

Una Comisión internacional contra la pena de muerte.....	000
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO <i>Presidente del Gobierno de España</i>	

I

EL CAMINO HACIA LA ABOLICIÓN DE PENA DE MUERTE

Hacia la abolición universal de la pena de muerte: Progresos y Perspectivas.....	
ROGER HOOD	

Sobre el Informe del Secretario General de Naciones Unidas de diciembre de 2010	
WILLIAM A. SCHABAS	

La abolición de la pena de muerte y el programa de la Declaración del Milenio.....	
LUIS ARROYO	

II

PENA DE MUERTE Y VALORES HUMANOS

La Pena de muerte: Argumentos	
LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO	

La Pena de muerte desde una perspectiva victimológica	
HEINZ SCHÖCH	

Las imágenes de la pena de muerte en el cine español	
ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ	

III

LA PENA DE MUERTE EN LAS REGIONES DEL MUNDO

Las Américas

Contra la pena de muerte en el Caribe anglófono: Una contribución criminológica.....	
ROGER HOOD	

- El constitucionalismo indígena y la pena de muerte: el caso de la Comunidad británica de Naciones del Caribe
MARGARET A. BURNHAM
- La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿Una lenta agonía? Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la pena capital: *Baze v. Rees* y *Kennedy v. Luisiana*
RAMÓN RAGUÉS I VALLES
- Pena de muerte: paroxismo del “Derecho penal” del enemigo. Algunas consideraciones sobre los proyectos de reforma en el Perú
MANUEL CANCIO MELIÁ

Europa

- Historia de la pena capital en Rumanía.....
OLIVIAN MASTACAN Y LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂ
- Trato inhumano y abolición de la Pena de Muerte en el Consejo de Europa
JON YORKE

Oriente Medio

- El Islam y la Pena de Muerte
WILLIAM A. SCHABAS

IV

PENA DE MUERTE Y DERECHO INTERNACIONAL

- La exigencia de la abolición de la pena de la muerte. Cuestión de presiones políticas y económicas.....
NADIA BERNAZ
- La condena a muerte de Saddam Hussein. Reflexiones sobre la prohibición de pena capital y sobre la “necesaria desproporción” de la pena en las *gross violations*
MASSIMO DONINI
- La pena de muerte: Los caminos para su abolición
JOERG ALBRECHT

Epílogo

Reflexiones sobre la Pena de muerte.....
SANDRA L. BABCOCK

La Pena de muerte contraria a la conciencia de la humanidad.....
FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

V

**RECENSIONES DE OBRAS RECIENTES SOBRE LA PENA
DE MUERTE**

“Sobre la pena de muerte en los Estados Unidos en el pensamiento de
Franklin Zimrig”
CRISTINA DE MAGLIE

“La pena de muerte en Estados Unidos: una Institución peculiar. Nota
al libro de David Garland”
LUIS ARROYO

“La Pena de muerte de Victor Streib”
FRANCISCO MUÑOZ CONDE

“¿El camino hacia la abolición? El Futuro de la pena capital en los Esta-
dos Unidos de Charles J. Ogletree y Austin Sarat”
FRANCISCO MUÑOZ CONDE

“Nota de la Resolución de la Asamblea General n. 206 sobre la moratoria
de la pena capital y texto de la Resolución”
FRANCESCA MARIA BENVENUTO

VI

**RELACIONES DE LAS MESAS DE TRABAJO DEL
COLOQUIO INTERNACIONAL PARA LA ABOLICIÓN
UNIVERSAL DE LA PENA CAPITAL CELEBRADO EN
MADRID EN DICIEMBRE DE 2009**

La prohibición de la pena de muerte en los sistemas convencionales de
protección de los derechos humanos.....
PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

Condiciones y límites de la cooperación legal internacional ante la pena
de muerte
LUCA D'AMBROSIO

- El debate en las regiones del mundo.....
CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN
- Diplomacia y política internacional en la lucha contra la pena de muerte.....
AMAYA ÚBEDA DE TORRES
- Estrategias para poner fin o abolir la pena de muerte para el año 2015..
JESSICA ALMQVIST
- Lecciones aprendidas y futuro en la investigación.....
TERESA MANSO PORTO
- Cultura, religiones y pena capital.....
MATÍAS BAILONE

UNA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA PENA DE MUERTE*

JOSÉ LUÍS RODRÍGUEZ ZAPATERO
Presidente del Gobierno de España

La pena de muerte no es una pena, es un espanto. La pena capital ha de ser abolida. Es un compromiso que sustentan millones de ciudadanos en el mundo y es un compromiso por el que han luchado y luchan gentes de todos los continentes, de todas las religiones y de todas las ideologías, y que tiene su fundamento y su origen en la extensión plena de la idea de los derechos humanos. No habremos logrado la extensión de los derechos humanos mientras tengamos en algún rincón de la faz de la Tierra la pena de muerte. La vida, el derecho a la vida, el valor de la vida, es el principio fundamental de la concepción y del despliegue de los derechos humanos. Nos hemos propuesto la abolición universal de la pena de muerte, y que cuando menos en 2015 se declare una moratoria en todos aquellos países que aún mantienen en sus ordenamientos la pena capital. La elección de la fecha 2015 no es aleatoria ya que dicho año está llamado al cumplimiento de los Objetivos del Milenio, otra columna esencial de los derechos humanos: avanzar decididamente en la erradicación de la pobreza, de la miseria, del olvido y de la desesperanza. Y entendemos que no estarían bien articulados todos los Objetivos del Desarrollo del Milenio si la lucha por la moratoria y abolición de la pena de muerte no estuviera también en esta agenda determinante.

Estoy seguro de que la Comisión Internacional contra la Pena de muerte que se ha constituido hoy a iniciativa española va a desempeñar su trabajo con la convicción de que va a merecer la pena, no en vano esta presidida por nuestro amigo Federico Mayor Zara-

* Extracto de la locución del Presidente del Gobierno de España José Luis Rodríguez Zapatero en el acto de constitución de la Comisión Internacional contra la pena de muerte en el Palacio de la Moncloa de Madrid el 7 de octubre de 2010.

goza y de la misma forman parte personalidades tan distinguidas y comprometidas con los derechos humanos de distintos lugares del mundo como Giuliano Amato; Louise Arbour; Robert Badinter; Mohammed Bedjaoui; Ruth Dreifuss; Michèle Duvivier Pierre-Louis Duvivier Michèle; Asma Jilani Jahangir, Ioanna Kuçuradi; Rodolfo Mattarollo; Gloria Macapagal-Arroyo y Bill Richardson.

El empeño que se ponga en la pacificación de la existencia humana y el hecho de que sea una empresa sin parangón en la Historia de la humanidad hará que siempre se les recuerde con aprecio, afecto y reconocimiento. Deseamos que la senda trazada por la Comisión sirva para la pacificación de la existencia, y a la reducción de conflictos; en definitiva, para afianzar el progreso de la civilización.

La pena de muerte es uno de los últimos vestigios de un tiempo histórico pretérito para cuya abolición la civilización, la arquitectura de los derechos humanos creada y en permanente desarrollo tras la Segunda guerra mundial y la visión de la razón y de la dignidad humana van a desplegar todo su potencial. Es el último residuo uno de los últimos despojos inherente a la imperfección del ser humano y estamos convencidos de que el día que desaparezca la pena de muerte de la última nación de la Tierra habremos convertido a la Humanidad en más digna; a los seres humanos en más libres y a la civilización, en una etapa de mucha más riqueza para el despliegue de todo el potencial de los seres humanos.

Madrid, el 7 de octubre de 2010

I

**El camino hacia la abolición
de pena de muerte**

Hacia la abolición universal de la pena de muerte: Progresos y Perspectivas¹

ROGER HOOD²
Universidad de Oxford

1. Introducción

En este artículo intentaré proporcionar una visión y análisis actualizado acerca de cuáles son las razones por las que cada vez más países en los últimos años han hecho suya la meta establecida en la Resolución de la Asamblea General de NN.UU. de 1971, en virtud de la cual se establecía: “Para garantizar plenamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el objetivo principal que debe buscarse es reducir progresivamente el número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países”. Esta resolución también especulaba con la posibilidad de que la abolición mundial pudiese ser en el futuro una realidad³.

¹ Traducción de Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO. Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM). Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI

Conferencia impartida a invitación del Proyecto sobre la Pena de Muerte en el Hall del Inner Temple, Londres, 21 de enero de 2010.

² CBE, QC, DCL, FBA, Profesor Emérito de Criminología, Universidad de Oxford, Becario emérito, All Souls Colegio de Oxford, Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hong Kong, Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia.

³ Agradecimientos: Esta conferencia aborda una parte y actualiza el trabajo previamente publicado por mi colega la Doctora Carolyn Hoyle. Vid. Roger Hood y Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A World-wide perspective*, 4ª Ed., 2008, Oxford University Press y “Abolishing the Death Penalty Worldwide; the Impact of a “New Dynamic”, en M. Tonry (ed.), *Crimen and Justice: A Review of Research*, vol. 38, 2009, Chicago University Press, 1-63.

Este estudio revela que aproximadamente en los últimos 20 años se detecta una “nueva dinámica” en los trabajos hacia la abolición de la pena de muerte consistente en trasladar el debate sobre la pena capital más allá de la visión que cada nación tiene respecto a su derecho soberano de mantener dicha pena como un medio represivo de su sistema de justicia penal, aludiendo a razones de supuesta utilidad o de apoyo de la ciudadanía. En su lugar, se ha intentado centrar el debate en la prohibición de su uso al concebirse como una pena que viola universalmente los derechos humanos: en concreto, el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a un trato o castigo cruel, inhumano o degradante. Aún quedan desafíos por afrontar y conseguir que esta visión sea aceptada por todos los países, pero creo que el movimiento para abolir la pena de muerte en todo el mundo parece ahora incuestionable. Voy a concluir con la evaluación optimista de que los Estados que aún mantienen la pena de muerte en la legislación y la practican son cada vez menos. Estos Estados retencionistas van a ser presionados para proteger los derechos humanos de todos sus ciudadanos, incluso del ciudadano que peor se haya comportado, y para aceptar una norma internacional de derechos humanos que rechaza completamente cualquier tipo de castigo mediante penas crueles e inhumanas.

2. El movimiento para la reforma: ¿Hasta dónde se ha llegado y con qué velocidad se ha avanzado?

Si se toma como punto de partida del movimiento abolicionista la publicación en 1764 del famoso libro de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ciertamente puede decirse que en los siguientes 200 años el progreso hacia ese objetivo fue gradual, de hecho lento e incierto. En el momento en que se promulgó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo había ocho Estados independientes que habían abolido la pena de muerte para todos los delitos en todas las circunstancias, la mayoría en América del Sur; el único en la Europa continental era el pequeño Estado de la ciudad italiana de San Marino. Otros seis países europeos la habían abolido en los casos de asesinato y otros delitos, pero la conservaron en los casos de los delitos de traición y de determinados delitos

cometidos en tiempo de guerra. Tres de ellos (Dinamarca, Países Bajos y Noruega) ejecutaron a los colaboradores y otros culpables de crímenes de guerra después de la Segunda Guerra Mundial. Catorce países apenas constituían un grupo de presión. Es por ello que no sorprende el hecho de que en ese momento el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos humanos (“todo individuo tiene derecho a la vida”) no hiciese mención alguna a la pena de muerte y que se hiciese explícitamente una excepción al derecho a la vida cuando se aprobó el Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950. En 1966, año en que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas (que entró en vigor 10 años después), sólo había 26 países abolicionistas, varios de ellos eran Estados muy pequeños⁴, y sólo 12 la habían abolido para todos los delitos, tanto en tiempos de paz como de guerra, en el derecho civil y militar (de entre ellos sólo un país europeo: Alemania Occidental). Si se tiene en cuenta que el texto del artículo 6 del Pacto, el cual garantiza la vida como un derecho inherente a la persona humana, se redactó en 1957, de nuevo no sorprende que la pena de muerte no se prohibiese. Todo lo que se podía lograr (en el artículo 6,2) era reducir el ámbito de aplicación de la pena de muerte en los países que la mantenían, a “los delitos más graves”, concepto excepcionalmente vago y potencialmente elástico. No obstante, la dirección que debía tomar la política se indicó en artículo 6. 6, en virtud del cual se señala que “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”. Y esto se aprobó de una forma muy enfática, como he mencionado antes, por la Resolución de la ONU de 1971. No hubo, sin embargo, mucho optimismo acerca de si y cuando se podría lograr una abolición total.

En primer lugar, tal como el célebre jurista francés Marc Ancel había expuesto en 1962 en un informe sobre la pena de muerte en los países europeos, la secuencia típica de acontecimientos hasta ese momento que condujeron a la abolición:

⁴ Más nueve Estados en USA, dos en Australia y 24 de los Estados mejicanos.

«necesitó normalmente de un largo periodo de tiempo (el subrayado es mío) y siguió un patrón distintivo; primero, la reducción del número de delitos castigados legalmente con la pena de muerte al asesinato (y a veces) al delito de traición a la patria, después la utilización sistemática de la conmutación, lo que llevó a la abolición *de facto*, y a la eventual abolición *de jure*».

En segundo lugar, se trataba de una secuencia, opinaba Ancel, que no incluía necesariamente en el futuro la supresión completa y definitiva de la pena de muerte bajo cualquier circunstancia. En este sentido, señalaba:

“Incluso los abolicionistas más convencidos sostienen que pueden existir circunstancias especiales, o periodos de tiempo particularmente turbulentos, que justificarían la introducción de la pena de muerte por un período limitado”⁵.

Así, mientras que los países podían abolirla en el caso de delitos comunes, incluidos el asesinato, normalmente querían mantenerla en el caso de delitos contra el Estado y en circunstancias de guerra, especialmente para los delitos contra la disciplina militar.

El pesimismo se hizo evidente pronto en 1986, cuando el distinguido criminólogo alemán, el Profesor Günther Kaiser, concluía en el *Boletín de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal* y en un momento en el que algo más de 130 países todavía eran retencionistas, lo siguiente:

“Hoy parece que hay pocas esperanzas de que los organismos internacionales, públicos o privados, sean capaces de alcanzar unanimidad [entre] la mayoría de los países en relación a la limitación o la supresión de la pena capital. Los esfuerzos encaminados a la abolición mundial, por tanto, deben considerarse como un medio para mantener vivo el debate internacional”.

Su pesimismo fue compartido en el seno de las Naciones Unidas: la Introducción del *Boletín* anteriormente mencionado, escrito por personal de la ONU, concluyó con estas palabras: “Parece que

⁵ Citado en Hood y Hoyle, 4ª Ed., 2008, p. 12.

el objetivo de la abolición de la pena capital en todo el mundo es lejano”⁶.

Debemos recordar que aunque fue hace 40 años, en diciembre de 1969, cuando el Parlamento⁷ votó a favor de la *Ley para la abolición de la pena de muerte en casos de asesinato (Murder Abolition of Death Penalty Act)* de 1965, tan sólo han transcurrido 15 años desde el último debate parlamentario en 1994, después de 13 ocasiones anteriores, en el que se ha discutido acerca de si la pena de muerte para algunos tipos de homicidio debía reinstaurarse. Y apenas han transcurrido más de 11 años, en 1998, desde que la pena de muerte se eliminó finalmente por completo del Derecho penal, al abolirse en los casos de piratería y traición y, posteriormente, en el mismo año, del Derecho militar. Este país ratificó finalmente en 1999 el Protocolo n° 6 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (que entró en vigor hace 13 años en 1983), y el Protocolo n° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado hace 11 años en 1989. Ambos prohíben el uso de la pena de muerte en tiempos de paz.

He comenzado con estas observaciones porque ilustran cómo la situación y la prognosis de la abolición de la pena de muerte eran muy diferentes hace menos de un cuarto de siglo a las que en la actualidad existen.

3. El movimiento a favor de la reforma: ¿En qué medida y con qué rapidez se ha avanzado en el último cuarto de siglo?

A finales de 1988, el movimiento abolicionista abarcaba sólo 52 (29%) de los entonces 180 Estados miembros de las Naciones Unidas, de entre los cuales sólo 35 —menos de un quinto de todas las naciones— habían eliminado la pena de muerte de sus códigos penales y militares —los restantes 17 la aplicaban en casos de crímenes contra el Estado y se regía por el Derecho militar en tiempos de guerra.

⁶ G. Kaiser, 'Capital Punishment in a Criminological Perspective' *United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter*, pp. 12 y 13 (1986), 10-18 en 16 y la Introducción en la p. 4.

⁷ N.d.T.: Del Reino Unido.

Desde entonces, el número de países abolicionistas se ha duplicado a 103 de los 196 Estados miembros. Pero ahora la gran mayoría, 95, ha abolido la pena de muerte para todos los delitos y en todas circunstancias. En los EE.UU., los Estados de Nueva Jersey y Nuevo México han abolido recientemente la pena capital y no se ha restablecido en Nueva York después de que el Tribunal Supremo estatal la juzgase inconstitucional, con lo que el número de Estados abolicionistas ha pasado a ser 15, además del Distrito de Columbia. Entre los 93 países que mantienen la pena de muerte en sus leyes sólo 45⁸ han ejecutado a alguien en los últimos 10 años - menos de un cuarto de todas las naciones. De los 48 restantes, Amnistía Internacional considera a 36 de ellos como verdaderamente “abolicionistas en la práctica”, ya que han anunciado o insinuado que han establecido una política para no llevar a cabo las ejecuciones. Así, si se suman estos 36 a los países que son abolicionistas *de jure*, se observa que el 71 por ciento (139/196) de los Estados ya no imponen o no tienen la intención de imponer la pena máxima. Además, en diciembre de 2008, 106 países votaron en las Naciones Unidas a favor de una resolución que instase a la moratoria mundial de la pena de muerte y de las ejecuciones. 34 se abstuvieron y sólo 46 países votaron en contra. Una nueva dinámica, que instaura un nuevo camino hacia la abolición, fue la responsable de este cambio extraordinario.

4. La evidencia de una “nueva dinámica”

¿Cuáles han sido las nuevas características observadas en las últimas dos décadas?

Primero: El movimiento abolicionista ha llegado a todo el mundo a través de muchos sistemas políticos diferentes, pueblos y culturas.

El movimiento se ha extendido mucho más allá de su origen en Europa y América del Sur. Se ha implantado casi por completo en

⁸ En 2010 se cumplirán 10 años desde las ejecuciones que tuvieron lugar en Trinidad y Tobago, Sierra Leona y las Bahamas.

la antigua URSS, donde sólo Bielorrusia conserva y utiliza la pena capital en la actualidad. Rusia, en espera de la abolición, es un Estado abolicionista en la práctica. Aunque Bielorrusia se abstuviese en la resolución sobre la moratoria en la ONU en 2008, todo indica que no tardará mucho en abolir la pena de muerte o al menos en restringir su aplicación, ya que tiene aspiraciones de unirse al Consejo de Europa y planes para introducir su propia moratoria de las ejecuciones. En América Central y del Sur sólo tres pequeños países (Belice, Guyana y Suriname) se aferran a la pena capital, aunque ninguno de ellos ha llevado a cabo una ejecución desde hace al menos 10 años. No ha habido ejecuciones en Cuba desde 2003. Además, este país se abstuvo en la reciente resolución sobre la moratoria en la ONU.

A finales de 1988 en la región de África sólo las Seychelles (1979) y Cabo Verde (1981) abolieron la pena capital⁹, mientras que 15 países son abolicionistas (los más recientes son Burundi y Togo)¹⁰ y otros 22 no han llevado a cabo ninguna ejecución desde hace al menos 10 años (todos menos cuatro son verdaderamente “abolicionistas en la práctica”, según Amnistía Internacional)¹¹. Amnistía Internacional informó de ejecuciones extrajudiciales en tan sólo dos países de África al Sur del Sahara en el 2008 (Botswana y Sudán) y en noviembre de 2008 una resolución instando a la moratoria de todas las ejecuciones en los países africanos fue aprobada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos.

