tenido horrible experiencia (Thominet), pero que podrían renovarse en sociedades vigilantes, sanitarias (en verdad moralistas) y en las que la tecnificación cada vez más costosa podría, insidiosamente,, llevar a elegir quienes son dignos de ser curados, de ser salvados y quienes no lo son. Es además, olvidar que la dignidad supone la alteridad, que no existe un derecho a la dignidad sino un derecho al respeto. Y por otro lado, obligar al otro a matar con el motivo de que se estima que su propia vida no es digna de ser vivida o que su morir debe ser digno, ¿no sería instrumentalizarlo (afectivamente o judicialmente) y, en cierto modo, atentaría a su misma dignidad? (Mathieu,p. 123; Danet-Larousse).

Hemos llegado al centro de la cuestión. Entre acusaciones y resistencias.

¿Por qué la concepción del hombre moderno liberado (liberado del poder de Dios, del soberano, de los otros hombres, es decir de todo poder externo) no consigue por completo un derecho, como él lo quiere, a disponer por sí mismo o por otros de su vida? ¿Por qué la libertad reconocida no es absoluta? ¿Qué es lo que se opone? Lo que se opone,

a mi parecer, es el principio de igual protección, especialmente de las personas vulnerables, y el tener en cuenta el riesgo sospechoso (independientemente de la profilaxis social) de instrumentalización del deseo de muerte (en el suicidio o en la petición de eutanasia), que el deseo no sea de muerte sino de otra vida, o incluso que el deseo de muerte no sea —totalmente al menos— el suyo propio: hay, a menudo o siempre, algo de deseo del otro en el deseo de la muerte.

Lo que se opone es el principio de protección de la vida. Del carácter sagrado de la vida, donde se entremezclan las huellas del pensamiento cristiano y los fundamentos de la cultura moderna según la cual el hombre vivo puede casi todo, muerto ya no es nada. Pero también, quizás, protección de la vida simplemente, de este impulso vital que nos hace participar del mundo.

Lo que se opone, es la alteridad. Esta alteridad que, a la vez, nos permite y nos pide compasión por el sufrimiento, nos obliga a actuar para aliviarlo, aunque prohibiéndonos levantar la mano sobre el otro y prohibiéndonos pedir al otro que levante la mano sobre nosotros.

Recusaciones, resistencias: la lucha no está concluida, el final es incierto, y aún más cuando las interpretaciones, especialmente de la alteridad, no son siempre las mismas, ya que en el centro de la cuestión, tocamos lo más hondo de lo humano y de lo inhumano. Pero, ¿donde se encuentra lo inhumano: en el sufrimiento, en el deseo o en el rechazo de aliviarlo, en realizar su propia muerte, en imponer a otro realizar la muerte de sí mismo?

Esta es una pregunta, que como ustedes comprenderán, dejaré abierta.

EL DERECHO A MORIR SU PROPIA MUERTE

Maria Zelia de Alvarenga
Oswaldo Henrique Duek Marques
Universidad Pontificia de Sao Paulo, Brasil

"Lo justo pone cada cosa en el lugar que le corresponde y ordena en la medida justa. De la misma manera, responde a su función creadora y organizadora. Lo justo cumple en sí mismo la función de una balanza cuando los dos platos están perfectamente equilibrados, frente a frente. Lo justo se encuentra, por tanto, por encima de oposiciones y de contrarios, constituye en sí mismo la unidad y, por ello, pertenece, en cierto modo, a lo eterno, que es uno y total, ignorando la fragmentación del tiempo".

(Jean Chevalier y Alain Gheerbrant)

Introducción

Stamatios Tzizis, en su artículo "*El Derecho a morir (diké thanatôn) y los Derechos del hombre*", critica la decisión dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1/1989/161/217, de 7 de junio de 1989) denegando la extradición solicitada por Estados Unidos a Inglaterra, para procesar y juzgar al alemán Jeans Soering por un delito de homicidio cometido en el Estado de Virginia.

Para evitar su condena a muerte, prevista en la legislación de Virginia, Soering utilizó ante el Tribunal el recurso de petición individual, previsto en el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, alegando, en sus argumentos, que sería sometido a una pena inhumana y degradante, en contradicción con lo previsto en el artículo 3º de dicha Convención, recurso que fue admitido por el Tribunal, en base a que su permanencia en el corredor de la muerte lo expondría a un estrés extremo y a una degradación psicológica, aparte del riesgo de sevicias.

Stamatios Tzitzis, desde una perspectiva mística y filosófica, trata de demostrar que la decisión denegatoria de la extradición por parte

del Tribunal, fundamentándola en los derechos del hombre y en los valores democráticos, resulta incoherente con esos mismos valores protegidos por la propia Convención. Entre sus argumentos, se destacan los siguientes:

1) Al denegar la petición de extradición por parte del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, el individualismo ha triunfado sobre los derechos colectivos[1], en contra de la ley[2] y del ideal democrático[3]. Se han sacrificado valores fundamentales de humanidad en beneficio de un individuo determinado, además de haberse violado el principio de reciprocidad, fundamento de la justicia moral, que exige una justa reparación. Según el autor, entre los griegos, la justicia Penal, de cuño democrático, era retributiva por excelencia, como se constata en *Las Suplicantes* de Eurípides, y en "La Ética a Nicómaco"[4] de Aristóteles[5].
2) Si los derechos individuales debieran primar sobre los colectivos, habría que eliminar no sólo la pena de muerte sino también las penas privativas de libertad, pues ambas violan derechos individuales[6]. La pena de muerte, sin embargo, no es contraria a la humanidad, ya que es en nombre de esa misma humanidad por la que se deben eliminar los enemigos de los hombres.
3) En la decisión del Tribunal no hay un reparto igualitario entre el rol de la víctima y el del delincuente, toda vez que los derechos de la víctima ni siquiera fueron mencionados, mientras que los derechos humanos se tuvieron en cuenta exclusivamente como derechos del delincuente. Tal desigualdad de trato no existía en la democracia griega, ya que los muertos ocupaban un lugar de honor en la Ciudad[7]. Ejemplo de esta afirmación, lo encontramos en la interrupción de las hostilidades, durante la guerra del Peloponeso, para que las partes involucradas en la contienda pudie-

---

1 Stamatios Tzitzis. *Le Droit de mort (diké thanatôn) et les Droits de l'Homme,* págs. 518 y 519.
2 Ibid., pág. 525.
3 Ibid., pág. 523.
4 Ibid., pág. 525.
5 Ibid., pág. 523.
6 Ibid., pág. 530.
7 Ibid., pág. 522.

ran enterrar con todos los honores a sus soldados muertos (*diké thanathôn*)[8].

4) En la Antigua Grecia, el asesinato, además de ser una profunda violación de lo sagrado, representaba un acto de contaminación de toda una ciudad y el homicida no podía permanecer en el territorio. Con el castigo del criminal, los griegos quedaban purificados (*Las Eumenides*, v. 64)[9].

5) En el Estado de Virginia, donde debía ser extraditado Soering, "los condenados a muerte tienen derecho a los mismos servicios médicos que los otros detenidos". Reciben atención psicológica y psiquiátrica, e igualmente tienen derecho a recibir visitas. Además, los abogados tienen acceso a sus clientes. Por estos motivos, no habría una violación del artículo 3º del TEDH en lo que concierne al tratamiento impuesto al detenido en el " corredor de la muerte"[10].

6) Si la pena de muerte en los países democráticos, no ha sido abolida *in referéndum*, que expresa la voluntad del pueblo, todo aquello que la elimine será considerado autoritario, digno de un régimen totalitario[11]. En el proceso de extradición examinado, el Tribunal ha puesto un obstáculo a un proceso legal y democrático de un país que ha actuado en nombre de la soberanía del derecho a imponer una pena justa.

7) Finalmente, propone incluir en la lista de los derechos subjetivos, el de reciprocidad, en nombre de una justicia imparcial, humana y democrática[12].

Este trabajo es una réplica a esos argumentos con la intención de demostrar que la pena de muerte no es sostenida ni por la mística griega, ni por la democracia moderna. Por ello, en la primera parte de este estudio, basándose en una fundamentación mística, histórica, y simbólica, se tratara de demostrar que la ley de reciprocidad existente en Grecia formaba parte de un tiempo histórico calificado como la Edad Media

---

8 Ibid., pág. 524.
9 Ibid., pág. 532.
10 Ibid., pág. 533.
11 Ibid., pág. 535.
12 Ibid., pág. 535.

Griega. Pero, a partir de finales del siglo VII a. C., con la instauración de la religión apolínea, la civilización griega sufrió significativas modificaciones. La ley del Talión, de carácter vengativo, fue erradicada con la llegada de los nuevos tiempos de respeto a los derechos humanos, en los que tuvieron prioridad las penas de exilio, los ritos de purificación y la prestación de servicios a la comunidad. En la segunda parte, partiendo de un estudio comparativo entre la democracia de la Grecia Antigua y la democracia moderna, se intentara demostrar que la pena de muerte es incompatible con la concepción moderna de la democracia asentada sobre la protección de los derechos fundamentales del hombre.

La Visión mística, histórica y simbólica de la Civilización griega sobre el Derecho a la Vida

En primer lugar, para demostrar que el talión y el carácter vengativo de las penas se erradicaron con la instauración de la religión apolínea, es necesario realizar una sucinta digresión del proceso evolutivo místico e histórico de la civilización de los pueblos helénicos, al igual que una lectura simbólica de los elementos fenoménicos que llenaron esta cultura.

La civilización griega es la expresión histórica de un pueblo que, como ningún otro, concedió la máxima importancia al hombre. Sus tragedias narran su propio drama: la historia de un pueblo que hace avanzar muchísimo al hombre pero que a la hora del desafío no tiene fuerzas suficientes para mantener el ritmo de su desarrollo.

Esta civilización, conocida como Helenismo, corresponde al periodo de la historia de los pueblos que habitaron la Helade entre los siglos XXV y VII a.C. Con el correr de los siglos la civilización helénica se forjó como la traducción de la más sincera e intransigente manifestación del culto al hombre. El helenismo une su crecimiento al culto del hombre y hace de él su mayor tesoro. Según Toynbee "en el siglo V a.C., el filosofo heleno Protágoras de Abdera expresó este pensamiento en la conocida frase: "el hombre es la medida de todas las cosas"[13].

Con el desarrollo y estabilización de la civilización helénica, el Humanismo surge como una forma mística-filosófica-religiosa de relacio-

---

13 Arnold J. Toynbee. *Helenismo., Historia de una Civilizaçao,* pág. 20.

narse el hombre con el mundo. El humanismo fascina a los helenos "en la fase de su desarrollo en el que ya habían tomado conciencia de tener un cierto dominio sobre la naturaleza no humana, pero todavía no habían constatado, por la amargura de la experiencia, la dura realidad de que aún no había conseguido su autodominio"[14].

Los helenos implantaron su religiosidad con la creación de dioses a imagen y semejanza de los hombres. Eran dioses movidos por unas emociones tan humanas que no se puede ignorar la relación entre sus expresiones religiosas y las manifestaciones de la estructuración de la psique de ese pueblo. Según Junito de Souza Brandao, las manifestaciones más primordiales de la religiosidad de carácter sincrético, procedentes de diversas corrientes religiosas, vigentes en la región de la Helade, convergían fundamentalmente en tres suplicas: la *gnôsis, la kátharsis y la athanasía*[15].

La suplica del conocimiento, o *gnosis*, realidad presente y distintiva de este pueblo, se realizaba mediante una purificación continua de la voluntad y de los deseos del hombre (búsqueda de *kátharsis*). Una vez purificados suficientemente, los hombres podrían recibir el conocimiento emanado de la propia divinidad. Por otra parte, únicamente a través del conocimiento se podía alcanzar la *athanasía*, o sea, la liberación de esta vida, generadora de muerte y de vida.

La suplica para alcanzar la *athanasía* o inmortalidad, estaba asociada a los mitos populares de Dionisos. A través de ella, el discípulo *Homo Dionysiacus*, llega al *ékstasis*, o sea aquello que genera entusiasmo. Se sentía liberado de los condicionamientos y prohibiciones de orden ético, político y social generados por el culto a Apolo. Los devotos de Dionisos participaban en ritos con los que, a través del ritmo del cuerpo, intentaban alcanzar el centro por donde el divino se manifestaría. La danza, con frecuencia frenética, los colocaba en *ékstasis*, en trance, estado en el que se consideraban poseídos por las fuerzas divinas. Ese fenómeno representaba la superación de la condición simplemente humana, transformando al hombre mortal, o *ánthropos* en un héroe (*anér*). El estado de trance proporcionaba al individuo fuerzas extraordinarias, una sensación de plenitud, en el que recibía el conocimiento necesario

---

14 *Ibid.,* pág. 21.

15 Junito de Souza Brandao. *Mitologia Grega*, v. II, pág. 125.

para descubrir las razones de su existencia. Con todo, el culto a Dionisos representaba una ofensa a la religión oficial de la *Polis* y los dioses olímpicos se sentían amenazados. Dionisos, según el poeta Hesíodo, no formaba parte del panteón olímpico.

A partir del siglo VIII a. C., con la formación del Estado, la religión apolínea fue adquiriendo cada vez mayor fuerza en la *Polis* y fue imponiendo el respeto al *métron*, a la mesura y a la moderación. Con la nueva religión, el conocimiento podía ser adquirido, aunque no en exceso. Los sacerdotes de Apolo predicaban que el héroe (anér) era un *hypocrithés*, o sea aquel que respondía en éxtasis, con baja critica y al expresarse como si fuera otra persona, se convertía en un actor (*alter)* que caía en el exceso, en la *hýbris*, generando violencia a sí mismo y a los dioses. En la religión apolínea toda desmesura despertaba la envidia de la divinidad, expresada por Némesis, y conllevaba el castigo al héroe (*anér)* con la perdida de la razón (*áte)*, que a su vez, provocaba la locura (*ánoia)*, es decir, la posesión por las ménades. El hombre poseído por las ménades cometía atrocidades, crímenes contra la naturaleza. La tragedia representaba, de esta manera, el desbordamiento de la mesura, del *métron*.

A lo largo de la historia, el Estado intentó abolir la religión de Dionisos, considerada por los gobernantes como la propia *hýbris*, base de los crímenes o las desmesuras que deberían ser vengados eternamente. Por ello, se amparó en la tragedia, instituyendo concursos literarios, a través de los cuales los autores eran invitados a representar, o a cantar, al héroe guerrero pleno de *hýbris*, tal como se ajustaba a su naturaleza. Sólo el héroe podía sobrepasar la medida y solamente él soportaría el castigo de los dioses. De esta manera, la tragedia deja de ser el canto al Dios Cabra Dionisos para convertirse en la exaltación del héroe guerrero.

La civilización de la época de instauración de la religión de Apolo se nutrió de dos legados ancestrales: los poemas épicos de Homero, la *Iliada* y la *Odisea*, que cantaban a los dioses hechos a imagen y semejanza de los hombres, y los poemas de Hesiodo, *la Teogonía* y *los Trabajos y los Días*. Basándose en estos dos últimos, los helenos pasaron a rendir culto a la fuerza colectiva del grupo. Nadie, individualmente, podía excederse[16].

---

16 Cf. Junito de Souza Brandao. *Mitologia Grega*, v. I, pág. 161.

En la religión dionisiaca, el cuerpo debía retornar a la Tierra para la transformación, y en consecuencia, se desarrolló el culto a las tumbas. Con la diáspora griega hacia las costas de Oriente Medio, tras la invasión de los Dorios, se escribieron epopeyas para cantar los hechos heroicos de los antepasados helénicos. El mito[17] se convirtió en la expresión de ese mundo y de ese tiempo, y que al ser relatado coloca a todos ellos "*in illo tempore*" o "*in media res*".

En la Grecia antigua en la que predominaba la religión dionisiaca existía el concepto de *miasma* que significaba deshonra, una mancha provocada por un homicidio que alcanzaba no sólo al autor del crimen sino también a toda la tribu. El *miasma* afectaba al hombre incluso en su condición física ya que los defectos físicos se consideraban maldiciones derivadas de los miasmas[18].

La fase de la religión dionisiaca correspondía a la dinámica de la conciencia de los primeros tiempos, denominada también matriarcal, regida por la gran Diosa madre, en la que "el crimen es todo aquello que constituye una ofensa a la vida, al cuerpo, a la naturaleza, contra la Diosa que todo lo gobierna y de la que todo proviene. La mayor ofensa a la vida es provocar la muerte de un semejante. El homicidio, dentro de la línea troncal de descendencia, constituye el mayor de los crímenes de esa dinámica, y es considerado sagrado cuando se comete dentro del *guenos,* dentro del núcleo tribal, contra alguien de la misma sangre (*personae sanguine coniunctae)*. Las maldiciones *hámarticas* provocadas por actos homicidas recaen sobre todos los miembros.

Hasta la reforma jurídica de Dracón o Solon (nacimiento de la ley y del orden estatal), familias enteras se exterminaron en la Helade vengando las ofensas contra sus familiares. Cuando el crimen ocurría en la línea troncal de descendencia, no era posible hacer "justicia", pues era

---

17 El mito es una forma de representar lo colectivo y trata de explicar al hombre, su origen, su mundo, o sea, la complejidad de lo real. El mito manifiesta una forma de pensar analógica, permitiendo interpretaciones simbólicas que reflejan metafóricamente el funcionamiento de la psique humana. De forma que descifrar el mito es descifrarse a sí mismo.

18 Cf. Junito de Souza Brandao *Mitologia Grega*, v. II, pág. 94. Hay que subrayar que el concepto de miasma no es exclusivo de la cultura griega, pertenece todos los pueblos de la región incluyendo Asia Menor. Así , en la mística judaica el mayor de todos los mandamientos de la ley de Dios es el quinto: No matar.

el pariente más próximo el que debía ejercer la función de vengador dando muerte al asesino. De esta manera, si un hermano mataba a su hermano, el vengador debía ser un tercer hermano, o el padre de la víctima, que para vengar la ofensa cometería una nueva hamartia que se sumaría a la primera, configurando así una sucesión de dolos, transmitidos de generación en generación, que crearían un *guenos* maldito: los descendientes del criminal considerados también malditos, quedaban a merced de la venganza surgida de las interferencias de la propia divinidad"[19].

No obstante, a partir del siglo VIII a.C., Apolo pasó a ser la divinidad más importante, rindiéndole culto en más de doscientos templos de Grecia, y se produjo en la sociedad importantes modificaciones de carácter social y político que conllevaron cambios en los comportamientos y la implantación de nuevos valores. A Apolo se le denominó Dios *Katársios* (purificador), el dios de la purificación por excelencia[20]. Apolo, dios de carácter primordialmente oriental, se helenizó al entrar en la mística griega. Nació de Zeus, luminoso, solar, discriminador, y de Leto, la diosa lunar oriental. De entrada, se observa que el dios de los nuevos tiempos nace de la coalición de la noche y el día, de lo lunar con lo solar, anticipando la posibilidad de trascender a los contrarios. Apolo asumió la regencia del oráculo de Delfos después de matar a *Pitón*, la serpiente del oráculo; pero antes, se sometió a los ritos de purificación por el crimen cometido.

Apolo, el nuevo señor del oráculo, aportó ideas y conceptos nuevos que influirían, a lo largo de los siguientes siglos, en la vida política, religiosa y social de toda la Helade, así como en los fundamentos de la cultura occidental. Considerado un dios pacificador contribuyó con su autoridad, determinada por los sacerdotes pertenecientes a la clase de los eupatridas, a eliminar la ley del Talión y a erradicar la venganza de sangre, sustituyéndola por la justicia de los tribunales[21].

---

19 María Zelia de Alvarenga. *A Dinámica do CoraÇao – Do Herói-Dever, Heroina-Acolhimento para Herói-Heroína-Amanta-Amado,* págs. 138 y 139.

20 Cf. Junito de Souza Brandao. *Dicionário Mítico-Etimológico,* v. 1, págs. 87 y siguientes.

21 Cf. Junito de Souza Brandao. *Mitologia Grega,* v.II, págs. 95 y 96; Esquilo, *Orestiada, pasim.*

Después de la instauración del jurado popular, temática descrita en la tercera obra de la trilogía de Esquilo: "Las *Furias*" o *"Las Euménides"*, Apolo sustituye la muerte del homicida por el exilio u otra pena, con largos ritos catárticos, contribuyendo de esta forma a humanizar los hábitos antiguos referentes a las penas impuestas al crimen de homicidio. Desde el punto de vista histórico esa humanización de las penas antiguas tuvo lugar inicialmente en la ciudad de Atenas, en el siglo VI a.C., durante el gobierno de Dracon y fue perfeccionado por Solon[22].

El siglo VIII a.C. vio nacer una nueva época, aunque marcada por el peso de las manos de los Eupatridas, los bienes nacidos y detentadores del poder económico. En esa época, Homero compone sus epopeyas que cantan las conquistas helénicas, relatando el culto a los muertos. El último canto de la *Iliada* narra los funerales de Héctor, enterrado con honores de gran héroe, durante un cese de las contiendas; las batallas cesaron durante doce días para la realización de los juegos fúnebres celebrados en honor al héroe troyano muerto.

Siguiendo la secuencia histórica, en el siglo VII a.C. Hesiodo, el gran poeta griego, compone *Los trabajos y los Días y la Teogonía*, mostrándose como un legislador perfecto en nombre de las musas. Hesiodo es un ordenador del *Khaos,* de la masa confusa: transformándola, hace de Zeus una divinidad mayor que evoluciona desde las tinieblas hacia la luz[23]. Hesiodo relata los matrimonios divinos del gran regente con las divinidades femeninas y, en un proceso que refleja la propia transformación del inconsciente colectivo, el Dios emerge transformado de esos *coniuctos,* en los que incorporaba atributos que le conferían aspectos crecientes de madurez. La transformación de Zeus refleja la transformación de la cultura helénica.

Zeus se casó con *Têmis,* diosa de la justicia divina, y engendró a las *Horas*, consideradas como los frutos gloriosos de la Tierra. *Temis* es considerada como la ley de la naturaleza, de la norma y de la buena convivencia principalmente entre seres de distinto sexo, ya sean divinos o humanos. *Têmis* es la que congrega a los hombres y a los dioses en asambleas (*ekklesia)*. Las *Horas*, hijas divinas de Zeus y *Têmis*, señalan el momento justo. Las Horas no traicionan, ni engañan jamás. Se las

---

22 Cf. Arnold J, Toynbee. *Helenismo. Historia de una Civilizaçao, passim.*

23 Junito de Souza Brandao. *Mitología Grega*. V. I, pág. 161.

considera unas criaturas sinceras. Las Horas se manifiestan según tres configuraciones.: *Eunomia*, que representa el Orden Legal; *Diké* (o Dice), que representa la justa retribución; *Irene* que representa la Paz[24].

Diké y Têmis, se confunden en sus representaciones y, en ocasiones, Diké aparece como la hipostasis más representativa de Têmis. Cuando Têmis-Diké no es respetada aparecen las *Némesis*, o diosas vestidas de blanco, configurando la justa rabia contra aquellos que violan el orden de la naturaleza. *Las Némesis* representaban la justicia retributiva y se encargaban de restablecer el equilibrio violado por la comisión del crimen *(hybris*)[25].

Cuando *Têmis,* la del buen consejo, es despreciada, las *Némesis* aparecen aladas, acompañadas de *Edo*, la vergüenza, para castigar a los hombres. Según Hésiodo, *Nêmesis y Edo, Temis y Diké,* abandonarían la civilización, al final de los tiempos, como consecuencia de los comportamientos no éticos de los hombres. Y añade, que *Diké* habría abandonado ya la Tierra y habría pasado a integrar la constelación de *Virgo.*

Simbólicamente emerge un Zeus psíquico y pleno de atributos, y lo divino evoluciona en busca de la *justicia-Diké*. Junito Brandao, citando a Lesky, afirma que "existe un camino ascendente para el orden establecido por Zeus, que es el triunfo de la justicia"[26].

Según Junito Brandao, en el segundo poema de *Los Trabajos y los Días*, Hésiodo compone el texto revistiéndolo de un carácter ético, ligando dos leyes fundamentales: la necesidad de trabajar y el deber de ser justo. El Trabajo y la Justicia jamás podrán separarse, pues la falta del primero generaría violencia e injusticia[27]. Hésiodo narra en *Los Trabajos y los Días* una historia en la que el interlocutor es su propio hermano Perses, que, con motivo del reparto de la herencia recibida del padre, había robado a Hésiodo. Perses cayó en la miseria y pidió ayuda a su hermano, el cual no sólo le atendió, sino que también le animó a seguir por el camino del trabajo y asumir la responsabilidad de sus actos.

---

24 *Ibid.,* pág. 33.
25 *Ibid.,* pág. 232.
26 *Ibid.,* pág. 163.
27 *Ibid.,* pág. 163.

Los textos griegos que aparecen a partir de Hésiodo evidencian el comienzo de una nueva época de la dinámica de la conciencia, de cuño patriarcal, proclamada por el nacimiento del héroe conquistador y la heroína aceptada. Tal dinámica, "guiada por el arquetipo del Padre, implanta un código en el que el orden, el deber y el honor son realidades incontestables y guían las relaciones entre los hombres. El código no admite excepciones, ni puede ser modificado sin la autorización del colectivo. El orden, determina que la vida es soberana en la tribu, establece un control de los límites, estipula la jerarquía de los cargos y, declara la asimetría de las relaciones; el deber, establece la obligatoriedad de cumplir las tareas como una realidad impuesta por el orden vigente; el honor, define la rectitud de los hombres que, reconocidos por sus hechos y sus méritos, deben ser respetados por todos sin réplica. De esta manera, el crimen es todo aquello que sobrepasa la medida de lo que está previsto por el límite de la ley o del código. Código que está constituido por un conjunto de normas y reglas emanadas del *ethos* colectivo[28].

Las obras literarias de Homero y Hésiodo, que describen la dinámica de la nueva época de la conciencia, constituyen, indiscutiblemente, una fuente de expresión de la sabiduría de lo colectivo. El poeta es el divino que desentraña el símbolo para la conciencia, contribuyendo a la estructuración de los nuevos tiempos. A pesar de que la cultura griega rinde culto al progreso de lo colectivo alentando a la moderación de todos, las obras literarias subrayan también la importancia de aceptar las normas, el respeto al *éthos* y hablan de la necesidad de que el individuo asuma la responsabilidad de sus actos. La individualidad, con las características de la reflexión propias de la dinámica apolínea, comienza a estructurarse de forma definitiva.

Los excesos, tan presentes en los cultos orgiásticos dionisiacos, fueron progresivamente substituidos por el culto a la regla establecido en la religión de Apolo. La inscripción en la cima del oráculo de Delfos de: "conócete a ti mismo pero no demasiado", constituye la máxima de la religión apolínea. Conocerse a sí mismo es una necesidad del hombre, pero el dios Apolo advierte: no demasiado, es decir, no quieras ser dios, no sobrepases lo prohibido porque si lo haces estarás sujeto a las

---

28 Maria Zelia de Alvarenga, *A Dinâmica do Coraçao-Do Heroí-Dever, Heroína-Acolhimento para Heroí-Heroína-Amante-Amado.*, pág. 139.

leyes mayores del propio divino. La *hybris*, *desmesura* o exceso, le está prohibida al hombre. Cada vez más la conciencia colectiva estructura la certeza de que las tragedias son consecuencia de nuestros propios actos, enseñanza que está presente en las obras griegas escritas en el siglo V a.C. por los tres autores trágicos más grandes de la antigüedad: Esquilo, Sófocles y Eurípides.

Esquilo, en su trilogía la Orestiada, muestra claramente el nacimiento de un tiempo nuevo: Orestes, matricida, que comete el mayor de todos los crímenes para la antigüedad griega, es juzgado por el primer jurado popular mítico instituido, regido por Apolo, con Atenea adscrita a la defensa del héroe, que proclama la máxima que llegará a convertirse en uno de los fundamentos de la Justicia: *in dubio pro reo.*

Atenea (la Minerva romana) manifiesta su voto, antes incluso del juicio, afirmando que en caso de empate entre los jurados decidirá a favor de Orestes. Las Furias, presentes en el juicio, enloquecidas por el crimen, piden la condena del héroe exigiendo que su sangre sea derramada para vengar la muerte de la madre Clitemnestra. Atenea, en su apología a *las Erinias*, las exhorta a que cambien diciéndoles que los tiempos son otros y que dejarían de existir si no se les rindiera culto. Las Furias, ante la amenaza de olvido dejan de ser las diosas de la venganza y se transforman en las *Eumênide*s, o en bienaventuradas, protectoras de la raza humana. Aunque absuelto del crimen de muerte, Orestes estará obligado a cumplir los ritos de purificación. Esquilo, en la estructura literaria de sus obras, mantiene la argumentación de personajes sometidos al destino prescrito por los dioses, en una lucha insana por huir de las tramas de los desvíos divinos.

Sófocles aparece en el escenario público, algunos años después, presentando al hombre con sus conflictos subjetivos en una eterna búsqueda de la verdad: *Edipo rey y Antígona* son ejemplos de esta afirmación. La más elegante y creativa de todas las obras de Sófocles, *Antígona*, fue escrita para exaltar a la heroína contestataria de la ley impuesta por el Estado, que impedía enterrar a su hermano Polinice, muerto como enemigo. La heroína invoca su derecho a dar a su hermano el ritual fúnebre sin el cual su alma *eidola* vagaría errante sin encontrar el camino de los Infiernos, la región de los muertos. Antígona, contrariada por lo que se le ha negado, echa tierra sobre el cuerpo de su hermano como ritual de su entierro. Asume la responsabilidad de su acto y, en consecuencia,

es condenada a muerte siendo emparedada viva. El rey Creonte, que la juzgó, se arrepiente ante las preguntas de su propio hijo Hemón, el cual se suicidará al saber que su amada Antígona está muerta. Creonte intenta volverse atrás de su decisión, pero ya es tarde: el cadáver de Hemon yace al lado de la tumba de su amada Antígona. La heroína murió por los principios y los valores en los que creía: los personajes de la obra expresan la fuerza de la individualidad. El individuo se alza con nombre propio[29].

Eurípides, el tercer gran poeta trágico, escribió sobre las emociones que pueblan nuestra alma, denunciando con una claridad incuestionable que los desvíos de la vida provienen de nuestros propios conflictos. En su obra *Medea*, la protagonista clama en su desesperación: "comprendo el crimen que he tenido la audacia de cometer, pero la pasión es más fuerte que la razón y es la que causa las mayores desgracias para los mortales"[30]. Los seres humanos hipostasiados por sus personajes míticos, claman venganza y con ese comportamiento intempestivo las tragedias se consuman. En otras palabras: cuando los hombres son alcanzados por la emoción objetivan la venganza y cometen los extravíos que configuran las tragedias.

La evolución mítica-histórica de la Grecia antigua nos lleva a concluir que el Estado que siga preconizando la ley del Talión mantendrá la misma proposición primitiva y sombría de la Edad Media griega, rechazada por la formulación apolínea de los nuevos tiempos, en la que la pena de muerte, como reflejo de una justicia retributiva, no tiene cabida.

La muerte del homicida no devuelve ni la *areté,* es decir la virtud del que muere, ni la *timé,* o el derecho a ser respetado. Ambas virtudes, la *areté y la timé,* permanecen e incumbe a los vivos dar culto a esos valores inmortales. Hoy, más que nunca, todos somos "hermanos" simbólicos de la gran familia que habita la misma Tierra Madre. El homicida es maldito porque infringe la ley divina, y no compete al hombre infringir esa mima ley decretando la muerte del otro en un contexto de venganza.

---

29 Sófocles. *Antigona.*

30 Eurípides. *Medea,* pág. 48.

La ley del talión mueve a la reciprocidad. La ley de Apolo mueve a la reflexión. La reciprocidad de la justicia, venganza por la sangre derramada, invocada en las *Suplicantes* o en *Hécuba*, obras de Eurípides, no calma el dolor del luto de los que pierden seres queridos. El culto a los muertos, hasta en nuestros días, es competencia de los que viven: pensar en ellos es rememorar sus hechos y mantener su gloria.

El debate de la pena de muerte en la Democracia moderna

En la democracia de Atenas, preconizada por Pericles, no existía en la formación filosófica y política, un reconocimiento de los derechos individuales, pues aunque los gobernantes fueran elegidos por los ciudadanos, quedaban excluidos de esa posibilidad los esclavos y los extranjeros. La libertad política se limitaba a la participación de los ciudadanos en las funciones públicas y en las asambleas populares. Aún así, no se les consideraba portadores de derechos subjetivos fundamentales. No tenían ni libertad individual, ni igualdad civil. La idea de democracia se restringía a la participación política del ciudadano en la *Polis*, sin un reconocimiento de la cualidad individual, considerada desprovista de valor esencial.

La libertad de los ciudadanos en la esfera de la vida privada no existía. Según escribe Platón en las *Leyes:* "aquel que desee dar a una ciudad leyes que dispongan sobre la conducta de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones públicas y oficiales y que juzgue que no es necesario regular actos privados; aquel que permita que cada uno pase sus días como desee y en lugar de someter todo a una regla, deja que los negocios privados sigan su curso libres de cualquier ley… ese se equivoca"[31]. Según José Renato Nalini, "la esfera de autonomía individual era desconocida en la antigüedad. De ahí que se hable de libertad de los antiguos y libertad de los modernos, análisis realizado por Benjamín Constant. En el pensamiento político griego la personalidad humana sólo podría desarrollarse en toda su plenitud estando integrada y subordinada al Estado. La libertad era la participación en la vida de la p*olis.* Tanto es así que Aristóteles y Platón justificaban igualmente la existencia de es-

---

31 *apud* Jean-Jacques Chevalier. *História do Pensamento Politico,* t. 1, pág. 71.

clavos. Mientras que para los modernos, la libertad es la realización en la existencia individual"[32].

Distinta es la concepción de la democracia moderna en la que el concepto de ciudadanía sobrepasa la titularidad de los derechos políticos, como señala José Alfonso da Silva[33] no se limita a la participación del pueblo en la cosa pública, sino que abarca el total desarrollo del Estado democrático consolidado en la garantía general de los derechos fundamentales del hombre. En base a esos derechos, elevados a dogmas constitucionales, entre los que se encuentra el de la individualidad de la vida humana, diversos países han abolido la pena de muerte en las últimas décadas. En Europa occidental ningún país la mantiene en el derecho común.

La transformación de la concepción de la democracia antigua en moderna tuvo lugar, de manera relevante, a partir del triunfo del individualismo, preconizado por el Iluminismo del siglo XVIII. La filosofía del siglo de las luces dio carácter universal al reconocimiento de la autonomía del hombre y a los derechos naturales e inherentes, entre ellos el derecho a la vida. Según Sergio Paulo Rouanet: "el iluminismo tiende a la emancipación de todos los individuos, independientemente de la raza, sexo o nacionalidad, en la triple dimensión de la economía, de la política y de la cultura. Con otras palabras, en su búsqueda de autonomía el iluminismo es universalista… Su horizonte es la humanidad entera. Y, en cuanto titulares de derechos, los seres humanos deben ser emancipados como individuos y no como miembros de una cultura o de una nación"[34].

Desde la perspectiva de Rouanet, el ideal universalista del iluminismo desemboca en la concepción de una democracia mundial que "supone una comunidad mundial compuesta de ciudadanos libres e iguales, titulares de los mismos derechos, independientemente de su nacionalidad y de su etnia. Siguiendo la opinión de algunos filósofos, tales como Isaiah Berlin y Norberto Bobbio, los defensores de esta concepción admiten con escepticismo la noción de los derechos colectivos

---

32 José Renato Nalini. *Constituiçao e Estado Democrático,* pág. 75.
33 José Alfonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* pág. 121.
34 Sergio Paulo Rouanet. *A Morte e o Renascimento das Utopias*, pág. 16.

en la medida en que estos pueden chocar con los derechos fundamentales del hombre"[35].