Aunque los países del Oriente Medio y del Norte de África, donde el Islam es la religión dominante, mantienen la pena de muerte, varios de ellos —Túnez, Argelia y Marruecos— no han realizado

⁹ Los Estados miembros de la Unión Africana que todavía son retencionistas y que han llevado a cabo ejecuciones en los últimos 10 años son: Botswana, Chad, Congo (República Democrática); Egipto, Guinea Ecuatorial, Etiopía, Guinea, Libia, Nigeria, Somalia, Sudán, Uganda y Zimbawe.

¹⁰ Angola, Burundi, Cabo Verde, Costa de Marfil, Djibouti, Guinea Bissau, Mauritania, Mozambique, Namibia, Ruanda, Sao Tome and Principe, Senegal, Seychelles, Sudáfrica y Togo.

¹¹ Benin, Burkina Faso, *Camerún*, República Centra Africana, *Comoros*, Congo (Brazzaville), Gabon, Gambia, Kenia, Liberia, *Lesotho*, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritania, Nigeria, *Sierra Leona*, Swaziland, Tanzania, Zamiba. Los no analizados por Amnistía Internacional como verdaderos países abolicionistas en la práctica están en cursiva.

ninguna ejecución judicial durante más de 10 años. Tampoco ha habido ejecuciones con carácter frecuente en la mayoría de los Estados del Golfo. La abolición se está estudiando en Jordania, Marruecos y el Líbano (todos ellos se abstuvieron en la votación de la resolución sobre la moratoria en las Naciones Unidas en diciembre de 2008 junto con otros cinco países musulmanes, mientras que Argelia y Somalia, votaron a favor). Es de destacar que varios estados seculares con grandes mayorías musulmanas ya se han unido al movimiento abolicionista: es el caso de Albania, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Kirguistán, Turkmenistán, Turquía y Senegal. A ellos pueden unirse pronto las Maldivas. De hecho, sólo cinco —un puñado— de los países musulmanes retencionistas hacen un uso regular y a gran escala de la pena capital como medida de control de la delincuencia: Irán, Arabia Saudí, Pakistán, Iraq y Yemen. Según los estudiosos árabes de derechos humanos, el que y la rapidez con que los Estados islámicos retencionistas se muevan hacia la abolición dependerá de que sus sistemas jurídicos sigan estando dominados por las interpretaciones fundamentalistas del Islam, o de que los regímenes evolucionen hacia un gobierno democrático secular, que permitirá una interpretación “científica” más moderna, menos autoritaria y más misericordiosa de la Sharia¹². En general, las perspectivas de un movimiento constante hacia la abolición en el mundo musulmán no son tan negativas como algunos puedan imaginar.

Mientras que sólo cuatro Estados de Asia (Nepal, Bhután, Camboya y Filipinas) han abolido completamente la pena de muerte, otros seis son abolicionistas *de facto*, incluyendo más recientemente a Corea del Sur¹³. En Taiwán, donde no ha habido ejecuciones desde finales de 2005, el Ministerio de Justicia ha emitido una declaración política a favor de la abolición en el futuro, y tras la reciente incor-

¹² Véase, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni “Death as a penalty in the *Shari’a*”, en Peter Hodgkinson y William A. Schabas (eds.), *Capital Punishment, Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, 2004, pp. 169-185, en lengua española en *Hacia la Abolición universal de la pena capital* “La Muerte como castigo en la Sharia” (eds) Luis Arroyo, Paloma Biglino, William A. Schabas Tirant lo Blanch Valencia pp. 387-410 2010.

¹³ Sultanato de Brunei Darussalam, Laos, Maldivas, Myanmar, Korea del Sur y Sri Lanka.

poración del PIDCP en la legislación nacional parece probable que la supresión se logrará dentro de dos o tres años. Hace unos meses (el 14 de enero de 2010), se informó que el Presidente de Mongolia Elbegdorj había solicitado al Parlamento mongol a que siguiese el camino de la mayoría de los países del mundo y aboliese la pena de muerte. Al anunciar que iba a conmutar la pena de muerte para todos los condenados a dicha pena, declaró: “El camino que una Mongolia democrática tiene que seguir debe estar limpio y sin sangre”. En la India —con la segunda población más grande del mundo— la pena de muerte se impone, en principio, sólo en casos “rarísimos”. Se imponen sentencias de muerte pero la última ejecución tuvo lugar en 2004, la primera desde 1997. Las ejecuciones son puramente simbólicas: muy pocas se han realizado ahora y, por tanto, no pueden considerarse como un instrumento de justicia penal en un país tan poblado. En Japón, un reciente aumento en el número anual de ejecuciones —15 en 2008— parece llegar a su fin con el nombramiento en el otoño pasado por el recién elegido partido demócrata, del Ministro de Justicia, Keiko Chiba, quien ha sido un firme opositor a la pena capital. Por tanto, la ejecución de la pena capital es también poco probable. Además, tanto Vietnam como China han iniciado el diálogo con la Unión Europea sobre el ámbito de aplicación de la pena capital. Por otra parte, Vietnam optó por abstenerse en las Naciones Unidas sobre la resolución sobre la moratoria en diciembre de 2008. Pese al secreto que rodea al número de ejecuciones y la reciente ejecución de un ciudadano británico, Mr. Akmal Shaikh, por importación de heroína, es un signo indicativo de la mentalidad más abierta ahora existente en China el hecho de que hace casi tres años el representante de la República Popular China, el Sr. La Yifan, declarase en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU que “el ámbito de aplicación de la pena capital t[enía] que revisarse en breve, y que se espera[ba] que este ámbito se red[uciese], con el objetivo final de su eliminación”. A China me referiré también más tarde.

Sólo cinco naciones que abolieron la pena capital desde 1961¹⁴, la reintrodujeron de nuevo, pero sólo una de ellas —Filipinas— re-

¹⁴ Nepal (1985), las Filipinas (1987), Gambia (1991), Papua New Guinea (1995), y Libia (en casos de secuestro de niños y asesinato en 2008, a pesar de haber rati-

anudó las ejecuciones (7 en 1999 y 2000). Posteriormente, tras una moratoria, la pena de muerte fue abolida de nuevo en junio de 2006 por abrumadora mayoría del Senado y del Congreso con el pleno apoyo del Presidente.

Segundo: Los pasos para la abolición han cambiado

Cincuenta y uno (94%) de los 54 países que abolieron la pena de muerte por primera vez desde finales de 1988, la habían abolido a finales de 2009 para todos los delitos por completo. Sólo tres países la habían abolido únicamente por asesinato y otros delitos comunes (Chile, Kazajstán y Letonia). Cuarenta y tres de los 51 pasaron directamente de ser retencionistas a la completa abolición sin suprimirla primero para delitos “comunes”. En otras palabras, el 84 por ciento pasó directamente de la retención de la pena de muerte por asesinato y, a veces por otros delitos comunes y delitos militares, a la completa abolición. Una pauta muy diferente a la observada en el pasado.

Más de la mitad de los países que se han unido al movimiento abolicionista y que abolieron completamente la pena capital desde 1988 han garantizado igualmente bien a través de sus propias constituciones, bien mediante la interpretación judicial de la Constitución, como por ejemplo en Hungría, Sudáfrica y Ucrania, la imposibilidad de que la pena de muerte se vuelva a introducir en sus ordenamientos.

Tercero: El intervalo de tiempo entre la realización de la última ejecución y la abolición total es cada vez más pequeño.

Sólo una minoría, 21 de los 54 primeros países que abolieron la pena de muerte desde 1988, fueron durante 10 años abolicionistas *de facto*. La mayoría fue mucho más allá. Por ejemplo, Turkmenistán abolió la pena capital en 1999, justo dos años después de la última ejecución; Sudáfrica, en 1995, sólo cuatro años después. Así, el modelo de un prolongado proceso que conduce a la abolición no

ficado el Protocolo nº 2 al Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos por el cual se suprime la pena de muerte). Se abolió otra vez en Nepal para los delitos comunes en 1990 y en 1997 para toda clase de delitos.

se observó en más de la mitad de los países que sucumbieron a la abolición en los últimos 20 años.

Cuarto: Dónde la abolición todavía no se ha logrado:

Ha habido un movimiento, de conformidad con el artículo 6 (2) del PIDCP, para restringir el número de delitos a los que aplicar la pena de muerte. Ese es el caso, por ejemplo, de Bielorrusia y Vietnam. Y allí donde la pena de muerte se ha restringido al delito de asesinato, la condena a muerte ha sido en casi todas partes discrecional y no obligatoria (en el último país que está en estos trámites es Barbados). Aquí el *Death Penalty Project* ha desempeñado un papel importante.

Además, el número de países que llevan a cabo ejecuciones *periódicamente* sigue siendo muy pequeño. En 2008 y según Amnistía Internacional, sólo 25 países llevaron a cabo una ejecución judicial, en comparación con 38 en 1998. Y entre 2004 y 2008 sólo 13 Estados realizaron cada año al menos una ejecución. Con excepción de unos pocos, como Irán, el número de ejecuciones registradas cada año parece estar disminuyendo en casi todas partes. Incluso, Singapur, que en la década de los noventa tenía la tasa de ejecuciones por número de habitantes más alta del mundo, se ha contenido en las ejecuciones. Así, éstas han disminuído de 76 en 1994 a sólo dos en 2007 y, probablemente, una en 2008.

Aunque alrededor de 30 países mantienen la pena de muerte para ciertos delitos de drogas peligrosas, aproximadamente 28 para algunos delitos sexuales, y alrededor de 22 en el caso de delitos contra la propiedad sin violencia grave o de delitos económicos, pudiendo, por tanto, imponer penas de muerte para esos crímenes, parece que el número de los países que periódicamente llevan a cabo ejecuciones por otros delitos distintos al de asesinato es ahora muy pequeño, sobre todo en China, Irán, Arabia Saudita, Vietnam y Corea del Norte, y ello pese a que Malasia, Indonesia y Tailandia todavía imponen la pena capital en casos de tráfico de estupefacientes. No obstante, puede decirse con seguridad que en la mayoría de los países retencionistas la pena capital es ahora una pena *excepcional*, limitada de manera discrecional al delito de asesinato.

En los Estados Unidos, el número de sentencias de muerte impuestas cada año se redujo de 328 en 1994 a sólo 111 en 2008. En 2009, 40 de las 51 de las jurisdicciones estatales de los EE.UU. no realizó ninguna ejecución: esto significa que sólo 11, menos de un tercio de los Estados con la pena de muerte a su disposición, ejecutaron a alguna persona. Mientras que en 1999, 98 personas fueron ejecutadas en los EE.UU., 52 lo fueron en 2009 (casi la mitad de las ejecuciones (24) tuvieron lugar en Texas). En la mayoría de los Estados con pena de muerte las ejecuciones son esporádicas. De hecho, desde 1976, 16 de los Estados con pena de muerte no han ejecutado a más de seis personas —un promedio de menos de uno cada cinco años. El ochenta por ciento de las ejecuciones se han llevado a cabo en tan sólo nueve Estados— todas en el sur de Estados Unidos¹⁵. La impresión que a menudo nos llega de que en América existe entusiasmo en todas partes para la práctica de ejecuciones es ahora errónea. A esta cuestión me referiré más tarde.

También es muy importante, como muchos de ustedes saben, que la pena de muerte fuese excluida como castigo por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al establecer los Tribunales Penales Internacionales para hacer frente a las atrocidades cometidas en la ex-Yugoslavia en 1993, en Rwanda en 1994, y más tarde en Sierra Leona y el Líbano. Tampoco se prevee como una pena apta para casos de genocidio, otros crímenes graves contra la humanidad y crímenes de guerra, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional establecida en 1998. Lo anterior planteó una pregunta inevitable: Si no se preve para este tipo de crímenes atroces, ¿por qué debería castigarse con la pena de muerte en casos de delitos menores?

En definitiva, estos hechos sugieren que muchos, probablemente la mayoría, de países retencionistas “no están ligados”, o no dependen de las ejecuciones para hacer cumplir la ley penal. Por lo tanto, los demás Estados retencionistas no deben considerarse como una “remora” de Estados comprometidos con la continuación de las ejecuciones: muchos de ellos parecen estar avanzando hacia un uso mínimo y marginal de la pena capital en aquellos casos en los

¹⁵ Texas, Virginia, Oklahoma, Missouri, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Georgia, Alabama y Florida.

que tiene un carácter simbólico más que en aquellos otros en que su aplicación se considera un elemento necesario de la práctica penal. Esto augura un aumento del número de países abolicionistas, ya que también en un futuro no muy lejano aceptarán la ideología que ha impulsado a tantos países en tan corto espacio de tiempo a abolir o restringir severamente el uso de la pena capital.

5. Factores desencadenantes de la “nueva dinámica”

Entonces, ¿por qué este movimiento hacia la abolición universal progresó en los últimos 20 años? ¿Cuál ha sido la fuerza ideológica y mediante qué procesos políticos se ha logrado el objetivo?

No puede haber ninguna duda de que la última ola de supresión se ha visto muy influida por el proceso de democratización en Europa, incluyendo el antiguo imperio soviético, y la libertad tras el colonialismo y la represión post-colonial en África y en otras partes del mundo, entre ellas Camboya en Asia. La más importante de estas influencias ha sido el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y los pactos y tratados internacionales (en particular el Protocolo n° 2 del PIDCP (1989) y los Protocolos n° 6 (1983) y n° 13 (2002) al CEDH)¹⁶, así como las nuevas Constituciones democráticas de muchos países que específicamente prohibieron la pena de muerte a través de disposiciones relativas al derecho a la vida. En total, 82 países han ratificado o firmado uno u otro de los tratados o convenios internacionales que prohíben la imposición y la reintroducción de la pena capital.

La consideración de la abolición de la pena de muerte como una cuestión de derechos humanos rechaza la justificación más reiterada de la pena capital: la retribución y la necesidad de denunciar y expiar a través de la ejecución de aquellas personas cuyos crímenes atemorizan de la sociedad por su brutalidad. Desde esta perspectiva también se rechaza la justificación utilitaria relativa a que

¹⁶ Asimismo, el Protocolo a la Convención Interamericana de Derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte de 1990. Vid. Hood/Hoyle, 4ª Ed., pp. 22-24.

ningún otro castigo menos grave podría tener el suficiente efecto disuasivo para aquellos que piensan cometer delitos castigados con la pena capital. Esto no se debe sólo al hecho de que la evidencia de las ciencias sociales no apoye la afirmación de que la pena capital es necesaria para impedir el asesinato, sino porque aunque dicha pena pudiera tener un efecto disuasivo marginal, éste sólo podría manifestarse en casos de altas tasas de ejecuciones establecidas de forma obligatoria sin posibilidad de comutación y realizadas con rapidez. En este sentido, afirman los abolicionistas, aumentaría la probabilidad de personas inocentes o injustamente condenadas o ejecutadas y llevaría también a la ejecución de personas que, debido a las circunstancias atenuantes en que se cometieron sus crímenes, no merecieran morir.

Para lograr la abolición ha sido necesario un liderazgo político y un apoyo judicial, respaldado por las ONG, especialmente —aunque no sólo— por Amnistía Internacional. La voluntad política ha sido la clave. Los abolicionistas creen que, aunque la opinión pública no debe ignorarse, la tarea debe concentrarse en informar y llevar al público en general a apreciar y, posteriormente, a aceptar la abolición. En muchos de los países de Europa Oriental y de la ex-soviética Asia Central, así como en África, bien los presidentes han abierto el camino para lograr la supresión, bien la cuestión se ha remitido a sus Tribunales constitucionales.

El motor principal del impulso político detrás del movimiento internacional ha sido el compromiso del Consejo de Europa desde 1994 y después de la poderosa Unión Europea desde 1998 para retirar la condición de Estado parte o de Estado miembro, no sólo para garantizar un continente “libre de pena de muerte”, sino además, a través de una ofensiva diplomática, para convencer a “terceros países” de que “la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y al desarrollo progresivo de los derechos humanos”. La premisa del movimiento contra la pena de muerte simplemente es que la ejecución de ciudadanos *en cautiverio*, con independencia del crimen que hayan cometido y de dónde residan en el mundo, es una negación fundamental de su humanidad y del derecho a la existencia. Además, los países de la UE y algunos otros prohibieron la extradición de aquellas personas que podrían someterse a la pena de muerte sin que el Estado requirente ofrezca garan-

tías sólidas de que si el sujeto en cuestión es declarado culpable, no se le condenará ni ejecutará a muerte.

La influencia ejercida por el peso de las cifras a medida que más países se han ido haciendo abolicionistas se ilustra por el cambio en las decisiones adoptadas en materia de extradición de los presos de Canadá a los EE.UU.. Mientras que en 1991, en el asunto *Kindler c. Canadá*, tanto de la Corte Suprema de Canadá y el Comité de Derechos humanos de las Naciones Unidas sostuvieron que no había ningún impedimento para la extradición porque no había consenso internacional sobre la cuestión de la pena capital, 10 años después, en *Burns c. EE.UU.* (2001) y *Juge c. Canadá* (2003) ambos organismos alegaron que sería una violación del derecho a la vida del acusado proceder a su extradición sin garantizar que no será ejecutado. Se pronunciaron en este sentido porque, tal como la Corte Suprema de Canadá señaló, del “significativo movimiento hacia la aceptación internacional del principio de justicia fundamental ... puede deducirse la abolición de pena capital”¹⁷. En la misma línea, en el asunto *Ocalan c. Turquía* de marzo 2003, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya la opinión de que la pena capital es una forma de trato inhumano que ya no puede “considerarse legítima en una sociedad democrática”¹⁸.

6. Indicadores para el futuro

¿Cuánto más podrán resistir los países retencionistas a la continua presión de las naciones abolicionistas para aceptar la opinión de que la pena capital debe eliminarse en todo el mundo? No hay duda de que algunos de los países retencionistas han considerado las resoluciones de una moratoria sobre todas las ejecuciones ante las Naciones Unidas como “división” y un intento de imponer la voluntad de la mayoría sobre la minoría. La presión de los abolicionistas incluso se ha estigmatizado como una forma de imperialismo cultural: un ataque a la soberanía.

¹⁷ Cit. en Hood/Hoyle, 4th ed. p. 29-31.

¹⁸ *Ibid.* cit., p. 27.

Ciertamente, la batalla no ha terminado, pero un indicador de la forma en que se está desarrollando es la espectacular *disminución* en los últimos años del número de países que siguen oponiéndose a este tipo de resoluciones ante órganos de las Naciones Unidas. Tan recientemente como en 2005 en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 66 países se han desvinculado de una resolución pidiendo una moratoria mundial de las ejecuciones. Sin embargo, en diciembre de 2008 sólo 46 países votaron en contra de una resolución similar cuando se adoptó ante la Asamblea General.

Entre los 48 países que eran “activamente retencionistas” en diciembre de 2008 (me refiero a aquellos países que habían ejecutado al menos a una persona en los últimos 10 años) y los 10 países que no habían ejecutado a nadie durante ese período, aunque Amnistía Internacional no los consideraba como verdaderamente “abolicionistas en la práctica” - un total de 58 naciones, 19 (30%) no se opusieron a la resolución sobre la moratoria de la ONU, lo que indica que no siguieron la línea estricta de la “justicia penal soberana”. De los 39 que se opusieron a la resolución, el grupo más numeroso (17) fueron países con población de mayoría musulmana¹⁹. Su postura ya la he discutido antes brevemente. Es más sorprendente que el siguiente grupo más amplio fuese de 15 países de la Commonwealth británica (11 de ellos Estados insulares en el Caribe, además de Botswana, India, Singapur y Uganda).

En lo que concierne a países de la Commonwealth de población mayoritariamente no musulmana, la resistencia a la abolición es más evidente en Singapur y en los Estados insulares del Caribe de habla inglesa. Casi todos ellos (con la excepción de St. Kitts y Nevis), pueden catalogarse mejor como verdugos “frustrados”. Se han visto frustrados por las actividades del *Death Penalty Project* y otros abogados dedicados a los derechos humanos que han cuestionado la constitucionalidad de la pena de muerte, en particular la pena de muerte obligatoria, de las condiciones y de la duración del periodo de tiempo en el corredor de la muerte y de otros muchos aspectos de los procedimientos que conducen a la condena, la sentencia e

¹⁹ Afghanistan, Bangladesh, Egipto, (ADF), Indonesia, Irán, Iraq, Kuwait, Libia, Malasia, Nigeria, Pakistán, Qatar, Arabia Saudí, Sudán, Siria y Yemen.

incluso el indulto. Pero hasta ahora, tal como ocurrió en Jamaica el año pasado, los intentos de abolir la pena capital no han tenido éxito, en gran parte debido al impacto en la opinión de las tasas de homicidios tan altas que en la actualidad asolan a algunos de estos países. Sin embargo, la pena de muerte es en gran parte una condena simbólica. En total, sólo un tercio de los países de la Commonwealth han abolido la pena de muerte en la ley, en comparación con el 60 por ciento de todas las demás naciones²⁰. Me parece extraordinario que la Commonwealth, que se enorgullece de su postura sobre los derechos humanos, haya tardado tanto en acuñar la abolición de la pena de muerte como uno de sus objetivos.

De los restantes países que se opusieron a la resolución de la ONU, cinco fueron países de Asia no pertenecientes a la Commonwealth ni tampoco de población musulmana (China, Japón, Corea del Norte, Mongolia y Tailandia —ya he señalado los nuevos desarrollos en Japón y Mongolia—), uno en África (Zimbabwe), y en Europa y en América, sólo los EE.UU.

Ahora sólo tengo tiempo para discutir la situación en lo que respecta al movimiento hacia la abolición de dos países clave. En Oriente, de la República Popular de China, y en Occidente, de los Estados Unidos de América.

He tenido la fortuna de visitar China con frecuencia en los últimos nueve años para participar en los debates y seminarios sobre el tema de la pena de muerte, a menudo en compañía de Saul Lehrfreund y Parvais Jabbar. Durante este período he sido testigo de una notable transformación en el debate y de la apertura de espíritu de nuestros colegas chinos. Han pasado de una postura totalmente defensiva a otra que reconoce que la reforma de las leyes chinas sobre la pena capital son necesarias y que la adhesión a la abolición es un objetivo que debe perseguirse, aunque las autoridades chinas aún no estén listas para ir tan lejos.

²⁰ Para un análisis más detallado, vid. Roger Hood, 'Capital Punishment: The Commonwealth in World Perspective', *The Commonwealth Lawyer*, 17(3), 2008, pp. 30-35.

China ha seguido hasta hace muy poco una vigorosa política de uso de la pena capital en sus campañas agresivas contra una amplia variedad de crímenes - 68, incluidos los delitos económicos y sexuales, así como diversos delitos contra el Estado, aunque en la práctica, su imposición queda siempre a discreción del tribunal. Durante el seminario de derechos humanos sobre la pena de muerte entre la UE y China, en el cual participé en la primavera de 2001, una campaña agresiva al parecer estimaba una totalidad de ¡por lo menos 1.000 ejecuciones en un mes! Las razones alegadas tanto para explicar como para justificar por qué la pena de muerte se consideraba todavía esencial para el mantenimiento del orden y de la estabilidad en China incluyen la creencia de que la retribución basada en la noción de "vida por vida" está profundamente arraigada en la cultura china; que, por lo tanto, tiene el apoyo abrumador de la población, que ignorar este apoyo podría provocar inestabilidad social, y que dado el estado actual de desarrollo social, político y económico de China y su gran población, sigue siendo necesario un efecto disuasorio. Sin embargo, se está ahora poniendo en marcha un intenso debate sobre la "reforma" del ámbito de aplicación de la pena de muerte en el ámbito académico, judicial y administrativo. Según un alto magistrado jubilado recientemente del Tribunal Supremo popular que intervino en una conferencia el pasado junio, en la que Saúl, Parvais y yo estuvimos presentes, la reforma de la pena de muerte es una de las prioridades de la agenda.

La vuelta a la revisión de todos los veredictos de pena de muerte de los tribunales superiores provinciales ante el Tribunal Supremo popular a principios de 2007 ha sido de particular importancia, ya que marcó la introducción de medidas, incluida la elaboración de directrices, destinadas a garantizar una mayor coherencia junto con una mayor parsimonia en los tipos de delitos castigados realmente con la muerte y el número de personas que son ejecutadas en la práctica - de hecho, sustituyendo las prácticas anteriores, con una política que, según el presidente del Tribunal Supremo popular, Xiao Yang, tiene por objeto imponer la pena de muerte "en sentido estricto, con cautela y justamente... a un número reducido de delitos graves". Esto se considera como una parte del proyecto del Presidente Hu Jintao para "construir una sociedad socialista armo-

niosa”, la política criminal con la que “se combina el castigo con la clemencia”.

Desafortunadamente, a pesar de haber afirmado que los nuevos procedimientos han reducido el número de sentencias de muerte firmes y las ejecuciones llevadas a cabo, al menos en un 20 por ciento de casos, no ha sido posible trazar objetivamente la extensión de los progresos realizados debido a la total falta de todos los datos estadísticos que muestran cuántas personas son condenadas a muerte cada año en China, cuántas de ellas después de la apelación han sido ejecutadas, y en qué tipo de delitos. En el debate en la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2007, sobre la resolución para una moratoria mundial sobre la pena de muerte y ejecuciones, China votó en contra de la moción, afirmando que: “... en el mundo de hoy, el tema era una cuestión de proceso judicial para decidir sobre el uso de, o una moratoria sobre la pena de muerte, y no una cuestión de derechos humanos. Cada país tiene el derecho, en base a su arraigo cultural y a otros factores, de decidir cuando usar esta pena ... sin interferencia”. En cambio, a los *workshops* a los que asistimos en Guangdong y Beijing en junio del año pasado, el profesor Zhao Bingzhi de Beijing de la Universidad Normal, un gran e influyente abogado de la reforma de la pena de muerte, declaró:

“El rápido avance de la abolición en el mundo es asombroso y emocionante. Estos cambios recientes presentan una señal clara para nosotros: la abolición es una oleada y tendencia internacional inevitable, así como una señal que muestra la amplitud de miras de los países civilizados ... [la abolición] es ahora una obligación internacional ... Aunque tal influencia no tenga ningún efecto instantáneo, facilita la restricción del ámbito de aplicación de la pena de muerte ... tanto como sea posible y [lleva] a la ejecución de un número mínimo de personas”.

Como mencioné antes, uno de los principales obstáculos para el progreso constante planteado en los debates en China es la suposición de que la opinión pública es muy hostil a la reforma porque el concepto retributivo de “vida por vida” está profundamente arraigado en la cultura asiática y china.

Sobre esta cuestión se observan algunos avances gracias al proyecto europeo y chino titulado “Moving the Debate on the death Pe-

nalty Forward” dirigido por el Centro británico-chino en este país²¹, que realizó una encuesta a gran escala a la opinión pública con alrededor de 4.500 ciudadanos chinos encuestados (un 70% de radio de respuesta) en tres provincias diferentes. Fue elaborado por Dietrich Oberwittler y Shenghui Qi del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional de Friburgo, y realizado por el Centro de Investigación de la China Contemporánea en la Universidad de Pekín.

Un hallazgo sobresaliente de este estudio reciente²² es el bajo nivel de interés y conocimiento y la proporción relativamente alta de encuestados que no tenía una opinión firme sobre el tema de la pena de muerte. Menos del tres por ciento dijo estar “muy interesado” y sólo el 26 por ciento se interesaba. Cuando se les preguntó cuánto sabían acerca de la pena de muerte en China, sólo un 1,3% señaló que sabían mucho sobre la cuestión y menos de un tercio que tenía “algunos conocimientos”.

En relación a ser partidario o no de la pena de muerte, el 58 por ciento de los encuestados estaban *indudablemente* a favor - de ninguna manera se trata de una proporción muy elevada si se compara con la experiencia de los países europeos cuando se abolió la pena capital. Mientras que sólo el 14 por ciento señaló estar en contra de la pena capital, el 28 por ciento manifestó “no estar seguro”. Cuando se preguntó si China debía acelerar el proceso para abolir la pena de muerte, sólo el 53 por ciento se opuso y un 33 por ciento estaba “seguro”. Lo anterior ya no podría utilizarse como una muestra del deseo ferviente de mantener la pena capital que convertiría la abolición en una meta política inalcanzable.

Más pruebas que denotan que la actitud sobre este tema no se endureció ni se enquistó salieron a la luz cuando a los encuestados se les preguntó si apoyaban la pena de muerte para delitos específicos. En sólo dos delitos, más de la mitad de los encuestados apoyó el uso

²¹ En colaboración con la Universidad Normal de Beijing y con la Universidad de Wuhan en China, el Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y comparado de Friburgo, el Centro de Derecho Humanos de Galway en Irlanda y el Proyecto sobre la pena de muerte en Londres.

²² http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/forschung_aktuell_41.pdf. Tuve el honor de ser asesor en este proyecto.

de la pena capital: por homicidio (77%) y lesiones dolosas que causan muerte (60%), y sólo poco más de la mitad apoyó la pena capital en el caso de delitos de tráfico de drogas (54%) y abusos sexuales de niñas menores de 14 años (52%). En ninguna otra categoría de delitos sujetos en la actualidad a la pena de muerte había una mayoría a favor de dicha pena, lo que sugiere que el gobierno no tendría una gran oposición para borrar más de los 68 delitos punibles en el Código Penal a fin de cumplir, antes de conseguir la abolición completa, con el significado y espíritu del artículo 6 (2) del PIDCP que China ha firmado pero aún no ratificado.

Además, había indicios de que los miembros del público encuestado, a pesar de su apoyo general a la pena de muerte, desearía que la pena de muerte se impusiese únicamente en los casos más graves de asesinato. Esto fue evidente cuando se les proporcionó “escenarios” de un crimen con diversas circunstancias agravantes y atenuantes: por ejemplo, la pena de muerte fue apoyada por menos del 50 por ciento de los encuestados, incluso para un hombre que había cumplido dos condenas anteriores por robo y que ahora había robado en una tienda 2.000 yuanes (alrededor de £ 200) y matado al dueño de la tienda con un tiro en la cabeza.

La encuesta también mostró que el 60 por ciento de la población apoya la opinión de que “las personas inocentes pueden ser ejecutados por error”, y que de los que apoyaban la pena de muerte o estaban indecisos, sólo el 25 por ciento dijo ser totalmente partidario de la pena de muerte aún demostrándose la ejecución de personas inocentes, mientras que el 44 por ciento se opuso firmemente, con casi un tercio de “indecisos”. Alrededor del 70 por ciento señaló que la pena de muerte se aplicaba “de manera desigual o injustamente”. Al igual que en las encuestas en los Estados Unidos, cuando se preguntó a los encuestados si apoyarían la pena de muerte en el caso de disponer de varias alternativas, una proporción considerablemente menor apoyó el retencionismo. Si la pena de muerte fuese sustituida por cadena perpetua con posibilidad de libertad condicional, el umbral de los que dijeron que aún serían partidarios de la pena de muerte sólo representaba el 41 por ciento de la población china. Si la pena máxima alternativa se elevaba a cadena perpetua de por vida sin posibilidad de libertad condicional y por la obligación de restitución, sólo una cuarta parte se mantuvo a favor de la pena de

muerte y la mitad apoyó firmemente la abolición. Así, la mayoría es partidaria de las sanciones alternativas que darían una mayor protección al público respecto a los delincuentes más peligrosos, sin necesidad de recurrir a la muerte – al castigo de “vida por vida”.

Los resultados de este estudio sugieren que no es tan probable que la opinión pública sea tan hostil a una mayor restricción y abolición de la pena de muerte tal como se había supuesto en un principio. Aquellos que usan los “valores asiáticos” o “la cultura china” como argumentos para mantener la pena de muerte deben reconocer que existen fuertes indicios que muestran que el pueblo chino ha sido capaz de vivir a gusto en los regímenes penales donde no existe la pena capital. Las regiones administrativas especiales de Hong Kong y Macao lo demuestran con creces. De hecho, aunque la mayoría de la población de Hong Kong estaba a favor de la pena capital antes de ser abolida por el régimen colonial británico en 1993, no ha habido, tal como Johnson y Zimring han demostrado, graves problemas ni una fuerte presión para su reintroducción a lo que ha seguido, además, un continuo descenso de la tasa de homicidios²³.

El progreso en China dependerá de la medida en que la elite académica y judicial pueda influir en los responsables políticos para que acepten que la cuestión de si un Estado moderno debe emplear la pena de muerte ha avanzado hasta el punto en que ya no debe entenderse de forma estricta como una forma gubernamental aceptable de controlar la delincuencia a través de la soberanía nacional. La ratificación del PIDCP sería un gran paso adelante.

Permítanme ahora referirme brevemente a los Estados Unidos, cuya posición sobre esta cuestión, habida cuenta de su defensa general de los derechos humanos en otros países, me parece crucial para el logro de la meta de la abolición mundial. Los Estados Unidos todavía tienen que aceptar públicamente, tal como ha hecho China, la instación de abolir la pena de muerte en su debido momento. En consecuencia, ¿cuáles son brevemente las perspectivas de que EE.UU. abandone la pena capital?

²³ Vid. David T. Johnson/Franklin E. Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political Change, and the Death Penalty in Asia*, New York: Oxford University Press, 2009.

En los últimos años ha habido un cierto reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de los EE.UU. de normas adoptadas en otras partes del mundo. La prohibición de ejecutar a deficientes mentales (*Atkins c. Virginia*, 2002) y a menores declarados culpables de asesinatos cometidos antes de haber cumplido 18 años (*Roper c. Simmons*, 2005), citan, si bien muchos años después de su promulgación²⁴, las prácticas condenadas en todo el mundo a raíz del PIDCP y de las Garantías de NN.UU. de 1983 para los condenados a la pena de muerte.

Dada la cada vez mayor crítica que sobre la pena capital existe en los EE.UU., está todavía por ver en qué medida el Tribunal Supremo se basará en estas sentencias. El año pasado, el influyente *American Law Institute*, que había diseñado un modelo de sentencias a muerte aceptado por el Tribunal Supremo en 1976, llegó a la conclusión de que “a la luz de los actuales e insuperables obstáculos institucionales y estructurales para garantizar un sistema mínimamente adecuado para la administración de la pena capital”, ya no sería necesario mantener una política que apoye la pena de muerte. Ante la evidencia de la baja incidencia de las ejecuciones en todos los Estados a excepción de unos pocos, la pena de muerte ha sido descrita con acierto por Carol Steiker y Jordania Steiker, como “Una historia de dos naciones”²⁵, dada la preocupación ampliamente expresada sobre las condenas injustas descubiertas por “proyectos de inocencia” y por la certeza de pruebas de descargo a través del ADN. Dada la imposibilidad de eliminar todas las arbitrariedades y la discriminación, dados los retrasos excesivos y costosos en la administración de la pena capital, pues el costo de continuar con un sistema de ejecuciones utilizado en tan pocos está siendo cuestionado en muchos de ellos, y habida cuenta de la crueldad inherente al fenómeno del “corredor de la muerte” y la realización de la ejecución, parece probable que muchos más Estados que mantienen la pena de muerte, pero rara vez llevan a cabo ejecuciones, seguirán a

²⁴ Para más información sobre este tema, vid. Hood/Hoyle, 4ª Ed., pp. 192-4 y 200-203.

²⁵ Carol Steiker/Jordania Steiker, ‘A Tale of Two Nations: Implementation of the Death Penalty in “Executing” Versus “Symbolic” States in the United States’, *Texas Law Review*, vol. 84, 2006, pp. 1869-1927.

su debido tiempo el ejemplo de Nueva York, Nueva Jersey y Nuevo México para abolirla. De hecho, 11 legislaturas estatales discutieron el tema el año pasado. El éxito dejaría sólo unos pocos “valores atípicos” y quizás al final sólo Texas continuaría siendo un Estado con pena de muerte.

En esa etapa, sería posible, incluso probable, que el Tribunal Supremo declarara que en realidad ha sido una evolución en el “desarrollo de las normas de decencia que marcan los progresos de una sociedad madura”²⁶, tanto a nivel nacional como en el extranjero, la que deplora el uso de la pena capital. En consecuencia, sería posible que el Gobierno Federal ratificase el Segundo Protocolo Facultativo al PIDCP. Si esto llegara a suceder, los países que siguen afirmando que la pena capital no es incompatible con el respeto de la dignidad humana y los derechos humanos recibirían un duro golpe.

7. Conclusión

El énfasis por considerar la pena de muerte como una cuestión de “derechos humanos” ha añadido gran fuerza moral al movimiento abolicionista. Los que siguen siendo partidarios de la pena capital “por principios” se han enfrentado con pruebas convincentes de los abusos, de la discriminación, de los errores, y de la inhumanidad que inevitablemente acompañan a la práctica de la pena de muerte. En general, hay que recordar que ningún país ha abolido la pena de muerte debido a la demanda popular que se refleja en las encuestas de opinión. Aquellos que crecieron con la esperanza de que la muerte sería el castigo para el asesinato van abandonando poco a poco esta idea, pero la próxima generación, no habiendo crecido con la madurez de dicha experiencia, es mucho más probable que considere la pena capital como una reliquia de la barbarie del pasado, abandonada en cuanto la civilización ha progresado.

Aunque el camino aún es pedregoso y el final no está a la vista, los abolicionistas tienen razones para estar seguros de que el des-

²⁶ Para seguir el estándar, vid. *Trop c. Dulles*, 356 US. 86. 101 (1958).

tino final se acerca cuando todos los países han acordado que el asesinato de los encarcelados debe prohibirse para siempre.

Sobre el Informe del Secretario General de Naciones Unidas de diciembre de 2010¹

WILLIAM A. SCHABAS
Universidad de Galway Irlanda

El texto que se presenta se refiere al progreso en la Abolición de la pena de muerte y el incremento de países que han adoptado la moratoria. Mis comentarios se basaran ampliamente en el más reciente informe emitido por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre el estado de la pena capital. Desde 1975, el Secretario General ha presentado un informe cada 5 años. Se conoce como “Informe Quinquenal sobre la Pena de Muerte” y el documento toma en consideración diversos aspectos de la pena capital y de su práctica en el mundo. Nos permite también, observando todos los informes desde 1975, esbozar un retrato de la evolución de la cuestión, analizar la naturaleza dinámica del tema de la abolición y los avances hacia la abolición y moratoria de la pena capital. El primer informe presentado en 1975 fue resultado de las actividades iniciales de Naciones Unidas en el ámbito de la pena capital, resultado de un debate que considero hoy ampliamente superado sobre si se podía emplazar la pena capital entre los objetivos y el trabajo en derechos humanos de las Naciones Unidas o si estaría mejor tratado como parte de las actividades de los órganos especializados de Naciones Unidas que se encargan de la justicia penal. La dimensión de la justicia penal continúa siendo un vector importante en la dirección de las actividades de Naciones Unidas relacionadas con la pena capital. Sin embargo, estimo que es más pertinente considerar hoy en día la pena capital como problema clave para la misión de

¹ Véase, nota de los editores, texto en www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15Session/A.HRC.15.19-sp.pdf. Traducción de Antonio Muñoz Aunión. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. UCLM

protección de los derechos humanos que corresponde a las Naciones Unidas a través de su Carta.

El informe más reciente se presentó formalmente solo hace dos meses en la Comisión de Naciones Unidas sobre Justicia Penal en Viena. El Informe muestra que hay hoy día unos 47 países que mantienen la pena capital. El resto ha abolido la pena de muerte bien por ley, de *iure*, o en la práctica, *de facto*. Existe cierta discrepancia sobre el número exacto, sobre el método para calcular el número. En sus observaciones, de esta mañana, el Embajador Garagorri, creo que se mencionó la figura de 57 o 58 Estados y este número puede provenir del Informe de Amnistía Internacional donde existe una ligera diferencia en cuanto a los números de los Estados abolicionistas respecto al cálculo de abolicionistas *de facto*, esto es aquellos que la han abolido en la práctica pero no mediante legislación. Y esto, creo se debe a que algunos Estados han dejado de utilizar la pena capital pero insisten en que no han prohibido su uso. Algunos de los países del Caribe se encuentran en esta categoría. De ahí que en la práctica no hayan utilizado la pena de muerte en los últimos diez años que es el período que empleamos para realizar el cálculo, continúan manifestando su inclinación por la pena de muerte y su deseo de utilizarla. Sobre este punto me explicaré más adelante.