La tendencia a la universalización concreta de la defensa de los derechos fundamentales del hombre comienza a notarse a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, cuando la comunidad internacional tomó conciencia de las atrocidades cometidas durante el conflicto, principalmente el holocausto. Fue entonces cuando la comunidad internacional sintió la necesidad de elaborar algunos tratados para la protección de los derechos humanos, entre ellos merece destacarse la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948. Los pactos y las convenciones elaborados en la segunda mitad del siglo XX han consolidado la exigencia de incrementar la protección de los derechos fundamentales individuales frente a los derechos fundamentales colectivos en beneficio de la propia humanidad.

Esta es también la opinión de Antonio Augusto Cançado Trindade, para quien "el desarrollo histórico de la protección internacional de los derechos humanos ha ido gradualmente superando las barreras del pasado: poco a poco se ha ido comprendiendo que la protección de los derechos básicos de la persona humana no se agota, como no podría agotarse, en la actuación del Estado, en la pretendida e indemostrable exclusiva competencia nacional"[36].

Aunque la pena de muerte no había sido abolida aún en el Estado de Virginia, sí lo había sido en otros Estados Norteamericanos; la denegación de la extradición de Jens Soering, por el Tribunal, fundamentada en la Convención Europea de Derechos Humanos, fue acertada, en cuanto que en la interpretación de los tratados y los pactos internacionales no se puede invocar el dogma de la soberanía de un Estado, aun siendo también democrático, cuando se trata de cuestiones que afectan a la protección de los derechos fundamentales del hombre. Así lo expresa Antonio Augusto Cançado Trindade: " En el proceso de interpretación de los instrumentos de protección internacional, también de los tratados en general, no está previsto, como por otra parte no podría estarlo,

---

35 *Ibid.*, pág. 16.

36 Antonio Augusto Cançado Trindade. *A Proteçao Internacional dos Direitos Humanos*, pág. 4.

invocar el dogma de la soberanía: igualmente en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, los Estados contraen obligaciones internacionales en el ejercicio pleno de su soberanía, y la libre aceptación por parte de los Estados de sus obligaciones no puede considerarse, como por otra parte no lo podría ser, en el plano internacional, un abandono de la soberanía"[37].

Además de los pactos y los tratados sobre derechos humanos, el recién creado Tribunal Penal Internacional, durante la conferencia realizada en Roma, en 1998, sobre el procedimiento y juicio de crímenes contra la humanidad, muestra la tendencia a la globalización de la protección de los derechos fundamentales. Este Tribunal aún no ha entrado en funcionamiento al necesitar para ello que un mínimo de sesenta países ratifiquen el tratado que lo ha creado. Entre las penas previstas, el Estatuto del Tribunal Internacional no ha incluido la pena de muerte. Según Sylvia Helena Fiugueiredo Steiner, en el Comité Preparatorio que precedió a la Conferencia de Roma, las discusiones fueron tensas ya que algunas delegaciones insistían en incluir la pena de muerte alegando que sin esa pena el objetivo intimidatorio del Tribunal perdería fuerza y reduciría su credibilidad. Otras delegaciones, contrarias a la pena de muerte, subrayaron la incompatibilidad de esta pena con las disposiciones contenidas en las Convenciones de los Derechos del Hombre ratificadas por sus Estados, lo que haría incompatible la ratificación del Estatuto[38].

En efecto, la pena de muerte resulta incompatible con las disposiciones establecidas en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que reconocen la inviolabilidad de la vida humana y proponen medidas adecuadas para eliminar la pena de muerte de los ordenamientos jurídicos de aquellos Estados en los que todavía no ha sido abolida.

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) no prohibía la aplicación de la pena de muerte sí legalmente estaba prevista, sin embargo, el Protocolo nº 6 de dicha Convención, de 28 de abril de 1983, considerando la tendencia de los Estados miembros a abolir la pena capital estableció: "art. 1º.– La pena de muerte queda abolida, nadie puede ser condenado

---

37 *Ibid.,* pág. 5.

38 Sylvia Helena Figueiredo Steiner. *O Tribunal Penal Internacional*, pág. 105.

a tal pena ni ejecutado; art. 2º.– Un Estado puede prever en su legislación la pena de muerte para actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro eminente de guerra; dicha pena se aplicara únicamente en los casos previstos por esa legislación y de acuerdo con sus disposiciones. Ese Estado comunicara al Secretario General del Consejo de Europa las disposiciones pertinentes de la legislación en causa"[39]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) celebrada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en el apartado 4, que trata sobre el Derecho a la Vida, establece en su art. 3º: "no puede restablecerse la pena de muerte en aquellos Estados que ya la hubieran abolido".

La pena de muerte, sin duda, es considerada ilegitima por atentar contra el principio de derecho fundamental relativo a la inviolabilidad de la vida, esencial para la protección de la dignidad humana. Si el Estado protege la vida humana y considera que el homicidio es un crimen, resulta incongruente la presencia de la pena de muerte en su ordenamiento jurídico. Según José Rafael Mendoza Troconis, "si el legislador prohíbe matar y luego establece como pena del homicidio o de otros delitos, la muerte del homicida o del sujeto activo de otros hechos punibles, esa contradicción con el principio contiene un vicio de inmoralidad"[40].

Además de atentar contra la inviolabilidad del derecho fundamental a la vida, la pena de muerte representa una sanción revestida de crueldad, en desacuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, cuyo art. 3º, en el que se fundamentó la decisión denegatoria de la extradición de Jens Soering, establece que "nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Como subraya Juárez Cirino dos Santos, "la pena de muerte es la última modalidad de pena cruel, inhumana y degradante de la historia del derecho penal: es cruel por el sufrimiento físico y psíquico del condenado, de su familia y de sus amigos; es inhumana, por la ruptura de los senti-

---

39 Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade. *A Proteçao Internacional dos Direitos Humanos*, pág. 451.

40 José Rafael Mendoza Troconis. *La Denominada Pena de Muerte*, pág. 390.

mientos de piedad y solidaridad entre los hombres; es degradante, por el envilecimiento moral y social de quienes la aplican y la ejecutan"[41].

De acuerdo con otro estudio, basado en informaciones recogidas por Amnistía Internacional, "además de la propia ejecución en sí, la mayor crueldad infringida al condenado se encuentra en la espera de la muerte que puede durar meses o años. Justamente después de la sentencia, la angustia provocada por cada etapa del procedimiento de apelación puede deprimir a algunos prisioneros hasta el punto de desistir del recurso y aceptar la ejecución como una forma de suicidio. El aislamiento, antes de la ejecución, en el *"corredor de la muerte"*, en ocasiones muy largo, produce la *"muerte de la personalidad"*, con una pérdida del sentido de la realidad acompañada de una degradación física y mental[42]. Esa especie de tortura psicológica fue descrita por un psiquiatra que trató a prisioneros del "*corredor de la muerte"* en Trinidad-Tobago. En su declaración ante la Corte Suprema de aquel país comentó que, "una prisión en tales condiciones conlleva alteraciones psicológicas de tipo eufórico o depresivo. La reclusión prolongada en un espacio reducido provoca inevitablemente una reacción de claustrofobia y conduce frecuentemente a una ansiedad crónica y a la depresión. Los prisioneros tienden a volverse dóciles y en ocasiones llegan a perder la voluntad de vivir. La reclusión prolongada en una pequeña celda, iluminada incluso de noche, puede ser considerada como una forma de tortura psicológica"[43]. Por tales motivos, la crueldad impuesta por la condena a muerte no queda debilitada ni minimizada con el eventual buen trato o una buena asistencia dispensada a los condenados en las etapas que preceden a la ejecución.

Stamatios Tzitzis sostiene que si hay que dar prioridad a los derechos individuales sobre los colectivos habría que eliminar no solo la pena de muerte sino también la pena privativa de libertad, ya que ambas violan derechos individuales[44]. En efecto, "se podría afirmar que la pena de prisión también viola el derecho natural de libertad y a pesar

---

41 Juarez Cirino dos Santos. *"A Morte da Pena", in Folha de S. Paulo,* de 15.12.1991.

42 Cf. Amnesty International. *La Peine de Mort dans le monde*, pág. 62. *Apud* Oswaldo Henrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à vida,* pág. 68.

43 Cf. Amnesty international. *La Peine de Mort dans le monde,* pág. 63.

44 Stamatios Tzitzis. *Le Droit de Mort (diké thanontôn) et les Droits de l'Homme,* pág. 530.

de ello, es aceptada en la totalidad de los países; pero, la privación de libertad sólo se justifica por la concepción moderna de prevención especifica, dirigida a la reeducación del delincuente con la posibilidad de su reinserción social, lo que no ocurre en la sanción máxima, cuya única eficacia comprobada es la retributiva"[45]. Según Jesús María Silva Sánchez, "en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad —y ésta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal—, no podrá renunciarse a la resocialización"[46].

La pena de muerte, a diferencia de la pena privativa de libertad, entra en colisión con el Derecho penal garantista que tiene sus límites de actuación estatal en los principios de proporcionalidad, de resocialización y, fundamentalmente, en el de humanidad. A este respecto, y para concluir, transcribimos las palabras de Miguel Torga con ocasión del centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal: "La tragedia del hombre, cadáver suspendido, como lo denominó Fernando Pessoa, no tiene necesidad de un final extemporáneo sobre la escena(..). Por ello, como humanos que somos, exigimos de manera inequívoca que se otorgue a todos los pueblos un código de humanidad. Un código que garantice a cada ciudadano el derecho a morir su propia muerte"[47].

Bibliografía

Alvarenga, Mª Zelia de. *A Dinâmica do Coraçao- Do Heroí-Dever, Heroína-Alcolhimenbto para Heroí-Heroína-Amante-Amado.* En: *Junguiana- Revista da Sociedades Brasileira de Psicologia Analítica,* Sâo Paulo, nº 18, 2000

AMNESTY INTERNATIONAL. *La Peine de Mort Dans le Monde.* Paris: Les Editions d'Amnesty International, 1989.

Brandao, Junito de Souza. *Mitologia Grega.* Petrópolis: Vozes, v. I y II, 1987; *Diccionario Mítico-Etimológico*. Petrópolis: Vozes, v. 1, 1991.

Chevallier, Jean-Jacques. *História do Pensamento Político. Traduçao* de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, t. 1, 1982.

Duek Marques, Oswaldo Enrique. *A Pena Capital e o Directo à Vida.* Sao Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

---

45 Oswaldo Enrique Duek Marques. *A Pena Capital e o Direito à vida.* P. 69.

46 Jesús-Mª Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 32.

47 Miguel Torga. *Pena de Morte,* p. 5.

ESQUILO. *Orestéia.* Traducción de Mario *Gama* Cury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

EURÍPEDES, *Medeia.* Traducción de María da ucaristía Daniellou. Rio de Janeiro: Universidad Santa Ùrsula, 1980.

NALINI, JOSÉ RENATO. *Constituiçao e Estado Democrático.* Saó Paulo: FTD, 1997.

ROUANET, SERGIO PAULO. *A norte e o Renascimento das Utopias*. En: *Folha de Sáo Paulo*. Caderno Mais! 25 de junho de 2000.

SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo,* Barcelona: Bosch, 1992.

SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. *A Morte da Pena.* In: *Folha de Sào Paulo,* de 15 de dezembro de 1991.

SILVA, JOSÉ ALFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19ª. Ed. Sào Paulo: Malheiros, 2001.

SÓFOCLES. *Antigona.* Traducción de Mario Gama Cury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

STEINER, SYLVIA HELENA FIGUEIREDO. *O Tribunal Penal Internacional.* In: *Revista do Tribunal Regional Federal,* 3ª Regiào, nº 41, janeiro/março de 2000.

TORGA, MIGUEL. *Pena de Morte.* In: *Pena de Morte – Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Aboliçao da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, v. 1, 1967.

TOYNBEE, ARNOLD J. *Helenismo, História de uma Civilizaçao.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1983.

TRINDADE, ANTONIO CANÇADO. *A Proteáo Inteernacional dos Direitos Humanos.* Sáo Pulo: Saraiva, 1991.

TROCONIS, JOSÉ RAFAEL MENDOZA. *La Denominada Pena de Muerte.* In: *Pena de Morte, Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, v. II, 1967.

TZITZIS, STAMATIOS. *Le Droit de Mort (dikè thanontôn) et les Droits de l'Homme.* In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto.* Milano: Giufrè editore, nº 68, jul/set. 91.

DIPLOMACIA Y POLÍTICA INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA PENA DE MUERTE

Mohammed Charfi
Doctor en Derecho
Ex Ministro de Justicia de Argelia

¿Qué estrategia, qué diplomacia, qué política internacional…?

Estos interrogantes acompañan, generalmente, a los temas clave que preocupan a los Estados. Planteados en el presente contexto, sitúan de lleno la gravedad de la reflexión y el alcance de la acción para la abolición de la pena de muerte en el mundo. En realidad, la intensidad de este debate —expresada por la multiplicidad y la calidad de los actores que intervienen en él, y potenciada gracias a las nuevas tecnologías de la información, así como por su carácter planetario— está indicando que, más allá de las organizaciones, la Humanidad es la que parece interrogar a su conciencia:

¿Acaso las relaciones humanas perdieron parte de su humanidad el día en que el primer hombre atentó contra la vida de su prójimo?

Gran pregunta donde las haya, que interesa a la vez a los filósofos, a los teólogos, a los sociólogos, a los juristas y a muchos otros sectores de la sociedad. Sería, pues, pretencioso querer debatir sobre estos interrogantes de modo incidental en una comunicación, cuyo objeto, por muy relacionado que esté con ellos, sólo serviría para avalar la problemática que se plantea de ese modo.

No obstante, conviene recordar que la reacción de la humanidad ante el autor de un acto homicida ha sido tradicionalmente la de reparar, con toda naturalidad, la pérdida de la vida de la víctima mediante la supresión de la vida del autor del homicidio.

De naturaleza privada y tribal, esta reacción, inicialmente basada en un instinto de conservación básico, no ha dejado de convertirse en venganza colectiva, y ha generando procesos en cadena, poniendo en peligro la coexistencia de los grupos humanos. Unos peligros potenciados por su extensión en el espacio y en el tiempo.

Como consecuencia de ello, el acto de reparación provocaba infinitamente más daños que el propio acto que pretendía reparar.

Llegó entonces el momento en que el Hombre, a la luz de las ideas filosóficas y/o religiosas, empezó a buscar el modo de poner fin al carácter privado de la sanción y al ciclo de acumulación de homicidios que ésta acarreaba, alejándose de la idea de venganza en la que se había basado. Fue así cómo se desarrolló la idea de una **retribución justa**, asumida por la colectividad, a través de la conceptualización de la pena de muerte.

Pues la condena a muerte del autor del homicidio, ordenada por la sociedad, se percibía entonces como un avance de la organización social y de la vida en comunidad de los humanos.

Esto explica que, más allá de la diversidad de sus fundamentos, la institucionalización de la pena de muerte ha acabado convirtiéndose en un rasgo común a todos los sistemas penales nacionales del mundo. La idea de que la humanidad había logrado avanzar con ello se traducirá muy pronto en un nuevo posicionamiento de la finalidad asignada a la pena de muerte, concebida ahora no sólo como un modo de retribución, sino también como un instrumento disuasorio para evitar que otros individuos cometan crímenes que se castigarán con dicha pena capital.

Sin embargo, desde hace algo más de dos siglos, la pena de muerte suscita reacciones de rechazo por parte de movimientos de la sociedad civil, en gran medida compartidas por la comunidad de las naciones.

Cada vez se afirma más que la pena de muerte no responde a los objetivos para los cuales fue concebida, es decir, la retribución y la ejemplaridad. La crítica a la pena de muerte, aún más incisiva, no se detiene sólo en sus objetivos. Hoy llega a quebrar seriamente su propio fundamento. En efecto, a partir del fin de la II Guerra Mundial, la dignidad se ha convertido en uno de los principios fundamentales de las relaciones sociales, por no decir interhumanas. Por ello se combate hoy la pena de muerte, por considerarla contraria a la dignidad de la persona humana.

La percepción de esta cuestión no es por supuesto lineal.

Veremos que:

– **por un lado,** este debate de ideas entre partidarios y adversarios de la pena de muerte se ha trasladado, desde hace unos cincuen-

ta años, a la esfera del derecho internacional, en particular, desde la adopción del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

– **por otro,** este debate no se ha limitado a la dimensión civil, sino que ha adquirido mayor complejidad con la emergencia de la dimensión religiosa.

En efecto:

– **en primer lugar,** varios países musulmanes han expresado oficialmente, en el seno de la ONU, que la abolición de la pena de muerte vulneraba el derecho penal musulmán aplicable en su territorio;

– **en segundo lugar,** otros países musulmanes, sin asumir de un modo claro ese fundamento para mantener la pena de muerte, dejan traslucir las dificultades a las que se enfrentan para obtener un consenso político y religioso con el fin de abolirla, y prefieren, por el momento, optar por la perspectiva de la moratoria;

– **en tercer lugar** están los países que, limitándose a cumplir las normas vinculantes del derecho internacional, que, por definición, no forman parte del Segundo Protocolo Facultativo, rechazan a la vez la moratoria y la abolición.

Conviene observar que esta última posición no es exclusiva de los países musulmanes, también la comparten otros países de todos los continentes[1].

Por otra parte, conviene asimismo aclarar que la problemática planteada no cuestiona el contenido original del mensaje religioso, sino que tiene que ver con la interpretación que hacen de éste los humanos.

Esto implica que cualquier estrategia política internacional a favor de la abolición debe tener en cuenta la naturaleza real de los factores que hacen que la problemática resulte más compleja y debe aplicarse de manera diferenciada según los aspectos que se aborden.

---

1 Informe de SG/ONU 2008 (A/63/293) sobre la abolición de la pena de muerte en el mundo: 69 países firmaron, a través de sus misiones permanentes, una declaración común que expresa claramente esta posición.

Al hablar de estrategia internacional, conviene señalar, de entrada, que no se trata de un terreno virgen. Ya han sido enfocados distintos criterios, tanto a nivel institucional (ONU, Unión Europea, etc.) como académico[2]. Además, dichos criterios parecen haber sido productivos, por ejemplo, en el caso de la reciente evaluación mundial efectuada por el Secretario General de la ONU[3].

Pero, evidentemente, y dado que la pena de muerte aún se contempla en varios sistemas jurídicos nacionales, esto significa que estas estrategias aún se deben perfeccionar.

En este sentido, lo exhaustivo no es propio de la reflexión estratégica; sería más adecuado destacar algunos aspectos que presentan un potencial de perfectibilidad de las dinámicas actuales.

Dos segmentos parecen incidir en este contexto: se trata, por un lado, de la *Cuestión de los consensos nacionales* **(1)** y, por otro, de la conceptualización de un *substituto adecuado de la pena de muerte* **(2)**.

1. La cuestión de los consensos nacionales

¿Puede inducir el Derecho, en virtud únicamente de sus normas objetivas, cambios profundos en las sociedades y conducirlas a un ritmo predefinido y en una dirección predeterminada?

He aquí también una problemática compleja. Pero nos contentaremos con recordar, recurriendo a la teoría física de la fuerza, que para que se produzca una tracción debe darse una doble condición: por un lado, que la fuerza de tracción sea superior a la suma de las fuerzas de la inercia que inhiben el movimiento buscado por el cuerpo objeto de tracción; y, por otro, que el vínculo de tracción tenga una resistencia a la ruptura superior al conjunto de las fuerzas que se ejercen sobre él.

Deducimos, pues, que el incumplimiento de la primera condición expresa el estado de estagnación del sistema, mientras que el incumplimiento de la segunda se traduce por una ruptura que, a su vez, se

---

2 Mona Chamass: *La Lutte contre la peine de mort dans le monde arabe,* Acteurs, arguments et perspectives. Junio de 2008. Coalición Mundial contra la Pena de Muerte, *www.worldcoalition.org* (estudio financiado con la ayuda de la UE).

3 Informe SG/ONU 2008, *op. cit.*

traduce por un aumento del intervalo inicial que separa la fuerza de tracción del cuerpo objeto de ésta.

En términos políticos, el binomio significa, por un lado, que el Derecho debe presentar un saldo atractivo para el cuerpo social y, por otro, que la fuerza del vínculo de tracción debe hacer posible el cambio. En política, la fuerza de dicho vínculo se mide en términos de legitimidad de las instituciones que producen el derecho.

Resulta, pues, que con independencia del régimen institucional de un país, cualquier reforma que implique a unos segmentos fundamentales de la organización social sólo puede tener éxito si se basa en un ***consenso nacional.*** Las modalidades de realización o de expresión de dicho consenso y su contenido pueden ser igual de variadas que los modelos de sociedades.

En el caso de la pena de muerte, la cuestión del consenso se plantea de modo diferente según que el país aplique (A) o no la *sharía* en el ámbito penal (B).

A) Consenso nacional y derecho penal musulmán clásico

Aclararé de entrada que, no siendo teólogo, abordaré este problema estrictamente desde el punto de vista del análisis jurídico, sin ánimo alguno de debatir aquí las reglas de fondo del *fiqh*.

Pero la función del jurista es plantear las preguntas pertinentes a los especialistas. En este sentido, no se trata de preguntar frontalmente si la religión musulmana autoriza o no la abolición de la pena de muerte, pero es *fácilmente comprensible que en un país musulmán, que aplique íntegramente la sharía en materia penal, el consenso previo no puede referirse directa y frontalmente a la oportunidad de una abolición de la pena de muerte, sino que debe primero referirse al alcance del principio de legalidad de las penas en el derecho musulmán.*

En otras palabras, se trata de preguntarse primero si el Sagrado Corán y la Sunna plantean o no el principio de intangibilidad del régimen de las penas que estos instituyen.

A este respecto, sabemos que el derecho penal musulmán dedica una escala de penas de dos niveles:

– Las penas *hudud* [*had* en singular].

– Las penas *ta'zir*.

Las primeras están predeterminadas y predefinidas, tanto en su ámbito de aplicación como en su *quantum*; mientras que las segundas, que son prerrogativa del soberano, pueden asimilarse a las penas en derecho positivo.

La pena de muerte se integra expresamente en las primeras y también puede incluirse en las segundas por decisión del soberano.

Por ello, aunque las segundas pueden prever la pena de muerte, no se les aplica el principio de intangibilidad. El debate sobre la pena de muerte que pueden suscitar sería, pues, de la misma naturaleza que el que existe en los sistemas de derecho positivo.

En cambio, en el caso de las penas *hudud*, de las que también forma parte la pena de muerte, sí se plantea la cuestión de su intangibilidad.

No se trata, pues, de una cuestión simplemente jurídica, sino de una problemática fundamentalmente teológica.

Se desprende, entonces, que en los países en los que se aplica el derecho penal musulmán clásico, es difícil imaginar un consenso político sobre la abolición, o incluso la moratoria, sin un previo consenso religioso (*ichmaa*).

En este sentido, observaremos que algunos teólogos, prevaleciéndose de su título, han podido afirmar que el régimen de la pena de muerte contemplado en el ámbito de las hudud no era intangible, o, al menos, carecía del consenso de los ulemas acerca de dicha intangibilidad[4].

No obstante, debemos observar que esas opiniones no provienen del interior de los sistemas de aplicación integral del régimen penal de derecho musulmán. Por ello, no bastan para desencadenar una dinámica conducente a lograr un consenso religioso activo sobre la abolición de

---

[4] Ahmed Abbadi, secretario general de los ulemas de Marruecos: "La peine de mort dans la doctrine islamique", comunicación leída en el seminario organizado el 11 y 12 de octubre de 2008 en Marruecos por la asociación EPCM (Ensemble contre la Peine de Mort – Juntos contra la pena de muerte) y el CCDH (Consejo Consultivo de Derechos Humanos); revista Telquel, N° 343 del 18 al 24 de octubre de 2008.

la pena de muerte en esos países. Por ello hay que implicar a los ulemas que tengan influencia en el seno de dichos sistemas.

Este debate puede insertarse, con naturalidad, en el diálogo intercultural o interreligioso, respetando la diversidad, ahora consagrada como la gran orientación de la coexistencia pacífica en este principio de siglo.

Dicha iniciativa debería realizarse, sin embargo, con prudencia. Pues el diálogo intercultural o interreligioso se instaura, por definición, en un marco de conocimiento mutuo y no implica compromisos de ningún tipo sobre las diferencias inevitables que caracterizan a los sistemas concernidos.

Se trata de evitar, en particular, que la búsqueda de un consenso en torno a la abolición de la pena de muerte en los sistemas en los que se aplica íntegramente el derecho penal musulmán sea percibida, con razón o sin ella, como una iniciativa equívoca.

En efecto, al ser el diálogo esencialmente la expresión de un respeto mutuo, la buena fe que debe presidirlo implica, para sus actores, un conocimiento de los términos del debate. En particular, se trata de no perder de vista que las religiones (tanto a través de la Biblia como del Corán) no han venido a expedir licencias para matar, sino todo lo contrario: a civilizar las reacciones de los humanos ante el asesinato de un miembro de su grupo.

Tratándose de derecho penal musulmán, el diálogo no puede obviar las dos siguientes preguntas sobre la pena de muerte:

- ¿Es intangible e indivisible el régimen general de las penas (*hudud*)?
- ¿Cuáles son las condiciones que impone la *sharía* para la aplicación de la pena de muerte en tanto que *had*?

Está claro que la doctrina musulmana ha tenido que pronunciarse sobre ambas preguntas.

Por un lado, se debería hacer un balance exhaustivo de esta doctrina, y, por otro, renovar el debate para suscitar la implicación doctrinal necesaria a la emergencia del consenso.

La financiación de tesis universitarias de investigación (en lengua árabe o en las lenguas europeas) sería una perspectiva potencialmente productiva.

B) Consenso nacional en los países musulmanes que aplican el derecho penal positivo

En esos sistemas jurídicos, el derecho penal está totalmente desvinculado de la *sharía*. Por ello, lo único necesario para abolir la pena de muerte sería el consenso político. Pues allí sería contradictorio pretender vincular el debate sobre la abolición de la pena de muerte a un debate teológico.

¿Cómo se podría en esos sistemas de derecho positivo alegar que la *sharía* constituiría un obstáculo a la abolición cuando ninguna de las demás penas *hudud* se aplica en ellos? Y no parece que la *sharía* autorice una aplicación de las penas *hudud* según una modalidad "a la carta".

Dicho de otro modo, un Estado que no aplica las demás penas *hudud* difícilmente podría justificar su negativa a la abolición alegando un motivo de la *sharía*.

Sería, pues, sorprendente que la teología en esos sistemas intervenga en el debate sobre la pena de muerte.

Además, el que algunos Estados hayan decretado una moratoria *de facto* de la pena de muerte significa que el consenso religioso no es necesario y que sólo se debe alcanzar el consenso político para ir más allá de la moratoria, hacia la abolición *de iure* de la pena de muerte.

A este respecto, la introducción del concepto de "**abolicionista *de facto***"en la jerga *onusiana*[5], para calificar a los países que han decretado una moratoria desde hace más de diez años, resultaría contraproducente. Además del escaso interés que ofrece desde el punto de vista estadístico, este concepto puede debilitar los esfuerzos de movilización para la abolición *de iure* de la pena de muerte en esos Estados denominados "abolicionistas *de facto*".

En realidad, si la moratoria es sin duda alguna una iniciativa bienvenida, por defecto, no debería convertirse en alternativa en sí de la pena de muerte y asimilarse a una huida hacia adelante. Sobre todo, teniendo en cuenta que el discurso sobre la abolición deberá incrementar su pertinencia, basarse en la búsqueda y en la propuesta de un sustituto adecuado de la pena de muerte.

---

5 Informe SG/ONU 2008, *op. cit.*

2. La búsqueda necesaria de un sustituto pertinente de la pena de muerte

La argumentación teórica que alimenta el debate sobre la pena de muerte parece haberse logrado hoy en todos los aspectos de la problemática. Pero, por muy completa y exhaustiva que sea, dicha argumentación teórica no puede reflejar totalmente la realidad de una aplicación de la pena de muerte.

En efecto, sólo las personas directamente implicadas en la aplicación de esta condena pueden identificar los retos inaccesibles a los analistas y que hacen que realmente la pena de muerte sea una carga demasiado pesada de llevar por los seres humanos.

Concretamente, preguntémonos: ¿Cuántos magistrados que hayan sentenciado una condena a muerte, o la hayan requerido, han salido indemnes del momento esquizofrénico en el que se enfrentan a la última mirada del condenado antes de su ejecución?

Y no tanto por los sentimientos que pudieran naturalmente sentir hacia el reo sino por la duda que no dejará de asaltarlos en ese instante acerca de la total responsabilidad del condenado por el acto criminal cometido, aunque éste hubiera confesado su crimen.

Es ésta otra de las dimensiones de la irreversibilidad de la pena de muerte: plantea el problema no sólo desde el punto de vista del riesgo de error judicial, sino también de la propia culpabilidad que, por definición, implica una responsabilidad total, es decir, una conciencia sin la menor duda sobre el alcance del acto y una voluntad íntegramente libre para cometerlo.

Ahora bien, ¿quién puede pretender que domina todos los mecanismos del comportamiento del hombre para definir sus niveles de responsabilidad total?

Por ello, los mejores testigos morales que hay que movilizar en el marco de la estrategia abolicionista son *los magistrados y entre éstos los que* hayan dictado sentencias de muerte y asistido a la ejecución de las personas que ellos han condenado. La tortura moral que los embarga a partir de ese instante es el mejor alegato a favor de la abolición.

Así pues, la estrategia no debe limitarse a intentar cambios legislativos, sino también a impactar en las legislaciones existentes, actuando sobre el segmento judicial.

Sin embargo, no basta con abogar por la abolición de la pena de muerte, hay que dar credibilidad al alegato, acompañándolo de una búsqueda de un sustituto pertinente de la pena de muerte. Ambas iniciativas son indivisibles.

En este sentido, la moratoria, incluso como procedimiento transitorio, presenta efectos perversos que hay que superar **(A)**.

Además, hay que tener en cuenta la dignidad de la víctima o de la familia de ésta con tanta o mayor intensidad que la del condenado, que debe, de todas formas, asumir su acto y estar dispuesto a no volver a cometer otros crímenes **(B)**.

A) La moratoria: ¿una iniciativa de doble filo?

La idea de una moratoria sobre la pena de muerte, a falta de la abolición de ésta, es sin duda alguna un compromiso diplomáticamente sensato. Pero este compromiso no será pertinente a menos que dé lugar a unas perspectivas reales que conduzcan a la abolición de la pena de muerte, *de iure* o *de facto*.

Es obvio que hay que alentar a los Estados que dudan en abolir la pena de muerte para que continúen cumpliendo la moratoria que han decidido, *de facto* o *de iure*.

Es obvio que hay que seguir abogando por la moratoria ante los Estados que continúan aplicando la pena de muerte.

Ahora bien, no hay que transformar la moratoria en una finalidad en sí, pues entonces se pervertiría el fundamento de la iniciativa abolicionista.

Según el informe del secretario general de la ONU, presentado en 2008 sobre esta cuestión, cuanto más largo sea el periodo de la moratoria, más sentido tiene ésta: una moratoria de diez años confiere al Estado correspondiente el estatuto de abolicionista *de facto*.

Pero, además de que incrementa en progresión aritmética el número de detenidos condenados a muerte, la moratoria, por su duración, puede producir efectos perversos.

En efecto, hasta el momento, la moratoria sólo se aplicaba a la ejecución de la pena de muerte y no al régimen penitenciario al que se so-

mete al condenado en cuanto se dicta la pena capital contra éste. Dicho régimen penitenciario se caracteriza en la mayoría de los sistemas por el aislamiento y el encadenamiento, día y noche, del condenado hasta el momento de su ejecución. La incompatibilidad de ese régimen con la dignidad se ve agravada por la duración de la espera del condenado. Y la moratoria no es más que una prolongación de dicha espera.

Al no ser la moratoria un indulto, el condenado no está seguro de que no le ejecuten; de ahí, el imperativo de abogar por una moratoria humanizada que implique un cambio de las condiciones de detención de los condenados a los que se les ha dictado una sentencia de muerte aplazada.

Dicho de otro modo, la moratoria sobre la ejecución debería llevar consigo ipso facto una moratoria sobre el régimen penitenciario aplicable a los condenados a muerte. Ello permitiría, además, que se asignasen al condenado unas ocupaciones gratificantes para su dignidad.

Sólo en esas condiciones la condena a muerte se hallaría, de hecho, conmutada por una condena a cadena perpetua, y la moratoria de duración ilimitada podría considerarse, legítimamente, como una abolición *de facto*.

B) La necesaria aplicación de una alternativa creíble a la pena de muerte

La dignidad del Hombre se ha impuesto, en definitiva, como fundamento de la iniciativa abolicionista. Ello implica que dicha iniciativa debe ser global y tender, a la vez, a sancionar el crimen mediante una pena adecuada **(1)** y a compensar a la víctima o a sus derechohabientes mediante una reparación justa **(2).**

Estos objetivos podrían reforzarse, por otra parte, mejorando la organización del procedimiento judicial que conduce actualmente al veredicto de pena de muerte **(3).**

1) La pena adecuada: la nueva defensa social

El castigo del criminal, si bien es una consecuencia natural de su acción, no debe producir otros efectos distintos de su condena dentro de los límites que dictaminen los jueces que lo hayan sentenciado.

En particular, la organización de los regímenes de penas lleva consigo, desde el advenimiento de la escuela de la nueva defensa social, el objetivo de reinserción del condenado en la sociedad.

Las políticas de reinserción social, a pesar de su diversidad, han demostrado sus límites.

En realidad, podemos preguntarnos si la iniciativa de reinserción social, al intentar corregir los efectos perversos de la pena, no se habrá centrado en exceso en ésta e insuficientemente en el régimen penitenciario. Pues habría que insistir en el régimen penitenciario para que la vida del detenido durante la condena no sea diferente de la vida en sociedad.

En lugar de intentar "resocializar" al detenido, habría que evitar que se "desocializase".

No se trata ya simplemente de las condiciones de detención y de unos mínimos exigidos o de la propia definición del *quantum* de la pena incompresible, sino de desarrollar una idea nueva, la de una condena que sustituya a la pena de muerte y que permita al detenido pagar su deuda con la sociedad y con la víctima, y seguir llevando una auténtica vida social.

Para seguir esa vía, la estrategia de abolición de la pena de muerte en el mundo debería orientarse hacia el diseño y la ejecución de proyectos piloto de establecimientos penitenciarios propios del siglo XXI, dedicados a la nueva defensa social, con la prioridad de preservar la dignidad del Hombre, tanto del autor del crimen como de la víctima, y que garantizasen la indemnización de ésta y, con independencia de su montante, aportasen un sentimiento de sosiego, un sentimiento de que se ha hecho justicia.

No hay duda de que este objetivo es materia de reflexión para todos los que están comprometidos con la abolición de la pena de muerte.

2) La justa reparación debida a la víctima

Uno de los reproches que se hacen a la iniciativa de abolición de la pena de muerte es que no se preocupa con la misma energía por la víctima o sus familiares.

Efectivamente, el principio de una reparación justa y las modalidades de su aplicación pueden absorber en parte el sentimiento de injusticia que se siente cuando la gravedad de la condena parece menor que la gravedad del acto cometido.