Por supuesto, los números se han incrementado de forma notable desde 1975 y, aunque no se llevaran a cabo los cálculos cada 5 años desde 1948, si se puede ir atrás hasta esta fecha ya que es un punto de partida útil al ser la primera vez que se debatió la pena de muerte en Naciones Unidas en el contexto de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Creo recordar que en aquel entonces había 58 Estados miembros en la Organización y entiendo que sólo seis de ellos habían abolido formalmente la pena de muerte. Algunos de ellos, habían dejado de utilizar la pena de muerte por años e incluso la habían abolido *de iure* pero la volvieron a reinstaurar de forma breve tras la Segunda Guerra Mundial con el fin de castigar a los colaboradores y a los criminales de guerra. Y por supuesto, el periodo de postguerra fue muy propicio ya que ofrecía la oportunidad a algunos Estados de marcar una transición política: países tan señalados de Europa como Alemania, Austria e Italia abolieron la pena capital a finales de la década de los cuarenta o principios de los cincuenta. Esto se explica por el simbolismo

de manifestar que habían puesto fin a su pasado fascista, y existen ejemplos contemporáneos de esto, así Sudáfrica abandono la pena de muerte en la década de los noventa, España lo hizo en 1975, y les podría facilitar otros ejemplos como un elemento característico de la pena capital.

La cuenta se inicia en 1975 cuando los primeros informes de las Naciones Unidas se presentaron. En aquel entonces, pienso que alrededor de 25 países habían abolido la pena capital por lo que existía un progreso lento hacia la abolición de la pena capital. La categoría de abolición de facto realmente no se tomaba en consideración. Lo que se hacía era analizar la situación de los Estados que no habían utilizado la pena de muerte en los últimos treinta o cuarenta años y este espacio temporal servía para asumir que sí no la habían utilizado en tantos años, de hecho la habían abandonado. Sólo posteriormente, se tomó el plazo de 10 años un plazo adecuado de medida. Además en ese mismo año se prestó especial atención a lo que denominamos Estados abolicionistas para crímenes comunes, y esto en razón del hecho de que algunos Estados abolían la pena de muerte de manera general, pero la conservaban para categorías especiales de delitos como la traición o para crímenes cometidos en tiempos de guerra. La relevancia de esta categoría se explica por el hecho de que cuando el Consejo de Europa adoptó su primer tratado sobre la abolición de la pena de muerte, el Protocolo n. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se refería a la pena de muerte en tiempos de paz, lo cual es un indicio de lo significativo que era reconocer qué Estados que habían abolido la pena de muerte en tiempos de paz, la mantenían para determinados supuestos. Esta categoría de Estados abolicionistas para crímenes ordinarios era bastante representativa en la década de los setenta pero hoy día es insignificante. Resulta excepcional que hoy un Estado llegué a abolir la pena de muerte sólo para tiempos de paz o que conserve esta pena para delitos específicos. De hecho, pienso que como regla general en los últimos 20 años cuando los Estados han abolido la pena capital lo han hecho de forma absoluta.

El Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos fue completado por el Protocolo opcional n. 2 y permite a los que Estados realizar una declaración para permitir la aplicación de la pena de muerte para crímenes cometidos en tiempos de guerra. Pero pocos

países llegaron a realizar esta declaración. España, fue uno de ellos, pero al día de hoy ha rechazado su aplicación. Por tanto, esta categoría de Estados que parcialmente pero no de forma categórica han abolido la pena de muerte ha dejado de ser significativa. En total, hay siete Estados en esta categoría, alguno de ellos permanecen en esta porque no han ido más lejos pero se han convertido en *abolicionistas de facto*. Un buen ejemplo de esto en la región en la que nos encontramos es Israel. Como, con seguridad, muchos de Uds. sólo ha utilizado la pena capital una vez en toda su historia, en el caso de Adolf Eichmann. Israel nunca ha abolido la pena de muerte para crímenes de genocidio y crímenes contra la humanidad. Sus Tribunales la dictaron en una sola ocasión en la década de los ochenta para un criminal de guerra pero nunca la ejecutaron, y de hecho la sentencia fue anulada. No obstante, Israel entra en el reducido grupo de esta categoría. El mayor aumento ha sido, claro esta, en los Estados que han proscrito la pena de muerte de todo su sistema jurídico como Turquía, España, Irlanda, y en los Estados que han abolido la pena de muerte en la práctica, los abolicionistas de facto. Esta categoría ha crecido de forma continua y hoy la componen alrededor de 50 países. Y estimo que seguirá aumentando. El Informe de Naciones Unidas fue presentado en mayo del 2010 pero en realidad describe la situación hasta finales del 2008 para cumplir con el modelo de cinco años que el sistema de Naciones Unidas ha establecido. Creo que tres países desde esta fecha han pasado a engrosar las filas de los abolicionistas de facto.

Uno de los aspectos en los que el Informe se centro fue la relevancia de la categoría de facto por cuanto a lo que supone como cambio permanente en la política de los Estados. De hecho, lo que el estudio viene a hacer es a examinar en espacios de 5 años desde 1975 cuántos Estados se encontraban en la categoría de abolicionistas de facto, cuántos regresaron a la práctica de la pena capital en el período subsiguiente o posteriores, y hasta muy recientemente un pequeño porcentaje de Estados regresaban a la aplicación de esta pena. No requerían de modificaciones legislativas porque ya tenían esta forma de pena en la práctica, existía en su legislación y simplemente regresaban a practicarla. Número reducido de Estados pero no insignificante. Quizás, dos o tres de 15 o 20 cada lustro regresa-

ban a la misma. Si bien, esta situación parece haberse detenido en la actualidad.

En la última década, no hay existe un solo país que haya dado el paso de la abolición de facto, a la aplicación de la pena capital, y esto no solo refuerza el argumento de la relevancia de esta categoría de países como modelo de transformación política de un país, esto es, un firme compromiso de no respaldar la pena capital, sino que además el fenómeno se intensifica por el hecho de que los Estados que han dejado de utilizarla ineludiblemente no vuelven a ella.

Y debo añadir que en los Estados que han abolido la pena capital mediante legislación interna, no hay ejemplo alguno de que un país haya vuelto a reimplantarla. Siempre encuentro un dato muy curioso en las discusiones sobre la pena capital el que la gente piensa que los movimientos hacia la abolición son muy frágiles y esto es incierto. Ocurre con frecuencia que en el país en el que algún político demagogo intenta reabrir el debate sobre la pena capital o un editorial periodístico titula: "quizás, deberíamos pensar otra vez en la pena de muerte" o algún líder religioso clama por la pena de muerte, la población comienza a murmurar que el sistema se vendrá abajo ya que la opinión pública insiste en reinstaurar la pena capital. Mis queridos amigos, dejadme decir que esto nunca ocurre, simple y llanamente; por supuesto, no tengo ningún interés en apostar mis bienes de que este particular no pueda suceder pero si apuesto a cualquiera de los presentes que un Estado que haya abolido la pena de muerte muy improbablemente regresará a ella.

A este refuerzo de la posición que se infiere del hecho de que una vez que el Estado se une a las filas abolicionistas nunca la abandona que se complementa por el hecho de que cada año mas y más Estados se unen a este frente, que aumenta de dos a tres por año, en un patrón consistente desde hace dos décadas. Si sigue esta tendencia, podemos predecir, sin lugar a equívoco que la pena capital será universalmente abolida en 15 o 20 años, y no veo impedimento para que esto sea así, al ser un patrón consistente de los últimos 20 años en términos porcentuales, pero esta progresión viene de antes, en términos de tendencia general.

Otro dato que el informe muestra sobre esta tendencia es que, de hecho, se esta acelerando. El número de Estados que han abolido la

pena de muerte en cualquier período de 5 años, tomando una franja de 15 a 20 años, es de 12 a 15 Estados. Esta cifra es bastante consistente si bien en el último período examinado fue ligeramente menor de lo que había sido anteriormente. Este hecho ha llevado a algunas personas a afirmar que el proceso “esta ralentizándose” pero desde un punto de vista estadístico esto no es acertado ya que el número exacto debe extraerse del porcentaje de Estados que mantienen la pena capital y si se calcula del período de 20 años por tramos de cinco años, el número de Estados que han abolido la pena de muerte como porcentaje del número que la mantienen, el resultado es que existe una aceleración de la abolición de la pena de muerte.

Estos son los datos tras el examen de las estadísticas, pero pasemos ahora a decir algunas palabras sobre las regiones del mundo ya que esto tiene una dimensión regional importante. Se ha dicho con frecuencia en los círculos de los defensores de derechos humanos que este es un fenómeno europeo, que es Europa la que esta a favor de la abolición de la pena capital y que impulsa al resto del mundo. No creo que esto sea en su totalidad cierto, existen al menos dos otras regiones en el mundo que son comparables. Europa, tiene a la fecha, un Estado Bielorusia, que retiene la pena capital y continua aplicándola con una frecuencia de una a dos ejecuciones por año. Esto por cuanto a Europa. Como muchos de Uds. sabrán la abolición de la pena capital es un requisito para la admisión en el Consejo de Europa. Bielorusia es uno de los pocos países europeos que no es miembro, supongo que también deberíamos de incluir a la Santa Sede, el Vaticano, pero obviamente no ha impuesto una pena de muerte desde hace mucho. No recuerdo cuando fue la última ejecución en el Vaticano.

Pero si nos centramos en el hemisferio occidental, destaca un Estado que aplica con bastante profusión la pena capital, no creo que sea necesario mencionar el país, todos lo conocen. Pero en los últimos cinco años que han sido analizados en el Informe de Naciones Unidas, con la excepción de los Estados Unidos, solo se produjo una ejecución, en la isla caribeña de Saint Kitts y Nevis. Por lo tanto, podemos decir sin riesgo a equivocarnos que la pena capital virtualmente ha sido eliminada de esta área geográfica, con la importante excepción de los Estados Unidos. Los países caribeños continúan sentenciando a muerte en sus sentencias, y en ocasiones se llega a

aplicar. He mencionado anteriormente Saint Kittis, pero en la región caribeña no se ha producido ejecución alguna en dos años. De otros Estados, con la excepción de los Estados caribeños de la Comunidad anglofona, que tengan la posibilidad de aplicar la pena capital encontramos a Cuba, su última ejecución fue en 2003, pero a la hora de presentar este informe esperamos que Cuba pase a formar parte de la lista de Estados abolicionistas de facto. Guatemala, es otro ejemplo, pero como digo en la práctica ambos han abandonado la pena capital.

Otro continente que es muy interesante en términos del progreso hacia la abolición de la pena de muerte es África. Y una vez más en África, creo que las personas que no han analizado los números totales de ejecuciones tienen la impresión de la que pena capital sigue estando muy arraigada en este continente, algo que es infundado. Hay 4 países en África que continúan imponiendo la pena capital de forma significativa y todos están situados en el extremo nororiental del continente; Egipto, Libia, Sudan y Somalia. Con la excepción de estos 4 países, en los últimos dos años en el resto de África sólo se ha producido una ejecución, en Botswana. Así, la pena capital ha quedado prácticamente abandonada en el continente, con toda seguridad en la llamada África negra.

Ha desaparecido casi por completo en el Magreb; Marruecos, Argelia y Túnez. Y no veo razón alguna para que esta tendencia y desarrollo tenga variación alguna. Si bien, en algunos casos, nos encontramos ante abolicionistas de facto y se repiten los debates, particularmente, en el mundo anglosajón de las antiguas colonias británicas. Menciono de pasada, que un detalle curioso de la pena de muerte en las antiguas colonias es que los modelos parecen reflejar los vestigios coloniales del país. Así, por ejemplo, las antiguas colonias portuguesas, Portugal fue el primer país en Europa que abolió, de forma definitiva, la pena de muerte en 1867, y si bien no siempre legó reseñables beneficios a sus colonias, sí lograron transmitirles su desdén por el castigo capital. De ahí que, brille por su ausencia en los antiguos territorios portugueses. Tanto los franceses como los belgas utilizaron la pena de muerte pero no dejaron impronta de la misma en sus antiguas colonias. Resulta interesante que fuera Gran Bretaña la potencia colonial que dejó tras sí un mayor entusiasmo por la pena capital. Yo fui al colegio en una antigua

colonia británica, Canadá. En las paredes de las aulas solía colgar un mapa que mostraba todos los rincones del Imperio británico, por aquel entonces denominado la *Commonwealth*, coloreados en tonos rosados, y todos debíamos quedar muy impresionados por el hecho de pertenecer a este club de países en todo el mundo que se indicaba por enormes trazos de color rosa en el mapa. Este mapa, al día de hoy, indica con meridiana claridad donde la pena capital sigue en vigor, ya sea en países como Singapur o Malasia, o Kenia, Uganda, Nigeria, Sierra Leona y el Caribe. Pero como he mencionado, en la mayoría de estos, ciertamente en África y el Caribe, la pena de muerte ha dejado de existir.

Cabe preguntarse dónde se lleva a cabo la pena de muerte al día de hoy. Según el Informe de Naciones Unidas, principalmente en Asia y se concentra en Asia oriental: China, Vietnam, Tailandia, y otros, Indonesia, en Japón muy limitadamente, en Corea, que prácticamente ha dejado de ejecutarla, Taiwán y Oriente medio. Esta zona es muy compleja así tenemos algunos países más cercanos a Turquía, como Líbano y Jordania que han dejado de aplicarla. Y tenemos a otros que son los más entusiastas de esta pena, Irán, Irak, Arabia Saudita. Si examinamos los países individualmente como hace el Informe tomando a los Estados retencionistas para medir el aumento o descenso relativo de la pena capital basada en la práctica de años anteriores, percibimos una disminución en la aplicación de esta pena en la mayoría de países con la significativa excepción de Irán, Irak y Arabia Saudita. Japón tuvo un ligero repunte, ya que dos años atrás este país llevo a cabo varias ejecuciones, alrededor de diez u once, pero fue algo temporal, y Japón no ha ejecutado estas condenas desde hace aproximadamente un año; y puede que vuelva a su patrón habitual, esto es una ejecución anual. No obstante, los países en los que se percibe un mayor entusiasmo e incremento por la pena capital se encuentran agrupados en la región de Oriente medio y son Irán, Irak y Arabia Saudita, y me gustaría saber qué podremos hacer para influir en ellos. Creo que como ha sido el caso en numerosos países, estamos ante una situación en la que sólo mediante una transición política se puede avanzar si queremos ver progresos en este ámbito al igual que en otros muchos.

Paso a citar algunos países que son interesantes, uno de ellos no lejos de Turquía, Egipto, y el otro Singapur, que resultan ilustrati-

vos ya que se posicionan como líderes de los países retencionistas cuando se realizan debates sobre la pena de muerte en las Naciones Unidas. Estos son los más fervientes defensores de mantener la pena capital y votan en contra de las resoluciones. Ellos se arrojan el liderazgo político en la cuestión de la pena capital tanto en Naciones Unidas como en otros debates internacionales, pero también han sufrido un descenso de la práctica en los últimos cinco años. Tanto Egipto como Singapur han visto reducidas el número de ejecuciones durante este plazo de cinco años. Algunos expertos piensan que Singapur se vio avergonzada por los datos que aparecieron en el informe anterior que mostraba que Singapur tenía el índice de ejecuciones más elevado. Es un pequeño país, alrededor de 4 millones de habitantes, y venía realizando del orden de 40 a 50 ejecuciones anuales. De hecho, su índice de ejecuciones era más alto que el de China o Irán y por esta razón se sintieron un poco avergonzados, y desde ese momento se ha reducido su aplicación. Esta es mi opinión y también se infiere del Informe la reducción generalizada entre los países que han abolido, que no la han abolido y que aún la mantienen, que nos encontramos ante una tendencia hacia la moratoria y abolición de la pena capital.

Concluyo con algunos comentarios sobre la situación en Derecho internacional ya que este es un elemento importante en el futuro de la abolición de la pena capital. Esta ha sido mi primera área de interés como académico de los derechos humanos, y además fue el objeto de mi tesis doctoral y me siento muy orgulloso de señalar a la persona que examinase mi tesis y que se encuentra sentado en la primera fila de esta impresionante Aula, el Profesor Roger Clark de la Universidad Rutgers. Fue miembro del tribunal de mi tesis doctoral que defendí hace 17 o 18 años. El tema de la misma fue el de los desarrollos en el Derecho internacional en relación a la pena capital. Pensé en 1992 que con lo escrito se cerraba el tema del derecho internacional y la pena capital pero en realidad, la tesis ha sido reeditada en tres ocasiones y creo que en algún momento habrá que realizar una nueva edición al producirse importantes progresos normativos. En la fecha en la que realice mi trabajo tenía a mi alcance tratados abolicionistas como el Sexto Protocolo al Convenio Europeo, los Protocolos adicionales en el sistema universal de las Naciones Uni-

das y en el sistema regional interamericano, y desde entonces, por supuesto, existe un nuevo Protocolo en el sistema europeo.

Creo que debemos agradecer a Turquía por la existencia del Protocolo n. 13 a raíz de que el caso Ocalan llegará a los Tribunales y algunos Estados europeos se fijaron en Turquía y señalaron que era una práctica atávica y se indignaron por el hecho de que se pudiera seguir utilizando este tipo de castigo que era contrario a los valores fundamentales de la sociedad europea. Turquía respondió planteando la siguiente interrogante, si es una práctica tan primitiva, porque el Protocolo n. 6 sólo la prohíbe en tiempos de paz. Razonamiento muy certero que llevo a Suecia a preparar los trabajos para la adopción de un nuevo Protocolo, esto es, el Protocolo n. 13 al Convenio Europeo.

Uno de los aspectos más importantes en términos de Derecho Internacional ha sido el desarrollo de la jurisprudencia, de la que hemos sido testigo de importantes avances, en todos los campos del Derecho internacional, pero especialmente en el Derecho internacional de los derechos humanos que es el que más directamente se encuentra vinculado con la pena capital.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos humanos al decidir sobre la pena capital para menores de edad falló en contra de sus opiniones anteriores, el Comité de Derechos Humanos hizo lo mismo en términos de la interpretación del artículo 6, y finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su transcurrir jurídico desde la sentencia Soering en 1989 hasta Ocalan que hoy día la dejan muy cerca de afirmar que el propio texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos proscribe la pena capital y que no dudo llegará en su momento. Por ultimo, a principios de este año en el caso Al Sadoon, una Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la pena capital es contraria al artículo 3 del Convenio Europeo. He recibido informes de que el gobierno británico piensa recurrir este fallo ante la Gran Sala por lo que no es improbable que en un corto período de tiempo, de uno a dos años, tengamos una decisión al respecto.

Concluyo apuntando una característica de este progreso en términos de Derecho internacional. Creo que tiene un efecto muy significativo por cuanto a su repercusión en el debate nacional. Me li-

mito, a citar un ejemplo, pero estoy seguro que resulta válido para otros países, por supuesto en el caso de Turquía. El pasado noviembre, en Irlanda un juez jubilado, antiguo Presidente del Tribunal Supremo ofreció una entrevista a un medio de comunicación en la que resumía su vida en el estrado judicial después de muchos años en la Judicatura, y en un momento dado de la entrevista, declaró: “sabe Ud., siempre he resentido haber abandonado la pena capital” añadiendo, “en ocasiones, la pena capital puede ser útil, debería haber un debate sobre la pena capital en Irlanda sobre la reinstauración de la pena capital”. De manera inmediata, comencé a recibir correos electrónicos de amigos, estudiantes y colegas de Irlanda que venían a decir “es algo terrible, vamos a volver a tener un debate sobre la pena capital, la ciudadanía puede querer reinstaurar la pena capital”. Envíe una carta muy breve a la editorial del periódico de mayor tirada de Irlanda, el *Irish Times*, que en resumen, venía a decir “bien, no hay problema en tener un debate sobre la pena capital, pero en caso de que modifiquemos nuestra posición, nos veremos obligados a retirarnos de la Unión Europea”. El periódico la publicó en la primera plana de las cartas al editor al día siguiente, y el debate súbitamente cesó. Y esta es una de las cosas que el progreso de las normas internacionales ha conseguido, de forma convincente y relevante, el hacer que cese de forma instantánea todo intento de reabrir el debate para reinstaurar esta forma de pena por parte de un viejo político cegado de demagogia o por parte de juez jubilado. El argumento principal y contundente es si esto ocurre, nos veremos forzados a abandonar el Consejo de Europa, la Unión Europea, y denunciar los tratados internacionales que se han ratificado, De ahí que el progreso en el Derecho internacional no solo sea simbólico sino que tenga una gran resonancia y un alto impacto en el seno del debate nacional.