Ahora bien, en realidad y más allá de su montante, la indemnización plantea el problema de su cobro. Pues, además del riesgo de insolvencia, en general, de los autores del asesinato, se plantea siempre la problemática de las modalidades de cobro durante el periodo de encarcelamiento de éstos.

Dicho encarcelamiento que por definición en este caso es de larga duración, y las dificultades del procedimiento, a veces prolongadas por los deudores, atentan contra la dignidad de las víctimas o de sus derechohabientes. La reparación adecuada sería, pues, la que elimina esos dos factores negativos, atribuyendo mayor responsabilidad al condenado frente a su víctima.

Una de las vías sería que la reparación la asumiese materialmente la sociedad, obviamente, en los casos de crímenes de sangre. El condenado deberá, pues, ejercer un trabajo para rembolsar el importe de la reparación que la colectividad ha adelantado en su nombre.

Esta hipótesis podría formar parte de los ejes de reflexión en el marco de la nueva defensa social.

3) Organización del procedimiento penal

La estrategia abolicionista ha integrado, a modo de acciones transitorias en ausencia de la abolición inmediata, la intervención sobre los textos aplicados a la pena de muerte según estos dos ejes:

- Primeramente, sobre el Código Criminal, preconizando la reducción del ámbito de aplicación de la pena capital.
- Luego, sobre el Código de Enjuiciamiento Penal, preconizando el cumplimiento de los derechos de defensa de los acusados y de los requisitos mínimos exigidos a las condiciones de detención de los condenados.

Ambos aspectos merecerían ser reforzados a través de una doble modulación que tienda a *garantizar la total expresión del libre albedrío de los jueces:*

- Por un lado, *por su propia naturaleza, la pena de muerte sólo la podría pronunciar una jurisdicción colegiada y por unanimidad de los miembros del jurado o del tribunal.*
- Por otro, la serie de circunstancias atenuantes no debería limitar la libertad de conciencia de los jueces, que en ciertos sistemas jurídicos se ven ***obligados*** a pronunciar la pena de muerte en caso de condena en rebeldía o de denegación de las circunstancias atenuantes.

Ello tiene como consecuencia la trivialización de la pena de muerte dictada de ese modo, sin ningún debate, además de que las circunstancias atenuantes se desvían de su objetivo, pues los miembros del tribunal están obligados, con el fin de evitar dictar la condena de muerte, a reconocer circunstancias atenuantes a unos actos que su conciencia reprueba, de hecho, totalmente. Con ello se trivializan injustamente algunos crímenes.

Se trata, pues, de impedir el principio de una condena a la pena capital que se impondría por el simple hecho de rechazar las circunstancias atenuantes o por la incomparecencia del acusado.

Para lograr una diplomacia orientada hacia una estrategia de abolición de la pena de muerte, particularmente en el espacio euro-mediterráneo, estos ejes, a pesar de su modesta dimensión, implican lo propio de toda estrategia: tiempo, medios y, sobre todo, voluntad política.

Pero, no hay que olvidar que en última *instancia ninguna estrategia en la materia puede pretender conseguir la perennidad de sus resultados si no se inserta en una perspectiva más amplia: la de actuar por el advenimiento de auténticos Estados de derecho, único marco que permite la emergencia de consensos nacionales reales que garanticen la perennidad de los objetivos en torno a los cuales estos se han formado.*

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN LA UE COMO MEDIO DE LUCHA CONTRA LA PENA DE MUERTE Y LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS[1]

Adán Nieto Martín
Instituto de Derecho penal europeo e internacional
UCLM

El art. 19.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales: una seña de identidad de la UE

El art. 19.2 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, con vigencia plena desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, establece que "nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes". Mediante este artículo la UE expresa que una de sus señas de identidad más importantes es el abolicionismo y que la cooperación judicial, en lo concerniente a la extradición, no tiene cabida cuando el proceso penal puede concluir con la imposición de una condena a muerte con alguna probabilidad de ser aplicada o la extradición se solicita para imponer esta pena.

El contenido del art. 19.2 de la CE es fruto de una larga evolución que debe interpretarse como una de las grandes victorias colectivas del abolicionismo europeo. Todavía en 1964 el TC alemán señalaba con una escalofriante rotundidad lo siguiente: "la norma constitucional no contiene ningún juicio de valor sobre otros ordenamiento jurídicas, por lo

[1] Trabajo realizado en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/IURI.

que no impide al sistema judicial alemán denegar la extradición, por el solo hecho de que el delito cometido está castigado con pena de muerte en el país solicitante"[2]. Al ordenamiento alemán le falta legitimidad, continuaba señalando el TC, para imponer a otros sistemas el carácter absoluto del derecho a la vida que representa la prohibición de la pena de muerte del art. 103 de la Ley fundamental[3]. En uno de los comentarios alemanes más afamados en materia de cooperación judicial aún se considera razonable la argumentación que entonces daba el TC y que expresa muy bien el núcleo del problema al que nos enfrentamos: como la cortesía internacional, las buenas relaciones internacionales, se consideraban más importantes que el derecho a la vida y la vigencia de los derechos fundamentales en la extradición[4]. Unos años antes, el CEDH (1950)[5] no fue capaz tampoco de proclamar la abolición de la pena de muerte, pese a pertenecer a la misma generación que las constituciones italiana y alemana, que conmovidas por los horrores del fascismo eran abolicionistas,

Antes de llegar al Protocolo nº 6 en 1983, en el marco del Consejo de Europa únicamente el Convenio europeo de extradición de 1957 significó una victoria del abolicionismo. Mediante un facultativo "podrá" su art. 11 señala que "*cuando el hecho que motivaré la 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 conceder 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*". La mayoría de las le-

---

2 BVerfG, 18, 112.

3 BVerfG, 18, 117.

4 Cfr. Vogler, § 8, 3 ss, en Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkeher in Strafsachen, 2 Auf, R. V. Decker; vid. sin embargo, Schomburg/Hackner, § 8, 1 ss en Schomburg/ Lagodny/Gle/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4 Auf. C.H. Beck, 2006, quines opinian que el § 8 de la Ley de ayuda judicial en materia penal, que prescribe la prohibición de pena de muerte, salvo que se den garantías suficientes de que esta pena no se aplicará tiene valor declarativo, en cuanto que se trata de un mandato constitucional que puede extraerse directamente de la prohibición constitucional de la pena de muerte.

5 Salvo que se indique otra cosa, todos los textos legales citados pertenecientes al derecho penal internacional y europeo pueden encontrarse en Arroyo/Nieto, Código de Derecho penal Europeo e Internacional, Ministerio de Justicia, 2008.

yes de extradición europeas y los tratados bilaterales contienen en la actualidad preceptos semejantes, en los que el potestativo podrá se ha sustituido en ocasiones por una interdicción de extraditar salvo que se den garantías suficientes, que deben entrañar casi una certeza absoluta de que la pena de muerte no se ejecutará[6]. La abolición de la pena de muerte en los países del núcleo duro de Europa, que tiene lugar a partir de los años sesenta, ha contribuido notablemente a la proliferación y el perfeccionamiento de estas cláusulas.

Pese a la normalidad de no extraditar allí donde existe peligro de pena de muerte, el art. 19.2 de la CEDF tiene un importante significado práctico. De un lado, convierte el facultativo podrá en un categórico deberá, pero de otro, transforma este tipo de preceptos en un derecho fundamental del que no puede disponer el legislador ordinario, por lo que resultan contrarios al Tratado de la UE los Convenios de extradición que ésta pueda celebrar y que contradigan este precepto. Esta cuestión, por supuesto, no es baladí. Aun hoy no puede afirmarse que la prohibición de pena de muerte pertenezca al orden público o *ius cogens* internacional[7], lo que significa que, de acuerdo con el derecho de tratados, son perfectamente válidos desde la óptica del derecho internacional todos los Convenios que permitan la cooperación judicial en casos de peligro de pena de muerte. Si las Constituciones nacionales abolicionistas no consideran que resulta contrario al derecho constitucional a la vida la colaboración penal internacional en casos de pena de muerte, el legislador ordinario tiene vía libre para celebrar tratados de cooperación judicial retencionistas, cuyo no cumplimiento supone una infracción del derecho internacional.

El art. 19.2 de la CEDF significa, por tanto, que la UE a través de la extradición está dispuesta a exportar abolicionismo, imponiéndolo a países como China, Estados Unidos, Japón o la India. Esta toma de posición tiene gran importancia, en una época como la actual, en que

---

6 En relación a España, por todos Cezón González, Derecho Extradicional, Dykinson, 2003, p. 140 ss.

7 Cfr. Vogel, Vor § 1, 99 (not. 3); lo único que puede considerarse contrario al ius cogens internacional es determinadas formas de ejecución de la pena de muerte, por considerarse penas inhumanas o degradantes, vid. Bassiouni, International Extradition: United States Law and Practice, 4 Ed., Oceana Publications Inc., 2002, p. 735.

la extradición y en general toda la cooperación judicial resultan necesarias para sancionar eficazmente la delincuencia transnacional grave, que precisamente en casos como el terrorismo lleva aparejada con frecuencia la pena de muerte. El art. 19.2 CEDF, dadas las consecuencias que para las relaciones internacionales puede tener por ejemplo negarse a extraditar a *Osama Bin Laden* a los Estados Unidos, limita la política exterior de la UE. Pero también el art. 19.2 CEDF puede ser un elemento imprescindible para que llegado el caso, los TC nacionales siguiendo la estela del TC italiano, consideren que la no extradición en caso de pena de muerte, salvo garantías absolutas, constituye parte del derecho constitucional a la vida o de la prohibición constitucional —hasta ahora solo interna— de pena de muerte[8].

Soering y su progenie

Pero los verdaderos autores materiales del art. 19.2 CEDF no son otros que *Jens Soering*[9] y su progenie, tal como se reconoce en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos fundamentales que aunque carece de valor jurídico, es un instrumento de interpretación auténtica[10]. Los hechos que dan lugar a este caso como su contenido son de sobra conocidos[11]: *Soering* cuando contaba diecinueve años de edad, y bajo el síndrome de un trastorno mental conocido como "locura a dos", estranguló y apuñaló salvajemente a los padres de su novia, que vivían en una pequeña localidad de Virginia. Tras huir a Inglaterra, donde fue detenido un año después por falsificación de cheques, el tribunal de Virginia que tenía que juzgarlo le acusó de dos asesinatos, lo que en este Estado, uno de los más firmemente retencionistas, se castiga con la pena de muerte. Estados Unidos solicitó la extradición de *Soering* al amparo del Convenio de Extradición con Gran Bretaña de 1972, que contiene

---

8 Únicamente el TC italiano a través del caso Venezia, 27 de juinio de 1996, nº 223 ha integrado en la prohibición constitucional de la pena de muerte la no extradición en caso de pena de muerte; en Alemania no existe hoy ninguna decisión del TC que contradiga abiertamente la doctrina de la decisión de 1964 (not. 1 y 2), vid. Vogel, § 73, 99 (not. 3) En España el TC tampoco se ha pronunciado al respecto.

9 STEDH Soering v. UK nº 14038/88, 7 de Julio de 1989, Series A nº 161.

10 DO C 303/17, 14.12.2007

11 De entre los muchos comentarios a Soering, vid. Lillich, The American Journal of International Law Vol. 85, 1991, pp. 128-149.

una cláusula relativa a la pena de muerte similar a la del Convenio de extradición del Consejo de Europa: en los casos de posibilidad de imposición de pena de muerte: "*extradition may be refused unless the requesting Party gives assurances satisfactory to the requested Party that the death penalty will not be carried out*". Las garantías dadas por las autoridades americanas de que la pena de muerte no se impondría no satisficieron, sin embargo, a *Soering* que tras varios recursos ante autoridades británicas, acudió ante el TEDH.

No era fácil para el TEDH amparar a *Soering*. Primero, porque el Reino Unido en ese momento no había firmado el segundo protocolo nº 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte; segundo, porque la violación del derecho a la vida tendría lugar en el territorio de un país que no forma parte del Convenio; tercero, porque solo existía un riesgo de que este derecho fuera violado; y cuarto, porque los precedentes no eran favorables, en un caso muy similar *Kirkwood*[12], también de extradición a EEUU, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos había rechazado que hubiese una violación de la prohibición de penas inhumanas y degradantes en la permanencia en el corredor de la muerte; esta doctrina la mantuvo la Comisión en su opinión sobre *Soering*[13].

Pese a todas estas dificultades los jueces de Estrasburgo dieron la razón a *Soering*. En lugar del derecho a la vida señalaron que la extradición afectaría al derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes. Aunque *Soering* no fuese finalmente condenado a muerte o esta pena no fuese ejecutada, pasaría largos años, entre recurso y recurso, en el corredor de la muerte lo que, sobre todo en su estado psíquico, suponía ya de por sí un castigo cruel debido al *death row phenomenon*. El estado mental de *Soering* fue una de las claves argumentales para distanciarse de *Kirkwood* y de la opinión de la Comisión. El obstáculo derivado de la aplicación extraterritorial del Convenio fue también sorteado con habilidad. Es verdad, señaló el Tribunal, que los hechos van ocurrir fuera de su ámbito de jurisdicción, pero los derechos humanos y todo convenio

---

12 Kirkwood v. United Kingdom, 1984, pero también Altun v. Ferederal Republic of Germany, 1984 y M v. France 1985, éste último era un caso de deportación.

13 European Commission on Human Rights, Soering v. United Kingdom, nº 14038/88, de 7 de Julio de 1989.

que los proteja deben tener una vocación de universalidad, por eso un juez no puede cooperar con la probable vulneración de un derecho que se cometa en otro país no perteneciente al Convenio[14].

Esta última aseveración, la acabó de perfilar el TEDH en un conjunto de decisiones que conforman la progenie *Soering*. En *Drozd and Janousek*[15] el TEDH se enfrentaba no con la posible vulneración de un derecho fundamental imponderable y perteneciente al *ius cogens* internacional, como es la prohibición de tortura, sino con las más complejas, ponderables y cambiantes garantías que rodean un proceso justo que es el que se ponía en este caso en peligro de aceptarse la cooperación judicial. La respuesta del Tribunal complementa el contenidos de *Soering*: "*The Contracting States are, however, obliged to refuse their co-operation if it emerges that the convicion is the result of a* flagrant deniel of justice". Mediante este sintagma, el TEDH declara que no pretende imponer a los Estados no miembros un nivel de garantías similar. La violación del Convenio solo tiene lugar cuando la violación de los derechos consagrados es de una intensidad considerable (flagrant deniel of justice). Poco después, en *Pellegrini*[16], donde se discutía la compatibilidad del proceso ante un Tribunal eclesiástico con el art. 6 del Convenio, con el fin de que un juez italiano cooperará ejecutando una nulidad matrimonial, el TEDH vuelve a completar su doctrina. La revisión del procedimiento extranjero a la luz de las exigencias del proceso justo impuestas por el art. 6 son necesarias si la decisión proviene de un país que no aplica la

---

14 Para resaltar la importancia de esta doctrina basta con leer estas las palabras de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que como sabemos consideró que la extradición de Soering no violaba el Convenio: "if a Convention State deports or extradites a person within its jurisdiction to another country where he is subjected to treatment in violation of the Convention the deporting or extraditing State is not responsible as such for the violation in which is only opposable to the receiving State where the actual treatment (for example, treatment prohibited by Article 3) take place" (Commission Report (not. 12), parg. 96. La Comisión se apoyó también en la jurisprudencia constitucional suiza y alemana que mantenían igual doctrina en la fecha.

15 STEDH Drozd and Janousek v. France and Spain, nº 12747/87, de 26 de Junio de 1992.

16 Pellegrini v. Italia, nº 30882/96, 10 de Julio de 2001.

Convención, especialmente si las consecuencias de la cooperación resultan de especial importancia para las partes[17].

Las jurisprudencias constitucionales nacionales han recogido también la doctrina *Soering*, extendiéndola conforme a *Drozd* y *Pellegrini* a la violación de derechos fundamentales que tienen que ver con el proceso justo. Uno de los casos más emblemático es la STC 91/2000 donde se niega a Italia la extradición de un mafioso condenado en rebeldía. El TC siguiendo de cerca de *Drozd* estableció que a la hora de acceder a la extradición no puede exigir un nivel de protección de derechos fundamentales similar, pues ello obstaculizaría un interés también constitucionalmente relevante como es el de la cooperación[18]. El equilibrio entre ambos intereses lo encuentra el TC en lo que denomina el contenido absoluto de un derecho fundamental, que sería proyectable *ad extra. Soering* y su progenie ha sido también decisivo para que el TC alemán abandone su doctrina de 1964, y considere que los derechos fundamentales que establece la Constitución alemana también resultan proyectables *ad extra* si bien reducidos a su núcleo duro (*Kernbereich, unabdingbare Grundsätze, Elementargarantien…)*[19]. La Corte Constitucional italiana ha desarrollado una jurisprudencia que supera a *Soering*, en cuanto que no proyecta el riesgo de violación sobre la tortura o tratos inhumanos sino directamente sobre la pena de muerte en el caso *Salvatore*[20], de cuyo contenido nos ocuparemos posteriormente.

Soering ha saltado incluso el ámbito del CDEH. Su doctrina ha sido utilizada por la Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas[21]. En *Ng v. Canada*[22], el Comité estableció que Canadá había violado el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes al extraditar a *NG* a Califor-

---

17 Para una explicación de las diferencias entre Pellegrini y Drozd, aparentemente contradictorias, van Hoek/Luchtman, Transnational cooperation in criminal matters and the safeguardind of human rights, en Utrecht Law Review, Vol I, Issue 2 (December) 2005, p. 13 ss (http://www.utrechtlawreview.org/).

18 Cezón González, Derecho Extradicional (not. 5), p. 112 ss.

19 Vid. por ejemplo BVerfG JZ 2004 141, con anotación de Vogel.

20 Salvatore (not. 7).

21 Cfr. Quigley, The Rule of Non-Inquiry and Human Rights Treaties, Catholic University Law Review, Vol 45: 1213, 1994, págs. 1219 ss.

22 Ng v. Canada, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications Nº469/1991, Dec. of Nov. 5, 1993.

nia, por considerar que era previsible que fuese sentenciado a muerte y ejecutado mediante gas letal, forma de ejecución que la Comisión consideró un trato cruel. Desgraciadamente Canadá extraditó a *NG* sin esperar a la decisión de la Comisión. Aunque en dos sentencias coetáneas *Kindler*[23] y *Cox*[24], referentes a extradiciones a Pensilvania, la Comisión considera que no existe una violación del Pacto, ni por la forma de ejecución, ni por el síndrome del corredor de la muerte, vuelve a aplicar la lógica *Soering* y no otorga la razón a Canadá que había negado que a través de la cooperación con una autoridad extranjera pudiera violarse el Pacto internacional: "*If a State party takes a decisión relating to a person within its jurisdiction, and the necessary and foreseeable consequence is that that person's rights under the convenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Convenant… For example, a State party would itself be in violation of the Convenant if it handed over a person to another State in circumstances in which it was foreseeable that torture would take place*".

La herencia de Soering: una cooperación judicial respetuosa con los derechos humanos

La herencia de *Soering* y las sentencias que lo siguen es de gran importancia para la protección de los derechos humanos en un mundo globalizado, pues constituye el *hardware* de un nuevo modelo de cooperación judicial respetuoso con ellos. En efecto *Soering, Drozd, Kindler* y la doctrina del núcleo absoluto como acabamos de analizar autorizan a exportar los derechos fundamentales de un sistema a otro. El término exportar no está elegido al azar. La doctrina alemana mantuvo durante mucho tiempo que en atención a la soberanía y a la posibilidad de establecer relaciones internacionales existía una prohibición de exportación de los derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental a otros sistemas[25].

---

23 Kindler v. Canada, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications Nº 470/1991, dec.of July 30, 1993.

24 Cox v. Canada, U. N. Hum. Rts. Comm, Communications Nº 539/1993, Dec.of Oct. 31, 1994.

25 Cfr. Vogel, Vor § 1, 29 ss (not. 3).

La doctrina *Soering* proyectada sobre el ámbito de la cooperación judicial, significa que no se puede cooperar a cualquier precio. En el caso de la pena de muerte esto supone que aunque el abolicionismo no forma parte del orden público internacional, *Soering* autoriza a exportarlo a los países retencionistas, advirtiéndoles que no existirá cooperación judicial a no ser que en ese caso concreto dejen de imponer o ejecutar la pena de muerte. Pero *Soering*, a través de *Drozd,* tiene un significado que va más allá de la cooperación en casos de pena de muerte. De manera general *Soering* significa que ayudar en la ejecución de sentencias o en procedimientos penales que violen o en los que sea previsible una violación de derechos humanos constituye una violación indirecta de estos derechos, por mucho que en el sistema foráneo no estén consagrados.

Esta afirmación supone el destronamiento del modelo clásico o decimonónico de cooperación judicial. En efecto, la cooperación en su formulación más clásica fue concebida como un acto de auxilio (*Rechtshilfe*) al *ius puniendi* de otro estado, que se enmarca dentro del sistema de relaciones internacionales de un país. La cooperación atiende a preservar las buenas relaciones entre gobiernos y a evitar posibles conflictos internacionales. El respeto a los derechos fundamentales no tiene cabida en este modelo, donde la persona afectada es además un objeto carente de cualquier derecho. Esta concepción somete a la cooperación judicial a los vaivenes de la política exterior. De hecho, el desarrollo real de la cooperación no puede entenderse sin esta referencia[26]. La cooperación era inexistente en los convulsos siglos XVI y XXVIII en los cuales las diferentes monarquías europeas vivieron en un estado de guerra perpetúa entre sí. Al otro lado del Atlántico la mayoría de las antiguas colonias, comenzando por los Estados Unidos, eran refugios de perseguidos políticos y religiosos o de esclavos fugitivos. Interesadas en preservar aún los valores que inspiraron su independencia y ocupadas en sus asuntos internos tampoco desarrollaron sistemas de cooperación. Solo a medida que avanza el XIX la cooperación experimenta un notable desarrollo. Con el advenimiento de la revolución industrial y el incremento de los intercambios económicos, los estados necesitan de unas relaciones in-

---

[26] Para una historia de la extradición desde esta perspectiva resulta sumamente interesante la lectura de Pyle H. Ch., Extradition, Polities and Human Rights, Temple University Press, 2001.

ternacionales más pacíficas, el desarrollo de las comunicaciones crea además mayores posibilidades de que en los procesos penales aparezcan, cada vez como mayor frecuencia, elementos de transnacionalidad. A partir de esta época la cooperación judicial comienza a positivizarse sobre todo en leyes y tratados de extradición, y lo hace como parte del derecho internacional.

El principio de *non inquiry,* presente en el ordenamiento norteamericano pero también en algunos países europeos como Holanda o Gran Bretaña, encarna fielmente esta concepción que ha dominado sin apenas fisuras durante años. Tal como estableció el TS de los EEUU a comienzos del siglo XX en *Nely v. Henkel* (1901), ante las alegaciones del procesado que iba ser extraditado a Cuba por fraude y temía no tener un proceso justo: "*such citenzhip does not…entitle him to demand, of right, a trial in any other mode than that allowed to its own people by the country whose laws he has violated and from whose justice he has fled*"[27]. Algunos años antes la primera ley de extracción inglesa de 1896 positivizó este principio, ya expresado años antes por las instancias políticas encargadas de autorizar la extradición. Ante la alegación de posibles torturas en un caso de extradición a China, la respuesta fue contundente: "*Her Majesty's Govermente cannot of strict right refuse to deliver a criminal … on the ground that there is reason for suspecting that torture will be aplied*"[28].

En este modelo de cooperación judicial la función del juez de extradición consiste únicamente en controlar formalmente si se dan los requisitos que establece el derecho interno de cada país para proceder a la extradición. Ir más allá supone una intromisión en la división de poderes, una intromisión en la política exterior o de relaciones internacionales que es materia del ejecutivo. Las violaciones de derechos fundamentales que acaecen en otro país como consecuencia de sus reglas procesales, por la brutalidad policial o el mal estado de las prisiones deben ser objeto de consideración en su caso en la fase política de la cooperación o en el momento de la firma del Tratado. La protección diplomática de los derechos fundamentales resulta para la doctrina del *non inquiry* idónea para dañar lo mínimo posible las relaciones internacionales. La opinión de un juez sobre el sistema de otro país puede

---

27 Cfr. Pyle H. Ch., (not. 25), p. 118.

28 Cfr. Pyle H. Ch., (not. 25), p. 122.

generar innecesariamente un conflicto internacional y las presiones diplomáticas pueden resultar más eficaces en la protección de un derecho fundamental, que la actuación de los jueces, que además tienen pocos instrumentos para averiguar cuál es la situación real del sistema penal de otro país[29].

La doctrina del *male captus bene detentus*, estrechamente unida al *non inquiry* en la jurisprudencia americana[30], encuentra también su explicación y acomodo dentro de una doctrina en la que el juez cierra los ojos a todos aquello que haya ocurrido bajo el territorio de otro soberano. La detención ilegal que ha sustituido al proceso de extradición bajo otra jurisdicción no tiene relevancia judicial y resulta un acontecimiento en exclusiva con relevancia política, a arreglar entre soberanos, conforme al derecho internacional. Esta doctrina ejemplifica como pocas que en este modelo de cooperación, el juez debe colocarse unas anteojeras en todo aquello que haya podido suponer una vulneración de derechos fundamentales fuera de su territorio. El juez cierra los ojos además en una doble dirección: ni le importa si coopera con un sistema penal injusto, o si el proceso del que se ocupa se ha beneficiado de algún tipo de comportamiento que vulnere derechos fundamentales.

Aunque quizás menos llamativos que la anterior doctrina, aun es posible encontrar en países de la UE, como Holanda[31], importantes resabios de la regla del *non inquiry* que descansan en la misma lógica del *male captus*. Se trata por regla general de supuestos en los que un tribunal utiliza una información para iniciar un proceso penal, que ha sido obtenida en el territorio de otro país violando derechos fundamen-

---

29 Cfr. Wilson,Toward the Enforcement of Universal Human Rights Through Abrogation of the Rule of Non-Inquiry in Extradition, ILSA Journal of Int'l & Comparative Law, Vol. 3: 751, 1997, p. 751 ss.

30 Bassiouni, (not. 6), pp. 249 ss; Sobre su contexto histórico vid. nuevamente Pyle H. Ch. (not. 25), pp. 263 ss (It is a crime for private persons to recive stolen goods, but it is lawful for Amercan courts to receive stolen people. It is unconstitutional for American courts to accept evidence that the government has obtained illegally, but it is not unconstitutional for judges to try alleged criminals who have been brought to them by government or private kidnappers. So is the bizarre state of American law today".

31 Swart, en Eser/Lagodny/Blakesley (ed.), The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters. A Comparative Study, Baden-Baden, 2002, p. 520.

tales. Así por ejemplo recientemente se han abierto procedimientos por delitos fiscales en varios países de la UE, derivados de informaciones que habían sido obtenidas por las autoridades fiscales de otro país mediante sobornos de empleados para que violaran el secreto bancario[32]. Igualmente es frecuente la apertura de un proceso penal, sobre la base de información procedente de servicios secretos, sin indagarse si esta información ha sido obtenida de manera conforme con los derechos fundamentales[33]. El *non inquiry* responde en estos casos a razones como preservar las fuentes de información o fomentar la colaboración entre servicios secretos y jueces, que se vería obstaculizada si se sometiera a mayores controles la procedencia de la información.

Soering obliga a desterrar este tipo de prácticas e instaurar un sistema de cooperación judicial radicalmente distinto, que algunos autores han denominado acertadamente de tridimensional[34]. En efecto, el sistema tradicional de cooperación se caracteriza por ser bidimensional, la cooperación judicial afecta simplemente a los dos Estados implicados. Frente a este modelo de cooperación, se impone un sistema en el que se ponderen adecuadamente los tres intereses principales en juego que existen en este ámbito: las relaciones internacionales, la persecución eficaz de la delincuencia transnacional, y, por supuesto, los derechos fundamentales. Un buen modelo de cooperación judicial es el que permite optimizar estos tres intereses. Una imagen ideal de la cooperación se asemejaría a un triángulo, en cuyos vértices se situarían los tres intereses aludidos, que por su igual peso y equilibrio harían del triángulo un triángulo equilátero.

En este modelo la cooperación judicial tiene elementos de derecho internacional, pero también del derecho constitucional y del derecho penal. La posición del sujeto afectado por la cooperación y la del juez cambian radicalmente. Uno es sujeto de derechos y el otro su garante. El juez encargado de la extradición debe cerciorarse acerca del grado de respeto real a los derechos fundamentales existentes en el país con

---

32 Vid. van Hoek/Luchtman, Transnational cooperation in criminal matters and the safeguardind of human rights (not. 16), passim.

33 Vid. Vervaele, Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: Emergency criminal law?, Utrecht Law Review, Vol. 1. Issue 1, Sept. 2005, p. 1 ss.

34 Fundamental Vogel, Vor § 1, (not. 3) 15.

el que coopera. En la fase gubernativa de la cooperación, aunque la autorización sigue siendo un acto de naturaleza política, el órgano encargado de debe tener en cuenta también los tres intereses en juego. Lógicamente este modelo tridimensional de cooperación es contrario a doctrinas como la del *non inquiry*, pero también la del *male captus bene detentus* en cualquiera de sus manifestaciones.

El aspecto más complicado y debatido de este modelo radica en determinar qué nivel de derechos fundamentales van a exigirse al sistema con el que se coopera. La prohibición de exportación de derechos fundamentales que mantenía la doctrina alemana tenía un núcleo de verdad. Si exigimos al sistema con el que cooperamos que los derechos fundamentales estén definidos exactamente igual que en el ordenamiento del país de ejecución[35], obstaculizaremos notablemente la cooperación, desconociendo el resto de los intereses en juego. Esta pretensión desconoce además que existe una amplia jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos que ha ido formateando el contenido de buena parte de los derechos fundamentales, y que parte además de la necesidad de conceder a cada sistema un margen de apreciación nacional. La doctrina del TEDH en *Drozd*, que habla de una *flagrant deniel of justice,* del TC español a través del núcleo absoluto o exportable de derechos fundamentales o del TC alemán a través de su *Kernbereich* constituyen el camino a seguir. Imponer el mismo nivel, la misma visión de derechos fundamentales que opera en el derecho interno supone un chauvinismo incompatible con las buenas relaciones internacionales.

No se trata, por tanto, de exigir a otro ordenamiento un estándar igual en la protección de derechos fundamentales, sino que respete unos contenidos que se consideran imprescindibles. En los últimos años en las leyes de cooperación judicial de algunos países de la UE[36] (Suiza, Alemania, Austria) han empezado a positivizar esta idea a través de la inclusión de cláusulas de orden público o *emergency brakes* en las que se señala que no debe prestarse la cooperación judicial cuando con ello

---

35 Cfr. Lagodny, § 73, 1 ss, en (not. 3).

36 En Suiza el Art. 1a, 2 Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen; en Austria el § 2 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz; y en Alemania, § 73, Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen.

contradice "los principios esenciales del ordenamiento". La propia UE en la segunda generación de Decisiones Marco que desarrollan el principio de reconocimiento mutuo ha incluido un precepto similar en virtud del cual la prestación de ayuda a la autoridad judicial de otro país miembro "no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del TUE"[37].

Aunque apegada todavía a un modelo de cooperación que toma como interés preponderante las relaciones internacionales, y que se considera parte del derecho internacional y la policía exterior, los tribunales norteamericanos a partir de *Gallina*[38] han empezado también a admitir la posibilidad de denegar la extradición cuando el sujeto podría quedar sometido a un procedimiento o a una sanción contraria el *sense of decency* del ordenamiento norteamericano[39]. Aunque con una extensión más limitada en lo tocante a los derechos que pueden ser invocados, y con una aplicación mucho más excepcional, la *decency* cumple una función similar al *Kernbereich* o a la noción de orden público del

---

37 Vid. por ejemplo art. 1.4 DECISIÓN MARCO 2008/947/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, DO L 337/102, 16.12.2008; art. 1.3 DECISIÓN MARCO 2008/978/JAI DEL CONSEJO de 18 de diciembre de 2008 relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, DO L 350/72, 30.12.2008; art. 1.1 DECISIÓN MARCO 2008/977/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, DO L 350/72, 30.12.2008; art. 3.4 DECISIÓN MARCO 2008/909/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, DO L 370/30, 5.12.2008; art. 1.2 DECISIÓN MARCO 2008/675/JAI DEL CONSEJO de 24 de julio de 2008 relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, DO L 220/32, 15.8.2008.

38 Gallina v. Fraser, 278 F. 2d 77, 79 (2d Cir. 1960), vid. Sullivan, Abandoning the Rule of Non-Inquiry in International Extradition, Hastings Int'l & Compl. L. Rev, Vol 15, 1991, p. 111 ss.

39 Cfr. Gallina v. Fraser, 278 F. 2d 77, 79 (2d Cir. 1960).

derecho europeo[40]. En el Reino Unido, otro de los bastiones del *non inquiry,* la *Extradition Act* de 1989 permite también denegar la extradición si ésta puede ser "*unjust or oppressive*", lo que autoriza a los tribunales a investigar el estado de la justicia en otro sistema.

Lógicamente determinar en qué consiste este estándar común de derechos fundamentales inderogables en la cooperación penal es, como señalaba, una tarea compleja, y que no puede ser abordada con detalle en este lugar. Probablemente para llevarla acabo con éxito, lo más importante es que los jueces encargados de averiguar cual es núcleo inderogable o absoluto de los derechos fundamentales adopten una metodología de *Rechtsfindung* basada en el derecho comparado, en dar prioridad a la jurisprudencia de los tribunales regionales y buscar soluciones que tengan en cuanta los puntos de vista expresados por otros jueces constitucionales nacionales. Se trata en definitiva de un método que requiere del diálogo entre los jueces de diversos sistemas. Es muy probable que solo las decisiones construidas sobre esta metodología encuentren la legitimidad suficiente para imponerse en la escena internacional[41]. A efectos prácticos sería muy importante que en los Convenios de cooperación que la UE firme con terceros países incluya una cláusula genérica de orden público o *emergency brake* indicando que la cooperación judicial se denegará cuando exista una violación grave de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6 del TUE.

Más allá de Soering: los problemas abiertos

La implantación de un modelo tridimensional y cimentado en los derechos fundamentales plantea dos tipos diferentes de problemas. El primero de ellos es que la potenciación de los derechos fundamentales no debe descuidar el resto de intereses que conforman la cooperación judicial. Las relaciones internacionales y la persecución y sanción efi-

---

40 Mas detalles en Quigley, The rule of non inguiry and human rights treatis, Catholic University Law Review, 1996, Vol. 45: 1213; Sullivan, Abandoning the Rule of Non Inquiry in International Extradition, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. Vol. 15, 1991, 111 ss.

41 Ampliamente Nieto Martín, Cooperación judicial y Derechos fundamentales, en Diez Picazo L.M./Nieto Martín, Derechos fundamentales y Derecho penal europeo, 2010 (en prensa).

caz de formas graves de criminalidad son imprescindibles para que la cooperación judicial funcione y tenga sentido. *Soering*, al igual que muchos de los de su progenie, fueron autores de delitos muy graves. El segundo problema es cómo profundizar en el modelo y es que, en efecto, la polémica acerca de la aplicación de los derechos fundamentales ha tenido lugar casi exclusivamente en relación a la extradición. El papel de las garantías en la denominada cooperación menor apenas si se ha discutido, al igual que en otros tipos de cooperación como el intercambio de informaciones con autoridades administrativas o con servicios de inteligencia, y la que tiene lugar en el marco de operaciones militares.

Extradición condicional y aut dedere aut judicare

La comunidad internacional se enfrenta a formas de crimen organizado transnacional que requieren de una cooperación garantista, pero también eficaz. Denegar la extradición de quien ha cometido delitos muy graves, alegando una posible violación de derechos fundamentales, e impedir cualquier proceso o ejecución de sanción no constituye una solución deseable. Con el fin de solventar este problema pueden utilizarse dos técnicas distintas: la de "entregar o juzgar" o la denominada extradición condicional[42].

Mediante la fórmula de o entregar o juzgar el país que deniegue la extradición debe comprometerse a abrir el mismo un procedimiento penal o, en caso de que no entregue a la persona en atención a la "situación" del sistema penitenciario, a ejecutar el mismo la sanción. En una versión atenuada esta regla se aplica desde hace años a través del principio de personalidad activa. Los ordenamientos que no admiten la entrega de nacionales en los procesos de extradición a través de este principio pueden juzgar en su país a los propios nacionales. En el derecho internacional algunas convenciones como la relativa al secuestro

---

42 En lo que sigue es fundamental el trabajo de Dugard/Van den Wyngaert, Reconciling Extradition with Human Rights, The American Journal of International Law, Vol. 92: 187, 1998.

de aeronaves[43], atentados contra personas protegidas[44] o la Convención contra la tortura (art. 7) acogen este principio.

El "entregar o juzgar" tiene sin embargo importantes problemas prácticos, por lo que su puesta en práctica no siempre es fácil. En efecto, en muchos casos la mayor parte del material probatorio y de los testigos estarán situados en el país al cuál se le ha denegado la extradición o la cooperación judicial. Ciertamente este material probatorio puede solicitarse a través de una nueva petición de solicitud judicial, pero resultará frecuente —por lógico— que el estado al cual se ha denegado la extradición indicando que su sistema penal no se conformaba a los derechos humanos se niegue a cooperar. Emprender un proceso sin el material probatorio suficiente tiene además el peligro de producir sentencias absolutorias o sobreseimientos poco fundados, que posteriormente a través del *ne bis in idem* internacional pueden bloquear un nuevo proceso cuando se reúna material probatorio suficiente[45].

La otra posibilidad es la denominada extradición condicional. Esta forma de extradición se ha desarrollado principalmente en el ámbito de la pena de muerte y de los juicios en rebeldía. Como señalábamos al comienzo de este trabajo la primera victoria del abolicionismo en la cooperación judicial fue conceder la extradición a cambio de que se dieran garantías suficientes de que la pena de muerte no iba a ser impuesta o ejecutada. Igualmente en el caso de los juicios en rebeldía la extradición suele concederse a condición de que exista un nuevo proceso. Un ejemplo más. Allí donde se ha superado el principio de no extradición de nacionales, como en el caso de cooperación judicial *ad intra* en la UE, la entrega del nacional o del residente suele condicionarse a que después se entregue de nuevo para el cumplimiento de la condena.

Este tipo de fórmulas podría generalizarse. Y así por ejemplo cuando que se considere que existe un riesgo de violación de los derechos conforman el debido proceso, podría exigirse la realización de un juicio bajo determinadas garantías o si se duda de la calidad del sistema pe-

---

43 Convenio para la repression del apoderamiento ilícito de aeronaves (BOE n. 13 de 15/1/1973).

44 Convención sobre la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas (BOE n. 33 de 7/2/1986).

45 Cfr. Dugard/Van den Wyngaert (not. 41), p. 209 s.

nitenciario, podría entregarse a la persona con la condición de permitir visitas periódicas. El que el contenido de este tipo de condiciones, y la forma de hacerlas cumplir, se fije en los Tratados de cooperación facilitaría sin duda las cosas. El desarrollo de la extradición condicional sería más sencillo si, por ejemplo, en virtud de estos acuerdos, se permitiera que diplomáticos, jueces del país que concede la cooperación, miembros de ONG o cualquier otro tipo de observador imparcial pudiera estar presente durante el desarrollo de los procesos penales[46]. Igualmente sería necesario buscar sanciones efectivas para el Estado que incumpliera alguno de los requisitos a que se somete la extradición. Declarar únicamente que ello supone la violación del Convenio, no parece que sea lo suficientemente efectivo. La extradición condicional, a diferencia de la regla del entregar o juzgar, tiene además la ventaja de que bien entendida puede ejercer una función de magisterio sobre otros ordenamiento. En los países con sistemas judiciales más atrasados el "observador imparcial" podría convertirse en una especie de *amicus curiae* que ayudaría al juez nacional en el desarrollo del proceso. Es decir, a diferencia de la regla entregar o juzgar, que puede lesionar las relaciones internacionales y disminuye las posibilidades de sanción, la cooperación/extradición condicional puede entenderse como una herramienta de cooperación en sentido amplio, de ayuda a la administración de justicia de determinados países.

El problema de la extradición condicional radica no obstante en que éste sistema de control aun no se ha desarrollado. En otros casos, incluso, al ordenamiento del país que solicita la ayuda no siempre le es posible legalmente cumplir con la condición. Si se indica por ejemplo que su proceso penal adolece de una determinada garantía (por ejemplo, la competencia de los hechos recae sobre un tribunal militar, de cuya imparcialidad se duda) no siempre resultará posible una alteración del proceso ad hoc. En los casos de pena de muerte, el ámbito más tradicional de la extradición condicional, no está claro como conciliar con el principio de separación de poderes el que el ejecutivo pueda influir sobre el juez o el jurado para que no impongan una pena prevista en la ley. El asunto se complica aún más cuando la pena de muerte figura como pena única. En estos supuestos, el compromiso de proceder a

---

46 Cfr. Dugard/Van den Wyngaert (not. 41), p. 206 ss.

un indulto, allí donde sea posible, puede resultar la única garantía. No obstante, y aun en este caso resulta complejo en algunos sistemas constitucionales que el gobierno pueda obligar al Jefe del Estado a aceptar un compromiso firme de indulto.

Estas dificultades son las que explican la sentencia *Venezia*[47], en la que el TC italiano declaró la inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado de cooperación entre Italia y los Estados Unidos y el art. 698.2 del Código de Procedimiento Penal. La Corte argumentó la inconstitucionalidad señalando que la extradición condicional en casos de pena de muerte era contraria directamente al derecho a la vida contemplado en el art. 27 de la Constitución, que expresamente prohíbe la pena capital. Y ello por dos razones: primera, porque dudaba de la capacidad del gobierno norteamericano para asegurar eficazmente que el ciudadano que iba a ser extraditado no fuera ejecutado, y segunda: por la discrecionalidad que el Convenio de extradición y la ley italiana otorgaban al Ministerio de Justicia a la hora de considerar si las garantías resultaban insuficientes. Este margen de discrecionalidad se consideró incompatible con el derecho a la vida[48].

Venezia, pese a que es absolutamente impecable, está lejos de hacerse realidad en los Convenios internacionales que ha firmado hasta ahora la UE. El Convenio de Extradición entre la UE y los Estados Unidos en su art. 13 sigue recurriendo a la extradición condicional. Resulta criticable además que la fórmula empleado no haya avanzado substancialmente en relación al Convenio Europeo de Extradición de 1957. El art. 13 permite, de hecho, una extradición a Estados Unidos aunque el estado Europeo requerido considere que no existen suficientes garantías o los Estados Unidos no aceptan las garantías impuestas por el Estado requerido. En ambos caso el art. 13 utiliza un potestativo y lamentable "podrá denegar la solicitud de extradición"[49]. La extradición condicional en los casos de pena de muerte debiera asumir en los contenidos de

---

47 (not. 7).

48 Cfr. Pisani, Pena di morte ed estradizione nel Trattato Italia-USA: il caso Venezia, Ind. Pen., 1996, p. 671 ss.

49 Cfr. Spatafora, Pena di morte e diritti dell'uomo nell'accordo tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione, en Zanghi/Panella, Cooperazione Giudiziaria in Materia Penale e Diritti dell'Uomo, Giapichelli Editore, 2002, p. 51 ss.

la sentencia *Venezia*, de los que puede considerarse también heredero el art. 19.2 de de la Carta Europea de Derechos fundamentales. De hecho, es muy probable que este cláusula condicional no tenga cabida con el tajante art. 19.2 que contiene un mandato tajante de no extradición en caso de "riesgo de pena de muerte"[50]. La extradición condicional en casos de pena de muerte solo es admisible cuando se dan garantías totales o absoluta de que la pena de muerte no se ejecutará. Cualquier incertidumbre por mínima que sea debe conducir a negar la extradición[51]. La doctrina *Venezia* supone una continuación de *Soering*, y tiene además la virtud de superar una de sus mayores inconsistencias: el largo tiempo de espera en el corredor de la muerte se debe normalmente a que los condenados a muerte utilizan el sistema de recursos de que dispone el derecho norteamericano, cuando no existe un sistema de recursos tan depurado y el tiempo de espera no es tan largo, a sensu contrario, no existe ningún trato inhumano.

El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial

La discusión entorno a derechos fundamentales y cooperación judicial ha tenido lugar casi de manera exclusiva en relación a la extradición. Esto ha provocado importantes carencias en la regulación de otros tipos de cooperación, no solo judicial, sino también administrativa o militar. Los problemas son, sin embargo, similares. De acuerdo con la lógica *Soering* cooperar, por ejemplo con la entrega de material probatorio, en un proceso donde puede imponerse la pena de muerte, o dónde van a violarse los principios básicos del proceso justo resulta también una violación indirecta de derechos fundamentales. El tenor literal del art. 19.2 de la CEDF permite sin embargo teóricamente el que pueda

---

50 El art. 17.2 del Convenio prevé ya en cierto modo una posible excepción basada en la aplicación de los derechos fundamentales: "Si los principios constitucionales, o una sentencia firma, del Estado requerido pudieran constituir impedimento para el cumplimiento de la obligación de proceder a la extradición y en el presente Acuerdo o en el tratado bilateral aplicable no se contempla una solución de la cuestión, se celebrarán consultas entre el Estado requirente y el Estado requerido".

51 Sobre las garantías admisibles vid. Cezón González, Derecho extradicional (not. 5), p. 141 s; Lagodny, § 8, 15 ss (not. 3).

entregarse material probatorio, por ejemplo información bancaria, acceder a escuchas telefónicas o incluso realizar videoconferencias en suelo europeo con el fin de prestar asistencia judicial en un proceso donde vaya a imponerse la pena de muerte.

A este respecto, es sintomático que mientras el Convenio de extradición entre los Estados Unidos y la UE contiene una cláusula relativa a la pena de muerte, el Convenio de asistencia judicial carece de referencia expresa y directa a los derechos fundamentales. Únicamente su art. 13 señala que los Estados miembros pueden invocar motivos de "orden público" o "principios jurídicos" para negarse a la cooperación judicial, lo que pudiera dar cabida a invocar el respeto a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros. La aplicación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial menor está fuera de toda duda en los países de la UE que como Alemania o Austria poseen cláusulas de orden público genéricas. El TC alemán afirma hoy con rotundidad que cooperar con un proceso donde puede imponerse la pena de muerte es inconstitucional. Es más, la propia UE en la segunda generación de DM relativas al principio de reconocimiento mutuo ha incluido el respeto a los derechos fundamentales previstos en el art. 6 del TUE como un requisito estructural de cualquier tipo de cooperación judicial. Por ello y conforme a lo ya señalado anteriormente, los Convenios de asistencia judicial de la UE y no sólo los de extradición debieran tener una cláusula genérica de derechos fundamentales. Ello permitiría además que fuera el TJCE el que determinara el núcleo duro de cada derecho fundamental que puede ser aplicado en la cooperación judicial, y no los jueces o TC nacionales, tal como ocurre si se emplean preceptos similares al art. 13 del Convenio de cooperación con los USA, que remite al orden público nacional.

Mas allá de la cooperación judicial es preciso determinar la operatividad de los derechos fundamentales en la cooperación administrativa. Ante la amenaza del terrorismo cada vez resulta más frecuente que los Estados compartan por ejemplo información procedente de los servicios de inteligencia. En cuanto que esta información se utilice con fines puramente preventivos o estratégicos, los problemas con los derechos fundamentales son menores, el problema es cuándo se judicializa y se introduce en el proceso penal. Un buen ejemplo podría ser la apertura de un proceso penal en materia de terrorismo sobre la base de informa-

ciones que provienen de los interrogatorios coactivos de Guantánamo o de las cárceles secretas de los Estados Unidos en diversas partes del mundo, en donde están detenidas ilegalmente personas sospechosas de terrorismo. Aunque el TEDH no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión semejante, hasta ahora ha considerado válido la iniciación de un proceso penal a partir de informaciones que procedían de una violación de derechos fundamentales, siempre y cuando esta información no fuera utilizada después como medio de prueba[52].

El tercer ámbito de la cooperación sobre el que deben proyectarse con mayor contundencia los derechos fundamentales es el de las misiones militares de fuerzas Europeas en el extranjero. La actuación de las fuerzas británicas en Irak en la operación de búsqueda de Saddam Husseim, y el recurso que éste presentó ante el TEDH, puso de manifiesto que en caso de haber sido capturado por fuerzas británicas hubiese supuesto una violación del CEDH su entrega a autoridades, iraquíes o norteamericanos, sin asegurarse de que el proceso no hubiera acabado en pena de muerte[53]. El CEDH no sólo se aplica en el territorio

---

52 El TEDH ha llegado incluso a consagrar esta manifestación oculta del *non inquiry* señalando que no es preciso indagar acerca si en la obtención de esta información se respetaron los derechos fundamentales, siempre y cuando no se utilice como medio de prueba, y solo sea tenida en cuenta en la investigación TEDH, Echeverri González v. The Netherlands, First Section, decisión as to the admisibility of aplication nº 43286/92, de 27 de junio del 2000. Los hechos del casos eran en resumen los siguientes: Un ciudadano colombiano había sido condenado en Holanda por tráfico de drogas, iniciándose las investigaciones a partir de una información suministrada por las autoridades norteamericanas, procedente de la intervención de llamadas telefónicas. El procesado pidió en el proceso que se comprobase si la intervención telefónica se había efectuado legalmente, a lo que el tribunal holandés se negó. La respuesta del TEDH fue que: the Court considers that the Convention does not preclude reliance, at the investigating stage, on information obtained by the investigating authorities from sources such as foreign criminal investigations. Nevertheless, the subsequent use of such information can raise issues under the Convention where there are reasons to assume that in this foreign investigation defence rights guaranteed in the Convention have been disrespected.

53 vid. Press release issued by the Registrar. European Court of Human Rights rejects request for interim measures by Saddam Hussein (337 de 30.6.2004). Los abogados de Saddam Husseim solicitaban a la corte "que se prohibiera de forma permanente al Reino Unido facilitar, permitir, dar su consentimiento o llevar a cabo cualquier otra actuación que supusiera una participación efectiva en la puesta a disposición del reclamante bajo la custodia del gobierno iraquí en tanto éste no estableciera medidas adecuadas para garantizar que el demandante no será sometido a pena

de los países firmantes, sino allí donde estos tienen "jurisdicción". El problema de la cooperación en el marco de operaciones militares surge principalmente cuando las tropas de países de la UE actúan en el marco de misiones de paz conjuntas bajo mando de la OTAN, Naciones Unidas o incluso la UE. Dado que las organizaciones internacionales no forman parte de las Convenciones de Derechos Humanos, los soldados no están sujetos a estos estándares de derechos fundamentales, ni tampoco necesariamente a su estándar nacional. Gráficamente: no llevan ni el CEDH ni la Constitución nacional en sus mochilas[54]. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa las misiones militares de la UE de mantenimiento de la paz, prevención de conflictos o fortalecimiento de la paz deben respetar además de los principios de la Carta de las Naciones Unidos, la Carta Europea de Derechos Fundamentales y el CEDH. Ello implica, por ejemplo, que aunque el SOFA correspondiente señale que determinados delitos cometidos por soldados europeos en territorios extranjeros puedan ser juzgados por los sistemas nacionales no será posible la entrega si con ello se infringe la doctrina *Soering* de violación indirecta de un derecho fundamental.

En un sentido similar, los jueces holandeses se negaron a entregar un soldado estadounidense que se encontraba dentro del contingente de tropas americanas en suelo holandés y que había asesinado a su mujer. Aunque el SOFA señalaba que el enjuiciamiento de este delito correspondía a la justicia americana, su entrega fue denegada ante la posibilidad de que se le impusiera la pena de muerte[55]. El art. 18 a del Acuerdo entre la RFA y las tropas de la OTAN estacionadas en suelo alemán, contiene igualmente una previsión tendente a que las autoridades norteamericanas aplicando el SOFA puedan ejecutar una pena

---

de muerte". Ello violaba a juicio de los abogados los art. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de torturas), así como los protocolos 1 y 13 del Convenio. El Tribunal aunque ha rechazado la aplicación de medidas provisionales señala que "It remains open to Mr. Hussein to pursue his application befote the Court".

54 Vid. con ulteriores referencias Nieto Martín, Human Rights under military criminal law and under war time, en Manacorda/Nieto, Criminal Law Between Law and War, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2008 (= en RGDP, Iustel, nº 8, 2008; RIDPP, Fasc. 3- 2008).

55 Cfr. King, The Death Penalty, Extradition, and the War Against Terrorism: U.S Responses to European Opinion About Capital Punishment, Buffalo Human Rights Law Review, Vol. 9, 2003, p. 196 ss.

de muerte en territorio Alemán, ni realizar en su suelo un proceso que pueda conducir a la pena de muerte[56].

Conclusiones

La implantación de los derechos fundamentales en la cooperación judicial se ha desarrollado merced a la presión que el abolicionismo ha efectuado sobre la extradición, tal como se plasma en el art. 19.2 de la CEDF que ha constitucionalizado la doctrina *Soering*. Sin embargo, resultaría equivocado reducir a la pena de muerte la importancia de los derechos fundamentales. El abolicionismo no se entiende plenamente sino se enmarca dentro de una estrategia general de respeto a todos los derechos del hombre. Con este fin en este trabajo se ha formulado un modelo tridimensional, en el que se integran los tres intereses esenciales de la cooperación judicial: la protección de derechos fundamentales, la sanción eficaz de los delitos de carácter transnacional y las relaciones internacionales. Este modelo de cooperación debe expandirse a todas las formas de cooperación. Sus herramientas principales son de un lado las cláusulas de *emergency brakes* u orden público y, de otro, la utilización de la extradición condicional y del principio de entregar o juzgar.

Una de las principales virtudes de este modelo es que sirve para exportar derechos fundamentales y abolicionismo. Los estados retencionistas y que no cuentan con un sistema penal respetuoso con los derechos del hombre deben saber que esta circunstancia puede afectar a la eficacia de su sistema penal, en cuanto que muchas de sus solicitudes de cooperación no serán atendidas. La prohibición de la pena de muerte o determinados aspectos de los derechos fundamentales pueden no pertenecer al ius cogens u orden público internacional, pero los Estados que adopten el modelo tridimensional están en su derecho a utilizar la cooperación como medio de lucha contra la pena de muerte y como vehículo para la expansión de los derechos humanos.

La UE en el Programa de Estocolmo ha incluido por primera ver la dimensión exterior del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, consciente de que esta dimensión "es fundamental para hacer frente a los

---

56 Vid. Lagodny, (not. 3), VD1, 24 y VD1a.

desafíos más importantes que tenemos ante nosotros". Una de los objetivos de esta acción exterior son los "esfuerzos de la UE para conseguir la abolición de la pena de muerte, la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes"[57]. Conforme a estos objetivos, que deben enmarcarse dentro de un plan más general de extensión de los derechos humanos según establece el art. 21 del TUE, la UE en los acuerdos de cooperación judicial existentes y en los que establezca en el futuro debería:

- Incluir cláusulas de orden público o *emergency brakes* de modo tal que la solicitud de cooperación judicial fuera rechazada cuando viola o existe un riesgo de infracción grave de los derechos fundamentales del art. 6 del TUE.
- Adecuar los Convenios de extradición y cooperación judicial existentes a las exigencias del art. 19.2 de la CEDF. La extradición y cualquier tipo de extradición judicial deben negarse cuando existe un grave riesgo de pena de muerte, de tortura o tratos inhumanos o degradantes. Solo el aseguramiento absoluto de que estas violaciones no van a producirse autorizan la extradición o cooperación. Aunque estas últimas cláusulas puedan considerarse redundantes una vez que se cuenta con cláusulas de orden público su indiscutible valor simbólico aconsejan mantenerlas.
- La UE en los Convenios de extradición y cooperación judicial debe intentar hacer el mayor uso posible de la regla de entregar o juzgar y de la extradición/cooperación condicional. Este último instrumento debe entenderse y conformarse, en la medida de lo posible, como una herramienta de apoyo a los sistemas judiciales menos desarrollados en la implantación de los derechos fundamentales de la persona.

---

57 Consejo de la Unión Europea, El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, Bruselas, 2 de diciembre de 2009, 17024/09, p. 12.

LA UNIÓN EUROPEA HACE FRENTE A LA PENA DE MUERTE CON NUEVAS COMPETENCIAS[1]

Antonio Muñoz Aunión
Investigador Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. UCLM

El objetivo de estas líneas es el de presentar, de forma sucinta, las nuevas formas de cooperación judicial internacional que se derivan de la nueva arquitectura de la Organización internacional de integración, Unión Europea. Esta recién estrenada estructura no sólo se plasma en instrumentos convencionales sino que también va a tener reflejo en la ampliación de competencias de las Instituciones. La premisa de la acción europea en política exterior, desde la década de los ochenta, ha sido la protección internacional de los derechos humanos, y en consecuencia, el derecho a la vida.

Primero, **c**on la entrada en vigor del Tratado de Lisboa[2], la Unión Europea clarifica su vertiente exterior y reafirma su peso político. Uno de los escenarios imaginables es el Diálogo Trasatlántico donde la Unión Europea, los Estados Unidos y otros sujetos internacionales comparten valores, derechos humanos y libertades fundamentales, formas de gobiernos democráticos, respeto por el imperio de la Ley, y conceptos funcionales de libertad, justicia y seguridad, que les comprometen a trabajar juntos en la esfera internacional para su defensa proactiva, campos, por otro lado, en los que no será de aplicación *per se* la declaración núm.

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER2009-08240-E/IURE.

2 Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea DOCE 2007/C 306/01. En vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

14 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea[3], evitando de esta forma que el Tratado sea un mero *juego de espejos rotos*. En este subsistema de normas que nos permite hablar de un *orden público europeo*, la pena de muerte es considerada contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tanto el Presidente permanente de la Unión como el Alto Representante de Asuntos Exteriores y Política de Seguridad recientemente nombrados institucionalizan la presencia de la Unión Europea como actor internacional sujeta a los principios enunciados en el artículo 3 punto 5 del Tratado de Lisboa que actualiza el acervo de la Unión[4]. Un elemento controvertido en la protección de los derechos humanos va a ser sin duda la relación con los países donde se aplica la pena de muerte, principalmente cuando se aplique o se pretenda aplicar a nacionales de alguno de los 27 Estados miembros que ostentan la ciudadanía euro-

---

3 Declaración relativa a la política exterior y de seguridad común:
"Además de las normas y procedimientos específicos a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, la Conferencia subraya que las disposiciones referentes a la política exterior y de seguridad común, incluido lo relativo al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y al servicio europeo de acción exterior, no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales, incluida la pertenencia de un Estado miembro al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La Conferencia observa por otro lado que las disposiciones correspondientes a la política exterior y de seguridad común no confieren nuevos poderes de iniciativa de decisiones a la Comisión ni amplían la función del Parlamento Europeo.
La Conferencia también recuerda que las disposiciones por las que se rige la política común de seguridad y defensa se entienden sin menoscabo del carácter específico de la política de seguridad y defensa de los Estados miembros".

4 "En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas".

pea, que se agrega a la nacional (art. 9, parr. 2 TUE)[5]. Cabe encontrar un antecedente de esta *asistencia diplomática reforzada* en las competencias comunitarias de protección a las tripulaciones pesqueras cuando son retenidas por presuntas infracciones al Derecho de Pesca en aguas internacionales.

Es política de la Unión Europea, desde 1993[6] y, desde ahora ejercitable de modo más funcional y ágil, a través de la construcción de un Servicio Exterior de la Unión, la protección internacional de aquellos que en caso de una tibia defensa podría fundar el ejercicio de una acción ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de las disposiciones del Tratado[7] puesto que, como se reconoce en este texto a través de la inclusión *de* la Carta de Derechos Fundamentales, y de la futura adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos[8] con su extendida jurisprudencia protectora, el derecho a la vida no puede tener limitaciones[9]. Por tanto, los valores de la Unión hacen que este modelo de protección

---

5 "Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla".

6 Véase, *Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995*, relativa a la protección de los ciudadanos de la Unión por las representaciones diplomáticas y consulares (*DOCE* L 314, de 28 de diciembre de 1996). Más recientemente, el Libro Verde de la Comisión sobre Protección Diplomática y Consular de los ciudadanos de la Unión en terceros países. Bruselas 28.11.2006 COM (2006) 712 final.

7 Véase, el Asunto *Odigitria* Tribunal de Primera Instancia, Sentencia de 6 de julio de 1995 (Asunto T. 572 – 1993).

8 En una iniciativa que data de 1979, primero de la Comisión, y luego respaldada por el Parlamento Europeo, que fue objeto de un dictamen negativo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el 28 de marzo de 1996, conocido como Dictamen 2/94. Véase, Chueca Sancho, A.G.; "Por una Europa de los Derechos Humanos (La Adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma)". En *http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CHUECA.doc.* Más recientemente, véase, Fernández Tomás, A. F.; "El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional". En Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Madrid 2008.

9 El hecho de acudir a la protección diplomática, en palabras del Relator Especial Dugard, se debe a que "la mayoría de los Estados trata una solicitud de protección diplomática de otro Estado con más seriedad que una reclamación contra su conducta ante un órgano de supervisión de los derechos humanos"; Primer Informe sobre la Protección Diplomática 7 de marzo de 2000 A/CN. 4/ 506 p. 11.

diplomática, en supuestos de aplicación de la pena capital, como pena valorada en el contexto europeo como inhumana, sea vanguardista, acercándose al desiderátum del Relator Especial del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional[10] de 2006 sobre Protección Diplomática, en esencia una relación atemporal de Estado a Estado, quien afirmara "lograr que la protección diplomática fuese considerada como un nuevo mecanismo de protección de los derechos humanos, formando parte del Derecho internacional de los Derechos Humanos"[11].

Desde un punto de vista estrictamente de política criminal, estamos de acuerdo con el penalista italiano Manacorda, quien considera una garantía añadida a las facultades de los Estados miembros de la Unión Europa de denegar la extradición en aplicación de los acuerdos de Cooperación policial y judicial la ofrece la interpretación del Tratado de la Unión y de textos anexos a él que establece un derecho fundamental del ciudadano, entendemos extensible a todo individuo, indistintamente de su condición jurídica en el territorio europeo, que se encuentre en el ámbito de aplicación del sistema europeo de normas, a no ser entregado allí donde su vida corra peligro[12].

Lege ferenda, para cimentar esta garantía, de forma subsidiaria y ante la inacción de las Instituciones comunitarias, sería posible utilizar la vía de la iniciativa popular prevista en el artículo 11. 4 del Tratado[13], para

---

10 La Comisión de Derecho Internacional fue establecida por la Asamblea General en 1947 para promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en cuyo amplio programa de trabajo se encuentra la codificación del Derecho diplomático.

11 Véase, Torroja Mateu, H.; El Derecho del Estado a ejercer la protección diplomática Ed. Bosch Barcelona 2007. En el mismo sentido, el Profesor Benounna, en 1996, sostenía la existencia de derechos subjetivos inherentes a los particulares. En la jurisprudencia constitucional, podemos inferir esbozos de esta subjetividad, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Constitucional alemán, "que han reconocido la obligación del Estado de otorgar la protección diplomática a favor de sus nacionales…". Cit. en Fernández Tomás, A.; Sánchez Legido, A.; Ortega Terol, J.M.; *Manual de Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch 2004, p. 385.

12 "Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico criminali", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 789.

13 "Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren

impulsar legislación que defienda que toda persona bajo jurisdicción de la Unión Europea sobre la que pueda recaer una pena capital no será extraditado y en caso de que ya se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado *retencionista,* que la Unión Europea utilizará todos los mecanismos del Tratado de Lisboa para utilizar la protección diplomática, y en última instancia medidas comerciales para impedir la ejecución de la pena, más efectivas hoy día con la clarificación de los pilares y la existencia de una base jurídica propia[14].

En segundo lugar, la Unión Europea tiene la oportunidad de utilizar esta nueva competencia (art. 34 TUE) para fomentar la firma o rechazar la denuncia del *Protocolo sobre Jurisdicción obligatoria para resolver las controversias que se susciten en la interpretación y aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares*[15].

El mismo hecho de que este Protocolo no contenga artículo sobre denuncia o retirada es muestra de la voluntad de las partes de que este instrumento regulara efectivamente en la práctica las controversias que pudieran surgir en su funcionamiento. Retirándose del protocolo se acentúa una inmunidad de Soberanía que equipara las decisiones del Tribunal Internacional de Justicia, de un orden propiamente internacional, a injerencias en asuntos propios del Estado, en este caso, el sistema penal de un país.

Supone asimismo, un *perverso efecto dominó* con doble dirección porque en el plano interno, los Estados pueden utilizar argumentos para limitar el acceso a la justicia internacional a sus ciudadanos, como ha ocurrido en ocasiones con la denuncia de los Protocolos facultativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[16]; y en el plano inter-

---

un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados. Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

14 Sobre los orígenes del acervo existente, véase, Pérez Prats Durban. L.; *Cooperación política europea y Comunidades Europeas en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, Ed. UAM, Madrid 1991.

15 En mayor detalle, véase, Martín Arribas, J.J.; *Derecho Internacional. Bases y Tendencias Actuales.* Entinema 2007.

16 En concreto la situación de varios países caribeños como Jamaica, Trinidad y Tobago y Guyana, sobre este asunto, véase, Amnistía Internacional *http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAMR050011999?open&of=ESL-GUY.*

nacional, si ciertos Estados dejan de denunciar los incumplimientos del Convenio esto lleva a que otros países, dejen de defender sus derechos e intereses consulares teniendo como efecto colateral la aparición de un mayor peligro de la violación de los derechos humanos de los individuos que transciende nacionalidades, piedra angular del sistema de Naciones Unidas[17].

Además de ser una medida ineficaz, una vez admitida la reclamación, los países no quedan desamparados al ser el Tribunal Internacional de Justicia dueño de su propia competencia, y según el artículo 60 del Estatuto. "En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, el Tribunal lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes" y la decisión supone una estimable apreciación del estado actual de interpretación del Derecho Internacional con efectos similares a los de una Opinión Consultiva y con la repercusión mediática que tiene todo pronunciamiento del Tribunal Internacional de Justicia.

Finalmente, la verificación a través de órganos con representación democrática, o por una personalidad independiente[18], representantes de los Parlamentos, *Comités de Sabios* o representaciones mixtas UE, Consejo de Europa[19], OSCE de que los Acuerdos firmados por la Unión Europea que supongan limitaciones al ejercicio de los derechos humanos sean debidamente respetados por todos sus miembros, por ejem-

---

17 La Unión Europea contribuye activamente a través de las denominadas cláusulas "derechos humanos y democracia" en la firma de Acuerdos comerciales con terceros países, sometiendo el cumplimiento de estos a su respeto. El efecto espiral de una mayor violación de derechos humanos vendría a acentuar la presión a través de estos Acuerdos, que podrían no soportar y ser víctimas de un éxito no deseado. El correcto cumplimiento de los mismos se hace depender de los dictámenes periódicos que realizan las misiones de la Comisión en estos países, así como las legaciones de los Estados miembros de la Unión, y próximamente, los representantes del Servicio Exterior de la Unión. Véase, sobre este tema, Maria Mercedes Candela Soriano; *Los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en la acción exterior de la Unión Europea*. Madrid Dykinson, 2006.

18 La Elección de una "Personalidad eminente europea" que verifique que los Estados Unidos cumplen con los compromisos adquiridos como se hizo con el Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo que incluyó en los Acuerdos SWIFT de medios de pago.

19 En esta Organización, los Estados Unidos, México, Canadá, Japón, y la Santa Sede tienen el estatuto de observadores.

plo, el reciente Acuerdo de Extradición y Asistencia Legal entre la UE y Estados Unidos de América[20]. En particular, estos acuerdos prevén que los Estados miembros de la Unión establezcan o mejoren los acuerdos bilaterales de extradición y asistencia mutua, y que las disposiciones, que son un marco de *mínimos*, de los acuerdos Estados Unidos y Unión Europea sean aplicadas en relación a estos acuerdos bilaterales, lo que han cumplido todos ellos[21], y que, a su vez, podía servir de marco legal para la negociación de aquellos cuyos acuerdos bilaterales databan de una fecha muy anterior[22].

Por ejemplo, en el relativo a la extradición, se esboza el alcance de su aplicación en relación a los acuerdos bilaterales ya existentes, se clarifican los tipos de delitos que son extraditables, y se describe el procedimiento para la transmisión y autenticación de documentos así como las normas para la entrega temporal, la extradición simplificada, y el tránsito.

---

20 Decisión 2009/820/PESC del Consejo de 23 de octubre de 2009 sobre la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América y del Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. L. 291 /40. 7.11.2009, entrará en vigor el 1 de febrero de 2010.Véase, texto en *http://www.statewatch.org/news/2009/nov/eu-usa-extradition-mutual-cooperation-agreements-2.pdf.*

21 Sin que nada impida que a nivel bilateral se aumenten las garantías, mientras que se respete el principio de cooperación leal previsto en el artículo 3 bis párrafo 3 que lee: "Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión", como norma originaria del Derecho Comunitario europeo, conocida en el Derecho Federal alemán *como Bundestreue.*

22 Véase, sobre Acuerdos de Extradición por países, UNITED NATIONS CRIME AND JUSTICE INFORMATION NETWORK BILATERAL AGREEMENTS ON EXTRADITION, JUDICIAL/LEGAL ASSISTANCE, CONTROL OF NARCOTIC DRUGS, AND PRISONER TRANSFER BY COUNTRY *http://www.uncjin.org/Laws/extradit/extindx.htm*. Evidentemente, para los más recientes, las novedades de un Acuerdo como este, negociado en un largo período de tiempo, eran escasas, o ya habían sido llevadas a efecto en la firma del Acuerdo en cuestión.

Por último, se mejora ostensiblemente la protección frente a la pena de muerte, en el sentido de que la no aplicación de la pena de muerte dejará de depender de garantías en una base de caso individual prometidas por el Gobierno estadounidense; en su lugar, la extradición sólo se realizará bajo la condición de que la pena de muerte no será impuesta, o sí por cuestiones procedimentales, dicha condición no puede cumplirse, la certeza plena de que la pena no se verá cumplida[23]. Por tanto, garantías jurídicas que van más allá de las débiles garantías diplomáticas que han sido duramente criticadas por Organizaciones no guber-

---

[23] En concreto, en el artículo 13 del Tratado que se desarrolla por el artículo VII del *Texto integrado de las disposiciones del Tratado Bilateral de Extradición y del Tratado de Extradición UE-EEUU* que serán de aplicación a la entrada en vigor de este Instrumento.