La abolición de la pena de muerte y el programa de la Declaración del Milenio

LUIS ARROYO ZAPATERO

*Presidente de la Société Internationale de Defense Sociale
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. Introducción

La pena de muerte acompaña a la humanidad como su lúgubre sombra. Así comenzaba Marino Barbero su libro sobre y contra la pena de muerte que publicó en Buenos Aires en 1985¹, y cuya primera aproximación se pronunció como lección en 1968, en plena Dictadura de Franco, y recién ejecutada la sentencia de muerte de un dirigente comunista con la que el Dictador habría afirmado su autoridad frente al mundo y frente al Papa. El libro habría comenzado con otro espíritu si mi Maestro hubiera conocido la resolución de las Naciones Unidas a favor de la moratoria por vez primera con mayoría suficiente en el año 2007. Seguramente hubiera preferido dar comienzo a su texto con el conocido aserto de que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición².

En verdad, la abolición progresiva de la pena de muerte es un fenómeno que se desarrolla tras la segunda guerra mundial y se ha intensificado en estos primeros años del nuevo milenio.

En lo que sigue, pretendo abordar la cuestión de la reflexión y de la acción contra la pena de muerte en el marco de las grandes ideas de las Naciones Unidas, desde sus orígenes de 1948 pero, sobre to-

¹ Barbero Santos, Marino.: *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1985; También del mismo autor: *La pena de muerte, problema actual*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2. 1963-64. p. 79 y ss.

² Esta cita fue pronunciada por el profesor francés Henry Donnedieu de Vabres y recogida en el libro de Elías Neuman: *La pena de muerte en tiempos del Neoliberalismo*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). México. 2004. p. 89.

do, desde que se adoptó la Declaración del Milenio en el año 2000 y se formularon los objetivos del mismo nombre.

2. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Resolución por la Moratoria de 2007

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada en 1948 por las Naciones Unidas forma parte de la obra de progreso y de la idea de un cierto gobierno del mundo que emana de la Carta de San Francisco. Paz, orden internacional, soberanía de los pueblos y Derechos humanos son valores fundamentales del escenario político internacional que dibujan la gran reacción contra las causas y condiciones de la segunda guerra Mundial. La pretensión de que ese nuevo orden mundial fuera mas duradero que el establecido en Versalles en 1919³ se realizó cumplidamente, pues es bien cierto que Naciones Unidas ha evitado desde entonces más de dos guerras mundiales, aunque no pudiera evitar la llamada “guerra fría”, que comienza apenas aprobada la Declaración Universal de 1948. Precisamente se encuentran en la tensión que genera esa guerra “fría” las limitaciones de la Declaración; tanto en el contenido y en alcance de alguno de los derechos formulados —como las que afectan al Derecho a la vida— y sobretodo, en la no adopción de un mecanismo jurisdiccional de control de la aplicación de los derechos humanos por los países respectivos, al estilo de lo que luego hemos conocido como comisiones y tribunales regionales de derechos humanos. Ni se creó entonces y sólo con numerosas limitaciones, mediante la inclusión de Protocolos anexos, con la aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto sobre los Derechos económicos sociales y culturales⁴.

³ Macmillan, Margaret, París 1919. Seis meses que cambiaron el mundo. Ed. Tusquets. Barcelona 2005. El título original es “Peacemakers. The Paris Conference of 1919 and its Attempt to End War”.

⁴ Todo puede verse en el ameno y documentado estudio de Roger Norman y Sara Zaidi: *Human Rights at the UN. The political history of universal justice*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2008. En lengua española, véase, Carrillo Salcedo. J.A.; *Dignidad frente a barbarie: la De-*

Es de sobra conocido que la cuestión de la abolición de la pena de muerte quedó fuera de la agenda de las Naciones Unidas en sus primeras décadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó el Derecho a la Vida en su artículo 3 y, por no entorpecer el camino de los países dispuestos a la abolición se omitió toda referencia a la excepción de la pena de muerte. La propuesta de la Unión Soviética de incorporar al texto la plena abolición de la pena capital en tiempos de paz que no prosperó⁵.

El Pacto de Derechos civiles y políticos⁶ que pretendía servir de mecanismo para el cumplimiento de los Derechos humanos en los países firmantes retomó el asunto, y proclama: “nadie podría ser privado arbitrariamente del derecho a la vida, pero reconoce a la pena de muerte como una excepción al mismo”. A pesar de esto, enuncia alguna limitación a la pena capital, que da lugar a un productivo debate posterior.

Incluso con anterioridad a la adopción del Pacto, en el año 1957, se acordó por la tercera comisión realizar un estudio sobre todos los aspectos relativos a la penal capital en el mundo, que se encomendó a Marc Ancel, Presidente de la *Societe Internationale de Défense Sociale* y de la sección penal del Instituto francés de Derecho comparado⁷,

claración Universal de los Derechos Humanos. Cincuenta Años después. Ed. Trotta 1999

⁵ En mayor detalle véanse los estudios de Schabas, W.: *Las Naciones Unidas y la abolición de la pena de muerte*, Yorke, J.: *La evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa: la renuncia al derecho del soberano a imponer la pena de muerte* y Manacorda, S.: *La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura*. En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant Lo Blanch. 2010. También se pueden encontrar referencias en las obras del profesor Hood, R.: *The Death Penalty. A World-wide perspective*. 4th Edition. Oxford. 2008 y en Lerch, M.: *Menschenrechte und europäische Außenpolitik, Eine konstruktivistische Analyse*. Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften. 2004.

⁶ Véase, Nowak, N.; “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, y Ruiloba Alvariño, J.; “Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966” en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (coord.) Fernández de Casadevante, Ed. Dilex 2003.

⁷ Véanse los informes de Marc Ancel: *La pena capital*. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York. Naciones Unidas. 1968. Y en el contexto

al que acompañó años más tarde otro estudio encomendado a Norval Morris, en 1967, a los que siguieron los grandes de Roger Hood y William Schabas que acaba de presentar el suyo y último este mismo año. Así en 1971 el Secretario General presentó un informe global al que siguió una resolución que aludía al proceso continuo de reducción de delitos por los que se imponía la pena capital y la conveniencia de su abolición. Esta resolución abrió el paso a una cadena de encomiendas de informes por parte del Secretario General y a las pertinentes resoluciones que continúan hasta la actualidad y que ya en 1973 permitieron incluir en el informe del Secretario General una toma de posición tan firme como la siguiente: “ Las Naciones Unidas se han desplazado gradualmente desde la posición de un observador neutral, preocupado, pero no comprometido en la cuestión de la penal capital, a una posición favorable respecto de la abolición de la pena de muerte”⁸.

Desde entonces la cuestión de la pena de muerte y su abolición se ha estudiado y debatido tanto desde la perspectiva de los estándares de Derecho penal que eran propias de la “*Branch*” de Defensa Social, hoy *Comisión sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal*, como de los estándares de los Derechos humanos, propios de la Comisión Derechos humanos, hoy Consejo. Los momentos relevantes para ese debate fueron los de 1975, (en el seno del Consejo Económico y Social), 1977 (en el foro de la Asamblea General), 1980 (en el *Crime Prevention Congress* y Asamblea General). Merece destacarse que el Congreso sobre Prevención del Crimen que se celebró en Caracas, no sólo se ocupó de la pena de muerte de modo más intenso que de cualquier otro tema, sino que dio lugar a la aparición en la escena de los más fervientes partidarios del mantenimiento de la pena capital.

Con todo, el debate en el Congreso de Caracas de 1980 dio lugar a que la subsiguiente reunión de la Asamblea General de Naciones Unidas procediera a elaborar las normas de las “salvaguardias en

européo, también obra de Marc Ancel,;: *La peine de mort dans les pays européens*. Rapport. Conseil de l'Europe. 1962.

⁸ En Schabas, W.: *The abolition of the death penalty in International Law*. 3rd Ed. Cambridge. 2002. El informe al cual se hace referencia en el texto es: UN Doc. E/5242 par. 16 February 1973.

el uso de la pena capital”, dirigidas a los países que aún mantenían esta forma de pena. Como es bien sabido las “salvaguardias” de Naciones Unidas vienen a excluir toda legitimidad de la pena de muerte para delitos que no sean de “los más graves”, para los cometidos por menores de 18 años o mujeres embarazadas, y reclama siempre la no retroactividad, un proceso justo, el derecho a la apelación, así como la no ejecutabilidad sin el previo agotamiento de los recursos internos, de la posibilidad de indulto y, por último, el llamamiento a que, llegado el caso, la pena se ejecute de modo que cause el menor sufrimiento posible. El texto definitivo fue fijado en 1989 (ESC. Res. 1989/64)⁹.

A la vez que se produce lo descrito y en íntima relación con ello se llevó a cabo el debate y elaboración de lo que terminó por ser en 1989 el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte. Como ha señalado William Schabas¹⁰, la votación reflejó el optimismo producido al tiempo de la disolución de los bloques militares, que llevó también en el mismo año a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Menor que por su masiva ratificación, con la notable excepción de USA y Somalia, ha universalizado la prohibición de aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años¹¹.

En este mismo año se produce la primera intervención a gran escala de una ONG de derechos humanos como es Amnistía Internacional con la publicación de su exitoso estudio que titula “*Cuando es el Estado el que mata*”¹². En el teatro de la política internacional de los Derechos humanos, en el que los protagonistas habían sido los

⁹ Sobre las “salvaguardias” véase especialmente a Bernaz, Nadia.: *Le droit international et la peine de mort*. La documentation Française. Paris, 2008.

También el estudio realizado por Amnistía Internacional: *Error Capital: la pena de muerte frente a los derechos humanos*. Editorial de Amnistía Internacional. EDAI. 1999.

¹⁰ Op. Cit. p. 187-192.

¹¹ Sobre esta, véase, Díaz Barrado, C.M.; “La Convención sobre los Derechos del Niño” *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*. Vol. 2 vol. 1 1991 pp.181-221

¹² Amnistía Internacional: *Cuando es el Estado el que mata...Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. Editorial Amnistía Internacional. EDAI. Madrid. 1989.

Gobiernos y las ONGs fundamentalmente académicas vinculadas a la *Crime Commission* de las Naciones Unidas hacen su aparición, organizaciones solidarias y de Derechos humanos, movimientos cuya fuerza e influencia no dejará de crecer.

La agenda abolicionista siguió avanzando, pero también avanzó la autoorganización de los países retencionistas. Así, a la sólida presencia antiabolicionista de Estados Unidos y China se sumo un grupo formado por algunos países islámicos que reclamaban el mantenimiento de la pena capital como una exigencia directa de leyes y principios religiosos.

En 1994 el Gobierno italiano puso en marcha una iniciativa ante la Asamblea General en pro de una moratoria universal y pronto se hizo acompañar de una organización no gubernamental con carácter transnacional: *Hands off cain*. En los debates se pueden destacar tres representantes del retencionismo: Pakistán, que encabezó la negativa a tratar el asunto; Sudán, que describió la pena de muerte como “contenido del derecho divino de acuerdo con algunas religiones, en particular el Islam y Singapur que lidero el debate y merece la pena una reproducción de sus argumentos, al defender la soberanía de los Estados al determinar las penas apropiadas en sus respectivas sociedades para la lucha contra los delitos graves” y afirmar que era evidente que no habría nunca un consenso universal que considerara la pena capital contraria al Derecho internacional¹³.

A la vez que se discutía el asunto en la Asamblea General se produjo un gran debate en el Consejo de seguridad a la hora de excluir la pena capital del catálogo de penas del Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda, debate que no había llegado a producirse en la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia en el anterior año 1993. Al final, todos los estatutos de los Tribunales *ad hoc*, así como el de la Corte Penal Internacional se han adoptado con exclusión de la pena capital a pesar

¹³ En referencia a la Sharia puede consultarse: Bassiouni, CH.: *La muerte como castigo en la Shari'a*, En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant Lo Blanch. 2010. p. 315-317. Véase igualmente a Schabas, W.: *Islam and the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal. N° 9. 2000. p. 223-236.

de que estas Jurisdicciones están pensadas precisamente para los delitos más graves¹⁴.

En 1996 se renovaron los esfuerzos abolicionistas, adoptándose resoluciones favorables en la Comisión de prevención del delito y la justicia penal y al año siguiente en la Comisión de Derechos humanos, la cual afirmó que “estaba convencida de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realizar la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos”, lo que llevó a la propia Comisión a instar a una moratoria general en la resolución del año siguiente, en 1998. Como respuesta, se constituyó un “frente de rechazo” de 51 países, que expresaba el sentido de la anterior posición representada por Singapur sobre la ausencia de consenso internacional sobre la abolición por razones de las diferencias entre religiones y entre los sistemas judiciales. El enfrentamiento tuvo lugar en la Asamblea General de 1999, al presentar la Unión Europea una propuesta de resolución de aplicación de las salvaguardias y desde la que se instaba a la ratificación del Segundo Protocolo facultativo de abolición de la pena de muerte, a la restricción progresiva de la pena de muerte y al establecimiento de una moratoria con vistas a una completa abolición. Pero la propuesta de la Unión Europea fue derrotada por el “frente de rechazo” encabezado en esta ocasión por Egipto y Singapur que reiteraron la falta de consenso universal así como su apreciación de que el asunto de la pena capital es una tarea de la justicia penal y no del ámbito de los Derechos humanos.

Pero tras la derrota todo se trastoca. En primer lugar las nuevas ONGs especializadas aglutinan a viejos y nuevos actores en la *World Coalition* y en el *Ensemble* que organizan desde 2001 un Congreso mundial cada cuatro años como un movimiento verdaderamente internacional de actores sociales, cuya última manifestación ha tenido lugar en Ginebra en abril de este 2010 y que fue inaugurado por el Presidente semestral de la Unión Europea José Luis Rodríguez Zapatero. En el intervalo entre los Congresos de 2001 en Estrasburgo, 2004 Montreal, 2007 Paris y Ginebra se desarrollará una muy in-

¹⁴ Véase, Yañez Barnuevo, J.A.; “Hacia un Tribunal de la Humanidad. La Corte Penal Internacional” en *Cursos Euromediterráneos Bancaja* (Coord) Jorge Cardona Llorens 2002

tensa actividad de ONGs regionales y locales que cuentan con apoyos numerosos pero, fundamentalmente, el de la Unión Europea, que desde 1994 dedica una sección de su programa de patrocinio de los Derechos Humanos a la lucha por la abolición¹⁵.

De hecho, en el plano europeo es de destacar la denominada "Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos", instrumento pluridisciplinar¹⁶ que es un buen ejemplo de actividad intensa con reuniones y declaraciones relacionadas con el amplio diálogo China-Unión Europea; con la situación de la Región de los Grandes Lagos de África o con países árabes como son las reuniones que dan lugar a las Declaraciones de Alejandría (2008) y Argel (2009) y Madrid (2009) en las que desde la sociedad civil de estos países se insta a los Gobiernos al cumplimiento de la Resolución 62/149 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

En la esfera institucional internacional también han aparecido con fuerza nuevos actores. Especialmente se deben resaltar las figuras y acciones del *Relator especial para las ejecuciones extrajudiciales*¹⁷, que ha abordado también en parte las cuestiones de la pena de muerte desde su creación en 1982 y la del *Alto Comisionado para los Derechos Humanos* quien desde el tiempo en que ocupara el puesto Mary Robinson se opone a la pena capital, censura las ejecuciones y reclama la moratoria y la abolición¹⁸.

El nuevo clima dio lugar a la iniciativa de 85 países que promueven en Naciones Unidas en diciembre de 2006 una declaración que proclama la "creencia de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y el desarrollo de los derechos humanos." El fin último es la abolición y la restricción en aquellos

¹⁵ Sculier, C.: *Towards a universal moratorium on the use of death penalty. Strategies, arguments and perspectives*. Ed. World Coalition against the Death Penalty. 2010.

¹⁶ Véase, <http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/eidhr.eu.html>.

¹⁷ Consulta en <http://www.2.ohchr.org/spanish/issues/executions/index.html>.

¹⁸ Sobre sus funciones, en una visión poco convencional, véase, Carrillo Salcedo, J.A.; "El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Una visión crítica" en Pérez Luño, A.; *Derechos Humanos y Constitucionalismo en el Tercer Milenio*. Ed. Marcial Pons Madrid 1996 pp.113-122.

países que la mantengan, con el objetivo intermedio de una moratoria universal.

Esta proposición alcanza éxito por vez primera en la Asamblea General que aprueba la Resolución por la moratoria el 18 de diciembre de 2007 por 104 votos, 54 en contra y 29 abstenciones. El 20 de noviembre de 2008 fue de nuevo ratificada por 105 votos favorables, 48 contrarios y 31 abstenciones. El último informe del Secretario General se presentó en Viena el pasado mes de mayo y del que es responsable el académico William Schabas¹⁹.

Llegados a este punto, resulta evidente que la Resolución sobre la Moratoria no representa, utilizando la célebre cita de Fuyukama, *el fin de la historia* de la abolición, y no sólo porque 48 países están en contra y 31 abstenciones y la mayoría de ellos ejecutan penas de muerte. Para quienes estiman que la abolición es una cuestión de dignidad humana y de derechos humanos el camino recto seguirá siendo la continuación del debate año tras año con el fin de reducir el grupo de países que se abstienen y, sobre todo, el de aquellos que con mayor resistencia mantienen el pleno rigor en aplicación de la pena capital. Pero también resultará necesario abordar el problema de la pena capital desde otros planos de argumentación, y esto es precisamente lo que el Presidente Español Rodríguez Zapatero nos propuso el pasado mes de diciembre en Madrid en la inauguración del Congreso que dio lugar a la creación de la Red Académica contra la pena capital²⁰.

3. El poder de las ideas en Naciones Unidas y la Declaración del Milenio

En lo que sigue se pretende desarrollar el argumento que trata de atender a la evolución de lo que ha dado en llamarse el *poder*

¹⁹ UN Doc.: E/2010/10. La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte. Informe del Secretario General. Consejo Económico y Social. 18 de diciembre de 2009.

²⁰ Puede encontrarse en el portal de la Red Académica Internacional contra la Pena Capital (REPECAP): www.academicsforabolition.net.

de las ideas en la historia intelectual de las Naciones Unidas²¹. No hace falta recurrir a Winston Churchill para hacer frente a quienes valoran poco o nada a las Naciones Unidas y la descalifican como *Talking Shop*, aludiendo a que sus trabajos se agotan en discusiones infructuosas. Ya Churchill dijo que hablar por hablar es mejor que matar por matar. Mucho más que eso, les invito a reparar en el papel fundamental que la ONU ha desempeñado en el desarrollo de ideas y conceptos que en sus comienzos fueron considerados parciales o propios de regímenes económicos o políticos determinados pero hoy de la mano precisamente de las Naciones Unidas se han convertido en parte de nuestra definición moderna del ser humano de la Comunidad Universal. Entre ellas destacan la idea de la autodeterminación de los pueblos, que aunque se impulsó por las Sociedad de Naciones desde el propio tratado de Versalles²² no se impuso más allá de lo que se llamará mundo civilizado hasta que Naciones Unidas promovió el gran proceso de descolonización en la segunda mitad del siglo XX.