"Cuando el delito por el que se solicita la extradición pueda ser castigado con la pena de muerte según la legislación de la Parte Requirente, y no sea punible con la pena de muerte con arreglo a la de la Parte Requerida, la Parte Requerida podrá conceder la extradición con la condición de que no se imponga la pena de muerte a la persona en cuestión, o, si por motivos de procedimiento de la Parte Requirente esto no pueda hacerse, con la condición de que, de imponerse la pena de muerte, la misma no se ejecutará. Si la Parte Requirente acepta la extradición con las condiciones establecidas en el presente artículo, dicha Parte estará obligada a cumplirlas. Si la Parte Requirente no acepta las condiciones, se podrá denegar la solicitud de extradición".

Sin embargo ONG´s se han mostrado muy críticas con el contenido de este artículo y han pedido la creación de un marco de interpretación uniforme, como lo propuesto (*supra)*. La posición se exteriorizó en las Recomendaciones que se hicieron al Consejo de Justicia e Interior en su reunión de 5 y 6 de junio de 2003. Véase, *ammesty.org.uk/news_details.asp/News.ID= 14573* donde se recomendaba que la entrada en vigor de estos acuerdos debía supeditarse a una supervisión parlamentaria adecuada en todos los Estados miembros. Véase, también *http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldselect/ldeucom/153/153.pdf.*

El contenido de este artículo se reproduce, textualmente, del artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición firmado en París en 1957 que lee: si el hecho que motivare 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 de seguridades, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada. El término "podrá" se deberá interpretar por "debe", con objeto de garantizar el efecto útil de la disposición. Véase, Rengeling/Szczekalla; *Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze.* Carl Heymanns Verlag 2004, p. 374.

namentales, y que no gozan de apoyo en la doctrina *iusinternacionalista*, debido a su excesiva cercanía con el campo de las Relaciones internacionales y la falta de rigor como norma de *hard law*, necesaria para su consideración por el Derecho Internacional. Así como por el hecho de que la negociación de las garantías diplomáticas tiene un carácter marcadamente secretista[24].

En conclusión, la abolición de la pena de muerte, excluyéndola de las posibles sanciones legítimas del *ius puniendi* soberano de los Estados, supone un reto para la capacidad exterior de la Unión Europea para el que dispone de una variedad de mecanismos y que puede extenderse a toda la Comunidad internacional ampliando el ámbito material original de *las reflexiones sobre la Guillotina* del propio Albert Camus.

---

24 En mayor detalle, véase, Catherine R. Hawkins "The Promises of Torturers: Diplomatic Assurances and the legality of Rendition", 20 Georgetown Immigration Law Journal, 213 (2006); Sánchez Legido, A.; "Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura". *http://www.aepdiri.org/publicaciones/descarga/redi/2008-1.pdf*; Larsaeus, N.; "The Use of Diplomatic Assurances in the Prevention of Prohibited Treatment", RSC Working Paper No. 32 october 2006 University of Oxford.

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO MILITAR Y EN TIEMPOS DE GUERRA

LA PENA DE MUERTE EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y EN LOS DERECHOS PENAL Y MILITAR E INTERNACIONAL PENAL

José Luis Guzmán Dalbora[1]
Universidad de Valdeparaíso, Chile

1. Carmignani dio en el clavo al calificar la pena de muerte como el *gran y lúgubre argumento* de la discusión penalista. No es por cierto el único de los problemas cardinales del Derecho penal. Sin embargo, de las proporciones y la trascendencia de nuestro tema es índice la inmensa bibliografía existente sobre él, que ya era imposible de abarcar con la mirada a mediados del siglo XIX, cuando el debate al respecto no cumplía aún cien años, y sigue multiplicándose incluso en los países que han suprimido este castigo de sus sistemas penales. También, la significativa consideración de que esas controversias rebasan el campo estrictamente jurídico y solicitan el interés de filósofos, teólogos, psicólogos, sociólogos, literatos, artistas, etc., es decir, a una plétora de saberes y pensadores a la que tampoco se sienten ajenos los legos y hasta personas de rudimentaria o nula ilustración[2].

Esto último sugiere que en la pena de muerte está encajado todavía un retazo de aquel pasado histórico en que los sistemas de garantías sociales no se diferenciaban entre sí, cuando el Derecho no conseguía erguirse con perfiles nítidos, en un afán de perfeccionamiento cultural y racionalización de la vida colectiva, frente a los postulados religiosos

---

1 Catedrático de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso (Chile).

2 "En la pena de muerte hay muchos problemas: un problema moral, un problema psicológico, un problema criminológico, un problema penal, un problema político y un problema histórico". Ruiz Funes, *Actualidad de la venganza.* (Tres ensayos de Criminología). Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 99.

y morales. No hay para extrañarse de que la carga de irracionalidad de que es portadora la pena capital, su núcleo mágicoreligioso, uncido al más atávico y radical temor humano —el miedo al aniquilamiento, espoleado por la riqueza proteiforme del impulso de conservación—, encuentren vía para expresarse en los encendidos tonos que suele adoptar el debate, ni de que éste rebrote de tiempo en tiempo y con análogos arrestos bajo circunstancias propiciatorias. Por lo mismo, la indudable imbricación de la pena de muerte con los problemas del fin de toda pena y de la justificación y los límites del *ius puniendi*, si pone de manifiesto la envergadura del tema, está también lastrada por una formidable tensión reactivoafectiva que entorpece y dilata el triunfo de la causa de la razón, que rechaza considerar el sacrificio de un hombre como posible contenido de esa institución civil que es la «pena». De ahí, en fin, que quien se adentre en la historia, fenomenología y polémica del máximo suplicio será invadido por un sentimiento sombrío y fúnebre. El argumento, pues, no sólo es grave, sino lúgubre; toma de la muerte el rasgo que la caracteriza: una profunda tristeza[3].

Pero en contra de la necesidad de tratarlo en estas páginas conspiran varios factores. La vigésima centuria, con su vocación por la guerra, la servidumbre y el sometimiento, ha producido verdaderas hecatombes humanas. Mantiene a más de la mitad del orbe sumida en la miseria, el hambre y la enfermedad, en agudo contraste con una minoría de privilegiados que disfruta de la opulencia y aparenta ignorar el sufrimiento y la consunción del prójimo. Al número de las víctimas de políticas sociales y económicas erradas, cuando no derechamente perversas, se añade la ingente realidad de las ejecuciones parajudiciales, que cobran muchas más cabezas que las abatidas por el verdugo. Todo esto puede hacer figurar como un ejercicio ocioso, un *divertimento* de doctos, ocuparse de la destrucción ordenada jurídicamente de un solo hom-

---

3 "Un momento trágicamente profundo y sugestivo en el estudio de la vida del hombre delincuente, es la condena y ejecución de la pena de muerte". Ferri, que asistió a una doble ejecución capital en París, el 17 de agosto de 1889, para imponerse directamente de la realidad terrible de su cumplimiento, hasta el final de sus días fue asaltado por el angustioso recuerdo de la agonía de los condenados. Con su habitual estilo brillante describe la escena en *Los delincuentes en el arte*. Temis, Bogotá, 1990, págs. 81-101.

bre[4]. Frente a esos hechos lacerantes, que rebasan con holgura su ceñido objeto, puede poco la doctrina penal. Reducida, pues, a *su* lúgubre argumento, lo ha estudiado y discutido hasta la saciedad. Las posturas ante él están muy bien definidas; los planteamientos en pro y en contra, reserva hecha de matices, son siempre los mismos y lo tiñen de cierta monotonía, que arriesga tornarle rutinario. El generalizado retroceso de esta pena en el panorama comparativo y el Derecho internacional, acompañado por la repulsa que prevalece entre los estudiosos, ha dado nuevo norte a los desvelos de la ciencia, hoy más preocupada de sus subrogados jurídicos y sucedáneos fácticos, de las condiciones de legitimidad requeridas para los primeros y los medios con que conjurar los últimos. Así y todo, sobre éstos continúa la pena de muerte arrojando su antiguo y funesto espectro, máxime en los ordenamientos que le conceden aceptación. Presencia inquietante cuyos efectos reflejos corrompen una miríada de instituciones jurídicas, en tanto permanezca en pie siquiera en un solo paraje del mundo (y desafortunadamente no son pocos), apremia al penalista el deber de encarar al monstruo del Lerna y ahogarlo en sus aguas cuantas veces asome la cerviz. "Para que se elimine de los Estados que aún la admiten y para que no se reinstaure en los que la abolieron, es menester que el jurista se mantenga en vela. […] Sólo así podrá conseguirse que llegue un día en que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste en matar"[5]. Hasta que tal cosa no ocurra, permanecerá como un problema de permanente actualidad.

Ahora bien, nuestra intervención pretende abocetar el estado y los problemas de la punición capital en los Derechos penal militar e internacional penal, es decir, los últimos bastiones donde ella se ha refugiado tras su creciente y ostensible derrota en el Derecho penal común de los Estados. Que en ambos campos experimente ahora una retirada, que anuncia tal vez su completa desaparición también en tales reductos, no

---

4 En este sentido, Jiménez de Asúa, *La pena de muerte*, en *El criminalista*. 2ª serie, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1966, t. VII (XVII de toda la colección), págs. (179-183) 179, y Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, en *La pena di morte nel mondo*. Convegno internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982). Marietti, Casale Monferrato, 1983, págs. (15-32) 15.

5 Barbero Santos, *Pena de muerte*. (El ocaso de un mito). Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 260-261.

nos exime de, antes bien, nos obliga a ocuparnos de ciertos pliegues de la polémica doctrinal sobre el máximo suplicio, pues de ellos depende la solución de si es lícito o no su empleo en la excepcional situación de la guerra, así como en los crímenes más graves contra el Derecho de gentes, o sea, el genocidio y los delitos de lesa humanidad.

En efecto, la riqueza de aspectos, argumentos y réplicas encerrados en la controversia sobre la pena de muerte hace aconsejable examinarlos a la luz de su correspondiente naturaleza, que es dispar. Exponer los motivos con que sus partidarios procuran cohonestarla, contraponiéndoles las razones aducidas para conseguir su supresión —proceder habitual en la doctrina—, oculta el verdadero calado de las cuestiones involucradas y es fuente de serios malentendidos, por ejemplo, que la pena de muerte sería en principio compatible con cualquiera organización política, que habría que rechazarla en general, pero acoger en ciertos casos —como en los crímenes de guerra y otros internacionales—, o que el debate instaurado en torno a ella poseería un carácter más sentimental que racional. Una mera secuencia expositiva no hace justicia a extremos que deben ser jerarquizados. Para evitar derroteros falsos y las conclusiones a que pueden precipitar, es preciso analizar el problema teórico siguiendo sus flexiones, determinadas a su vez por el ámbito de los saberes jurídicos que éstas comprometen temáticamente. La primera y más importante, por su función rectora de la ciencia jurídica, concierne a la Filosofía del Derecho. Se trata de la justificación o falta de justificación *tout court* del castigo capital, o sea, contemplándole en términos incondicionados y al contacto de los supuestos también absolutos del Derecho. En cambio, las razones, evidencias empíricas y propuestas nacidas de la Política criminal y la Criminología, que conciernen únicamente a la conveniencia o inutilidad de la pena de muerte, y no a su justificación política y jurídica, nos interesarán aquí muy de pasada.

2. También para los Derechos penal militar e internacional penal el primer desafío que se plantea a la Filosofía jurídica reside en determinar si la pena de muerte presenta un contenido que se corresponda con el de las puniciones en general, es decir, si constituye en verdad una «pena». La observación, plena de sugerencias, de que "en la pena de muerte hay, respecto de las otras, algo de anormal y de excepcional",

debida a Carnevale[6], adelanta de algún modo la respuesta a un problema sobre el cual la especulación jurídica vino a fijar su mirada recién a principios del siglo XX.

La pena, como especie de sanción jurídica y, a la vez, concepto fundamental del Derecho, ha de estar provista de un contenido que el ordenamiento juzga como desfavorable, lo que traducido al lenguaje dogmático importa una pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos. El «mal» de la pena —admitiendo que se pueda quitar a esta palabra toda resonancia moral— tiene que estar concebido objetiva e impersonalmente, pues lo que decide no son las impresiones de este u otro justiciable, sino el superior punto de vista del ordenamiento. Asimismo, dado que el Derecho es un medio práctico de regulación de la conducta interindividual, no un criterio teorético que arroje enseñanzas, predicciones u oráculos acerca de los últimos arcanos del mundo, ese mal será por principio incapaz de sobrepasar tanto nuestras posibilidades cognoscitivas como la esencial historicidad del hombre y de las normas que rigen su comportamiento ante los demás. Ninguna pena puede representar "una salida extemporánea de los límites del *lugar* y del *tiempo* en que transcurre la convivencia humana"[7]. Lo que queda al margen de aquellos supuestos no está al alcance del *ius puniendi*; así, sería absurdo y hasta risible el legislador que conmine a título de pena una privación de la libertad superior al arco vital de los seres humanos.

Pues bien, prevalece entre los penalistas la opinión de que la pena de muerte satisfaría tales exigencias, como quiera que el mal que entraña es la pérdida de la vida, el mayor bien de que es portador el hombre, conforme escribió Manuel de Lardizábal en el siglo XVIII[8]. Contra esto, se afirma, nada podría el argumento de que hay individuos —los

---

6 *La cuestión de la pena de muerte*. La España Moderna, Madrid, 1890, pág. 249.

7 Del Rosal, *4 Penas de muerte, 4*. Teoría. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1973, pág. 161.

8 *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Estudio preliminar (*Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal*) por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001, cfr. págs. 170 y 178.

suicidas[9]— que prefieren morir a continuar viviendo, porque estos son fenómenos excepcionales a los que el legislador es libre de hacer oídos sordos. Cualquier bien jurídico cuya pérdida se imponga al penado, también su vida, podría formar, pues, el sufrimiento de la pena moderna[10].

Es digno de nota que la réplica a esta extendida manera de pensar haya provenido de un psiquiatra, Alfred Hoche, probablemente porque sólo los médicos adquieren una familiaridad directa con el tema[11]. Descontado lo que tiene en cuanto destrucción química del cuerpo, nosotros no sabemos realmente en qué consiste la muerte y, por ende, ignoramos qué es lo que se cumple cuando el verdugo concluye su labor. La muerte se presta mejor a ser considerada como una situación límite de la existencia o como un insondable misterio —nadie ha vuelto de la mansión de Hades a procurarnos informaciones que nos lo desvelen—, que a tratarla entre las materias posibles de las sanciones dictaminadas por el Derecho[12]. Cabe entonces preguntarse cómo podemos condenar a algo cuyo significado desconocemos. Lo único que se puede afirmar con certeza, dice Hoche, es que la ejecución capital termina precisamente en el momento en que comienza.

---

9 Que, dicho sea de paso, abundan entre los asesinos, o sea, precisamente aquella categoría de delincuentes sobre los que pesa por lo común la amenaza capital. Es una vieja lección, acreditada por la observación sistemática de los hechos, que muchos asesinos se denuncian o suicidan, lo que prueba su escaso interés en vivir y las pulsiones inconscientes que les impelen al patíbulo. "El suicidio es para estos tipos la última erupción procedente de las angosturas de una vida mal empleada. Es la última de sus aventuras, en lo que, como siempre, está su vida en juego y concluye con una gran tranquilidad". Von Hentig, *Estudios de psicología criminal, V. El gángster*. Traducción y Notas de José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe. Madrid, 1980, pág. 143.

10 Así, Engisch, *Todesstrafe-Ja oder nein?*, en *Pena de morte*. Coloquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. 4 vols. Coimbra, 1968, t. II, cfr. págs. (273-308) 288.

11 *Die Todesstrafe ist keine Strafe*, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, t. 23, 1932, págs. 553 y ss.

12 "El nacimiento y la muerte son misterios cuya naturaleza impide absolutamente considerarlos entre las categorías de los males o bienes". Dreher, *Für und wider die Todesstrafe*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlin-New York, t. 70, 1958, págs. (543-565) 552.

Esta aparente paradoja cela una cuestión de fondo. El real contenido de la pena de muerte reside en el *miedo a morir*, con lo cual ella se nos muestra en su verdadero atuendo, el de un ataque contra el instinto de conservación, algo que no puede graduarse y, en todo caso, resulta inadmisible desde el prisma del Estado de Derecho[13]. Por cierto, el miedo que comporta para los sentenciados la espera, prolongada a menudo durante años, del día en que se les ejecutará, es un tormento psíquico peor que la muerte misma, y sus efectos devastadores son susceptibles de comprobación experimental[14]. La historia del patíbulo corrobora esta apreciación. Entre las supersticiones ligadas a la estampa del verdugo figuró la que de que una cuerda rota, el golpe mal vibrado con la espada o el funcionamiento defectuoso de la guillotina bastaban para obtener el perdón del que libró con vida el trance: "así de común es la intuición de que sentirla es más terrible que la muerte y que quien ha experimentado este sentimiento ha purgado todas sus culpas"[15]. La reflexión

---

13 En el mismo sentido, Schaffstein, *Die Todesstrafe in Deutschland in Vergangenheit und Gegenwart*, en *Pena de morte*, cit., t. I, págs. 213-232, cfr. pág. 222: "el mal de esta pena no es la muerte, sino morir". Que el descubrimiento sea reciente no debe sorprender. Antes se sabía poco de la psicología del miedo a la muerte, y su historia demuestra, como la de la sensibilidad al dolor, que ha aumentado con el desarrollo de la civilización. Véase Radbruch, *Ars moriendi*, en su libro *Elegantiae Juris Criminalis*. Verlag für Recht und Gesellschaft AG., Basel, 2ª ed., 1950, págs. (141-173) 163. Esto es particularmente notorio en la sociedad actual, que hace todo lo que puede por restar a la muerte y su séquito (ceremonias fúnebres, sepelios, etc.) la conmovedora gravedad que les es propia, para que no se la perciba.

14 "El hombre es destruido por la espera de la pena capital bastante antes de morir. Se le imponen dos muertes, siendo la primera peor que la otra, mientras que él sólo mató una vez. Comparada con este suplicio, la pena del talión todavía aparece como una ley civilizada. Ésta jamás pretendió que hubiera que reventar los dos ojos al que dejara tuerto a un hermano". Camus, *Reflexiones sobre la guillotina*, en Camus y Koestler, *La pena de muerte*. Traducción de Manuel Peyrou e Introducción de Jean Bloch-Michel. Emecé Editores, Buenos Aires, 1960, pág. 140.

15 Paolo Rossi, *La pena di morte*. Scetticismo e dogmatica. Pan, Milano, 1978, pág. 251. Toda una batería de creencias arcaicas y raras costumbres sirvieron antaño de compañía al sayón y su obra: la última cena concedida al reo (llamada «comida del verdugo»), servirle alcohol hasta su embriaguez, indultarle con ocasión de festividades religiosas o si una prostituta se le ofrecía en matrimonio, etc., etc. No se puede pasar a la ligera sobre estas prácticas, "que en la mayoría de los casos se remontan a utilidades pretéritas". Von Hentig, *La pena*. 2 vols. Traducción castellana y Notas por José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe, Madrid, t. I (*Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*), 1968, pág. 92.

contemporánea extrae las últimas consecuencias del argumento para dejar en evidencia la doble inhumanidad del juicio capital, por su insana pretensión de superar el terreno de lo que se puede conocer y medir, y porque quebranta la única forma indiscutible de solidaridad, aquella que reúne a todos los hombres en su frente común contra la muerte[16]. De lo que es lícito concluir que la llamada pena de muerte no es una pena, ni siquiera una medida de seguridad, sino un *factum*, un mero hecho de beligerancia[17].

3. Otra cuestión iusfilosófica se refiere al vínculo entre pena de muerte y organización política. Este aspecto resulta decisivo para determinar si la entidad estatal, al dictado de la doctrina que la informa en su constitución íntima, está legitimada para imponer el fúnebre castigo. La querella sobre el particular surge con el movimiento abolicionista y se nutre de argumentos de hondo calado, lo que es harto comprensible, pues aquí está comprometida una de las facetas más importantes de la relación entre Estado e individuo[18].

Urge, empero, esclarecer un error de apreciación. La subsistencia contemporánea del máximo suplicio en algunas naciones democráticas hace creer que sería compatible con cualquiera doctrina política. Para

---

16 De ahí que "sólo puede legitimarlo una verdad o un principio que se coloque por encima de los hombres". Camus, op. cit., pág. 154. Pensamos que ni siquiera una Filosofía religiosa del Derecho y, por consiguiente, una consideración superadora de valores, podría entregarnos esa verdad, sino más bien otra: la de que la muerte, al margen de su última significación metafísica, es el más antiguo enemigo del hombre.

17 *"Una guerra della nazione con un cittadino"*, en palabras de Beccaria. *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi. Einaudi, Torino, 3ª ed., 1973, pág. 62. En su libro *El problema de la pena*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Rodamillans, Buenos Aires, 1999, págs. 40-42, Carnelutti sostiene que matar al reo puede ser una medida de seguridad, porque respondería a sus fines preventivos, pero nunca una pena. El argumento no convence, deja intacto el problema y sólo lo desplaza al campo de las medidas.

18 "En la respuesta afirmativa o negativa a la pena de muerte se manifiesta siempre la confesión de un determinado y fundamental parecer sobre la relación del individuo con el Estado y el Derecho". Engisch, op. cit., pág. 274; además, Würtemberger, *Das Problem der Todesstrafe*, en *Universitas*. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, cuaderno 10, octubre de 1961, cfr. págs. (1.091-1.104) pág. 1.096.

Frosali, por ejemplo, "la pena de muerte no está en una antítesis absoluta con el espíritu de régimen político alguno, sino es sólo el producto de una concepción jurídica", de modo que no sería necesariamente un "signo iliberal" del ordenamiento que la acoja[19]. También Bettiol, fundándose en que ha coexistido con toda suerte de regímenes políticos, sostiene que sería vano el intento de buscar en la fuente de un pensamiento liberal razones tajantes en su contra, siquiera reconoce, como Frosali, que es en aquél donde habrá mayores resistencias a aceptarla, mientras que los ordenamientos autoritarios la admitirán con mayor facilidad y en los totalitarios constituye un modo de ser normal del Derecho punitivo[20]. A todo lo cual debe objetarse que si la realidad de los hechos políticos y jurídicos entra a veces en pugna con el sistema de principios que debiera cimentarlos y servirles de orientación, eso en nada altera la esencia de la *doctrina* política inspiradora de los regímenes correspondientes, siendo en *su* estructura teórica donde hay que encontrar la guía especulativa que permita resolver el problema propuesto.

Invocar al efecto la palabra «democracia» no es apropiado. La democracia es sólo una concepción acerca del origen y ejercicio de la soberanía, y de su postulado central, condensado en la voluntad popular como raíz de la autoridad pública y en la igualdad de los miembros de la comunidad, no se deduce que a un régimen democrático deba parecer repugnante la pena de muerte, porque una democracia puede estar orientada en sentido supraindividual y exigir, en consecuencia, la destrucción de un sujeto para salvaguardar la existencia del pueblo[21]. La contraposición ideológica de Russeau y Beccaria resulta en esto asaz aleccionadora. Sobre la premisa del contrato social como fundamento de la sociedad civil y del poder político, negó el milanés la legitimidad de la pena de muerte, porque en la renuncia de esas pequeñas porciones de libertad que formaron el pozo que garantiza la libertad de todos, nadie entendió sacrificar su propia vida, y porque la vida es un bien irre-

---

19 Voz *Morte (pena di)*. *Diritto penale comune*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, t. X, 1964, págs. (941-943) 941.

20 Cfr. *Diritto penale*. Parte generale. 12ª ed., cuidada por Luciano Petoello Mantovani. Cedam, Padova, 1986, pág. 836, y *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, en sus *Scritti giuridici*. 2 vols. Cedam, Padova, 1966, t. II, págs. (884-892) 888.

21 Engisch, op. cit., cfr. pág. 291.

nunciable y el suicidio algo reprobado, al paso que el ginebrino estima válido el pacto social en este punto, arguyendo que no es opuesto a él que uno se someta a la muerte con el fin de conservar la vida, ya que si el contrato tuvo como objetivo la preservación de quienes lo contraen, entonces "para no ser víctima de un asesino se consiente en morir si se convierte en tal"[22]. Con su proverbial penetración, Radbruch enseña que esta diferencia depende del diverso entendimiento de Russeau y Beccaria sobre el pacto social, que para el primero es una alienación completa y para el segundo parcial de los derechos originarios de los hombres[23]; una discrepancia que versa en definitiva acerca de la vocación individualista o bien transpersonalista de la democracia. Tampoco lleva muy lejos recurrir al concepto de república como parapeto definitivo contra la pena de muerte, a diferencia de lo que ocurriría en los sistemas monárquicos. Se trata de dos formas de gobierno que pueden ser llenadas con contenidos también diferentes, si bien al haber en los sometidos a la corona un conjunto de súbditos, y no un plexo de ciudadanos como los hijos de un régimen republicano, cuadra más a las monarquías el mantenimiento del cadalso[24].

Cuando se presta atención a la substancia que estas formas demandan aparece con claridad el eje de la cuestión. La pena de muerte es completa e insanablemente contradictoria con una concepción individualista de la sociedad y del Estado, aquella en que el hombre es el fulcro de las relaciones colectivas y se le reconoce una dignidad eminente, que no puede ser aherrojada a los designios del todo ni a los de nadie en particular, y donde impera un relativismo valorativo que tiene como último límite el respeto de la esencia de la personalidad. Bien anota

---

22 *El contrato social*, libro II, capítulo 5 (*Del derecho de vida y de muerte*), citado según la traducción de Enrique Azcoaga, Sarpe, Madrid, 1983.

23 *Isaak Inseln über Cesare Beccaria*, en *Elegantiae Juris Criminalis*, ed. cit., cfr. pág. 186. Y véanse al respecto las lúcidas reflexiones de Mario Cattaneo, *Morale e politica nel dibbattito dell'Illuminismo*, en *La pena di morte nel mondo*, cit., págs. (107-133) 119 y ss.

24 En el discurso con que Bismarck lo defendió ante el *Reichstag* durante la discusión del que sería el Código penal alemán de 1871, expuso que la pena de muerte es la única divisoria que separa el principio monárquico constitucional del republicano. Ruiz Funes, op. cit., cfr. pág. 137. Esto, por cierto, nada tiene que ver con, ni es desmentido por, el hecho de que numerosos Estados monárquicos de la Europa de hoy, la hayan suprimido de sus sistemas penales.

Carnevale que el individualismo es el único terreno abonado para que germine la aversión a la pena de muerte, y de ello son testimonio las etapas de su decadencia. La expresión política de tal sistema axiológico es el liberalismo, ámbito imprescindible para que se formen las grandes convicciones y se desarrollen la idea y el sentimiento del Derecho[25]. La democracia actual, que sitúa la dignidad y el valor del hombre en el corazón de sus Constituciones, y los ordenamientos personalistas resultantes, son por eso incompatibles con el patíbulo. En cambio, sólo una concepción supraindividualista, que supedite los valores de la personalidad a algo que está más allá de la persona, a la totalidad social, moral, divina, etc., puede reconocer al Estado un derecho absoluto sobre la vida y aprobar la muerte como pena. La versión política de semejante sistema axiológico es el autoritarismo y, en sus formas extremas (transpersonales y substancialistas), el totalitarismo. A ellos corresponde la visión del hombre como simple parte de un conjunto, más o menos orgánico, y ordenamientos basados en el principio de que debe ser Derecho aquello que es útil al pueblo[26]. Este es el fondo del argumento de Tomás de Aquino —subordinarse el hombre, ser imperfecto, al ser perfecto del todo—, tantas veces repetido en la historia, que degrada al individuo, del fin que es, a medio al servicio de la colectividad[27]. Por

---

25 El despotismo, en cambio, no los produce nunca. Guizot, *De la pena de muerte en materia política*. Traducción de José Ferrater Mora. Cruz del Sur, Santiago de Chile, 1943, cfr. pág. 68. "Solamente las fuerzas liberales son ideológicamente contrarias a la pena de muerte; las otras fuerzas pueden serle favorables hoy y contrarias mañana, según la oportunidad de los cambios políticos", observa Nuvolone, *Le probleme de la peine de mort en Italie*, en *Pena de morte*, cit., t. I, págs. (188-196) 195.

26 En la conocida tesis del ministro del régimen de Hitler, Hans Frank. Cfr. Düsing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe*. Druck- und Verlagshaus Hermann Kuhn, Schwenningen/Nekar, 1952, pág. 187.

27 El argumento está presente en Alfonso de Castro, Montesquieu, Lardizábal, etc. Como es sabido, en *Summa Theologica*, II, 2, *quaestio* 64, el Doctor Angélico aduce la necesidad de preservar el bien común ante individuos peligrosos, que pueden corromper la sociedad y cuya eliminación debe considerarse «laudable y salutífera», del mismo modo que la amputación de un miembro podrido, que precave la salud del cuerpo humano. Norberto Bobbio, op. cit., cfr. pág. 17, lo enlaza a la concepción orgánica del Estado oriunda de Aristóteles, y, de hecho, Séneca, el primero en esgrimirlo, se basó precisamente en el Estagirita; cfr. *Sobre la ira*, libro I, capítulos XV y XVI, en *Tratados filosóficos, tragedias, epístolas morales*. Prólogo de José María Pemán y traducción de J. Azagra. Edaf, Madrid, 1964, págs. 358-360. Huelga decir que el Estado no es un organismo o una persona conjunta de que los individuos

eso la pena de muerte es siempre una pauta para conocer cuál es la concepción colectiva que emerge de un ordenamiento jurídico[28]. Que esté presente todavía en países democráticos es una concesión fáctica a concepciones defensistas e impulsos primitivos, y una salvedad lamentable a las demandas de la dignidad humana, excepción que los regímenes tiránicos elevan a principio general sirviéndose de la muerte como pena y, a gran escala, como medida parajudicial[29].

4. Muy ligado al anterior, un tercer problema se ofrece a la consideración filosófico-jurídica. Ahora entra en juego decididamente aquello que el vínculo entre pena capital y organización política anticipó. Se trata de saber si este castigo se compagina con la justificación del Derecho penal, materia que "no puede ser independiente de la solución que se dé al problema preliminar sobre la génesis racional del derecho de punir"[30].

Obsérvese, sin embargo, que un sector de la doctrina desautoriza desde la partida semejante indagación, por cuanto estima que determinar si el Estado tiene el derecho de servirse de la pena de muerte sería un *quid* irracional, una cuestión de fe más que de saber, a la que no puede darse cabal respuesta en el plano estrictamente jurídico. La presencia o ausencia de esta sanción en el Derecho positivo, pues, vendrían dictadas más bien por el medio cultural, así como éste traduce sus exigencias en un concreto momento de la historia de la comunidad respectiva. "La justificación ética de esta pena, como igualmente de todas las demás

---

representarían nada más que partes constitutivas, concepción que, a fuer de trasnochada, lleva a invertir la relación entre persona y entidad estatal, erigiendo a ésta en el único sujeto de fines, y remata en el totalitarismo.

28 Lo destaca Rivacoba, *El espectro de la pena de muerte y la actualidad política argentina (1960)*, en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, año XXIII, 3ª época, 1961, números 107-108, págs. (257-290) 261.

29 Es decir, como asesinato político, cuya simplicidad lo hace preferible a la pena de muerte propiamente dicha en los regímenes de terror. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, t. V, cfr. pág. 99. Las miles de penas de muerte aplicadas durante la opresión nacionalsocialista, con ser una cifra enorme, empalidecen ante los millones de individuos asesinados en los campos de concentración, hospitales, etc.

30 Carrara, *Programma del corso di diritto penale*. Del delitto, della pena. Il Mulino, Bologna, 1993, pág. 436.

penas, depende de las concepciones morales que tengan valor en un pueblo", y su empleo, "lo mismo que la formación y determinación de todo el sistema penal, es un problema de cultura", escribió Merkel[31]. En el mismo surco especulativo, Bettiol sostuvo que si hoy la consideramos como inhumana, es porque contradice las demandas culturales de nuestro tiempo[32]. En síntesis: la supervivencia del máximo suplicio sería una opción confiada a la Política criminal.

Aunque haya que reconocer que las consideraciones sentimentales tienen en nuestra polémica una influencia que no se debe desdeñar, sería ir demasiado lejos reducirla a un enfrentamiento de posturas cuyo último sustento se sumerge en los pliegues insondables de lo irracional. Puesto que toda pena tiene que hallar su fundamento en la justificación del derecho de castigar, y éste en la justificación del Derecho en su conjunto, con el juicio sobre la pena de muerte se decide a la vez la razón del ser del *ius puniendi* como parte de los poderes de coerción de la comunidad organizada respecto de los justiciables. Esta no es una disputa de afectos, sino un problema intelectual[33]. Cabe resumirlo en los siguientes términos: sobre el común predicamento de salvaguardar las condiciones fundamentales de subsistencia y los intereses más caros de la comunidad organizada —que en ello está enfeudada la razón última del Derecho punitivo—, las posiciones se divorcian en torno a cómo

---

31 *Derecho penal*. 2 vols. Traducción de Pedro Dorado Montero. La España Moderna, Madrid, s/f, t. I, págs. 303-304.

32 *Sulla pena di morte*, en sus *Scritti giuridici 1966-1980*. Cedam, Padova, 1980, págs. (16-27) 24. En un escrito anterior en varios años, Bettiol opinó que la pena de muerte no contradiría la dignidad humana en términos absolutos, con tal que sea aplicada por delitos graves, establecidos a través de objetivas garantías jurisdiccionales, y ejecutada según formas que ahorren sufrimientos innecesarios al condenado. *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, cit., cfr. pág. 890.

33 De hecho, también el argumento cultural es fruto de la razón, pero la inteligentísima frase que lo sintetiza, de que son penas justas aquellas que se adecuan al estado de la cultura nacional y sólo ellas (Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. Keip Verlag, Goldbach, 1997 [reproducción facsimilar de la edición de Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923], cfr. pág. 435), mantiene abierta la cuestión de si la comunidad, más allá del dato adventicio de su concreto estadio cultural, posee radicalmente el poder jurídico de aniquilar a uno de sus miembros. Debido a tal deficiencia, este tipo de razonamiento se ha prestado lo mismo para combatir (Pellegrino Rossi, el propio Mayer, Bettiol, etc.) que para defender (Romagnosi y otros autores del pasado) aquella potestad.

entender la comunidad, si como una totalidad dotada de una existencia autónoma y un valor superior, o como una libre asociación de individuos en que el valor inmanente a cada uno de éstos da sentido y límites a la agrupación.

La primera postura corresponde a las concepciones supraindividualistas y, en general, a quienes construyen a partir del Estado una suerte de hipóstasis, una personificación que puede requerir, llegado el caso, la pena de muerte como medio de su salvación. Hegel, un ejemplo característico de semejante temperamento, negó que la esencia de la comunidad estatal fuese la defensa y garantía incondicionales de la vida y las propiedades de los individuos como personas, porque es el Estado "lo más elevado que pretende, también, esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de ellas"[34]. Sea que se identifique el Estado con una personificación de la moralidad (como en Hegel), un organismo (íd., Aristóteles) o el comisionado de Dios en la tierra, el resultado no varía: la justificación del Derecho penal se obtiene yendo de arriba hacia abajo y, con ello, la legitimidad de la pena capital resta inconcusa.

En cambio, desde sus orígenes el movimiento abolicionista irguió sus pretensiones sobre un entendimiento que llega al derecho de castigar siguiendo el derrotero inverso, o sea, del individuo hacia el Estado. La doctrina del contrato social, imperante entonces, fijó *ethos* y *pathos* a la discusión. Hoy parece claro que el valor de esta doctrina es ante todo metodológico —o, si se prefiere, discursivo—. Estado y Derecho penal adquieren justificación cuando pueden ser pensados, en cada uno de sus instantes, como producto de un acuerdo que los pone al servicio de los miembros de la comunidad, según la esencia racional de éstos. Pero de ello se infiere, además, la significación política de la doctrina, que sitúa al individuo en el centro de las relaciones sociales y lo protege de un Estado de otro modo omnipotente. Que sea posible imaginar el acuerdo "también en el momento en que el asesino pone la cabeza en el tajo", ha de repugnar al postulado, básico en esta teoría, según el cual no es hacedero respetar la personalidad sin reverenciar la vida de su titular; o como explica Radbruch, nunca podrá demostrarse "que la pena de

---

34 *Filosofía del Derecho*. Introducción de Carlos Marx. Traducción de Angélica Mendoza de Montero. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, § 100, págs. 107-108.

muerte puede estar al servicio del propio interés del delincuente, por la sencilla razón de que destruye el objeto de dicho interés"[35].

La archirepetida objeción de que cuanto precede sería válido para las condiciones normales u ordinarias de la comunidad, mas pudiera experimentar una modificación en situaciones excepcionales, como guerras, revoluciones políticas y otras graves subversiones del orden social, resulta menos contundente que lo que aparenta. El propio Beccaria, en el célebre pasaje en que admite la pena capital *"quando la nazione recupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi"*[36], no afirma que entonces quede legitimada, sino que «puede creerse justa y necesaria», ya que tampoco ha pretendido aludir a la muerte como pena en sentido jurídico, mas a un acto de necesidad o de defensa que apremia realizar a falta de genuina tutela jurídica. Parecidamente se puede entender los *Discursos* del abolicionista Robespierre, favorables a la ejecución de Luis XVI, a quien acusó de haber violado el contrato social y cuya persona era preciso eliminar como extrema medida de salvación pública, no a título de pena[37].

Con lo que no queremos significar, desde luego, que el primer abolicionismo haya sido por entero coherente con sus puntos de partida, sino poner de manifiesto la patología del discurso contractualista retratada en esos corolarios. La inclusión legal de medios de defensa del Estado que impliquen *apertis verbis* la destrucción de un ciudadano, es algo que sobrepasa y desnaturaliza los derechos oriundos de la necesidad. La contraprueba se obtiene con Filangieri y Romagnosi, que si se pronunciaron en pro de la pena capital fue precisamente porque confunden en esto el derecho de defensa individual con el derecho social de castigar[38]. Además, esos medios legales «de excepción» son altamen-

---

35 *Filosofía del Derecho*. Traducción de José Medina Echevarría. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952, págs. 224 y 226.

36 *Dei delitti e delle pene*, ed. cit., pág. 62.

37 Cattaneo, op. cit., cfr. pág. 130, y Rivacoba, en su *Estudio preliminar* al *Discurso sobre las penas*, de Lardizábal, ed. cit., cfr. pág. C.

38 "Por el mismo principio y por el mismo derecho que el de la guerra defensiva, se prueba también rigurosamente el de castigar hasta con la muerte". Romagnosi, *Memoria sobre las penas capitales*, en su *Génesis del Derecho penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956, págs. (589-601) 594. Para Filangieri, *Ciencia de la legislación*. Traducción de Juan Ribera. 2ª ed., revisada y corregida, Burdeos, t. III, 1823, pág. 337, "el derecho que tiene el Soberano, ya

te peligrosos. Incluso un abolicionista de pura cepa como Radbruch, el mismo que refutó el paralogismo de derivar la pena de muerte de las situaciones necesitadas con el certero argumento de que las acciones realizadas en legítima defensa o estado de necesidad se dirigen a conjurar el ataque o aniquilar la capacidad agresora, pero no a la inexorable destrucción de una vida, cedió a la tentación de las «razones de Estado» cuando, en 1922, ocupando el cargo de ministro de justicia y aún no disipada la tremenda impresión del asesinato de los ministros Matthias Erzberger y Walther Rathenau por fanáticos de derecha, prestó aquiescencia a una Ley de protección de la República de Weimar que impuso la pena de muerte a los casos de participación grave en el delito de alta traición[39]. Por hacer de la necesidad una virtud, el criterio de las excepciones invierte las premisas individualistas de que una vez partió, cae en el fraude de etiquetas y abre las puertas a todo género de abusos, comenzando por el peor: abandonar el Estado su papel de protector de la persona, para defenderse únicamente a sí mismo. Ninguna conmoción social, ningún inusitado recrudecimiento de delitos gravísimos autoriza la muerte como pena, porque la facultad implicaría un cambio indebido de Constitución en la comunidad, en ostensible atropello de su base personalista. Tampoco las guerras internacionales e intestinas pueden servir de justificación suficiente. La guerra no puede ostentar el privilegio de un espacio jurídicamente vacío; muy por el contrario, está sometida a límites jurídicos, y también para ella rige el principio de que lo fundamental es salvar al individuo y no manipularle so pretexto de preservar el todo. Préstese atención a que el estatuto del soldado reposa en que el Estado que él defiende no le mande a una muerte segura en el frente de batalla, ya que "la exposición y riesgo de la propia vida se pide en interés de los mismos que la arriesgaron y que quizá sobrevivan a todo peligro"[40]. Por todo esto, bien pudo proclamar Pietro Ellero que

---

para imponer la pena de muerte ó cualquiera otra, no depende de la cesión de los derechos que tenía cada uno sobre sí mismo [en el estado natural, que Filangieri y Romagnosi rechazan], sino de la cesión de los derechos que cada uno tenía sobre los demás".

39 Schaffstein, op. cit., cfr. pág. 218. No fue ésta la única vez en que el político desautorizó al científico: después del hundimiento del régimen nazi, Radbruch apoyó la condena capital de los principales criminales de guerra. Lange, *Die Todesstrafe im deutschen Strafrecht*, en *Pena de morte*, cit., t. I, págs. 161-171, cfr. pág. 164.

40 Radbruch, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pág. 226.

"en ninguna circunstancia social puede ser necesaria la pena de muerte […] Aun en el caso que el legislador creyese necesaria la muerte de un hombre, no podría aplicarla, pues nadie tiene el derecho de servirse de un ser libre, aun siendo culpable, como víctima expiatoria en aras del bien social"[41]. En síntesis: la pena de muerte vuelve a mostrársenos como una situación límite, un incondicional o *aut-aut* reñido con las medias tintas. O se está absolutamente en contra de ella, o se la aprueba en idénticos términos. Lo que es válido, también, a la hora de calibrar la posición adoptada por un Derecho positivo. Basta que la acoja en un solo caso para llamarle mortícola[42].

5. Queda finalmente la cuestión de cómo se comporta la pena de muerte ante la pregunta por el fin de las penas en general. Con esto quedaremos en condiciones de abordar el problema de su empleo en los Derechos penal militar e internacional penal.

La armonización de la sanción capital con las teorías absolutas o relativas depende de la imagen del hombre en que éstas se sustentan. Mientras las primeras, y principalmente la retribución modernamente entendida, toman al hombre como un ser de conocimiento y voluntad, capaz de proponerse fines y de hacer de éstos un motivo concreto de su conducta, las doctrinas de la prevención consideran al individuo como un ente que puede ser dirigido o determinado por fuerzas extrínsecas a la entidad misma[43]. La función de la pena de muerte no escapa a estas coordenadas. Aquello que para la teoría retributiva es un problema

---

41 *Sobre la pena de muerte*. Prólogo de José Canalejas y traducción por Antonio Gómez Tortosa. Madrid, 1907, págs. 143 y 144.

42 "Admitida la pena de muerte para un solo delito, digamos, traición en tiempo de guerra o genocidio, ha de entenderse, a nuestro juicio, que se está en la corriente que acepta la pena capital". Esta observación de Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. 2 vols. Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 1985, t. II, pág. 535, halla eco en otra, de Radbruch: "No se puede aprobar la pena de muerte para determinados crímenes y, al mismo tiempo, defender eficazmente, para la inmensa mayoría de los hechos punibles, las grandes ideas de la resocialización, corrección, educación a través de la pena". *Das Ende der Todesstrafe*, en su *Gesamtausgabe*, Obras completas editadas por Arthur Kaufmann. 20 vols., C.F. Müller, Heidelberg, t. IX (*Strafrechtsreform*), 1992, págs. (339-341) 340.

43 Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, cfr. págs. 44-45.

de legitimidad moral, para las teorías de la prevención es sólo un problema de oportunidad política. De hecho, el movimiento abolicionista, que inició su itinerario empleando consideraciones preventivas, se vio precisado a aceptar que en situaciones excepcionales la pena de muerte podía estimarse necesaria. Por este camino, en efecto, no es posible alcanzar una respuesta definitiva al tema propuesto y, antes bien, se lo entrega a las cambiantes exigencias de tiempo y poder político. Con éstas nos adentramos en los dominios de la utilidad, que puede exigir que el individuo sea sacrificado en aras del bienestar de la mayoría. Sólo que en tal caso la pena de muerte pasa a ser un acto de higiene o profilaxis social, de eliminación del delincuente como si de una bestia nociva se tratase, o de mero aleccionamiento. "¿En qué consiste —se pregunta Nietzsche— que toda ejecución nos choque más que un asesinato? La sangre fría del juez, los preparativos del suplicio, la idea de que en tales circunstancias se utiliza a un hombre para atemorizar a los demás"[44]. La adhesión a las concepciones de la defensa social, sea por prevención general o especial, conduce irremediablemente a justificar la destrucción de sujetos rotulados como peligrosos e irrecuperables y, en todo caso, a un creciente rigor, al terrorismo punitivo. Planteado en estos términos, es patente que la culpabilidad del ser nocivo carece de importancia —salvo como pretexto para ultimarle—, como tampoco la tiene su individualidad ética. La pena de muerte, en cuanto «pena», no se presta para ser discutida de la mano de criterios de defensa o utilidad, refractarios como son a las exigencias morales y de humanidad. "Quien niega la idea de culpabilidad como esencial fundamento de la pena estatal, no podría encontrar una justificación ética para la pena de muerte ni para la pena como tal"[45].

En cambio, el problema de la culpabilidad asume crucial trascendencia en el marco del pensamiento retributivo, del que Bettiol dijo ser el único capaz de brindar una justificación racional y ética a esa pena que consiste en matar[46]. Por cierto, lo hizo en el pasado. Hasta el siglo XVIII, y aún después, del macizo coro de defensores de la retribución

---

44 *Humano demasiado humano*, en sus *Obras inmortales*. 4 vols. Trad. de Enrique Eidesltein, Miguel Ángel Garrido y Carlos Palazón. Edicomunicación, Barcelona, 2003, t. IV, pág. 1.543.

45 Würtemberger, op. cit., pág. 1.101.

46 *Sulla pena di morte*, cit., cfr. pág. 24.

surgieron voces proclives al patíbulo, claro que a raíz de haber confundido la retribución con la venganza, el talión o la expiación, que son algo muy distinto[47]. La desaprobación pública y graduada de los delitos, que opera a través de la pena retributiva, nada tiene que compartir con impulsos irracionales, arrestos matemáticos de igualación ni afanes de catarsis o elevación religiosas. Expurgada de estas excrecencias y firmemente anclada en los valores que inspiran a un ordenamiento positivo, la retribución jurídica de los delitos descansa, entre otros, en dos presupuestos fundamentales. Primero, que el individuo es la única razón del Estado, amén de suelo y cima del Derecho. La repulsa a utilizar al condenado como instrumento para dar testimonios de intimidación, cohesión social o de la majestad triunfante del Derecho que se impone, obedece a que para la idea retributiva la personalidad humana es el fin del Derecho; éste existe para el hombre, no al revés. Ya por eso la pena de muerte debe ser considerada conceptualmente extraña a la teoría retributiva, que sólo puede desplegar sus efectos en sujetos vivientes; matar al destinatario de la pena equivale a dejar suspensa en el vacío la desvaloración de que es merecedor su hecho.

Por otra parte, la pena demanda culpabilidad, un elemental precipitado jurídico de la índole racional del hombre. Pero el proceso de perfeccionamiento de nuestras cogniciones sobre la naturaleza humana acredita que la responsabilidad por nuestros actos jamás es absoluta. El hombre no es una mónada atemporal, ni la comunidad un conjunto de seres translúcidos. El hombre sólo es tal por vivir en sociedad, la que con sus accidentes, fricciones, grandezas y miserias modela la personalidad de cada cual. Corresponde a Moritz Liepmann la prioridad en haber destacado que, así como todo delito reconoce numerosas fuentes

---

47 En su *Metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y Notas de Adela Cortina Orts y Jesús Cornil Sancho. Tecnos, Madrid, 1989, cfr. págs. 167-169, Kant desarrolla una teoría de la retribución moral, que luego gradúa en sus manifestaciones concretas por medio del talión, al que considera como el único equivalente capaz de satisfacer a la justicia. Por eso justifica la pena de muerte para el asesinato. Sin embargo, Cattaneo, op. cit., cfr. pág. 132, ha demostrado la contradicción de esta postura de Kant con su formulación del imperativo categórico (el principio de la dignidad del hombre), y afirma que la batalla contra la pena de muerte puede ser librada con armas kantianas. "La lucha contra aquella doctrina de Kant es, en realidad, una lucha por Kant, en conformidad con los mejores principios de su filosofía".

individuales y sociales de producción, también en los más graves existe una coculpabilidad de la sociedad, y "una culpabilidad compartida exige una pena divisible"[48]. La pena de muerte no cumplimenta este requerimiento, y sólo podría justificarla la presencia de una culpabilidad absoluta en el autor del maleficio, establecida dentro de un juicio contra su entera personalidad[49]. Pero la humanidad ha abandonado hace tiempo la ilusión de un indeterminismo total, y los toscos medios del proceso penal tampoco permiten obtener la prueba de una culpabilidad incondicionada, suponiendo que exista[50]. Si el dilema entre la libertad del querer y la determinación es, como piensa Arthur Koestler, la esencia de la condición humana, las leyes deben tener en cuenta los infinitos matices que median entre los cuernos del dilema. "La sola excepción, excluyendo toda posibilidad de compromiso razonable, es precisamente el caso en que la cuestión de la pena de muerte está en juego. Lo cual es insostenible en el plano de la lógica, y condenable en el plano de la moral"[51].

6. En el Derecho penal militar, empero, no son precisamente argumentos de retribución los que se ha esgrimido para defender la subsistencia del máximo suplicio.

La penalidad marcial, así como otros caracteres del Derecho punitivo que rige los cuerpos armados, viene determinada por la severidad

---

48 *Die Todesstrafe*. Ein Gutachten. Guttentag, Berlin, 1912, en una página (la 24) sumamente interesante e instructiva, que combina con talento los aspectos filosófico-jurídicos y criminológicos del asunto. La cita que transcribimos la toma Liepmann del escrito *Moralstatistik und Todesstrafe*, de Georg Jellinek, quien, dicho sea de paso, hizo sus primeras armas como publicista en la Filosofía del Derecho y el Derecho penal.

49 O mejor dicho, contra un sujeto *a priori*, libre de toda rémora empírica. Torío López, *La conception kantienne de la peine capitale. Un problème d'interpretation*, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 58e année-nouvelle série, 3e et 4e trimestres 1987 (*La peine de mort*), págs. 609-612, cfr. págs. 611-612, aventura que aquí yace el fondo de la aprobación de Kant al máximo suplicio. Dado que el filósofo prusiano presenta al hombre en términos metafísicos, y a la sociedad como un reino puro de fines, le es posible hablar de una culpabilidad absoluta y una pena también absoluta.

50 Cfr. Stratenwerth, *Juristische Erwägungen zur Todesstrafe*, en el volumen colectivo *Nein zur Todesstrafe*. Ein Podium von Amnesty International. Friedrich Reinhardt Verlag, Basel, 1978, pág. (37-53) 47.

51 *Reflexiones sobre la horca*, en Camus y Koestler, *La pena de muerte*, cit., pág. 98.

que impera en éstos, mayor que la del Derecho común y oriunda de los especiales requerimientos de obediencia y disciplina castrenses[52]. Por eso, el proceso de abolición de la pena de muerte tropieza con grandes resistencias y ha sido más lento en este campo, y de ahí también que incluso abolicionistas convencidos la acepten como justificada para los delitos militares cometidos en tiempo de guerra, sobre todo la deserción, ya que la amenaza del patíbulo sería —según se afirma— el único medio para impedir que un soldado abandone su puesto.

Al discutirse en 1931 el Proyecto de Constitución de la República española, cuyo artículo 27 derogaba la pena de muerte, reserva hecha de la posibilidad de emplearla en tiempos de guerra por la jurisdicción militar, Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión parlamentaria que lo redactó, se opuso a la moción de abolirla totalmente. Sus argumentos sintetizan la tradición sobre el particular, a saber: que el fin de la pena militar es la intimidación, no la corrección que persigue la pena común; en seguida, la férrea disciplina exigida por el mando militar, que suele relajarse en un ejército en guerra y cuyo restablecimiento sólo puede ser alcanzado mediante la amenaza de una muerte más segura que la de las trincheras, y porque abolirla implicaría inexorablemente su aplicación ilícita, ya que los oficiales, para reducir el miedo mortal de las tropas ante el enemigo, la impondrían arbitraria y más copiosamente que si tuvieran que sujetarse a las decisiones de un Consejo de guerra[53]. Se trata, pues, de razones de necesidad, por un lado, y de intimidación, por otro. En palabras esta vez de Eduard Dreher, el problema de la pena de muerte sufriría una transformación en tiempos de guerra. El argumento de la legítima defensa, que en épocas normales no es aceptado como fundamento suficiente, adquiere relevancia cuando quiera que la seguridad del Estado está bajo amenaza. Privar entonces a desertores y

---

52 Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 5ª ed., actualizada, 1992, t. II (*Filosofía y ley penal*), cfr. págs. 1.361-1.362.

53 Cfr. *La Constitución política de la democracia española*. Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942, págs. 38-39; además, Ruiz Funes, *Progresión histórica de la pena de muerte en España*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, págs. 88-100, y Barbero Santos, *La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia*, en *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*. Presentazione degli Atti del Convegno internazionale Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Maria Pacini Fazzi Editore, Lucca, 1994, págs. (90-104) 92-93.

traidores de su libertad ambulatoria, incluso a perpetuidad, sería una medida débil e inoperante para salvar al pueblo en peligro[54].

Débese reconocer que las objeciones teóricas a este punto de vista, salvo contadas excepciones —como el Uruguay, que suprimió la pena de muerte para la legislación militar en 1907—, no consiguieron empezar a minarlo sino desde el término de la Segunda conflagración mundial. Hasta ese momento, de poco sirvió alegar que la guerra no es una situación ajena al Derecho ni un subrogado de los derechos propios de la necesidad; que si las tropas carecen de espíritu de lucha, la amenaza del verdugo no se las dará; que un ejército cuya moral dependa de la amenaza de la pena capital, sale ya derrotado al campo de batalla; que los propios militares saben que no se puede dirigir compañías y divisiones con el sólo miedo al Consejo de guerra; que no se puede aprobar la pena de muerte para determinados crímenes y, al mismo tiempo, defender para la inmensa mayoría de los hechos punibles fines penales que descansan en la idea de salvar la figura humana del penado[55]. Fueron los hechos, los descarnados hechos del totalitarismo europeo, los que imprimieron un nuevo sentido a los estatutos castrenses y abrieron la posibilidad de prescindir del castigo capital. Su previsión en el ordenamiento soviético no fue obstáculo para que cuerpos especiales del Ejército rojo ametrallaran a sus propios camaradas si retrocedían ante el invasor en los sitios de Moscú y Stalingrado. Durante la opresión nacionalsocialista se pronunció dieciséis mil condenas a muerte, muchas por la judicatura castrense, con el beneplácito de Freisler, el presidente del «Tribunal del pueblo» (*Volksgerichtshof*), para quien la esencia de la pena de muerte, de la que él fue su más feroz defensor, radica en que sea realmente ejecutada[56]. Tanta brutalidad hizo mella en Alemania, cuya Ley fundamental prohibió en términos absolutos la pena de muerte en 1949. La abolición *de iure* y sin excepciones se ha incrementado desde entonces: Austria (1968), Dinamarca (1978), Finlandia (1972), Noruega (1979), Portugal (1976), Suecia (1973), etc. Incluso en Italia y España, cuyas Constituciones exceptuaron a la interdicción el Derecho militar en tiempo de guerra, la abolición completa del máximo castigo ha llegado finalmente merced a reformas legales en 1994 y 1995, respectivamente.

---

54 Op. cit., cfr. págs. 564-565.

55 Cfr. Barbero Santos, *Pena de muerte*, cit., págs. 202-203.

56 Cfr. Düsing, op. cit., págs. 188 y 208.

En el ámbito Iberoamericano, el Código penal militar del Brasil continúa ordenando la muerte para un crecido número de crímenes militares perpetrados en tiempo de guerra. Se inscribe, pues, en una línea conservadora en estas lides. Afortunadamente, la Constitución federal, en sus artículos 5° y 84, la admite únicamente en caso de guerra externa, por agresión de país extranjero, y siempre que medie una declaración formal de las hostilidades. Esta sabia limitación se hace cargo de que la guerra no es un fenómeno fáctico, sino un concepto jurídico, pero también de que sólo las guerras entre Estados facultan a la judicatura castrense para aplicar penas de muerte. En Chile, país que está lejos de pertenecer a la tendencia abolicionista, era previsible que no ocurriese otro tanto. La Ley 19.734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena capital de la legislación común, dejándola subsistente para los delitos que puedan cometerse en tiempo de guerra, pero sin formular la salvedad de los conflictos armados desprovistos de carácter internacional, o sea, la impropiamente denominada «guerra civil»[57]. A su turno, el Código de justicia militar contiene una interpretación auténtica contextual de lo que para sus disposiciones debe considerarse como estado o tiempo de guerra. La cláusula indica que se entiende que éstos se dan, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere o se hubiere decretado la movilización para ella, aun a falta de declaración formal (art. 418)[58]. El retraso del Derecho penal militar chileno y, yendo más allá, de las instituciones políticas del país, es paladino. Tal parece que las penas de muerte impuestas por Consejos de guerra durante las semanas que siguieron al golpe de Estado de septiembre de 1973, cuando se «declaró» *ex post facto* la guerra interna para revestir con un guante de acero, empuñado en una lámina de aparente juridicidad, a la judicatura castrense en su contribución al aniquilamiento de los adversarios

---

57 Cfr. Politoff Lifschitz y Matus Acuña, «De las penas», en *Texto y comentario del Código penal chileno*, obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Publicado, 1 vol. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 275.

58 Sobre lo cual puede consultarse nuestra contribución *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, al volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. Prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker. Edición de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, págs. (163-200) 173.

del poder ganado merced a la sedición, no sirvió de enseñanza suficiente al legislador de la democracia reconquistada[59]. Esto aparte, se tiene aquí una ulterior demostración de que la pena de muerte termina por emponzoñar toda práctica democrática.

7. Como sea, el panorama es más alentador en el campo del Derecho internacional, y muy especialmente en su fracción penal.

Si bien la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales no rechazan *expressis verbis* la pena capital, la actividad y producción normativa posteriores de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos apuntan decididamente en el sentido de lograr su abolición en los Derechos nacionales. Las Naciones Unidas se han preocupado del problema por lo menos desde 1959, año en que tanto el Consejo como la Asamblea General consideraron "deseable la abolición de la pena de muerte". El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (1966) declara que ninguna de sus disposiciones puede ser invocada por los Estados para demorar o impedir la supresión de la pena capital. La Resolución número 2.857, de 1971, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se pronuncia nuevamente por la conveniencia de derogar esta pena en todos los países, a través de la reducción progresiva de los delitos amenazados con ella. Un Protocolo Adicional a la Convención europea prohibió en 1983 la pena de muerte en tiempos de paz y consagra como un derecho del individuo el no ser sometido a ella en los países que lo firmen, con lo que se vino a limitar la cláusula correspondiente del texto de 1950[60]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, adoptó la fórmula de la derogación progresiva, por manera que no es posible establecerla en los delitos para los que no se hallaba vigente al tiempo de la ratificación, como tampoco reintroducirla en los supuestos

---

59 Acerca de esas «penas» de muerte y las circunstancias de su aplicación, cfr. Matus Acuña, *La pena de muerte en el ordenamiento jurídico chileno*, en la obra colectiva *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*. 2 vols. Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, t. I, págs. (353-366) 354-357.

60 Cfr. Barbero Santos, *Pena de muerte*, cit., págs. 249 y ss., especialmente págs. 253-254.

para los cuales se hubiese derogado. También el Protocolo relativo al tema del Pacto de San José de Costa Rica declara que la tendencia de los Estados americanos es favorable a la abolición de la pena de muerte, y por eso impone a los países adherentes el deber de no aplicarla en sus territorios, si bien admite la reserva de podérsela irrogar *"en tiempo de guerra, conforme al Derecho internacional, por delitos sumamente graves de carácter militar"*[61].

Pero la repulsa más significativa se ha producido en el Derecho internacional penal. Las Convenciones relativas al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad se preocuparon antes de caracterizar las infracciones correspondientes y de declarar su carácter imprescriptible, que de señalarles penas. Vivo estaba el recuerdo del artículo 27 del Estatuto del tribunal que sentenció a muerte en Nuremberg a algunos de los principales criminales del régimen nazi. Pues bien, los esfuerzos de la comunidad de naciones en orden a contar finalmente con un genuino tribunal penal internacional, que han cristalizado en el pacto firmado en Roma la noche de 17 de julio de 1998, consiguieron excluir como sanción de los gravísimos delitos de competencia de la nueva Corte penal internacional la pena de muerte. Genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión aparecen sancionados en la Carta de Roma (art. 77) con la pena perpetua de privación de la libertad o una temporal de hasta treinta años.

Algunas de las delegaciones que negociaron el tratado (como las de Trinidad y Tobago y muchos países árabes) querían penas más duras, y no les satisfizo la renuncia al máximo suplicio por el temor de que ello tuviese repercusiones en sus Derechos internos[62]. Una de las disposiciones del Estatuto salvó esta situación. Es posible que la renuncia merezca también reparos de cara al restante Derecho internacional, que no ha

---

61 Art. 2°. El texto del Protocolo se recoge en el volumen *Prevención del delito, justicia penal y derechos humanos: instrumentos internacionales*, preparado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del delincuente y el Instituto Raoul Wallenberg de Derechos humanos y Derecho humanitario. San José de Costa Rica, 2003, pág. 263.

62 Cfr. Ambos, *Sobre el fundamento jurídico de la Corte penal internacional*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2ª época, número 5, 2000, págs. (127-169) 166-167.

llegado a una condena completa y radical de la pena de muerte. Sin embargo, conviene recordar aquí que en los crímenes encomendados a la jurisdicción del Tribunal penal internacional figuran los hechos más nefandos contra la humanidad en su conjunto. Una profunda frase de Kelsen, en su famoso libro sobre el problema de la justicia, expresa que la democracia no debe ser defendida renunciando a sí misma[63]. Preguntémonos, pues, si acaso la humanidad puede ser defendida con medios que impliquen la negación de la humanidad[64].

---

63 *¿Qué es la justicia?* Traducción de Leonor Calvera. Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981, cfr. pág. 116.

64 La pregunta, por cierto, debiera extenderse a la privación perpetua de la libertad prevista por el Estatuto de Roma, e incluso a su pena temporal de treinta años. En verdad, a propósito de los subrogados tradicionales de la pena de muerte quedan nuevamente de manifiesto su nocivo espectro y su poder corruptor de las instituciones jurídicas, pues no se trata de reemplazar un castigo inhumano con otros de análogo cariz. Sobre la prisión perpetua como dudoso substitutivo de la capital, véase Barbero Santos, *La pena de muerte problema actual*, en su libro *Estudios de Criminología y Derecho penal*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, págs. (141-174) 167-169.

LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE RESTRICCIÓN DE PENA DE MUERTE

LA PROHIBICIÓN DE LA PENA CAPITAL A LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ¿UN PASO HACIA LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE?[1]

Pilar Trinidad Núñez
Facultad de Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

Introducción

Es sabido que la lucha por la completa erradicación de la utilización en los Estados de la pena de muerte por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una tarea especialmente difícil[2]. Ello se debe, en especial, a que los Estados consideran la inclusión o

---

1 Publicado en Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura, n. 19-20, 2001-2002, págs. 219- 234.

2 Son numerosos los internacionalistas que se han dedicado al estudio de la protección del derecho a la vida y a la pena de muerte en el Derecho Internacional, en especial véase B. G. Ramcharan, The right to life in International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985; puede verse, asimismo: L. Bencini, "Le Nazioni Unite e l'abolizione della pena di morte: recenti iniziative", La Comunitá Internazionale, vol. LII, n.° 2, 1997, págs. 299-308; N. Rodley, The treatment of prisioners under International Laxo, UNESCO-Nueva York, Oxford University Press, 1987; E. Zamparutti, "Nuove inziative per l'abolizione della pena di morte", La Comunitá Internaxionale, vol. LIII recenti iniziative", La Comunitá Internazionale, vol. LII, n.° 2, 1997, págs. 299-308; N. Rodley, The treatment of prisioners under International Laxo, UNESCO-Nueva York, Oxford University Press, 1987; E. Zamparutti, "Nuove inziative per l'abolizione della pena di morte", La Comunitá Internaxionale, vol. LIII, n.° 4, 1998, págs. 721-728. En la doctrina española es obligado ver A. Salado Osuna, La pena de muerte en Derecho Internacional: una excepción al derecho a la vida, Tecnos, Madrid, 1999.

no de este castigo en sus códigos penales como un asunto de carácter exclusivamente interno y, por tanto, se muestran reticentes a recibir "influencias" internacionales sobre él. Sin embargo, es un hecho que cada vez son menos los ordenamientos jurídicos internos que contemplan la pena capital y se han generalizado, al mismo tiempo, regulaciones internacionales que contienen estándares mínimos sobre su imposición y aplicación. Uno de estos umbrales de protección lo constituye la prohibición de imponer la pena de muerte a mujeres embarazadas. Otro es, sin duda, la prohibición de imponer esta pena para aquellos delitos cometidos por personas que en el momento de su comisión eran menores de edad. Concretamente, se ha fijado la edad específica de los dieciocho años en casi la totalidad de los instrumentos jurídico-internacionales que contienen este límite a la pena capital. Por ello, la prohibición en general y la determinación de la edad de dieciocho años como límite expreso de la misma, ofrecen elementos de gran interés para pensar que se trata de un importante paso hacia la prohibición total y global de la pena de muerte.

Orígenes y desarrollo de la prohibición de imponer la pena de muerte a los menores de dieciocho años en general

El origen de la interdicción de la pena capital a los menores de dieciocho años se encuentra en el Derecho internacional en el campo específico del Derecho humanitario. Concretamente en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 (Convenio IV), así como en los dos Protocolos adicionales de 1977. Posteriormente esta prohibición fue recogida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Este trato favorable en atención a la edad, que tiene en la mayoría de las normas en las que se contempla la barrera explícitamente señalada en los dieciocho años, hace pensar que es allí donde se sitúa la frontera entre la niñez y la edad adulta[3].

---

[3] G. Van Bueren ha apuntado, con acierto, el fundamento que subyace tras esta prohibición, al decir que [ti he principies behind the prohibition on the imposition of the death penalty for those under 18 at the commission of the offence are that those under the age of eighteen are often to young to realise fully the consequences of

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe, en su art. 6.5, aplicar la pena de muerte "por delitos cometidos por personas de menos de dieciocho años de edad (…)". Tal y como se ha señalado, en este precepto no resulta claro si la pena capital podría serle lícitamente impuesta a una persona que cometiese un delito siendo aún menor de dieciocho años, pero que hubiese alcanzado esa edad al ser detenida o encarcelada[4]. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica dispensa una mayor protección a estos efectos, ya que dispone en su art. 4.5 que la pena capital no se impondrá a personas que "en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad (…)", dando a entender que con la expresión "en el momento de la comisión del delito" se pretende evitar que la pena de muerte pueda ser impuesta a personas que al cometer el delito eran menores de dieciocho años, pero no lo son ya al tiempo de enjuiciarse y sentenciarse su causa. Claramente se puede pensar que se trató de eludir interpretaciones restrictivas de la prohibición[5]. Además, la Convención americana

---

their actions and are also more susceptible to domi- nation by others, consequently the imposition of the death penalty would be wholly inappropriate". G. Van Bueren, The International Law on the Rights of the Chikl, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publis-hers, 1995, pág. 187.

4 Cfr. R. Sapienza, "International legal standards on capital punishment", en B. G. Ramcharan (ed.), The international right to life in international law, op. cit., pág. 288. Este autor, no obstante, se ha inclinado por pensar que "the legal wording, anyway, leads me to prefer the following interpreta- don: since the text speaks of "crimes committed", it is better to conclude that even if the offender was convicted when older than eighteen, he still is not punishable for a crime comitted when he had not yet come of age". En el mismo sentido se ha expresado G. Van Bueren, quien cree que "The age which is significant is the age at the time of the commission of the offence. According to international law, a state is not entitled to wait until a person passes his or her eighteenth birthday and then perform the execution. If a person commits a crime below the age of eighteen that person can never be executed for that crime". The international law..., op. cit., págs. 187-188.

5 Así lo ha entendido también N. Rodley, para quien "this wording is indeed preferable, since it removes any doubt about wheter the age of the ofender at the time of trial is material". Sin embargo, para este autor el art. 6 del P.I.D.C.P. viene a significar lo mismo, pues "a crime committed by someone who is 18 years or over at the time of coming to trial, but was under 18 at the time of the offence, would be "a crime committed by [a] person below einteen years of age". This is corroborate by the fact that during the process of drafting anide 6, a proposal that would have fixed the age of an offender at the time of trial, and thus merely prohibited the

prohíbe que la pena se imponga, no sólo que se aplique, como se señala expresamente en la misma.

Esta protección es la que se proporciona en el art. 68 de la IV Convención de Ginebra, en el campo del Derecho internacional humanitario, al establecerse que "en ningún caso podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida cuya edad sea de menos de dieciocho años cuando cometa la infracción", al igual que lo hace el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 en caso de conflictos armados de carácter internos[6]. Por su parte, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra sobre protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional se muestra más restrictivos[7]. Resulta paradójico, tal y como se ha señalado, que estos instrumentos jurídicos permitan de forma expresa que los niños mayores de quince años corran el riesgo de morir tomando parte como combatientes en las

---

passing of a death sentence on one under 18 years old, was rejected", op. cit., pág. 186.

6 El art. 6.4. del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional dispone que "No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de dieciocho años de edad".

7 Al establecer en su art. 77.5 que "no se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años". Esta restricción en la prohibición no deja de resultar extraña, ya que, tal y como se ha afirmado "mientras que el derecho reconocido en el Protocolo Adicional II es el derecho a no ser condenado a pena capital cuando el acusado tuviese menos de dieciocho años de edad al tiempo de cometer el delito, con independencia de la edad que pudiera tener al ser juzgado y condenado, el Protocolo Adicional I lo que reconoce es el derecho a no ser ejecutado cuando el condenado tuviese menos de dieciocho años de edad al tiempo de cometer el delito". Así pues, "los Estados Partes en el Protocolo Adicional I no se han comprometido a prohibir en sus leyes procesales las disposiciones pertinentes para que la sentencia de muerte sea conmutada. No obstante, los Estados Partes en el Protocolo Adicional II al asumir la obligación jurídica de no imponer pena de muerte a las personas que tuvieran menos de dieciocho años de edad al tiempo de cometer el delito, se han comprometido a modificar sus leyes sustantivas, si fuese necesario, prohibiendo la pena de muerte respecto de tales personas". A. Salado Osuna, La pena de muerte en Derecho Internacional..., op. cit., pág. 74.

hostilidades, mientras que se prohíbe su ejecución si son menores de dieciocho años[8].