Hasta hace pocos años los Derechos Humanos aparecían o se hacían aparecer como un patrimonio intelectual y político privilegiado de países avanzados y del espacio capitalista, una creación en definitiva del imperialismo cultural. Hoy sin embargo, aún cuando los derechos humanos sean conculcados en muchos rincones del mundo, hay que destacar que gracias a las ideas y a los procedimientos de control de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, ésta se ha convertido en la más eficaz defensa de millones de seres humanos ante los abusos de poder.

La misma idea de la paz y de la exclusión de las guerras por vía de la negociación y de las misiones de paz y de intervención legi-

²¹ Jolly, J., Emmerij, L. and Thomas Weiss, G.: *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years*. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project New York, May 2005. Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>. Versión española: *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*. Introducción por Mancisidor, M. Madrid. Ed. Catarata. 2007.

²² Véase, Cassese, A.; *Self Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*. Cambridge University Press 1995, y Musgrave, Thomas- D.; *Self – Determination and National minorities*. Somerset Oxford University Press

timada por Naciones Unidas no han evitado muchos conflictos en multitud de lugares, pero han impedido las guerras generales y permanentes, como fueron las dos Guerras Mundiales en los cincuenta años anteriores a la creación de las Naciones Unidas.

La idea del fin de la impunidad²³ y el castigo de los mayores abusos de poder consistentes en crímenes masivos se ha visto consagrada por la creación de los Tribunales internacionales *ad hoc* y por el Tribunal Penal Internacional y por la fuerza del principio de la Justicia Universal que tras su congelación post Nuremberg por efecto de la guerra fría ha entrado en vigor, de forma efectiva, especialmente con la Convención Internacional contra la tortura de las Naciones Unidas, y otras. Naciones Unidas han sido también los autores de ideas novedosas sobre economía y desarrollo, hasta convertir esta dualidad en el programa del *Desarrollo Humano*; que hoy se proyecta especialmente en el Objetivo de la reducción de la pobreza. Esta misma idea de desarrollo humano abarca hoy también los Derechos humanos y la resolución de conflictos. En el fondo esta hoy sopeándose por otras vías la escisión de los Derechos fundamentales en los dos Pactos, el de Derechos políticos, por una parte y de Derechos Sociales, por otra, hacia un concepto amplio de *seguridad humana*²⁴.

Merece llamarse la atención sobre el bloque de ideas pragmáticas que conocemos como objetivos del Milenio que puso en marcha la Asamblea General y el Secretario General Kofi Annan en el año 2000 con la llamada Declaración del Milenio. Bien lejos de ser un documento retórico o meramente programático y, más allá también del retraso en su implementación, en buena parte achacable a la crisis de seguridad producida por el 11 de septiembre y por la debacle económica de 2007, creo que este bloque de ideas de la Declaración

²³ Sobre la idea de impunidad sírvase como referencia el estudio de Roth-Arriaza, N.: *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*. Collection: Pennsylvania studies in human Rights. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2005. También la obra de Bassiouni, CH.: *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Brussels. Ed. Intersentia, 2010.

²⁴ McFarlane, S. Neil and Foon Khong, Yuen.: *Human security and the UN, a critical history*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2006.

del Milenio se convertirá en la agenda cotidiana de la vida Internacional de las organizaciones internacionales y regionales y bilaterales, y el poder de las ideas transformará el mundo en el entorno del 2015 y en todo caso transformará la conciencia de los habitantes de este mundo sobre lo que podremos reclamar a nuestros gobiernos y de nosotros mismos. Además, la sociedad civil de nuestros países dispone en la era de la globalización del transporte, de la información y de las capacidades de organización de más oportunidades que nunca para imponerse a las “fuerzas del mal” que todos, en todos nuestros países y regímenes, tenemos que enfrentar.

La Declaración del Milenio se estructura en ocho grandes apartados: de valores y principios, la paz; la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; la protección del medio ambiente; Derechos humanos, democracia y buen gobierno; Protección de las personas vulnerables; Atención a las necesidades especiales de África y Fortalecimiento de las Naciones Unidas.

Tras su lectura atenta y seguimiento de lo acontecido en el decenio transcurrido, me sumo a quienes entienden que la Declaración del Milenio y los objetivos que de ella derivan pueden constituir el tercer gran documento de las Naciones Unidas tras la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los objetivos del Milenio se establecen de manera sintética y apta para la medición cuantitativa del punto de partida y el programa de cumplimiento. Se formulan así: erradicar la pobreza extrema y el hambre; establecer la enseñanza primaria universal; promoción de la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una movilización mundial para el desarrollo.

El acierto de la formulación de estos objetivos es manifiesto. El espíritu humano se rebela ante una realidad con tanta violencia económica sobre los seres humanos a los que las estructuras políticas y económicas tienen sometidos por millones al hambre que la riqueza que se produce en el mundo actual no puede justificar; en la mortalidad por enfermedades que el desarrollo humano y de los

sistemas de salud han resuelto plenamente en buena parte del globo, y que debe tener un carácter universal.

Se revela también el espíritu humano contra la brutal, o en otros casos, refinada discriminación de seres humanos por el color de la piel o, lo que es más sorprendente sobre las mujeres de cualquier color. La discriminación masculina de las mujeres es junto al hambre y la enfermedad, gratuita y evitable, y son las plagas más relevantes de la humanidad en este principio de milenio. No se trata, como bien explica la Declaración²⁵, de que sea el tiempo de los derechos sociales frente a un tiempo pasado de los derechos políticos. Se trata más bien de la superación de esa escisión que no se pudo resolver al tiempo de los pactos de 1966, y que tardaron tres décadas en entrar en vigor.

4. La Declaración del Milenio y los fundamentos de la abolición

Lo que el Presidente Rodríguez Zapatero vino a explicarnos y proponernos a los Académicos reunidos el pasado mes de diciembre en Madrid, es que los que nos ocupamos y preocupamos por la abolición de la pena de muerte por razones tradicionales debemos hacer el esfuerzo de situar nuestro objetivo en el marco de nuevo discurso y de la discusión de los Objetivos del Milenio. La lucha contra el hambre no es alternativa a la lucha por el derecho a la vida o por la dignidad de la persona humana, más bien al contrario, la lucha contra el hambre es la ambición por garantizar la base material, el presupuesto, de los derechos y de la dignidad de los seres humanos. Y es desde este punto de vista como hay que reconstruir el contenido de los derechos humanos en el mundo contemporáneo,

²⁵ Como expone Mireille Delmas Marty en su reciente y muy valiosa trilogía: I, *Les forces imaginantes du Droit* (2003), II, *Le Relatif et l'Universel*, (2004), y III, *Le pluralismo ordonné*, Seuil, Paris 2005.

y también el del Derecho a la vida y su fundamento de la renuncia a la pena capital²⁶.

Para reconstruir y complementar el fundamento abolicionista no necesitamos encontrar en la Declaración del Milenio una concreta manifestación contra la pena capital ya que toda ella es una declaración contra la violencia, la violencia intrínseca de toda muerte por hambre por acción u omisión, la violencia de la discriminación de la mujer, que como bien sabemos termina demasiado fácilmente en violencia criminal “tout court” sobre la mujer en la relación de pareja. La violencia de dejar morir de enfermedades curables a millones de personas, por la inacción de las empresas farmacéuticas y de los países que las pueden controlar.

Además, se encuentran especialmente en el apartado II de la Declaración dos grandes reclamos contra la violencia. Por una parte la exigencia de velar por la paz, de prevenir los conflictos y de intervenir en defensa legítima, evitando el “dejar morir” por “permitir matar” ambos conceptos que en el plano moral no nos pueden dejar indiferentes, y, por otro el reclamo de la acción contra la violencia criminal, identificada sobre todo con el terrorismo internacional, la delincuencia transnacional, las armas de destrucción masiva, las minas antipersonas, bombas de racimo, y el tráfico ilegal de armas pequeñas y ligeras, etc.²⁷.

En ese contexto antiviolencia no cabe duda que cabe integrar buena parte del argumento de los partidarios de abolir la pena de muerte pues para la mayoría de nosotros constituye la emoción del rechazo de la pena de muerte tanto si esta significa *matar a sangre fría* o *matar en frío*. Sólo el corazón del verdugo no sufre de empatía al contemplar la ejecución capital. Es esta sensación de rechazo a la violencia de la pena de muerte, aunque sea legal en el país de que se trate, o puede considerarse legítima desde alguna religión, lo que debe proponerse como objetivo de consenso de los países del

²⁶ Sobre el asunto y con referencias véase: PNUD. Manual: *Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Establecimiento de una relación. 2006.

²⁷ Véase el panorama general de la acción de Naciones Unidas contra la violencia criminal en White, Nigel D.: *The United Nations System. Toward International Justice*. Lynne Rienner Publishers. London. 2002.

mundo en la construcción de los valores y principios del renovado orden mundial. La Red contra la pena capital tiene por vocación reconstruir el orden de los derechos humanos y su fundamento respecto del derecho a la vida y la abolición de la pena capital desde este nuevo paradigma recogido en los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Para ese nuevo orden de valores la mejor lección que el Estado puede dar a los violentos es la renuncia a la pena de muerte, la renuncia de matar a sangre fría.

BIBLIOGRAFÍA:

- Amnistía Internacional: *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. Editorial Amnistía Internacional. EDAI. Madrid. 1989.
- Error Capital: la pena de muerte frente a los derechos humanos*. Editorial Amnistía Internacional. EDAI. 1999.
- Ancel, M.: *La pena capital*. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York. Naciones Unidas. Y en el contexto europeo: *La peine de mort dans les pays européens*. Rapport. Conseil de l'Europe. 1962.
- Arroyo Zapatero, L.; Biglino, P. y Schabas, W. (Edit.): *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010.
- Towards universal abolition of the death penalty*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2010.
- Barbero Santos, Marino. *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*. Criminología contemporánea, Buenos Aires, 4. Ed. Depalma. 1985.
- La pena de muerte, problema actual*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2. 1963-64. p. 79 y ss.
- Bassiouni, CH.: *La muerte como castigo en la Shari'a* En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant Lo Blanch. 2010.
- The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Brussels. Ed. Intersentia, 2010.
- Bernaz, Nadia.: *Le droit international et la peine de mort*. La documentation Française. Paris, 2008.
- Hood, R.: *The Death Penalty. A World-wide perspective*. 4th Edition. Oxford. 2008.
- International Academics Network for the Abolition of Capital Punishment (REPECAP): www.academicsforabolition.net.
- Jolly, J., Emmerij, L. and Thomas Weiss, G.: *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years*. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project New York May 2005.

- Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>.
Versión española: *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*. Introducción por Mancisidor, M. Madrid. Ed. Catarata. 2007.
- Lerch, M.: *Menschenrechte und europaische Aubenpolitik, Eine konstruktivistische Analyse*. Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften. 2004.
- McFarlane, S. Neil and Foon Khong, Yuen.: *Human security and the UN, a critical history*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2006.
- Macmillan, Margaret.: *París 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*. Ed. Tusquets. Barcelona 2005.
- Neuman, E.: *La pena de muerte en tiempos del Neoliberalismo*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). México. 2004.
- PNUD. Manual: *Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Establecimiento de una relación. 2006.
- Roth-Arriaza, N.: *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*. Collection: Pennsylvania studies in human Rights. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2005.
- Schabas, W.: *The abolition of the death penalty in International Law*. 3rd Ed. Cambridge. 2002.
- Islam and the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal. N° 9. 2000.
- Sculier, C.: *Towards a universal moratorium on the use of death penalty*. Strategies, arguments and perspectives. Ed. World Coalition Against the Death Penalty. 2010.
- UN Doc. E/2010/10. Informe del Secretario General. *La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*. Consejo Económico y Social. Nueva York. 18 de diciembre de 2009.
- White, Nigel D.: *The United Nations System. Toward International Justice*. Lynne Rienner Publishers. London. 2002.

II

Pena de muerte y valores humanos

La pena de muerte: argumentos

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Universidad Nacional Autónoma de México

La pena de muerte aún tiene defensores. Y no pocos. La votación relativamente alta obtenida en México por el Partido Verde Ecológico en las elecciones de 2009 se debe básicamente a su campaña a favor de esa pena.

Durante la campaña no hicieron falta argumentos. Un actor apuesto o una actriz guapa anunciaban sonrientes en pantalla que los verdes estaban a favor de la pena capital... y eso bastó para atraer numerosos sufragios al partido.

La gran mayoría de quienes simpatizan con la pena capital quizá no se hayan puesto jamás a reflexionar sobre las razones de esa simpatía porque les parecen obvias: los culpables de los crímenes más atroces merecen morir. Las grandes religiones parecen darles la razón. En el Antiguo Testamento, por ejemplo, el propio Yahvé castiga con destrucción y muerte a los réprobos antes de que sufran el suplicio eterno de las llamas del infierno.

Aquí mismo, en este Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, me tocó escuchar a un profesor de la Facultad de Derecho predicar con vehemencia en el mismo sentido sin molestarse en argumentar más allá del tópico de que los criminales la tienen merecida: ¿por qué tener piedad de ellos si ellos no la tuvieron con sus víctimas?

En el plano emocional la pena última resulta muy atractiva. Un afán justiciero y vindicativo es el resorte emotivo de sus adeptos. *Chivo que rompe tambor / con su pellejo lo paga*, dicen unos versos de Nicolás Guillén que resumen rítmicamente esa adherencia. La batalla contra ella debe darse en otro campo: el campo de las razones, el campo de la verdad. Escribió Beccaria hace ya dos siglos y medio: "... si demostrase que la pena de muerte no es útil ni necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad"¹.

¹ De los delitos y las penas, Alianza Editorial. Madrid, 1968. Capítulo 28.

A fin de entrar en ese campo de batalla, examinemos los argumentos de los partidarios que en los círculos académicos y políticos defienden esa sanción. La pena de muerte pretende justificarse en tres razones: se dice que es disuasiva, se afirma que es justa aplicada a delitos gravísimos y se sostiene que inhabilita a los delincuentes.

1. La disuasión

Para que la pena de muerte fuera disuasiva se requeriría que un individuo tentado a cometer uno de los delitos que se sancionan con esa pena, esto es, un delito terrible, desistiera de su propósito al pensar en ese castigo. No es obvio que así ocurra. Como advirtió Albert Camus: “Si el miedo a la muerte es, en efecto, una evidencia, también es evidente que ese miedo, por grande que sea, jamás ha podido abatir las pasiones humanas”.

Isaac Ehrlich utilizó sofisticados métodos económicos de análisis estadístico al examinar la relación entre homicidios y pena de muerte, y llegó a la conclusión de que entre 1933 y 1965 “una ejecución adicional anual podría haber resultado como media en siete u ocho homicidios menos”.

Sin embargo, trabajos más recientes demuestran que lo que reduce el índice de homicidios es el incremento de detenciones y sentencias condenatorias. Sorenson y su equipo de investigadores examinaron el patrón de ejecuciones en Texas, que aplica la pena de muerte en elevada cantidad, y no encontraron evidencia de un efecto disuasivo. El estudio concluyó que el número de ejecuciones no tenía relación con la tasa de homicidios ni con la progresión de otros delitos².

La experiencia de diversos países pone de manifiesto que la pena de muerte no tiene un efecto inhibitorio. En Europa se ha venido aboliendo desde la segunda mitad del siglo XIX sin que la abolición haya traído como consecuencia un aumento de los homicidios u otros

² Jon Sorenson/Rochy Le Ann Pilgrim, *Lethal Injection: Capital Punishment in Texas during the modern era*. University of Texas Press, 2006, p. 222.

crímenes graves. Por el contrario, la tendencia de ese continente es al abatimiento de la criminalidad, incluidos los asesinatos, a partir de la tercera década del siglo XX y hasta nuestros días. Algo similar ha ocurrido en Australia, Canadá y otras naciones que han suprimido la pena letal. En los Estados Unidos no se observa una mayor delincuencia en la minoría de estados que la han abolido que en la mayoría en la que aún se aplica.

Escribió Beccaria que no es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre que, privado de su libertad, recompensa con sus fatigas a aquella sociedad a la que ha ofendido. “Es eficaz porque con la vista continua de este ejemplo resuena incesantemente alrededor de nosotros mismos el eco de esta sentencia: *yo también seré reducido a tan dilatada y miserable condición si cometiere semejantes delitos*. Es mucho más poderosa que la idea de la muerte, a quien los hombres miran siempre en una distancia muy confusa”.

Es que la muerte termina con todo, es decir con lo único que tiene el ser humano, que es su vida. Después de la ceremonia en que un hombre es ejecutado, queda el silencio, el vacío, la nada. Acaso también las celebraciones de los partidarios de la pena extrema. Pero los deudos de la víctima se sentirán insatisfechos. Segada la existencia de quien les causó un dolor terrible, una terrible frustración los invadirá. Ya no estará vivo el criminal, pero la supresión física de éste no les proporcionará alivio. Distinta será la situación si el delincuente purga una pena exenta de la brutalidad de una ejecución pero que se prolongue en el tiempo, que muestre a los ojos de todos que se está haciendo justicia durante un período considerable. La pena extensa será más ejemplar que la pena espectacular. Recordemos que el famoso *Mochaorejas* Daniel Arizmendi, culpable de secuestros, mutilaciones y homicidios, al ser detenido declaró que prefería que lo ejecutaran antes que ir a prisión.

Escuchemos nuevamente a Beccaria: “La pena de muerte es un espectáculo para la mayor parte y un objeto de compasión mezclado con desagrado para algunos; las resultas de estos diferentes sentimientos ocupan más el ánimo de los concurrentes que el terror saludable que

la ley pretende inspirar. Pero en las penas moderadas y continuas el sentimiento dominante es el último, porque es él solo”.

Una estadística de principios del siglo XX reveló que en Inglaterra 170 de 250 ahorcados habían asistido a una o dos ejecuciones capitales.

2. La justa retribución

Camus hizo un planteamiento sugestivo: “Admitamos que sea justo y necesario compensar el asesinato de la víctima con la muerte del asesino. Pero la ejecución capital no es simplemente la muerte. Es tan diferente, en su esencia, de la privación de vida, como el campo de concentración lo es de la prisión. Es un asesinato, sin duda, y que paga matemáticamente el asesinato cometido. Pero agrega a la muerte un reglamento, una premeditación pública y conocida por la futura víctima, una organización, en fin, que es por sí sola una fuente de sufrimientos morales más terribles que la muerte. No hay, por consiguiente, equivalencia”.

Aun cuando tiene razón el admirable filósofo, es insoslayable que hay actos más atroces que un asesinato aislado. No podemos negar que algunos criminales merecerían sobradamente la pena de muerte, y que ésta sería insuficiente para retribuir sus crímenes. No me refiero tan sólo a aquellos hombres que, colocados en una posición de poder sin límites, destruyeron las vidas de millones de hombres. No pienso sólo en Hitler, Stalin o Mao. El asesino serial o el que actúa con saña y brutalidad inauditas; el secuestrador que mutila, atormenta o asesina a sus plagiados; el violador que, aun sin matar, arruina la vida del agraviado; el terrorista que, en aras de un mundo inexistente que le parece ideal, destruye los mundos reales de inocentes, y otros delincuentes desalmados sin duda ameritan la más radical de las penas.

¿Esta consideración justifica la pena de muerte? No. Y no porque algunos delincuentes no la merezcan, sino porque nosotros, las mujeres y los hombres que nos tenemos por civilizados, no podemos ponernos al nivel de los delincuentes. La objeción a la pena de muerte no se basa, no se puede basar, en la decencia de los crimina-

les, que no son decentes, pues si lo fueran no serían criminales, sino en la decencia de quienes no lo somos. El Estado, que representa a los ciudadanos, no puede echar mano de un castigo bárbaro que resulta inaceptable para nuestro nunca agotado proceso civilizatorio.

A diferencia de la actual jerarquía católica, la primitiva Iglesia cristiana era firmemente contraria a la pena de muerte. San Agustín escribió: “No queremos que los sufrimientos de los servidores de Dios sean vengados infligiendo, por vía de represalias, las mismas injusticias a aquellos que los han causado. No se trata, evidentemente, de que hagamos una objeción al hecho de que esos hombres perversos se vean privados de la libertad de cometer otros crímenes, pero deseamos que la justicia sea satisfecha sin que se ataque a su vida y a la integridad de su cuerpo; y que por las medidas de coerción que la ley tenga previstas, sean arrancados a su frenesí demente para que sea respetada la paz de los hombres sanos de espíritu, que se los obligue a renunciar a sus violencias perversas y, al mismo tiempo, a dedicarse a trabajos útiles”.

Beccaria considera que un castigo más justo que la pena de muerte para los crímenes más aborrecibles es la prisión perpetua, pues los momentos infelices para quien sufre ésta se repartirán sobre toda la vida mientras que aquélla ejercita toda su fuerza en un único momento. Y agrega: “Parece un absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y para separar a los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato”.

Castigar los delitos, sobre todos los más graves, abatir la impunidad, es un imperativo del Estado de Derecho, y una condición indispensable para la convivencia civilizada. Castigarlos proporcionalmente, estableciendo en la legislación penal punibilidades cuya magnitud dependa de la reprobabilidad del delito, es una pauta indudablemente razonable. Pero como explicó el juez Chaskalson en uno de sus fallos: “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".

¿Por qué? ¿Por qué no mutilar al delincuente cuyo delito consistió en mutilar a otro? ¿Por qué no torturar al torturador? ¿Por qué no violar al violador? ¿Por qué no hacer saltar en pedazos al terrorista que destrozó a muchos con una bomba? Porque tales castigos contravendrían nuestros más importantes valores, aquellos que retomó el Siglo de las Luces y que nos hicieron seres humanos distintos, seres humanos mejores. Porque lo peor que nos podría pasar es comportarnos con el delincuente como él se comportó con sus víctimas. Porque de lo que se trata es de hacer justicia, no de emular la crueldad de los criminales. El homicidio es inaceptable: por eso no podemos ser homicidas.

Lo expresó Borges con el ingenio que lo caracteriza: "El canibalismo es una práctica aborrecible, y no por eso debemos devorar a los caníbales".

3. La inhabilitación

Desde luego que la pena de muerte, al suprimir físicamente a los delincuentes, los inhabilita para seguir delinquiendo toda vez que los muertos no suelen resucitar. Pero lo mismo logra la pena de prisión al segregar a quienes han delinquido del resto de la sociedad. Los reclusos, es verdad, pueden seguir haciendo de las suyas en la cárcel; pero esa posibilidad se reduce si en los reclusorios imperan medidas de seguridad adecuadas.

A lo que debemos aspirar es a que los delincuentes, por lo menos los culpables de los delitos más bárbaros, sean castigados en un porcentaje aceptable. Si la pena que sufren es suficientemente larga, proporcional en su duración al delito por el que se les condenó, difícilmente volverán a delinquir. Como tantos otros impulsos, el impulso criminal va decreciendo con los años.

La pena de prisión, objeto de tantas descalificaciones, permitió sin embargo que delitos de gravedad extrema ya no fueran castiga-

dos ni con la pena de muerte ni con otras penas crueles, inhumanas o degradantes. La sociedad y el Estado que la representa están legitimados para privar de la libertad a un delincuente, no para eliminarlo. La vida, como la dignidad, es de respetarse siempre, aun tratándose del peor de los criminales. “Este derecho de vivir, que coincide con la posibilidad de reparación, es el derecho natural de todo hombre”, sostiene Camus. Por eso mismo Savater sostiene que ninguna muerte es necesaria ni justificable, y que “quien legitima una muerte, legitima la muerte”.

4. Telón

Tánato, personificación masculina de la muerte, hermano de Hipno (el Sueño) e hijo de la Noche según Hesíodo, no sólo nos amenaza en todo momento sino quiere seducirnos presentándose como necesario, justo o deseable en ciertas circunstancias. Combatir en todos los ámbitos su prestigio tenebroso —el que mueve a los verdugos— es afirmar nuestro amor por la vida. En esa lucha se ha forjado nuestra civilización, los bienes más preciados de nuestra especie.

La pena capital es inútil, irreversible e indecente. Es inútil porque no logar disminuir la criminalidad. Es irreversible porque su irrevocabilidad no permite corregir los no infrecuentes errores judiciales. Y es indecente porque las penas que legítimamente puede imponer un Estado democrático y civilizado excluyen la destrucción de la vida, lo más sagrado del ser humano.

La pena de muerte desde una perspectiva victimológica^{1*}

HEINZ SCHÖCH

Universidad Ludwig-Maximilian Munich

Heike Jung ha sido uno de los primeros penalistas de nuestra generación que retomando planteamientos victimológicos, los ha hecho fructificar para el Derecho procesal² y la criminología³. En su monografía sobre las relaciones con los Derechos humanos (“*menschenrechtliche Bezüge*”) del sistema de sanciones⁴ señalaba, por una parte, el “redescubrimiento de la víctima del delito” como impulso esencial para el desarrollo de un moderno sistema de sanciones⁵, rechazando decididamente, por otra, la práctica de la pena de muerte, aún presente en muchos países, desde una perspectiva de los derechos humanos⁶. Se presta por ello, dedicarle la siguiente contribución – relacionada con ambos aspectos⁷.

I

“La razón racional más importante contra la pena de muerte es que no hay razones racionales a favor de la misma. Tales razones sólo pudieran consistir en su carácter imprescindible o en su utili-

¹ * Traducción a la lengua española: Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI.

² *Jung*, Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), pp. 1147 y ss.

³ *Jung*, Viktimologie, en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 2ª ed., 1985, pp. 521 y ss.; 3ª ed., 1993, pp. 582 y ss.

⁴ *Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, Berna y otras, 1992.

⁵ *Jung*, (cit. n. 3), pp. 60 y ss.

⁶ *Jung*, (cit. n. 3), pp. 76 y ss., 80.

⁷ El texto se basa en una ponencia ofrecida en el Coloquio Internacional sobre la Abolición de la Pena de Muerte, en Gießen 22/23.8.2005. Otras contribuciones al respecto han sido publicadas en ZIS 2006, pp. 318-411 (www.zis-online.com).

dad para la lucha contra el crimen. Pero la pena de muerte no ofrece nada en la lucha contra el delito, en cualquier caso, nada que no ofrezcan igualmente otras penas o medidas”⁸.

Con este comentario resumía *Paul Bockelmann* hace 45 años, lo que se corresponde hasta ahora con la convicción de la mayoría de los criminólogos en el mundo: ni por razones preventivo-generales ni por razones preventivo-especiales la pena de muerte resulta útil o mínimamente necesaria. Desde el aspecto de la retribución de la culpabilidad, la pena de muerte no se percibe en general como más dura que la cadena perpetua⁹. A ello se añaden sus graves desventajas en los casos de sentencias erróneas o errores judiciales, así como numerosas dudas sobre la determinación de aquella forma de culpabilidad más grave que deba expiarse con la pena de muerte. También aspectos humanitarios o el peligro de un embrutecimiento general del sistema de sanciones estatal, hablan en contra de la pena de muerte.

Pero tales argumentos sólo consideran los aspectos generales de la pena para la comunidad estatal, no las necesidades individuales, por ejemplo, de la víctima de un asesinato intentado o de los familiares de la víctima fallecida. ¿No hay aquí legítimas necesidades emocionales de castigo y comprensibles ideas de venganza que no se pueden desplazar sin más, atendiendo a la generalidad? ¿No resulta una política criminal racional, tal y como la entendemos, carente de sentimientos en relación con los familiares de la víctima de un asesinato?

II

La victimología como teoría de la víctima del delito juega un papel notable en la criminología y en la política criminal únicamente

⁸ *Bockelmann*, Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe, en: Die Frage der Todesstrafe, München, 1962, p. 139.

⁹ Cfr. ya *Beccaria*, Über Strafe und Verbrechen. Traducida según la edición de 1776 por Alff, Frankfurt, 1988, pp. 125 y ss., para una comparación entre la pena de muerte y los trabajos forzados a perpetuidad.

a partir de los años 70 del siglo XX¹⁰. Con anterioridad, la víctima, si bien era considerada como objeto necesario del delito y como testigo en el proceso penal, no era comprendida, sin embargo, como sujeto autónomo con intereses legítimos en el Derecho y proceso penal. Esta desconsideración contribuyó en los años 50 junto a una tendencia de corte restaurativo ("*restaurativer Grundstimmung*"), a que ya, poco después de la abolición de la pena de muerte por la Constitución en el año 1949, hubiese iniciativas parlamentarias y extraparlamentarias para reintroducir la misma¹¹.

El 27 de marzo de 1950, el partido alemán ("*Deutsche Partei*") presentaba una moción, apoyado por el partido de Baviera ("*Bayer-
npartei*") y algunos liberales y conservadores, para la reintroducción de la pena de muerte con la justificación de que ésta representaba la única retribución adecuada para el asesinato. Así, apuntaba el diputado *Etzel* del partido de Baviera, "que según el sentimiento jurídico de una parte mayoritaria de la población, la pena de prisión, y con ello la cadena perpetua, no es considerada como una pena suficiente que corresponda a la gravedad del delito, y que frente a la brutalidad de monstruos con forma humana, frente a asesinos ladrones o sádicos, frente al asesino de padres, madres y niños, existe un derecho de defensa de la sociedad que le confiere el poder de erradicar a los delincuentes violentos mediante su muerte, para la expiación, disuasión y seguridad..."¹². Esta moción no alcanzó en el parlamento la mayoría de dos tercios precisa y fue rechazada incluso, con mayoría simple.

El 2 de octubre de 1952 tuvo lugar nuevamente un gran debate sobre la pena de muerte en el parlamento alemán. Algunos diputados del CDU y el partido alemán manifestaron ser objeto de presión por parte de sus electores, quienes exigían de aquellos un posicionamiento a favor de la pena de muerte¹³. Tras un lúcido discurso

¹⁰ *Jung* (cit. n. 2), 1993, pp. 582 y ss.; *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, pp. 1053 y ss.

¹¹ *Schwahn*, NJW 1998, pp. 2568 y ss., 2570.

¹² *Etzel*, en: Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode, 52. Sitzung, 27.3.1950, pp. 1894 y s.; sobre ello cfr. *Evans*, *Rituale der Vergeltung, Die Todesstrafe in der deutschen Geschichte 1532-1987*, 2001, p. 941.

¹³ *Evans* 2001, p. 949.

del entonces ministro de justicia, *Thomas Dehler*, que había resumido apasionadamente todos los argumentos esenciales en contra de la pena de muerte – oponiéndose, por cierto, a la mayoría de entonces dentro de su propio partido, el FDP – fue rechazada la moción de derogación del art. 102 de la Ley fundamental por 151 votos en contra, 146 a favor y dos abstenciones.

Con posterioridad, si bien no se registraron más iniciativas parlamentarias, sí que hubo regularmente encuestas a la población por parte del Instituto de Demoscopia de Allensbach, cercano al CDU. Hasta mediados de los 60, éstas mostraban claras mayorías a favor del reestablecimiento de la pena de muerte, las cuales en 1958 llegaron incluso hasta el 70%¹⁴. También durante la ola de terrorismo extremista de izquierda, en los años 1976 y 1977, se registró de nuevo, una moderada mayoría a favor del reestablecimiento de la pena de muerte. Desde entonces prevalecen los retractores de la pena de muerte. En el año 1992, sólo el 24% se pronunciaba inequívocamente a favor de la pena de muerte en Alemania occidental; en el año 2000 eran aún menos, con un 23%¹⁵.

Tras asesinatos particularmente brutales seguían produciéndose, cada cierto tiempo, movilizaciones entre la población que causaban cierto revuelo, consecuencia de la consternación emocional de los familiares de las víctimas y de las personas cercanas a ellas. Así, con motivo del asesinato a sangre fría de dos ciudadanos a manos de un ladrón de bancos ("*Sparkassenräuber*"), el alcalde de un municipio de Franconia organizó en 1954 una especie de plebiscito popular a favor de la pena de muerte, reuniendo muchos miles de firmas a favor de la misma¹⁶. Tras la muerte y agresión sexual de un niño de 11 años a manos de un agricultor en las proximidades de Friburgo, los asistentes a su funeral formaron, seguidamente tras el mismo, una marcha en silencio a favor del reestablecimiento de la pena de muerte.

¹⁴ Cfr. sobre ello y en lo que sigue *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, pp. 1041 y ss.

¹⁵ Según una encuesta Gallup internacional, v. <http://www.initiative-gegen-die-todesstrafe.de/august2003.htm>

¹⁶ Sobre éste y los siguientes ejemplos *Müller-Meiningen jr.*, *Todesstrafe und öffentliche Meinung*, en: *Die Frage der Todesstrafe*, 1962, pp. 109 y s.

En 1959 todos los taxistas de la República Federal de Alemania organizaron una huelga de protesta, durante quince minutos, con motivo del asesinato de dos compañeros; junto a la tumba de la víctima muniquesa, el sacerdote católico exigió la pena de muerte para tales casos de asesinato.

En 1961 numerosos taxistas, tras la muerte de un colega, circularon en Hamburgo con pancartas donde exigían la pena de muerte.

Incluso en la Gran Comisión de Derecho penal ("*Große Strafrechtskommission*"), una comisión de los más prestigiosos maestros y prácticos penalistas de aquella época, abogaron algunos de sus miembros por el reestablecimiento de la pena de muerte, apoyándose para ello en la perspectiva de la víctima. El otrora Presidente del *Kammergericht* (Berlín), Dr. *Skott*, aludía al atentado del estudiante americano John Graham, quien en el año 1953 causó una catástrofe aérea mediante una bomba de relojería para hacerse con la herencia de su madre, muerta en ese avión con los 44 pasajeros restantes. Textualmente, apuntaba: "Si yo pienso en la abismal vileza que se refleja en este hecho, en todas las desafortunadas víctimas, en las docenas de familias que perdieron así su sostén, cuándo me pregunto por los sentimientos provocados en los seres próximos de todas estas víctimas, si la reacción procesal penal se agotase únicamente en ello, en encerrar a este autor... y si los familiares de las víctimas hubiesen visto o podido ver, en ello una confirmación del Ordenamiento jurídico, entonces debo decir, en verdad, con mi más profunda convicción: un hecho tal no puede ser expiado más que con la muerte. A mí también me resulta erróneo subordinarme al simple sentimiento de venganza de los afectados por el delito, como motivo dominante para la exigencia directa de esta pena, si bien creo que aquéllos tienen una percepción más intensa, natural y próxima a la situación de la cuestión sobre lo que es necesario para la reafirmación del Ordenamiento jurídico que aquéllos que se acercan a esta cuestión desde puntos de vista generales éticos y teóricos, y quienes quizá, si fuesen efectivamente afectados por el delito, tomarían una postura totalmente distinta"¹⁷.

¹⁷ *Skott*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, tomo 11, Beratungen zur Todesstrafe, 1959, pp. 12 y s.

Frente a esto, señalaba el penalista muniqués *Paul Bockelmann*, un comprometido detractor de la pena de muerte, acentuando el aspecto emocional de la retribución de la culpabilidad: “para mi persona, debo reconocer sin más, mi sentir me empuja naturalmente a ello, a exigir la pena de muerte, sólo preciso imaginarme un caso como el del criminal de los explosivos, sí sólo preciso imaginar que se comete un delito que lleva si quiera a la muerte, sobre uno de mis allegados más próximos para sentir fantasías vengativas creciendo en mi interior en las que aflijo al autor algo mucho peor que la mera aplicación de la pena de muerte. Que entonces ello no se cumpla con la muerte, que mi necesidad de reparación exija absolutamente algo distinto que la ejecución indolora, sí que ya en los delitos brutales (*‘Roheitsdelikte’*) sólo el castigo corporal resulte el único posible a mi sentir, yo no lo niego. Pero no preciso proseguir ante ustedes con la exposición de las debilidades de mi carácter, porque debiera ser seguro que tales necesidades de reparación del particular no tienen absolutamente nada que ver con las necesidades de castigo del Estado, y que la decisión sobre la pena que debe imponerse debe mantenerse totalmente independiente de ello”¹⁸.

Desde el punto de vista de un científico del Derecho penal, esta separación entre las necesidades de retribución subjetivas y los fines objetivos de la pena resulta absolutamente comprensible. ¿Pero cómo fue posible aferrar también esta convicción en mayorías cada vez más numerosas de la población, pese a tendencias opuestas como en los Estados Unidos o Japón?

III

En las tres últimas décadas no ha habido apenas, en la población demandas persistentes para el restablecimiento de la pena de muerte, tampoco con motivo de crímenes espectaculares. Esto debe reconducirse, a mi juicio, a distintas circunstancias y desarrollos:

1. Es una gran ventaja que en el Derecho alemán, la abolición de la pena de muerte no sólo está consagrada en el Código penal ale-

¹⁸ *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, tomo 11, Beratungen zur Todesstrafe, 1959, p. 16.

mán, sino a nivel constitucional en el art. 102 de la Ley fundamental. Esta consagración normativa ("*Normierung*") supone, por la mayoría de dos tercios necesaria para una modificación constitucional, una amplia inmunidad frente a cambios de ánimo en la población y arrebatos populistas del legislador. Junto a este aspecto formal se muestra aquí, también, la fuerza normativa de la Constitución, que ocupa un lugar privilegiado en la conciencia de la población. A ello se une la convincente fundamentación de la cámara parlamentaria para la prohibición constitucional de la pena de muerte, esto es, la indignación por el abuso de la pena de muerte en el Tercer Reich. Durante la Segunda Guerra Mundial se estima en más de 15.000 la cifra de condenas a pena de muerte dictadas por los tribunales ordinarios, frente a ello, a lo largo de toda la Primera Guerra Mundial, sólo hubo 141 condenas a muerte¹⁹. Hay que contar, también, el aspecto fuertemente humanitario que formulara en la cámara parlamentaria el diputado del SPD *Carlo Schmid*, posterior presidente del *Bundestag*, en los siguientes términos: "la pena de muerte es una barbaridad, la cual más que disuadir, alienta delitos brutales. El Estado se rebaja a si mismo mediante su aplicación"²⁰.

2. Casi todos los criminólogos en el mundo defienden, sobre diversos análisis estadísticos, la postura de que la pena de muerte carece de ventajas preventivo generales o especiales frente a la pena privativa de libertad de larga duración. Sólo el economista americano *Ehrlich* cree poder probar de la mano de estadísticas, una influencia de las tasas de ejecuciones en la reducción de asesinatos. Sin embargo, su interpretación está fuertemente influenciada por su teoría económica del riesgo-beneficio ("*Risiko-Nutzen-Theorie*") y no resulta empíricamente convincente²¹.

3. Pese a la creciente secularización, en la moderna sociedad industrial, la concepción cristiana del hombre sigue jugando un papel de primer orden en la ética jurídica y en la bioética de los Estados europeos occidentales. Justamente en los aspectos emocionales, que impregnan los fines de la pena de la expiación y retribución, resul-

¹⁹ *Kaiser* (cit. n. 13), p. 1041.

²⁰ *R. J. Evans* 2001, p. 931 con referencias.

²¹ *Kaiser* (cit. n. 13), p. 1046.

tan a menudo decisivas las convicciones ideológicas. En lugar del talión del Viejo Testamento “ojo por ojo, diente por diente”²², con el que pudiera justificarse plenamente la pena de muerte, aparece el mensaje del Nuevo Testamento del amor de *Jesucristo* a todos los seres humanos y la posibilidad de perdón de los pecados a través de su representativa muerte en salvación. Esta fe exige tolerancia con el prójimo y abre la posibilidad del perdón y expiación hasta la muerte. *Hans-Heinrich Jescheck* lo expresaba en la Gran Comisión de Derecho penal con las siguientes palabras: “La razón más profunda de mi oposición a la pena de muerte es la convicción de que cada ser está llamado hasta su última hora, a ser partícipe de la gracia de Dios. Por ello no está permitido al hombre destruir la vida de otro por razones de castigo”²³.