De idéntico modo que los textos anteriores se expresa el art. 3 de las Salvaguardias para garantizar la protección de los condenados a muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984, al establecer que "No serán condenados a muerte los menores de dieciocho años en el momento de cometer el delito". Sin embargo, en la regla 17.2 de las llamadas "Reglas de Beijing"[9] se dispone que "los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital". La alusión, en este caso, al menor sin fijar una edad concreta nos parece una grave carencia, pues deja la puerta abierta a que cada Estado entienda algo distinto por menor y que la protección sea, en consecuencia, mucho más insegura[10].

Parece innegable que la prohibición de imponer la pena capital a los menores de edad está generalmente aceptada en Derecho internacional. Ahora bien ¿existe un consenso absoluto sobre la mayoría de edad? ¿Se puede entender, con claridad, que esa mayoría se sitúa en la edad de dieciocho años, como afirman la mayor parte de los instrumentos jurídicos que se acaban de citar? En la búsqueda de las respuestas a estas cuestiones planteadas es de gran ayuda la posición mantenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tuvo la oportunidad de expresar su opinión sobre este asunto con motivo de su decisión sobre el Asunto Teny Roach and Jay Pinkerton[11].

James Terry Roach y Jay Pinkerton, eran dos jóvenes sentenciados a la pena de muerte y ejecutados en los Estados Unidos, en dos Estados diferentes, por delitos que fueron tanto cometidos como juzgados antes

---

8 Cfr. J. Kuper, International laxo child civilians in armed conflict, Oxford, Clarendon Press, 1997, pág. 96.

9 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 29 de Noviembre de 1985. El texto en F. M. Mariño Menéndez y C. M. Díaz Barrado, "*Código sobre protección Internacional de la Infancia*", Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998.

10 Como ya se ha dicho "unfortunately the limited definition of juvenile means that this provision falls exactly where it is most needed". G. Van Bueren, *The international…*, op. cit. pág. 188.

11 Caso 9213 (Estados Unidos), 22 de septiembre de 1987 (fuente: Center For Human Rights and Humanitarian Law).

de que ambos hubiesen cumplido los dieciocho años de edad[12]. Las ejecuciones se llevaron a cabo desoyendo las peticiones realizadas por la Comisión de que se produjese una suspensión de las mismas mientras se examinaba y decidía su caso. Los solicitantes[13] alegaron que, al imponerse la pena de muerte para los casos de Roach y Pinkerton por crímenes cometidos antes de los dieciocho años, los tribunales de los Estados Unidos violaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Concretamente, los solicitantes sostenían que se habían producido violaciones del art. 1, que dispone que "todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona", del art. 7, sobre la protección y cuidado de la mujer y la infancia y del art. 26, que establece la prohibición de las penas crueles, infamantes o inusitadas.

Los peticionarios afirmaban, en particular, que los Estados Unidos estaban obligados legalmente por la Declaración Americana, ya que la misma "debe ser interpretada de acuerdo con los cánones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) porque la Convención representa un consenso mundial sobre la forma en que deben

---

12 James Terry Roach había sido condenado por la violación y homicidio de una niña de catorce años y el asesinato de su novio de diecisiete años de edad. Roach cometió estos delitos cuando tenía diecisiete años y fue sentenciado a muerte por el Tribunal de segunda instancia (General Session Court) del condado de Richland, Carolina del Sur, el 16 de diciembre de 1977. En tres ocasiones diferentes Roach tuvo la oportunidad de plantear recursos de revisión ("writ of certiorari") ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, todos ellos fueron desestimados, agotando además todas las posibilidades de apelación ante los juzgados estatales y federales. El 10 de enero de 1986 fue ejecutado. Por su parte Jay Pinkerton fue condenado por intento de violación y homicidio cometidos a la edad de diecisiete años. Su sentencia de muerte fue apelada ante la Corte Suprema del Estado de Texas, que ratificó el fallo del tribunal de primera instancia. La Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó a Pinkerton el recurso de revisión el 7 de octubre de 1985. Pinkerton fue ejecuta- do el 15 de mayo de 1986.

13 La denuncia fue presentada por los propios sentenciados y a ella se adhirieron varias organizaciones abolicionistas: La Unión Americana para las libertades Civiles (American Civil Liberties Union) y el Grupo Internacional de Abogados de Derechos Humanos (International Human Rights Law Group). Asimismo, Amnistía Internacional presentó una denuncia ante la Comisión en la que alegaba que la inminente ejecución de Roach, si bien legal en los Estados Unidos, violaba el derecho internacional, y dieciocho organizaciones manifestaron ante la Comisión su apoyo a la misma.

entenderse estos instrumentos internacionales"[14]. Pero, aún más, los demandantes llegaron a sostener que los citados preceptos de la Declaración Americana estaban informados "por el Derecho Inter-nacional consuetudinario que prohíbe la imposición de la pena de muerte por crímenes cometidos por menores de dieciocho años"[15].

---

[14] Consecuentemente, según los peticionarios, "al interpretar los términos de la Declaración Americana a la luz de su objeto y fin, la Comisión debe prestar atención especial al Art. XXVI que prohíbe "penas crueles, infamantes o degradantes". Este artículo tiene un alcance más amplio que la prohibición constitucional de los Estados Unidos contra penas crueles e inusitadas. Se reconoce a los menores como faltos de madurez y, por ende, que son más susceptibles a influencias varias y a presiones sicológicas. Dar muerte a un joven que no ha tenido la oportunidad de llegar a la madurez del adulto es una "pena de extrema crueldad", y por tanto, el Art. XXVI debe interpretarse como una prohibición contra la ejecución de menores. Se deduce entonces, que tomados en su sentido común y corriente, y a la luz del objeto y fin de estos artículos, los Estados Unidos están violando la Declaración Americana al ejecutar a menores de edad". Ibidem, párrafo 37.

[15] Ibidem, párrafo 34. En efecto, los solicitantes afirmaban que "Dicha prohibición ha obtenido el status de ley internacional consuetudinaria ya que según el art. 38(1) (b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, "la costumbre internacional, como evidencia de una práctica generalizada y aceptada como ley", es una de las fuentes del derecho internacional. Los tratados son evidencia clara de la práctica de un Estado, especialmente si va acompañado por opinio juris, o afirmaciones en el tratado o los trabajos preparatorios que indiquen que la disposición contenida en el tratado es la reafirmación de leyes consuetudinarias ya existentes". Así pues "los principales documentos o instrumentos sobre derechos humanos (...), prohíben la imposición de la pena de muerte a personas menores de dieciocho años de edad (...). La Cuarta Convención de Ginebra (...) prohíbe la ejecución de civiles y personal militar fuera de combate que cometan delitos siendo menores de dieciocho años. Si prácticamente todas las naciones, incluyendo los Estados Unidos, están de acuerdo con este concepto en períodos de conflicto armado internacional, la norma que protege a delincuentes juveniles contra la ejecución debe ser aplicable aún con mayor fuerza en tiempos de paz". En adición a esto, los solicitantes alegaban que "aproximadamente dos terceras partes de las naciones del mundo han abolido la pena de muerte o la han prohibido para menores al adherirse a los mencionados documentos sobre derechos humanos. Aunque la "Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales" de 1950 del Consejo de Europa, en su Art. 2 permitía la pena de muerte, su Protocolo N.° 6 refleja una filosofía abolicionista evolucionante (...). Los peticionarios hacen notar que los trabajos preliminares de estas Convenciones demuestran que dichas prohibiciones contra la ejecución de menores son en efecto codificaciones del Derecho Inter- nacional consuetudinario, según se observa por los debates que tuvieron lugar durante el desarrollo de estas Convenciones".

La cuestión sometida a consideración en este asunto era, en definitiva, si en la legislación norteamericana la ausencia de una prohibición federal respecto a la ejecución de delincuentes menores de edad constituye o no una violación de las normas de derechos humanos aplicables a dicho Estado bajo el sistema inter-americano. Los solicitantes afirmaban que los Estados Unidos están jurídicamente vinculados al Estatuto de la Comisión por ser un Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos y que, por lo tanto, están obligados a respetar los derechos consagrados en la Declaración Americana.

Por el contrario, y como no podía ser de otra manera, el Gobierno de los Estados Unidos consideró que la ausencia de una disposición dentro de la legislación interna del país que prohíba explícitamente la ejecución de "delincuentes juveniles en materia grave" no es incompatible con las normas sobre derechos humanos aplicables a los Estados Unidos y que la Comisión debía referirse a las normas pertinentes de la Declaración Americana, ya que los Estados Unidos no son Parte de la Convención Americana. Además, el Gobierno de los Estados Unidos se opuso radicalmente a la consideración de que el art. 4.5 de la Convención Americana fuera declarativo del Derecho internacional consuetudinario, pues "[l]a mayoría de edad para efectos de la imposición de la pena de muerte no es una práctica uniforme de los Estados"[16].

Así, este Gobierno afirmó que "en la redacción del Art. 6(5) del Pacto Internacional algunos países quisieron que se estableciera un límite específico, mientras que otros proponían que sólo se hiciera una referencia a "menores" o "jóvenes", lo que demuestra que no estaban codificando una norma obligatoria ya existente. Se trataba en cambio de una norma específica con la que se proponía establecer uniformidad donde no la había"[17]. Junto a esto, el Gobierno de los Estados Unidos sostuvo que no existía una prueba de la opinio juris de esta prohibición, pues "[a] Aún las naciones que han prohibido la ejecución de personas que cometen crímenes antes de llegar a los dieciocho años de edad no lo han hecho motivadas por sentimiento alguno de obligación legal. Desde que se establecieron la Convención Americana y el Convenio Internacional no puede considerarse cualquier cambio en las legislaciones nacionales

---

16 *Ibidem*, párrafo 37.
17 *Ibidem*, párrafo 37.

como prueba de un principio de derecho consuetudinario aplicable en forma general"[18]. En consecuencia "el sólo hecho de que varios Estados de la Unión o que otras naciones hayan escogido los dieciocho años como la mayoría de edad no impone la obligación de que otros estados deban escoger la misma edad"[19].

Sin embargo la Comisión Interamericana no compartió los argumentos presentados por el Gobierno estadounidense, ya que consideró que "los Estados miembros de la O.E.A. reconocen una norma de jus cogen que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidas"[20].

---

18 *Ibidem*, párrafo 37.

19 El Gobierno estadounidense abunda en sus explicaciones por las que no reconoce la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la imposición de la pena de muerte para menores considerando que "para poder establecer una norma de derecho consuetudinario debe existir una práctica estatal "generalizada y virtualmente uniforme", además, debe ser evidente la creencia de que esa práctica se hace obligatoria debido a un principio de derecho que la requiera. Dicho principio debe ser reconocido como una obligación legal basada en la costumbre o la práctica de los Estados. En este caso no existe ni la uniformidad en la práctica estatal, ni la requerida opinio juris para considerar la pauta como una norma obligatoria del Derecho Internacional consuetudinario". *Ibidem*, párrafos 37-38.

20 *Ibidem*, párrafo 57. Para la Comisión la cuestión radicaba en que "a falta de iniciativa por parte del Gobierno de los Estados Unidos sobre el asunto y bajo el presente sistema constitucional del país, cada Estado de la Unión es libre de establecer o no la pena de muerte en su territorio o de establecer una edad mínima para el envío de un menor a un tribunal criminal para adultos donde se le puede imponer dicha pena". De esta forma, al tiempo de adoptarse esta decisión "trece Estados y la Capital Federal han abolido la pena de muerte. Los Estados de la Unión que han adoptado leyes que permiten la imposición de la pena de (...), han optado por una de dos clases de leyes, o (1) prohíben la ejecución de personas que han cometido delitos capitales antes de cumplir los dieciocho años, o (2) permiten que los menores de edad sean enviados a un tribunal para adultos don- de se les pueda sentenciar a muerte". Y será a la práctica de este segundo grupo de Estados de la Unión a la que la Comisión dedique su atención: "Mientras que aproximadamente diez de los Esta- dos que mantienen la pena de muerte han prohibido la ejecución de personas que han cometido delitos capitales antes de cumplir 18 años de edad, la legislación de los otros Estados sobre el tema del envío de delincuentes menores de edad a tribunales para adultos puede caracterizarse como una combinación incoherente de disposiciones. En efecto, en dichos Estados de la Unión se establecen a veces edades mínimas para el envío de menores que pueden oscilar entre los 17 y los 10

Pero, en cuanto a la cuestión de si existe una norma de carácter consuetudinario que indique expresamente los dieciocho años como límite, la Comisión no consideró que fuese algo evidente. Así pues, aunque la Comisión aceptó "el argumento de los Estados Unidos de que no existe en estos momentos una norma consuetudinaria en derecho internacional que establezca la edad de dieciocho años como edad mínima para la imposición de la pena de muerte. Sin embargo, (…) hace notar que dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarla a dichos instrumentos"[21].

Además, no era la edad la única cuestión que había que discutir en este asunto, sino que, ajuicio de la Comisión, era preciso estudiar la ausencia de una prohibición federal en los Estados Unidos acerca de la ejecución de menores de edad. Y, en este sentido, la Comisión consideró que "la diversidad en la práctica de los Estados de la Unión (reflejada en el hecho de que algunos de éstos hayan abolido la pena de muerte mientras que otros permiten que ella sea aplicada a niños mayores de 10 años de edad) tiene como resultado que se apliquen sentencias totalmente distintas por la comisión de un mismo crimen. La privación de la vida por parte del Estado no debería estar sujeta a un factor tan fortuito como el lugar donde el delito fue cometido[22]. En definitiva, fue la arbitrariedad provocada por esta diversidad normativa la que conllevó,

---

años y, aún en algunos Estados, no se especifica edad alguna. La Comisión considera alarmante que la ley en el Estado de Indiana permita que un niño de 10 años de edad pueda ser juzgado y condenado a muerte en un tribunal para adultos" (párrafo 59).

21 *Ibidem*, párrafo 61. La Comisión recuerda además que trece Estados de los Estados de la Unión y la Capital Federal ya habían abolido la pena de muerte en forma absoluta y nueve de los que todavía mantenían tal pena, la habían abolido para delincuentes menores de 18 años de edad (estos últimos eran California, Colorado, Connecticut, Illinois, Nebraska, Nueva Jersey, Nuevo México, Ohio y Tennessee).

22 En efecto, la Comisión puso de manifiesto como "[b]ajo el actual sistema penal de los Estados Unidos un joven de 16 años que cometiere un delito capital en el Estado de Virginia podría ser privado de la vida mientras que si el mismo joven perpetra la misma ofensa del otro lado del Memo- rial Bridge, en Washington, D. C., donde la pena de muerte ha sido abolida tanto para adultos como para menores de edad, su sentencia no sería la muerte". *Ibidem*, párrafo

ajuicio de la Comisión, a la vulneración de la Declaración Americana, pues "el hecho que el Gobierno de los Estados Unidos deje a discreción de cada Estado de la Unión la aplicación de la pena de muerte al menor de edad ha producido un mosaico de leyes que sujetan la severidad del castigo no a la naturaleza del crimen sino al lugar donde éste se cometió"[23].

En suma, el error cometido por el Gobierno federal de los Estados Unidos fue "no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida", error que provocó que este Estado tenga "un muestrario de legislación arbitraria que trae como consecuencia la aplicación arbitraria de la privación de los derechos a la vida y a la igualdad ante la Ley, lo cual es contrario a los arts. I y II de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente". Así pues, la Comisión concluyó por cinco votos contra uno[24], que el Gobierno de los Estados Unidos había violado tanto el art. I (derecho a la vida), como el artículo II (derecho de igualdad ante la ley) de la Declaración Americana al ejecutar a James Terry Roach y a

---

23 Ya que, para la Comisión "el ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede ser o no ejecutado no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio", *ibidem*, párrafo 64.

24 No obstante hubo un voto particular, emitido por Marco Gerardo Monroy Cabra, que entre otras razones de su disentimiento alegó que "no existe una norma de derecho consuetudinario general que prohíba la aplicación de la pena de muerte a personas que cometieron delitos capitales teniendo menos de 18 años de edad" y ello porque, según este miembro de la Comisión "No se probó que exista una práctica general uniforme de los Estados, ni la opinio juris o convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria en virtud de la existencia de una norma que prohíba la pena de muerte respecto de menores de 18 años. Esta costumbre no resulta de la práctica estatal, ni de lo dispuesto en los Tratados públicos que no han recibido ratificación de todos los Estados del mundo para considerarse que hay consenso en esta materia. En adición a lo anterior, sostuvo que "La prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos capitales teniendo menos de 18 años de edad no es norma de ius cogens ya que "ni de la práctica de los Estados, ni de la jurisprudencia internacional, ni de la doctrina, ni de la legislación de los Estados, se puede deducir que ha nacido una norma de ius cogens que prohíba la imposición de la pena de muerte respecto de menores de 18 años. Si bien las normas sobre derechos humanos son de ius cogens específicamente la prohibición de la pena de muerte y su aplicación a menores de 18 años, no constituyen una norma imperativa de derecho internacional general por no haber sido aceptada por todos los Estados que componen la comunidad jurídica internacional.

Jay Pinkerton. Este asunto es de extraordinario interés, ya que por primera vez un órgano de vigilancia de protección de derechos humanos se plantea el fundamento de esta prohibición y, sobre todo, el rango jurídico de la misma.

Todo lo anterior no puede sino llevarnos a la afirmación de que no cabe duda de la existencia de una norma internacional sobre la prohibición de la imposición de la pena de muerte para niños menores de edad, y que esa minoría se sitúa, con carácter general, en los dieciocho años. Sin embargo, no resulta evidente que el límite expreso de la edad de dieciocho años se haya convertido en norma internacional por vía consuetudinaria, si bien la aportación realizada por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, refuerza la existencia de una norma de esa naturaleza, como se tendrá oportunidad de ver seguidamente.

De cualquier forma, baste decir ahora que, con posterioridad a la decisión de la Comisión Interamericana sobre el asunto Roach y Pinkerton, la ambigüedad del término "menor" empleado por las Reglas de Beijing, fue subsanada, quizá por influencia del mencionado caso, por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 54/113, de 14 de diciembre de 1990, ya que la regla 11 establece que, a sus efectos "se entiende por menor toda persona de menos de dieciocho años de edad".

La consolidación de la prohibición: su recepción por parte de la convención sobre los derechos del niño

La influencia de esta importante prohibición se dejó sentir también en los instrumentos jurídicos dedicados específicamente a la protección de los derechos de los niños. Así ocurrió con la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989[25], que dispone en su

---

[25] Acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño se han publicado numerosos trabajos, pueden verse, además de los ya citados: AA.VV., Symposium UN Convention on children's rights, Human Rights Quaterb7, 1990, vol. 12, págs. 94 y ss.; AA.VV., The rights of the child: guide to the study of the convention, World Federation of United Nations Associations, Geneva, 1994; N. Alt-Zal, "Convention des droits de l'enfant", Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 31 (1), 1993, págs. 31-41; D. A. Balton, "The Convention on the rights

art. 37 a) que "no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad". Esta prohibición (que no se incluyó en el proyecto de Convención hasta 1986) se debió a una amplia propuesta realizada por el Gobierno canadiense para el art. 19 del proyecto, (que en el texto finalmente adoptado sería el 37). Esta propuesta decía

---

of the child: prospects for international enforcement", Human Rights Quarterly, 1989, págs. 120-129; M. Bennoua, "La Convention des Nations Unies relative aux droits de L'enfant", A.ED.I, vol. XXXV, n.° 1989, págs. 433-445; P. Buirette, "Reflexions sur la Convention Internationale des Droits de L'enfant", RBDI, vol. XXIII, n.° 1, 1990, págs. 54-73; C. Byk, "La réception des conventions internationales par le judge franlais: á l'ocasión de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative á la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant", Journal du droit International, tomo 121, n.° 4, 1994, págs. 967-976; J. S. Cerda, "The draft Convention on the Rights of the Child: New Rights", H.R.Q, 12, 1990; J. L. Clergerie, "L'adoption d'une convention internationales sur les droits de l'enfant", RD.P., 1990, págs. 435-451; C. P. Cohen, "The United Nations Convention on the Rights of the Child: implications for change in the care and protection of refugee children", International Journal of refugee lazo, 3 (4), Oct. 1991, págs. 675-691; C. P. Cohen, S. Hart y S. M. Kosloske, "Monitoring the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Chalienge of Information Management", Human Rights Quarterb7, vol. 18, n.° 2, 1996, págs. 439-471; C. P. Cohen, "The role of nongovernmental organizations in the drafting of the Convention on the rights of the Child", H.RQ., 12, 1990, págs. 137-147; P. Donnolo y K. K. Azzarelli, "Ignoring the human rights of children: a perspective on América's failure to ratify the United Nations Convention on the Rights of the Child", Brookbm Journal of Law and Policy, 1996, pág. 203; E. Fourie, "The U.N. Convention on the rights of the child and the crisis for children in South Africa: Apartheid and detenction", H.R. 12, 1990, págs. 106-114; A. Glenn Mower, The Con- vention on the Rights of the Child: international lazo support for children, Greenwood Press, Westport, 1997; B. C. Hafen y O. Hafen, "Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child", Harvarcl International Law Journal, vol. 37, n.° 2, 1996, págs. 449-492; T. Hammarberg, "The UN Convention on the Rights of the Child- and How to Make it Work, H.R.Q„ vol. 12, 1990, págs. 97-135. J. R. Himes (ed.), Implementing the Convention on the Rights of the hild: resource mobilization in low-income countries. M. Nihoff, Boston, 1995; M. Jupp, "The UN Convention on the Rights of the Child: An Opportunity for Advocates", H.RQ., 12 (1990), págs. 131-136; M. E Lüker-Babel, "The non-derogable rights of the Child in the light of the United Nations Con- vention on the Rights of the Child", en D. Prémont (ed.), Non-Derogable rights and states of emegency, Bruselas, 1996; P. Miljeteig-Olssen, "Advocacy of Children's Rights- The Convention as More than a Legal Document", H.R.Q, vol. 12, 1990, págs. 148-155; T. W. Simon, "United Nations Convention on Wrongs to the Child", The International Journal of Childwn's Rights, n.° 8, 2000, págs. 1-13.

que "Con ese fin, habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales y del principio de que el derecho penal y el sistema penitenciario no deben utilizarse en sustitución de los procedimientos e instalaciones de asistencia social del niño, los Estados Partes garantizarán, en particular, que: b) No se imponga la pena capital ni la de prisión perpetua por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad"[26].

Resulta significativo el hecho de que, a pesar de que esta prohibición estaba claramente establecida, según se ha visto, en varios instrumentos jurídicos anteriores y, por lo tanto, aceptada de forma prácticamente general, no fue una cuestión pacífica aceptar su inclusión en el texto definitivo de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, la representante de los Estados Unidos expresó su disconformidad con la totalidad de este apartado, pues consideraba que la referencia a "menores de 18 años de edad" era demasiado arbitraria y propuso que se suprimiera.

Tal y como se ha puesto de manifiesto, la razón real de esta oposición no es muy difícil de hallar[27]. Sin embargo, y a pesar de que la delegada

---

26 Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1986/39, párrafo 99. La propuesta inicial de Canadá decía en su apartado 2.e) que "ningún niño será condenado a muerte" (Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1986/39, párrafo 89). Tras una breve discusión sobre la conveniencia de considerar el texto presentado por Canadá como base para el debate, el Presidente sugirió que un grupo de trabajo oficioso formado por las delegaciones del Canadá, Polonia y Austria además de las organizaciones intergubernamentales interesadas, tales como la Comisión Internacional de Juristas, celebrara consultas con miras a formular un nuevo texto en el que se tratase de recoger las opiniones de muchas delegaciones. Este grupo de trabajo oficioso preparó un texto cuyo párrafo 4 establecía que "no se impondrán las penas siguientes por delitos cometidos por menores de 18 años de edad: a) Pena capital; b) Prisión perpetua" (Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1986/39, párrafo 93). Después de otro intercambio de opiniones, el Presidente pidió que un grupo de redacción oficioso elaborara un nuevo texto de algunas partes de este art. 19, de acuerdo con esto, la delegada de Canadá presentó el texto que figura arriba.

27 En efecto, L. J. Leblanc, ha afirmado que "the imposition of the death penalty on people who committed their crimes when they were below the age of eighteen has been a mater of great concern to some groups and individuals in the United States for quite sometime". Incluso, como ha señalado este autor, el Tribunal Supremo estadounidense se ha ocupado de esta cuestión: "ni 1988 the Supreme Court ruled, in Thompson v. Oklahoma, that the execution of people who were under the age of sixteen when they committed their offences was unconstitutional. In 1989,

de Estados Unidos dijo expresamente que su Gobierno no consideraba que este apartado b) en la forma en la que estaba redactado fuera una norma general adecuada, manifestó también que no insistiría en su enmienda ni bloquearía el consenso. Ahora bien, siempre que se comprendiese que su Estado mantenía su derecho a la reserva sobre este punto y que quedara implícitamente entendido que el niño que cometía un delito que sería punible si lo cometía un adulto podía ser tratado como un adulto[28].

Después de un nuevo intercambio de opiniones, el Grupo de Trabajo adoptó el apartado b) en la forma siguiente: "no se imponga la pena capital ni la de prisión perpetua, sin posibilidad de puesta en libertad, por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad"[29]; Durante la segunda lectura, que comenzó en 1989, esta cuestión apenas sufrió variaciones[30]. Así pues, el texto de este apartado aprobado en primera lectura fue prácticamente el definitivo, cabiendo destacar tan sólo de la segunda lectura que varios delegados[31] sugirieron que se suprimieran

---

however, in Stanford v. Kentucky, the court decided that the execution of people who were sixteen or seventeen at the time they committed their crimes does not constitute cruel and unusual punishment and is thus not a violation of the Eighth Amendment of the U. S. Constitution". L. J. Leblanc, The Convention on the Rights of the Child: United Nations lawmaking on human rights, University of Nebraska Press, 1995, págs. 74-76.

28 Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1986/39, párrafo 105. Como era de esperar, los observadores de Amnistía Internacional y de la Comisión Internacional de Juristas no se mostraron de acuerdo con la propuesta realizada por el Gobierno de los Estados Unidos y sugirieron que se dejase el apartado b) tal como había sido originalmente formulado. Subrayaron, además, que los dieciocho años era la edad aceptada en varios instrumentos internacionales, incluidos los Pactos Internacionales y ciertas resoluciones de la Asamblea General.

29 Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1986/39, párrafo 106. Este fue el texto aprobado en primera lectura.

30 El Grupo de Trabajo tuvo a la vista un texto del artículo aprobado en primera lectura incluyendo las revisiones sugeridas por la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios de la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (véase: Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1989/48, párrafo 534). El Grupo de Trabajo tuvo también ante sí una propuesta de Venezuela (véase: Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1989/48, párrafo 535). Sin embargo ninguna de las dos propuestas aporta cambios significativos a la prohibición de imponer la pena de muerte a los menores de 18 años.

31 Los representantes de Austria, la República Federal de Alemania, el Senegal y Venezuela, ibidem, párrafo 541.

las palabras "sin posibilidad de excarcelación" para la prisión perpetua. Por el contrario, otros representantes[32] sostuvieron que era necesario conservar esas expresiones[33]. A fin de llegar a un consenso, los representantes de China, la República Federal de Alemania, los Países Bajos y Venezuela sugirieron que se podría omitir del párrafo toda referencia a la prisión perpetua y a la cuestión de la excarcelación. Sin embargo, el representante del Senegal opinó que era importante mantener esa referencia porque si no se incluía en el texto los jueces estarían en libertad de recurrir a la prisión perpetua como sustituta de la pena capital. Finalmente, en un espíritu de conciliación y para no impedir un consenso, las delegaciones que habían propugnado la supresión de las palabras "sin posibilidad de excarcelación" no insistieron en su propuesta. Por lo tanto, por consenso se acordó conservar dichas expresiones[34].

Si bien, hasta la fecha, los Estados Partes en la Convención no han formulado reservas de forma explícita respecto a este apartado del art. 37, no se puede negar que, en algunos de ellos, la imposición de la pena capital a menores de dieciocho años es un hecho. Ello fue puesto de manifiesto por el Comité de los Derechos del Niño con motivo de su

---

32 Los delegados de China, los Estados Unidos, India, Japón, Noruega, y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ibidem.

33 En particular, los representantes de la India y Noruega dijeron que no podían sumarse a un consenso para suprimir las palabras porque esa medida tendría como consecuencias cambiar pro- fundamente el texto aprobado en primera lectura, texto que los gobiernos de sus respectivos países aprobaban, ibidem.

34 *Ibidem*, párrafos 542-545. Nos parece importante reflejar estos debates acerca de la prohibición de imponer la pena de prisión perpetua (aunque sea con la matización de que sólo se prohíbe la prisión perpetua "sin posibilidad de excarcelación") porque nos encontramos ante un importante avance de cara a la protección de los derechos del niño respecto a los instrumentos jurídicos indicados anteriormente, que tan sólo se refieren a la pena capital. En efecto, se trata de la primera vez que esta prohibición se recoge en un instrumento jurídico-internacional de carácter vinculante y su inclusión creemos que es un gran acierto. Además, y como se ha dicho la ubicación de esta prohibición en el mismo precepto que prohíbe la tortura y los malos tratos es muy positiva: "The prohibition on life imprisonment for offences committed by those under the age of 18 without a possibility of release appears in the same anide as the prohibition on torture, cruel, inhuman and degrading treatments or punishment, and the prohibition on the death penalty. This raises the possibility that life imprisonment for children without the possibility of release is regarded as a form of torture, cruel, inhuman, and degrading treatment or punishment". G. Van Bueren, The international..., op. cit., pág. 191.

debate temático sobre la administración de justicia de menores, dando cuenta "con profundo pesar de que en algunos países se seguía admitiendo que se impusiera la pena de muerte a personas menores de dieciocho años de edad"[35].

Además, y lamentablemente, es de esperar, en particular, que si los Estados Unidos de América llegan a ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (recordemos que aún no lo han hecho) formulen una reserva sobre esta prohibición, del mismo modo que lo han hecho en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[36], ya que, según se ha dicho, y tal y como se ha podido ver en el asunto Roach y Pinkerton "clearly, current law and practice in the United States would be in conflict with Anide 37 a) of the Convention on the Rights of the Child"[37].

A pesar de esto, en el examen del proceso de redacción del art. 37 a) de la Convención realizado se ha puesto de manifiesto que la mayoría de los Estados estaban (y están) claramente a favor de la prohibición establecida, y que se trata de un principio asumido en los ordenamientos internos de los mismos[38].

Se puede afirmar que se trata de una prohibición que, si bien no ha sido universalmente asumida por los Estados que integran la Comunidad Internacional, está sin lugar a dudas ampliamente aceptada por la mayor parte de ellos[39].

---

35 Naciones Unidas, Documento A/51/41.

36 En efecto, en el momento de ratificación del P.I.D.C.P., este Estado formuló, entre otras, la siguiente reserva: "Los Estados Unidos se reservan el derecho, con sujeción a sus limitaciones constitucionales, de imponer la pena capital a cualquier persona (excepto las mujeres embarazadas) condenada en buena y debida forma con arreglo a las leyes vigentes o futuras que permitan la imposición de la pena capital, incluido el castigo de delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad". Naciones Unidas, Documento CCPR/C/2/Rev.4.

37 36 L. J. Leblanc, The Convention..., op. cit., pág. 76.

38 Como se ha señalado "the unequivocal ban on the application of the death penalty to children, as they are defined by the Convention on the Rights of the Child, reflected the strength of the forces against the death penalty among the drafters". Ibidem, pág. 76.

39 Tal y como acertadamente se ha puesto de manifiesto "since Roach and Pinkerton with two thirds of the world community now party to the Convention on the Rights of the Child and with the General Assembly's adoption by consensus of the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty it is

Posteriormente, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño ha recogido también la prohibición que estamos examinando en su art. 5.3, si bien lo ha hecho con una formulación mucho más ambigua que todos los instrumentos jurídicos que hemos examinado, al disponer tan sólo que "no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por niños". Este precepto constituye la excepción a la regla general de establecer la prohibición de forma expresa en los dieciocho años de edad.

A modo de conclusión

Este breve estudio de la prohibición de imponer la pena capital a los menores de edad suscita varias reflexiones finales. De un lado, hay que decir que, aunque prácticamente ninguno de los preceptos citados (a excepción, como se ha visto, de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y de las "Reglas de Beijing") emplea la palabra "niño" ni siquiera "menor", es indudable que la edad de dieciocho años no está prevista de forma arbitraria en ellos, sino que hay que entender que interpretan que es precisamente a esa edad y no a otra a la que se adquiere la mayoría y finaliza, por tanto, la minoridad para el derecho internacional. Por ello, se entiende que constituye un gran acierto en favor de la protección de la infancia el hecho de que básicamente todos los preceptos estudiados contengan de forma expresa la edad por debajo de la que no puede imponerse la pena capital y la sitúen en los dieciocho años. Indudablemente, si se hubiese empleado la vaga expresión "menor", ello hubiese conllevado una inmensa inseguridad jurídica y, por supuesto, una clara desprotección del niño[40]. Ello es así porque se hubiese tenido que recurrir, para interpretar la palabra menor, al derecho interno de los Estados. En un gran número de ellos, la edad a partir

---

arguable that at the very least an international customary norm the norm prohibiting the imposition of the death penalty for those under 18 has now fully emerged". G. Van Bueren, The International..., op. cit., pág. 190.

40 En idéntico sentido se han manifestado N. Rodley, para quien "the use of the specific 18-year-old rule rather than some vaguer concept of "minors" was borrowed from article 68 of the Foruth Geneva Convention, which deals whith civilians", cp. cit. pág. 187, y R. Sapienza, quien ha recordado que, en la redacción del art. 6 del P.I.D.C.P., "the vague wording "minors" was replaced by the more objective formulation "persons" below eighteen years of age", op. cit., pág. 288.

de la que una persona puede ser responsable criminalmente, la llamada edad penal, se sitúa muy por debajo de los dieciocho años[41], con lo que, conforme al derecho interno de esos Estados, podría aplicársele la pena de muerte. Así pues, la determinación expresa de los dieciocho años como frontera a efectos de la pena de muerte es tajante y, por supuesto, en lo que a la protección de los menores respecta, absolutamente positiva, pues viene a establecer un standard mínimo en cuanto a la protección del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico internacional. Si bien, no podemos dejar de recordar que, en la práctica, la aplicación de la pena capital a menores de dieciocho años no está erradicada en algunos Estados[42].

De otro lado, la prohibición de la imposición de la pena de muerte a todos los menores de dieciocho años hace pensar que el Derecho internacional de los derechos humanos camina, aunque con grandes pausas y sin ninguna prisa, hacia la interdicción general de la pena capital. No debe olvidarse que corresponde a los ordenamientos jurídicos de los Estados la primera y efectiva protección de los Derechos humanos y que esta obligación se hace mucho más evidente si se rata de proteger el Derecho a la vida. A pesar de ello, no puede dejar de tenerse en cuenta la indudable influencia que el Derecho internacional de los derechos humanos puede ejercer sobre las regulaciones jurídicas internas. Por todo ello, cualquier avance que el Derecho internacional logre hacia la prohibición de la pena de muerte será siempre un gran avance en

---

41 En algunos Estados esta edad penal se sitúa en edades alarmantemente bajas como es el caso de Kuwait, que según el Comité de los Derechos del Niño, tiene establecida la edad legal de responsabilidad penal en los 7 años (véase: Naciones Unidas, Documento CRC/C/80, de 9 de octubre de 1998). Sin llegar a estos casos tan extremos, en muchos Estados la edad de responsabilidad criminal está establecida entre los catorce y los dieciséis años.

42 De hecho, y según la Resolución de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 24 de agosto de 1999 "desde 1990 se ha procedido a 19 ejecuciones de menores delincuentes en seis países, a saber: Arabia Saudita, los Estados Unidos de América, Nigeria, el Pakistán, la República Islámica del Irán y el Yemen, 10 de las cuales tuvieron lugar en los Estados Unidos, y que, en 1998, el único país del que se tenga noticias de que ha ejecutado a menores delincuentes fueron los Estados Unidos. "La pena capital, especialmente en relación con los menores delincuentes, Naciones Unidas, Documento E/CN.4/SUB.2/RES/1999/4.

el largo camino de la protección de los Derechos humanos en todo el mundo.

¿PENA DE MUERTE PARA LOS TRAFICANTES DE DROGAS?

José Luis de la Cuesta
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

I

Aun cuando el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos establece que, en los países en que no se haya todavía abolido la pena de muerte, ésta debe ser sólo imponerse a los crímenes más graves, según los informes de Amnesty International —(*The death penalty: no solution to illicit drugs*, London, 1987), del UNSDRI (*International survey on drug-related penal measures. An action-oriented document*, Roma, mayo, 1987) y del profesor E.A. Fattah ("The use of the death penality for drug offences and for economic crime. A discussion and a critique", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 58, 3-4, 1987, pp. 723 y ss.), presentado a la Conferencia Internacional celebrada en el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales (Siracusa-Italia) del 17 al 22 de mayo de 1988—, los países del mundo en los que, de una manera u otra, se prevé la pena de muerte como reacción contra los hechos más graves de tráfico de drogas superan la veintena.

La cuestión no se plantea en España, donde el artículo 15 de la Constitución de 1978 declara la abolición de la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las leyes penales militares para los hechos cometidos en tiempo de guerra. De otra parte, España ha ratificado el II Protocolo de las Naciones Unidas y el VI Protocolo europeo.

Si uno se pregunta cuáles pueden ser las razones que empujan a los Estados a adoptar una reacción tan extrema contra el tráfico de drogas, se encuentran, en principio, dos tipos de razones: – de un lado, *argumentos de justicia*, centrados en la retribución de los hechos cometidos; – de otra parte, los de la *prevención*, inspirados por criterios de utilidad.

Ni los unos ni los otros pueden, con todo, justificar suficientemente el empleo de la pena de muerte contra los hechos, incluso los más graves, de tráfico de drogas.

II

Desde el prisma de la *ideología de la retribución*, la única vía para el Derecho Penal de respetar la dignidad humana consiste en funcionar tratando de "hacer Justicia". Esto exige, conforme a las teorías absolutas, que el mal producido por el delito sea objeto de compensación con el mal inherente a la pena, que debe ser, pues, de una gravedad objetiva similar o equivalente a la del hecho delictivo.

Determinar y hallar la gravedad, en abstracto, de una infracción no es algo sencillo. El contenido de las valoraciones ético-sociales varía profundamente desde un punto de vista diacrónico y aún sincrónico. La relatividad histórico-espacial del delito y de la pena no resulta difícil de probar.

Históricamente, no cabe hallar un criterio unitario para determinar la gravedad de los males inherentes a los diferentes delitos y a las penas que merecen. Conductas que, ahora, son consideradas parte integrante de la libertad individual (por ejemplo, la herejía) fueron hace tiempo objeto de las reacciones más duras por parte del poder punitivo. Y no es preciso remontarse mucho en la historia para encontrar ejemplos de esto.

En la actualidad, las diferencias culturales continúan siendo grandes, aun cuando se acentúe el acercamiento entre los países, y los criterios sobre la Justicia no son idénticos en el mundo. Si en Occidente, a la vista del contenido de las Declaraciones, Convenciones y Pactos Internacionales, reservamos las reacciones penales más duras para los delitos más grave de violencia contra la vida, cabe, con todo, preguntarse qué criterios rigen en otras civilizaciones (pensemos en el renacimiento del integrismo en los países árabes, por ejemplo). En realidad, todavía no se da una equiparación total en cuanto a la importancia de los valores protegidos y la clase de reacciones que merecen las agresiones contra los mismos. Ello no obstante, y si nos limitamos a los bienes jurídicos individuales, existe cierto nivel de acuerdo en cuanto a la gradación: la vida ocuparía el primer rango, seguida por la integridad individual y la salud. Además, ciertos principios ya clásicos en Derecho Penal nos indican que, para establecer la pena que corresponde a un determinado delito es preciso no sólo atender al bien afectado, sino igualmente a la entidad de la agresión que comporta la conducta en cuestión: destruc-

ción, lesión, puesta en peligro… Desde el prisma de la retribución, sólo la combinación de estos datos permitiría indicar cuál es la sanción que cada caso merece.

Cuando se habla de la gravedad del tráfico de drogas hay una cierta tendencia a identificarlo no sólo con los peligros contra la salud pública que conlleva, sino también, y sobre todo, con los graves efectos que derivan del consumo de estas sustancias: muerte por sobredosis, sentimiento de inseguridad derivado del conocimiento de los robos y/o agresiones cometidas por toxicómanos en busca de medios para la adquisición de la droga, peligros inherentes al crimen organizado, cuyo poder y capacidad de penetración y de corrupción de ciertos sistemas políticos es realmente grande… Pero, la valoración penal del tráfico de drogas, que, de manera indirecta (para los tipos cualificados), debe tener en cuenta todo esto, no puede construirse sobre estos datos. Por el contrario, debe limitarse al hecho de la agresión que (el tráfico de drogas) comporta en sí mismo contra el bien jurídico al que directamente ataca. Y algo parece muy claro: los delitos de tráfico de drogas no son sustancialmente sino *atentados contra la salud pública*, que es puesta en peligro por el hecho de la introducción y distribución de sustancias no controladas cuyo consumo puede conllevar efectos graves y nocivos para la salud individual.

La salud pública no es un bien equivalente a la vida o a la salud individual, previstas por nuestros códigos penales. Por el contrario, considerada la salud pública un bien jurídico-penalmente esencial por su importancia para la protección **mediata** de la salud individual, tanto ésta como sobre todo la vida son bienes de entidad superior a la salud pública y los ataques contra las mismas merecedores de una mayor sanción. De otra parte, y como es natural, las conductas de puesta en peligro parecen siempre menos graves que las de lesión o destrucción del bien jurídico. Prever entonces la pena más grave para hechos que no son sino de peligro contra la salud pública resulta, en mi opinión, *absolutamente desproporcionado*. Pues, incluso si los perseguidos son los dirigentes de grandes organizaciones de traficantes —y dejando al margen el hecho de que hay que juzgar a cada cual en razón de todos los hechos cometidos—, los peores peligros para la salud pública no deberían ser nunca asimilados, por la ley penal, a las conductas más graves de destrucción de la vida humana, como lo demuestran las perspectivas

retribucionistas más exigentes. En consecuencia, la previsión de la pena de muerte para los hechos más graves de tráfico de drogas debe rechazarse absolutamente desde el punto de vista de la retribución.

III

Las *perspectivas utilitaristas* piensan que la reacción penal se justifica por su necesidad para la prevención de los delitos. Ciertamente, esto llega a incluir también (en cierto modo) la ejemplaridad y, en alguna de sus variantes, hasta cierta función pedagógica o formativa del Derecho penal respecto de las normas fundamentales de la ética social. La prevención puede ser general o especial. Muy a grandes rasgos, la primera se identifica con la intimidación de los ciudadanos, en general, autores potenciales de hechos delictivos. Por su parte, la prevención especial supone una intervención sobre el sujeto para evitar la delincuencia, a través de su corrección o resocialización, o por medio de su separación o inocuización, si se trata de los considerados incorregibles.

En cualquier caso, las teorías relativas necesitan también establecer, por cada crimen o delito, el nivel adecuado de sanción para disuadir a los ciudadanos de la comisión de hechos delictivos, guardando siempre una cierta proporcionalidad que garantice la credibilidad del sistema: todo no puede sancionarse con las penas más graves y si éstas ya se prevén para hechos menos importantes, aunque muy frecuentes, en cierto modo, se está contribuyendo a que los delincuentes no teman la comisión de crímenes más graves, pues se arriesgan tan sólo a sufrir la misma reacción penal que ya merecen.

Desde el prisma preventivo, se conocen los argumentos para aplicar las penas más graves (y entre ellas, la pena capital) contra los traficantes de droga. La lucha contra la droga pone de manifiesto que el empleo de penas más suaves no ha servido para nada. El tráfico de drogas controlado por la policía no llega al 10% del total, en las evaluaciones más optimistas, y continúa aumentando de manera increíble. Sólo penas verdaderamente duras, o definitivas —como la pena de muerte—, serían capaces de intimidar a los grandes traficantes o, en su caso, eliminarlos.

Resulta difícil negar la radicalidad de la pena de muerte desde un prisma preventivo especial (el ejecutado no volverá a cometer delito…),

si bien, en esta línea, cabría siempre preguntarse si estamos en presencia de una verdadera pena o, mejor, de una medida de seguridad. Es preciso decir también que existen otros medios de inocuización igualmente eficaces y que no atacan tan radicalmente al derecho a la vida de todo ciudadano. Incluso, la eficacia de las acciones de reinserción en materia de terrorismo —que se quiere empezar a aplicar al crimen organizado en su conjunto— ha puesto de relieve la poca consistencia de los argumentos que justifican la necesidad de la pena capital para los "irrecuperables".

Pero, cuando se habla de la prevención en materia de pena capital respecto de los traficantes de droga, es sobre todo el argumento de la prevención general el preferido. Y debe insistirse en primer lugar, en el hecho de que el efecto intimidante de la pena de muerte sobre los criminales en modo alguno resulta probado. Los estudios de personalidad de los culpables de crímenes muy graves, como el asesinato, muestran que la perspectiva de una posible condena a la pena capital no tuvo ningún efecto significativo sobre su conducta. Investigaciones como las de SELLIN en los EE.UU., de LEAUTÉ, en Francia, o de GROWERS, a la cabeza de la Royal Commission del Reino Unido, han probado repetidamente la ausencia de todo efecto específico de intimidación de la pena capital, pues, tras su abolición, no aumenta el número de los delitos hasta entonces castigados con la pena de muerte. Además, frecuentemente se ha comprobado que en países con fronteras comunes, con condiciones económicas y sociales muy parecidas, el índice de comisión de las infracciones susceptibles de la pena capital es muy similar, incluso si en uno de los países la pena de muerte está prevista por la ley (y resulta efectivamente aplicada) y en el otro no.

En cuanto a los efectos de prevención general de la pena de muerte entre los traficantes de droga, cabe tener en cuenta, por ejemplo, la experiencia de Egipto (ver FATTAH, cit., p.726) confirmada en otros países por los informes de Amnesty International: los traficantes, cuyos ingresos se multiplicaron por el riesgo inherente al tráfico, encontraron métodos muy ingeniosos para no ser detectados; pero dada la gravedad de la pena ya prevista para sus crímenes, la tarea policial devino mucho más peligrosa, pues los traficantes no dudaron hacer uso de la violencia más grave para escapar a la represión. Es más, desde el punto de vista de la Administración de Justicia pudo constatarse cierto rechazo

a la intervención en casos de poca importancia y una tendencia muy grande a buscar razones "técnicas" para no imponer la pena prevista por la ley… En fin, no pudiendo demostrarse ningún efecto preventivo general cierto de la ley que preveía la pena de muerte para el tráfico de drogas, las consecuencias negativas para la Justicia y para la aplicación de la ley penal son evidentes.

IV

No son los argumentos que se acaba de mencionar los únicos que se oponen al empleo de la pena de muerte como solución contra el tráfico de drogas. Hace ya tiempo que tiene lugar el debate entre las posturas a favor y en contra de la pena de muerte y que desde estas últimas se insiste (LANDROVE): en la inviolabilidad y el carácter sagrado de la vida humana de la que ningún ciudadano, ni aun juez, puede disponer; la ilegitimidad de la pena de muerte en una sociedad democrática basada sobre el modelo teórico del contrato social rousseauniano —no teniendo los ciudadanos el derecho a disponer de su propia vida, no pueden transmitirlo al soberano—; la crueldad, la radicalidad y la injusticia intrínseca de una tal pena que constituye, en sí misma, y no sólo por los medios de ejecución, una tortura física evidente (además de impedir, como es obvio, toda posibilidad de corrección o de readaptación social del condenado) y que crea la figura del verdugo, que debe poner fin a la vida de los condenados; la existencia de otras penas menos nocivas y más eficaces contra todo tipo de delitos; el carácter irreparable de los errores judiciales, bastante frecuentes —como lo demuestra la reciente historia de los EE.UU. con los casos Sacco y Vanzetti (1927) o Hauptmann (1936)— y que pueden tener causas muy variadas (actividad policial inadecuada, defensa y representación jurídicas incompetentes, errores en la apreciación judicial o del jurado…); la frecuencia de anormalidades psíquicas en los condenados a muerte; y, en fin, los efectos desmoralizadores de la ejecución capital, su carácter muy a menudo selectivo, desigual y discriminatorio…

Personalmente comprometido contra la previsión de la pena de muerte para cualquier crimen o delito (incluso en caso de guerra), comparto todos estos argumentos que afirman la inadmisibilidad de este "asesinato legal" (BECCARIA) para un Derecho Penal moderno basado sobre los principios de racionalidad y humanidad.

V

¿Por qué continúa insistiéndose, en algunos países sobre la aplicación de la pena de muerte, en particular respecto de los traficantes de droga? Según FATTAH, la pena de muerte no estaría realmente prevista para reducir el número de delitos (pues se sabe muy bien que no se va a conseguir) o por espíritu de venganza (sed de sangre), sino más bien como una **respuesta irracional** a un problema complejo que el sistema no es capaz de controlar y que, en el caso de los delitos económicos, o sobre todo del tráfico de drogas, podría servir para aliviar la frustración inherente a un tipo de infracciones que los mass media presentan cotidianamente como la causa de una criminalidad mucho más extensa y, en suma, fuente de un grave peligro contra la economía, el sistema político y la sociedad en su conjunto. La mejor manera de luchar contra la pena de muerte sería hacer frente a estas profundas frustraciones que empujan a mucha gente en no pocos países a considerar "aceptable" un procedimiento "tan salvaje y bárbaro".

Particularmente, pienso que no sólo el hecho de prever y de aplicar la pena de muerte, sino también el de limitarse al empleo del Derecho Penal para luchar contra las drogas, es también adoptar una respuesta irracional contra un problema complejo que no se sabe controlar. Si bien no cabe excluir un cierto papel del Derecho Penal respecto de los casos más graves de ataques simultáneos a bienes importantes (distribución entre menores…), comparto la opinión de un creciente número de estudiosos del fenómeno que se inclinan a proponer que la acción contra las drogas se desarrolle sobre todo fuera del Derecho Penal; pues —cabe preguntarse— si se quiere proteger la salud pública, ¿no sería mucho más eficaz la realización de campañas de educación pública con distribución controlada de las sustancias (cuya composición… sería también objeto de control) entre los drogodependientes? Y, si el bien jurídico protegido es la seguridad pública, hay que decir que, en gran parte, es la ilegalidad de las sustancias lo que hace elevar su precio y lo que dificulta el acceso a las mismas por los toxicómanos, los cuales cometen robos con violencia para obtener los medios necesarios para adquirir la dosis. Además, cuando se comprueba cuáles son los objetivos reales de la acción policial y judicial en la materia, se constata que no es precisamente la gran delincuencia, cuanto los consumidores, a menudo, también, pequeños traficantes, los que sufren la aplicación cotidiana de

la ley penal. En suma, se confía en el Derecho Penal, se intensifica su intervención, se agravan las penas para luchar contra los grandes traficantes, pero, fatalmente, son los toxicómanos casi los únicos a comparecer ante los tribunales, cuando de lo que precisan es mucho más de una asistencia médica y social que de penas y/o medidas de carácter represivo. ¿No es todo ello profundamente irracional?

VI

Para terminar, hasta aquí nos hemos referido a la pena capital, pero si se recorren las legislaciones (también las europeas) vigentes en la materia cabe encontrar no pocos ejemplos de largas condenas a prisión y de condenas a perpetuidad para cierto tipo de delitos de tráfico de drogas. Me gustaría por ello recordar una lección que hace ya tiempo recibí de mi Maestro, el profesor Antonio BERISTAIN: legalidad y legitimidad no son términos equivalentes y conviene insistir en que, hasta en el Derecho penal democrático, no todo tipo de penas, no todas las reacciones sociales devienen legítimas por el hecho de su mera previsión legal. En efecto, la legitimidad del Derecho Penal deriva no sólo del carácter democrático del sistema jurídico sobre el que se construye, sino también del respeto de ciertos principios fundamentales: necesidad, legalidad, imputación subjetiva, culpabilidad y humanidad. Pues bien, siendo la función del Derecho Penal (*ultima ratio*) la de encontrar el nivel mínimo de reacción que asegure el restablecimiento del orden jurídico y la satisfacción de los sentimientos de Justicia afectados por el delito, todo Derecho Penal, para intervenir de una manera legítima, debe ser respetuoso del principio de humanidad. Este principio exige, por supuesto, evitar las penas crueles, inhumanas y degradantes (entre las que se encuentra la pena de muerte), mas no queda satisfecho con lo anterior. Obliga igualmente, en la intervención penal, a construir penas que, respetando a la persona humana, siempre capaz de cambiar, tiendan y promuevan su resocialización: ofreciendo (nunca imponiendo) al condenado medios de reeducación y de reinserción. Evidentemente, no es ésta en ningún caso la función de las penas (de prisión) perpetuas que, en último término, constituyen también un ataque absoluto al principio de humanidad.

A MODO DE EPÍLOGO

Pena de muerte: abolición universal

Bonifacio de la Cuadra
Ex-Corresponsal jurídico del Diario El País

El presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, declaró en diciembre último que la abolición universal de la pena de muerte "va a ser una de nuestras prioridades", durante la presidencia española de la Unión Europea (UE) en el primer semestre de 2010. El compromiso fue formulado en la inauguración del Coloquio Internacional sobre la Abolición Universal de la Pena de Muerte, celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en el que participaron decenas de penalistas de todo el mundo, convocados por el español Luis Arroyo.

Zapatero ha señalado que es una de las prioridades de la presidencia española de la Unión Europea.

Zapatero explicó que su Gobierno pretende reforzar la "creciente corriente internacional que pugna por extender la abolición" y anunció la creación de una Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, "que actuará como un órgano impulsor", con dos líneas básicas de actuación: una, luchar por la aplicación universal de una moratoria efectiva en el año 2015, como paso previo a la abolición total, y otra, ante situaciones "que no pueden esperar a la realización de una moratoria", dijo, "exigir (...) la proscripción universal inmediata y definitiva" de la pena de muerte contra los menores de edad en el momento de la comisión del delito, las mujeres embarazadas y los discapacitados mentales.

Si esta última exclusión de la aplicación de la pena de muerte —la de los enfermos mentales— hubiera estado asumida universalmente en 2009, se habría podido impedir la ejecución por el Estado chino, el 29 de diciembre último, del británico de 53 años Akmal Shaikh, condenado por narcotráfico, el primer europeo al que se aplica la pena capital en China desde 1951, sin que de nada sirviera la airada protesta del primer ministro británico, Gordon Brown, cuyo Gobierno descartó, no obstante, represalias o crisis diplomáticas con Pekín. Mucho menos podría ejercer

presión sobre China en esta materia el líder mundial de la democracia, Estados Unidos, que todavía en 2008 ejecutó a 37 personas, sin que la presidencia de Barack Obama haya significado un revulsivo en favor del derecho de las personas a la vida y a la dignidad.

Zapatero consideró la pena de muerte "incompatible con los derechos humanos" y evocó que en España, "un país que arrastraba una historia negra de ejecuciones (…), todas inicuas", mediante la Constitución de 1978 recuperamos "nuestra dignidad como sociedad de ciudadanos libres", completada con la abolición por ley, en 1995, para tiempos de guerra.

Curiosamente, la abolición para tiempos de paz, que introdujo el artículo 15 de la Constitución, fue consecuencia de un error de información de los constituyentes. Una vez que, por la presión de la izquierda y los nacionalistas, se aceptó incluir la abolición, los centristas informaron que debía quedar completamente a salvo "lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas por su propia condición al fuero castrense". UCD alegó que así lo habían sugerido los propios medios castrenses y el PSOE confirmó la veracidad de la información, o creyó confirmarla.

Pero cuando parlamentarios de origen militar, como el diputado socialista Julio Busquets o el senador de designación real Marcial Gamboa, conocieron el texto, protestaron contra esa palmaria discriminación de los militares. El senador democristiano Manuel Villar Arregui tradujo así al lenguaje vulgar la que calificó de "siniestra excepción": "Nadie podrá ser matado en nombre de la ley, pero sí podrán ser fusilados los militares". De haber prevalecido aquel texto, Antonio Tejero y demás cabecillas militares del 23-F podrían haber sido ejecutados. Afortunadamente no fue así. Sucesivas modificaciones lograron una solución intermedia que exceptúa de la abolición "lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

Actualmente, con la abolición total, por ley, y con la ratificación de los convenios internacionales contra la pena de muerte, España pertenece a las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas que la han abolido y que luchan por su abolición universal. Es una buena noticia que España aproveche el semestre en el que ostenta la presidencia rotatoria de la UE para, desde una Europa prácticamente

libre de ejecuciones —en 2008 hubo cuatro en Bielorrusia—, impulsar la abolición universal.

No obstante, el penalista italiano Stefano Manacorda avisó en 2009 sobre los riesgos para Europa de fragilidad de su marco jurídico por la influencia de Estados Unidos, que desde 2001 tiene "una comprensión más amplia de los espacios de libertad individual", y por las exigencias de la lucha contra el terrorismo. Y en materia de cooperación judicial y policial, Manacorda recuerda que los Estados pueden negarse a conceder la extradición a un país si éste no ofrece garantías de que la pena de muerte no será ejecutada, pero considera que sería más conveniente sustraer a los Estados el control de la decisión, mediante el establecimiento, a nivel europeo, de "un derecho fundamental del ciudadano a no ser entregado allí donde su vida corra peligro".

La solución definitiva vendrá cuando, como anhelaba Marino Babero, activista jurídico contra la pena de muerte en pleno franquismo y maestro de numerosos penalistas, "llegue un día en que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste en matar".

RELACIÓN DE AUTORES

Luis Arroyo

Director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Rector Emérito de esta Universidad. Presidente de la *Société Internationale de Defense Sociale* desde el año 2002. Doctor Honoris Causa por varias Universidades. Miembro del Consejo Científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia.

M. Cherif Bassiouni

Experto de las Naciones Unidas en crímenes de guerra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad DePaul de Chicago, y Presidente Emérito del International Human Rights Law Institute de esta Universidad. Es también Presidente del Instituto Internacional de Estudios Superiores en Ciencias Criminales, en Siracusa, Italia, y Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Ha contribuido en la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional. Autor de 27 libros y editor de 44, ha publicado 217 artículos académicos relativos a un amplio campo de disciplinas jurídicas, incluyendo derecho penal internacional, derecho penal.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valladolid en 1973. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid en 1976. Fue Becario de la Fundación *Alexander von Humboldt* en la Universidad de Colonia (Alemania). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca desde 1986, y Rector Magnífico de la misma desde 1994 a 2003. Fue miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código penal español de 1992. Colaborador del ILANUD. Es autor de varias monografías y de decenas de artículos sobre diversas materias relacionadas con el Derecho Penal.

Antonio Beristain Ipiña†

Fundador y Director del Instituto Vasco de Criminología (1976-2000), Catedrático de Derecho penal. Director Honorario del Instituto Vasco de

Criminología y Presidente del Consejo de Dirección del Centro Internacional de investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales. Entre los libros escritos y/o compilados por él destacan: *– Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 320 pp.; – Derecho Penal, Criminología y Victimología, Juruá Editora, Curitiba (Brasil), 2007, 424 pp.*

Paloma Biglino Campos

Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**.** Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Es licenciada en Derecho y premio extraordinario de Doctorado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid. Es autora o directora de 11 monografías y más de 70 artículos en obras colectivas y revistas científicas, de las que destaca *La Política Europea de las Comunidades Autónomas y su control parlamentario.*

Mohammed Charfi

Doctor en Derecho. Universidad de Perpignan. Francia. Profesor de Derecho Laboral. Antiguo Procurador de la República y Ministro de Justicia de la República de Argelia. Autor de distintas obras especializadas en Derecho Laboral.

Lilian Chenwi

Licenciada en Derecho por la Universidad de Buea, Camerún. Master en Derecho por la Universidad de Yaundé, Camerún, Master en Derechos Humanos y Doctora en Derecho por la Universidad de Pretoria. Miembro del Comité Ejecutivo de la ONG Coalición para un Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Profesora de Derecho. Universidad de Pretoria. Autora de numerosas publicaciones, entre las que destacan libros *Towards the Abolition of the Death Penalty in Africa: A Human Rights perspective* y artículos como *Fair Trial Rights and their Relation to the Death Penalty in Africa*.

Maria Zelia de Alvarenga

Analista de la Sociedad Brasileña de Psicología Analítica (SBPA), e International Association for Analytical Psycology (IAAP). Universidad Pontificia de Sao Paulo. Brasil.

Bonifacio de la Cuadra

Comentarista y consejero editorial del Diario "El País".

José Luis de la Cuesta

Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de San Sebastián (1977); Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de San Sebastián (UPV-EHU) (1981); Diploma Superior en Criminología, Instituto de Criminología (Universidad Complutense de Madrid) (1979). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (2004-); Director del Instituto Vasco de Criminología; Adjunto a la Presidencia de la Sociedad de Estudios Vascos (2005-). Autor de numerosas obras y artículos científicos como *Imputabilidad y Nuevo Código Penal; Características de la cultura política criminal española en materia de drogas; El fraude en materia de ingresos de la Unión Europea y su tratamiento por el Derecho penal español*.

Oswaldo Henrique Duek Marques

Profesor de Derecho Penal Universidad Pontificia de Sao Paulo. Brasil Autor de publicaciones de Derecho Penal y Victimología; *Fundamentos da Pena 2008; A perspectiva da Vitimologia, en Atualidades Jurídicas Sao Paulo 2001.*

Sergio García Ramírez

Es investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor emérito de la Facultad de Derecho de la UNAM. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, como Investigador Nacional Emérito. Fue Director de la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ex Juez y antiguo Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor de numerosos artículos y revistas, entre los que destacan, *La Corte Penal Internacional", "Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana", "La jurisdicción internacional", "La Corte Interamericana de Derechos Humanos".*

Geneviéve Giudicelli-Delage

Profesora de Derecho privado, sistemas procesales comparados y ciencias penales de la Universidad Paris I Pantheon - Sorbona. Presidenta de la Asociación de Investigaciones Penales Europeas (ARPE). Autora de diversos libros, numerosos artículos, obras colectivas y colabo-

raciones en libros extranjeros, entre los que destacan, *Droit Penal des Affaires; L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, Le Droit Penal de l'environnement français. Cours de Droit Comparé.*

José Luis Guzmán Dalbora

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valparaíso, Especialista en Criminología por la Universidad de Roma (La Sapienza) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), de Madrid. Profesor de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía Moral y Jurídica en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile. Entre sus obras principales destacan: – *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*; – *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas: nuevos estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez;* y – *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez.*

Lina Gyllensten

Investigadora en el Centro de Estudios de la Pena Capital, Facultad de Derecho. Universidad de Westminster. Encargada del Programa *Humane Advocacy*, de la Serie de publicaciones editadas por el Centro, y de la supervisión e investigación de asuntos relacionados con la Pena de muerte en la antigua Comunidad británica de países caribeños y asiáticos.

Peter Hodgkinson

Director del Centro para el Estudio de la Pena Capital en la Universidad de Westminster. Miembro del Consejo de la Liga de Howard para la Reforma Penal, Presidente de Death Watch —grupo abolicionista— y miembro del Consejo Directivo de Hands Off Cain —grupo internacional que promueve la abolición de la pena de muerte— Antiguo Secretario de la Sociedad Británica de Criminología. Entre sus numerosas obras y artículos, destaca principalmente, *Global Punishment Global Issues and Prospects* 1996.

José Hurtado Pozo

Catedrático de derecho penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor ordinario de Derecho Penal y de Derecho procesal penal

en la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo (desde 1982). Colaborador internacional del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (México) Experto de la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) (2000). Responsable del portal «*derechopenal*» Director de la Revista Anuario de Derecho Penal, Lima. Entre sus obras principales destacan, *Droit pénal, Partie générale, édition révisée, refondue et augmentée,* Genève/Zurich/Bâle 2008; *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima 2005; Droit pénal. Partie générale 2, Zurich 2003; *Nociones básicas de derecho penal*, Guatemala 1999.

Lu Jianping

Vicedecano. Profesor de Derecho Penal y Vicepresidente del Colegio de Ciencias penales. Universidad Normal de Beijing. Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Secretario General Adjunto de la *Société Internationale de Defense Sociale* Autor de distintas publicaciones entre las que destacan "*China's Attitude Towards the ICC"; "The Road of the Abolition of Death Penalty in China".*

Seema Kandelia

Investigadora en el Centro de Estudios de la Pena Capital. Profesora de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Westminster, autora de artículos como *Incestuous Rape and the Death Penalty in the Philippines: psychological and legal implications.*

Stefano Manacorda

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Seconda di Napoli y Profesor Invitado en la Universidad Paris I Pantheon - Sorbona. Autor de varias contribuciones en el ámbito del Derecho penal, en su visión de Derecho comparado, europeo, e internacional. Entre las obras colectivas en las que ha participado destacan, *L'infraction d'organisation criminelle en Europe,* 2002; *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux ad hoc*, 2003.

Giorgio Marinucci

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Milán. Director de la Revista Italiana de Derecho y Procedimiento Penal. Entre sus obras destacan: *Il diritto penale dei marchi. Studi, Giuffrè, 1962; La colpa per inosser-*

vanza di leggi, Giuffrè, 1965; Il reato come azione. Critica di un dogma, Giuffrè, 1971; con traducción en español. El delito como 'acción'. Critica de un dogma, Ed. Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1998.

Juan F. Matos de Juan

Abogado puertorriqueño, especializado en la litigación de causas criminales en los Tribunales Federales de los Estados Unidos, y litigante activo en casos de pena de muerte. Egresado de la Universidad de Puerto Rico con un bachiller en sociología en 1988 y un juris doctor en 1991. Ha sido conferenciante en varios foros nacionales e internacionales sobre la pena capital, además de dictar conferencias sobre derecho penal procesal y sustantivo. Tiene autorizada la práctica de la profesión tanto en el Tribunal Supremo de Puerto Rico como en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y sus respectivos tribunales inferiores. En la actualidad, es miembro del Comité ejecutivo de la Coalición Mundial Contra la Pena de Muerte.

Antonio Muñoz Aunión

Doctor en Derecho Internacional Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Invitado en la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Investigador en el Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla la Mancha. Autor de las siguientes monografías. *La Política Europea Común del Asilo, y La Política Migratoria de la Unión Europea, y de varios artículos científicos.*

Adán Nieto Martín

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha. Subdirector del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional. Director del Portal Iberoamericano de ciencias penales. Es autor de numerosos trabajos en los ámbitos del Derecho penal económico y el Derecho penal europeo. Su última monografía se *titula La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* en el 2008.

Naomi Norberg

Doctora en Derecho por la Universidad de París. Investigadora en el Collége de France en el ámbito del Derecho anglosajón. Traductora de libros

como *Towards a Truly Common Law. Europe as a Laboratory for Legal Pluralism; Global Law: A Triple Challenge.*

Svetlana Paramonova

Licenciada en Derecho por la Universidad Estatal de Krasnoyarsk, Rusia y Master en Leyes por la Universidad de Passau, Alemania donde realizó actividades investigadoras en la Cátedra de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Actualmente, Investigadora en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Penal y Comparado de Friburgo.

Simone Rozès

Presidenta Honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social. Magistrada Primera Presidenta del Tribunal de Casación 1984-1988. Antigua Abogada General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Entre sus obras destacan *L'administration de la justice*, *La Documentation française,* 1991; *Le juge et l'avocat*, 1992.

Sérgio Salomão Shecaira

Catedrático de Derecho Penal y Criminología. Universidad de São Paulo. Ex-presidente del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales y del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria. Autor de diversos libros, entre los cuales: *«Responsabilidade Pena da Pessoa Jurídica» e «Criminologia».*

William A. Schabas

Una de las principales autoridades en el estudio del Crimen de Genocidio y de la Pena de muerte. Miembro de diversas organizaciones de derechos humanos. Autor de numerosas publicaciones traducidas a distintas lenguas de las que destacan sus obras: *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture: Capital Punishment Challenged in the World's Courts* y *Introduction to the International Criminal Court*. En la actualidad, Director del Centro Irlandés de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de Galway Irlanda.

Kanako Takayama

Licenciada en Derecho por la Universidad de Tokyo. Master en Derecho. Universidad de Tokyo. Doctora en Derecho Universidad de Colo-

nia. Alemania. Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho Yoshida Honmachi Sayko-ku, Universidad de Kyoto, Japón. Autores de distintas obras entre las que destacan, – *Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law, en: International Academy of Comparative Law (ed.), Convergence of Legal Systems in the 21st Century; – Introduction of European Elements in the Antitrust Criminal Law in Japan; – Beginning and Dignity of Human Beings in Criminal Law, Sungkyunkwan Journal of Science & Technology Law.*

Pilar Trinidad Núñez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Extremadura. Doctora en Derecho Internacional Público por la Universidad de Extremadura. Miembro de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Exteriores. Profesora titular en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Autora de varios artículos sobre la protección internacional de los derechos humanos, entre los que destacan *"El talón de Aquiles de la Convención sobre los Derechos del Niño: una aproximación a las declaraciones y reservas formuladas por los Estados partes"; "¿Que es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público".*

Shizhou Wang

Licenciado y Master en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Peking. Master en Derecho por la Universidad de Berkeley USA. Becario de la Fundación Alexander – von Humbolt en el Instituto Max Planck de Friburgo. Estancias de Investigación en la Universidad de Ausburgo y Londrés. Profesor de Derecho y Supervisor de tesis con especialización en Derecho Penal Chino, Derecho Penal comparado y derecho penal internacional. Entre sus publicaciones destacan. Manaules, monografías, que han sido traducidas al japonés, koreano, español y ruso. Premio de Investigación de la Fundación Alexander Von Humbolt 2009.

María Verónica Yamamoto

Abogada en Buenos Aires. Argentina. Ex Becaria de Investigación del Gobierno japonés. Universidad de Kyoto. Japón.

JON YORKE

Profesor de Derecho Público en la Universidad de la Ciudad de Birmingham. Su ámbito de especialización e interés se centra en el Derecho médico, Derecho de los derechos humanos, y la abolición de la pena de muerte. Ha sido consejero en el proyecto sobre Pena de Muerte en la Commonwealth africana patrocinado por el Instituto Británico de Derecho Internacional y Comparado. Ha trabajado casos federales y estatales de pena de muerte en el estado de Oklahoma. Editor de *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications* y autor de diversos artículos en revistas internacionales arbitradas.

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com