4. A pesar de los límites jurídico-constitucionales establecidos con razón, por el Tribunal Constitucional en relación con el régimen y ejecución de la cadena perpetua, éstos constituyen un eficaz dique psico-sociológico frente a las siempre persistentes exigencias de re-establecimiento de la pena de muerte. La cadena perpetua no sólo mantiene su peso desde el aspecto de la protección de ulteriores hechos punibles, sino también en relación con el deseo de la víctima de la imposición de un castigo adecuado a la culpabilidad. En los últimos años ha ido adquiriendo cada vez más significación la determinación de la especial gravedad de la culpabilidad en las condenas por asesinato, mediante la cual puede hacerse patente, también, la gravedad de la lesión del bien jurídico. En relación con el frecuente deseo de los familiares de que se asegure que el autor no vuelva a cometer jamás un hecho tal, cobra relevancia desde 2004 junto a la cadena perpetua, la posible aplicación de la custodia de seguridad (§ 66 I del Código penal alemán), si bien ésta, vista más de cerca, sólo puede tener una significación simbólica²⁴.

5. El florecimiento de la victimología en los años 70 llevó a que tanto la criminología, la política criminal como, después, la praxis

²² Zweites Buch Mose, capítulo 21, 23-25.

²³ *Jescheck*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, tomo 11, Beratungen zur Todesstrafe, 1959, p. 36.

²⁴ Críticamente, también *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2ª ed., 2006, pp. 284 y s.

jurídico-penal se centrasen intensamente en los intereses de la víctima. Junto a numerosas investigaciones sobre la frecuencia de victimización, cobraron también relevancia estudios sobre las consecuencias del hecho para la víctima, las necesidades de la víctima y los peligros de una victimización secundaria durante el proceso penal. En particular, los estudios sobre las víctimas de los delitos violentos graves son casi plenamente extrapolables a los allegados de las víctimas de asesinato. A ello se une, en el plano político-criminal, el desarrollo de los derechos de los afectados mediante la Ley de protección de la víctima ("*Opferschutzgesetz*", 1986), la Ley de protección de testigos ("*Zeugenschutzgesetz*", 1998) y la Ley de reforma de los derechos de la víctima ("*Opferrechtsreformgesetz*", 2004), las cuales benefician también a los allegados legitimados para personarse como acusación particular ("*nebenklageberechtigte*").

IV

Una contribución esencial para la superación de las consecuencias de los delitos violentos graves han prestado también las asociaciones de apoyo a las víctimas, fundadas a partir de mediados de los años 70. Hay varias asociaciones activas a nivel regional. A nivel nacional, sólo está activa el Anillo Blanco ("*Weißer Ring*"), que cuenta con cerca de 60.000 miembros y más de 2.000 asistentes honorarios, y constituye una organización de gran influencia político-criminal. Pudiera pensarse que las asociaciones de apoyo a las víctimas asumen la exigencia de la pena de muerte, entonces aún presente en cerca del 40% de la población, y —siguiendo el ejemplo de Estados Unidos y Japón— la hacen objeto de sus exigencias político criminales.

Sin embargo, esto no ha ocurrido ni una sola vez en los 30 años transcurridos desde la constitución del Anillo Blanco. Ni en las revistas de la asociación ni en las comunicaciones de prensa del Anillo Blanco se encuentra un solo posicionamiento sobre la pena de muerte. Según consta, tampoco se ha exigido jamás dentro de la propia organización, si bien bajo la presidencia de *Eduard Zimmermann* en los primeros 18 años de la asociación, ciertamente eran conocidas sus exigencias relativas a penas más duras así como su crítica a una justicia excesivamente moderada. Pero también esto

ha cambiado significativamente bajo la influencia del consejo asesor experto en Derecho penal. Ello debe agradecerse en particular, a *Alexander Böhm*, quien impulsó la constitución de este consejo en la presidencia y fue director del mismo hasta su trágico accidente mortal en el año 2006²⁵.

También, en los delitos más graves, el Anillo Blanco se centra en las efectivas necesidades de la víctima, mediante sus medidas de apoyo al caso concreto y sus exigencias político-criminales, las cuales no residen primariamente en la maximización de la pena. Según la concepción del Anillo Blanco, el interés de reparación del lesionado no reside, al menos ya no, en expectativas de castigo especialmente rígidas. Las víctimas del delito quieren ser tomadas en serio en el proceso penal, quieren experimentar reparación personal y —en algunos casos— obtener la reparación por daños por la vía más simple posible. El proceso penal debe configurarse así, de forma que el lesionado o los allegados legitimados para personarse como acusación particular (“*nebenklageberechtigte*”) adviertan mejor que en el proceso penal se trata también, de la subsanación de la lesión de sus derechos (“*Rechtsverletzung*”), y no sólo del cumplimiento de los fines estatales de la pena.

V

No se han realizado investigaciones especializadas sobre las necesidades punitivas de los allegados de víctimas de asesinato. De una encuesta telefónica del año 1989, realizada por *Kury* y colaboradores del Instituto Max Planck de Friburgo, sabemos que en general, para las víctimas del delito la mayor prioridad es la protección de la sociedad frente al delincuente, esto es, el aspecto de la seguridad, seguidamente viene la intimidación frente a terceros y finalmente, —con similar importancia— la expiación y la retribución del injusto cometido así como la resocialización del delincuente²⁶. Este estudio

²⁵ Miembros actuales son los profesores *Dölling* y *Schöch*, el otrora fiscal general Dr. *Kintzi*, el antiguo VRiOLG *Steffen*, el abogado Siegfried *Kauder* MdB, la fiscal jefe *Stahlmann* y la abogada Dra. *Döring-Striening*.

²⁶ *Kury/Dörmann/Richter/Würger, Opfererfahrungen und Meinungen zur inneren Sicherheit in Deutschland*, Wiesbaden, 1992, p. 221.

se apoya en la opinión de 4.971 encuestados en Alemania oriental y 2.024 en Alemania occidental.

Un estudio menor, realizado en 1986 en Hanau, por *Baurmann/Schädler*, encuesta a 203 víctimas de delitos violentos, contra el patrimonio y demás delitos, que fueron consultadas tras la denuncia. También aquí el deseo de penas más duras cede ante la necesidad de penas educativas y de seguridad²⁷. Con todo, resulta llamativo que tres víctimas de agresiones sexuales consideraban adecuada la pena de muerte para sus agresores. Igualmente, una señora de 50 años que acusaba a su vecino de haber envenenado a su perro, exigía para aquél la pena de muerte por envenenamiento. Estos son, naturalmente, casos concretos curiosos. En general, estas pocas referencias muestran ya que, en relación con las necesidades punitivas de la víctima, es correcto no situar las necesidades de retribución ante todo. También en los delitos contra la vida, en relación con los allegados, debieran situarse en un primer plano aquellas necesidades dominantes entre las víctimas de los demás delitos violentos²⁸. Estas no exigen primeramente venganza o retribución, sino que precisan de un interlocutor que las escuche comprensiva y paciente, que les muestre proximidad humana y que esté por ellas ahí, cuando necesiten de apoyo.

Entre las necesidades punitivas se sitúa en primer lugar el aspecto de la seguridad; deben evitarse hechos punibles similares y el autor debe ser castigado conforme a su culpabilidad. Los allegados quieren intervenir en el proceso como apoyo a la víctima (*“Verletztenbeistände”*) o como acusación particular, para poder evitar injustificadas atribuciones de culpabilidad frente a la víctima fallecida. Quieren evitar que por vía de la conformidad se reduzca el reproche de la culpabilidad de forma que, por ejemplo, en lugar de asesinato se aprecien unas lesiones con resultado de muerte. Y quieren ser informados sobre el curso del proceso. En casos especiales, se trata también del aseguramiento de las pretensiones de reparación de

²⁷ *Baurmann/Schädler*, Das Opfer nach der Straftat – seine Erwartungen und Perspektiven, Wiesbaden, 1991, pp. 119 y ss.

²⁸ Cfr. *Meier*, Kriminologie, München, 2003, § 8 marg. 47.

daños, ya en el proceso penal, mediante la acumulación de la pretensión civil al proceso penal (“*Adhäsionsverfahren*”).

Todas estas necesidades han sido considerablemente atendidas en el Derecho y proceso penal alemán mediante la Ley de protección de la víctima de 1986, la Ley de protección de testigos de 1998 y la Ley de reforma de los derechos de la víctima del año 2004. De especial significación es en nuestro contexto, el derecho de los allegados del fallecido a intervenir en el proceso penal como acusación particular (“*nebenklageberechtigte*”, § 395 II n° 1 de la Ley de enjuiciamiento criminal alemana). Desde 2004 pueden para ello, incluso, recabar un abogado a costa del Estado (§ 397a I de la Ley de enjuiciamiento criminal alemana). De esta forma, los familiares pueden saber que no sucede nada a sus espaldas así como recurrir la sentencia, en caso de acuerdos dudosos sobre el castigo de la culpabilidad – por razón de conformidad en la que no hayan participado.

La presencia de los familiares de las víctimas en el proceso penal, anteriormente, en general, más bien despreciada, ha adquirido una nueva luz, según los críticos, desde el impresionante relato de *Jan Phillip Reemtsma*, quien intervino a lo largo de todo el proceso sobre su secuestro. En su escrito sobre los 33 días de “prisión en un sótano” (“*Kellerhaft*”) y el periodo a continuación, escribía en relación con el autor y la pena²⁹: “Y si mañana se me trajese su cabeza, me daría igual. Y si pudiese hacer impunemente lo que quisiera, no me serviría de nada desgarrar, por mi parte, la civilización. Yo quiero que este hombre vaya ante un tribunal. Para mí no hay compensación en el odio...”

A quién se le ha hecho algo, quiere vengarse, y no hay nada despreciable en ello. A veces la venganza es reparadora, a veces no. Desde el punto de vista de la civilización la venganza no es admisible porque ésta, si se admitiese, desataría una escalada (“*Eskalationsdynamik*”) que, eventualmente, dejaría de ser dominable. El delito se castiga, primero, por la intimidación. Segundo para conservar la vigencia de la norma infringida, pues una prohibición a cuya infracción no sigue una sanción, no es existente. Lo que no debe

²⁹ *Reemtsma*, Im Keller, 2ª ed., 2001, pp. 215 y s.

preocupar a la teoría del Derecho penal es la víctima. Aun cuando para la víctima el castigo es de gran significado. No porque cumpla así sus deseos de venganza, pues esto por lo general, no lo consigue. Sino porque la pena manifiesta la solidaridad de la organización social con la víctima. La pena excluye al autor y acoge a la víctima. La pena para el autor, en el fondo, no es otra cosa que muchas cartas de amistad de personas que le dicen: ‘Welcome back’.

VI

La posición subjetiva del lesionado en el proceso penal no significa que éste o sus allegados supérstites deban situarse en el centro del mismo. La tarea principal del proceso penal es la prueba de la acción punible del acusado y eventualmente, el castigo según su culpabilidad. Los derechos de básicos defensa del acusado, en su mayoría constitucionalmente consagrados, deben permanecer intangibles. Pero el acusado tampoco tiene el derecho a excluir del proceso legítimos intereses del lesionado, aun cuando éstos debiliten de facto su defensa³⁰.

Hace algunos años, *Hassemer* en un artículo sobre el tema “¿Por qué y con qué fin castigamos?”, criticaba con razón que la víctima no desempeñaba función alguna en las teorías al uso de la prevención especial y general³¹. Y *Reemtsma* mostraba con claridad que el deseo de venganza de la víctima, en particular en los delitos violentos graves, no es una necesidad vil y por eso no debe ser despreciada ni proscrita³². Para la víctima se trata del reconocimiento de que el delito es injusto y no mala suerte, del deber del Estado de limitar los daños individuales y sociales que han causado un delito. Ello da cuenta de la idea de prevención general positiva³³. También *Hassemer* apunta que el aseguramiento de las normas fundamentales de la vida en común no sólo debiera atender a bienes jurídicos abstractos. Es necesaria la “rehabilitación de la persona lesionada, el

³⁰ Cfr. *Schöch*, Festschrift für Rieß, 2003, pp. 507 y ss., 523.

³¹ *Hassemer*, ZRP 1997, pp. 316 y ss., 318.

³² *Reemtsma*, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, München, 1999, p. 26.

³³ *Reemtsma* (cit. n. 31), p. 27.

reestablecimiento de su dignidad humana... la posterior confirmación a la víctima de que ha sido 'víctima' (y no autor ni tampoco un accidente [*Vorfall*])"³⁴.

Todo ello vale en especial, para la víctima fatal de un asesinato y sus seres próximos. La aceptación de su necesidad de reparación en el marco de un proceso penal ordenado y justo, en cual también sus intereses sean adecuadamente tematizados, contribuye a mantener la paz jurídica y a desplazar ese deseo aniquilador de venganza destructiva en forma de pena de muerte. "La justicia penal no está ahí por sí misma, sino para los seres humanos"³⁵.

³⁴ Hassemer, ZRP 1997, p. 318.

³⁵ Jung, Was ist Strafe?, Baden-Baden, 2002, p. 77.

Las imágenes de la pena de muerte en el cine español

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ
Instituto de Derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla-La Mancha

Un asesino es un hombre más un asesinato. La verdadera justicia se alcanza cuando el juez castiga el asesinato y rehabilita al hombre.

V.R. Krishna Iyer, ex magistrado del Tribunal Supremo de la India

El cine llegó a España en 1896 en un momento de especial inseguridad política. Un año antes, en París, el 28 de diciembre de 1895, se proyectaba la primera película del mundo. El siglo XIX agonizó trayendo la aurora de un arte nuevo: el cine, medio que ha recurrido en numerosas ocasiones a temas jurídicos para sus argumentos: *La vida de Oharu* de Kenji Mizoguchi (1952) aborda el tema de la prostitución; *Un condenado a muerte se ha escapado* de Robert Bresson (1956) retrata la vida en prisión; *Manos peligrosas* de Samuel Fuller (1953), plantea el tema de los robos; *Perros de paja* de Sam Peckinpah (1971) gira en torno al delito de asesinato; *Luz que agoniza* de Georges Cukor (1944) es un film perfecto para analizar el grave problema de los malos tratos; *El salario del miedo* de H.G. Clouzot (1953) narra magistralmente el capitalismo salvaje y la necesidad de ganarse la vida; *El proceso Paradine* de Alfred Hitchcock (1947) o *Anatomía de un asesinato* de Otto Preminger (1959) disecionan juicios y tribunales.

Pero también la pena de muerte ha sido un tema recurrente en la crónica del cine desde sus inicios al no poder sustraerse al influjo histórico-social que dicha pena siempre ha ejercido a lo largo de la historia. Ferdinand Zecca, cineasta francés, lograba su primer éxito como realizador con *Historia de un crimen* (1901), la primera película francesa que se ocupa del crimen y sus implicaciones sociológicas. Si

bien, se señala a *Intolerancia* de David W. Griffith¹, como la primera película de la historia del cine que trató el tema de la pena capital.

La filmografía sobre la pena de muerte es muy amplia, seguramente por la fuerza dramática que la misma, como argumento, conlleva al mostrar el lado más inhumano y brutal del ser humano. Las películas sobre pena de muerte han sido en su inmensa mayoría películas contra la pena de muerte, convirtiéndose el cine, en los últimos años, en el verdadero abanderado en contra de esta lacra social que es no sólo ineficaz sino también inmoral. Además, este cine, como apunta Rivaya, es básicamente estadounidense: por una parte porque la suya es la mayor industria cinematográfica, por otra porque en los Estados Unidos la de esta pena, que se sigue aplicando, todavía es una cuestión que divide a la propia sociedad².

El cine español ha recurrido en bastantes menos ocasiones al argumento de la pena capital, lo que no significa que esté huérfano de obras maestras sobre esta temática. Basta traer a colación la genial obra de Luís García Berlanga, *El verdugo* (1963), considerada como una de las mejores películas del cine español, donde la flaqueza de las piernas del yerno del verdugo se convierte en uno de los mejores alegatos contra la pena de muerte jamás visto en una pantalla de cine. Diego Galán, ferviente admirador de la obra de Berlanga, elogia con estos términos los valores que el film posee: "No hay película como *El verdugo* en el cine español, no existe crónica más despiadada y lúcida. El humor es un acicate aún más duro para señalar, hiriendo los distintos aspectos de la narración. El humor negro esbozado en otras películas (...) alcanza aquí un grado de perfección y utilidad asombroso. Ante una película como *El verdugo* no caben escapatorias: la realidad está ahí, palpable y concreta, para asumirla, para dolerse, para reaccionar"³.

La idea original de *El verdugo* está basada en una historia real: un amigo de Berlanga, abogado de oficio, tuvo que asistir a la ejecu-

¹ Entre otros, RIVAYA en su Presentación al libro Rivaya (Coord.), *Cine y pena de muerte*, Valencia, 2003, p. 11.

² RIVAYA en Rivaya / De Cima, *Derecho y cine en 100 películas*, Valencia, 2004, p. 53.

³ GALÁN, D., *Carta abierta a Berlanga*, Huelva, 1978, pp. 38 y 39.

ción de un reo; aquello fue terrible porque el verdugo estaba muy nervioso y era él quien parecía el verdadero condenado, hasta el extremo de tenerle que ser inyectado un tranquilizante. Esta anécdota fue la que despertó un deseo: hacer una película que girase en torno a la pena de muerte. En diversas ocasiones Berlanga ha manifestado su oposición a la pena capital, mostrándose contrario a cualquier manifestación de formas de tortura.

En unas declaraciones de Berlanga a *Cinestudio*⁴, el director afirmó: *Este film defiende mi postura en contra de la pena de muerte. A mi juicio, el criminal más peligroso siempre es curable.*

Aunque su padre fue arrestado y condenado a muerte cuando las tropas franquistas echaron abajo una segunda república democráticamente elegida⁵, Berlanga atribuye su interés a otras razones:

Ya he dicho muchas veces que la razón principal por la que estoy contra la pena de muerte es porque no quiero pensar que yo, en algún momento, pudiera ser condenado a muerte. No es una broma, no; es que no soporto esa idea, y siempre que lo pienso me aterra porque, quién sabe, uno a veces puede encontrarse en esa situación.



⁴ Vid. *Cinestudio*, núm. 9, 1963.

⁵ Aunque la sentencia llegó a ser conmutada, permaneció en prisión hasta 1952, muriendo seis meses después de su liberación.

La trama argumental de *El verdugo* es de Berlanga, pero en el guión intervinieron también Rafael Azcona y el italiano Ennio Flaiano. Se trataba de una historia espantosa y funesta, pero tamizada con cierta dosis de comicidad. La idea central, la pena de muerte, quedaba envuelta en un argumento que, para muchos era evasivo y eludía la verdadera tragedia que suponía su vigencia en nuestro país. Las risas y sonrisas fueron para algunos ciertamente criticadas, pero otros supieron ver el acto de valentía del director por afrontar un proyecto de tales características en pleno régimen franquista⁶.

José Luís, empleado de pompas fúnebres, acude cierto día a la prisión de Madrid para recoger el cadáver de un condenado a muerte. Mientras espera conoce a Amadeo, el verdugo, hombre de avanzada edad. El azar lleva a José Luís a conocer a la hija de Amadeo con la que mantiene una relación secreta durante las ausencias del padre. Pero en uno de esos encuentros, la pareja es sorprendida. El desenlace será el casamiento, trasladándose a vivir José Luís a casa de su suegro. Una vez que Amadeo se jubila y, ante el peligro de perder el piso, que por ser funcionario le ha sido concedido, José Luís se ve abocado a ocupar la vacante plaza de verdugo.

El protagonista consigue llevar una vida normal, sin sobresaltos ni alteraciones, aunque la inquietud de ser reclamado cualquier día para ejercer su nueva profesión le invade el ánimo. Así, muestra un gran interés por todo tipo de noticias y sucesos relativos a asesinatos, con el constante temor de tener que enfrentarse a los criminales y tener que hacer uso del garrote. Cierta día le notifican que debe partir a Palma de Mallorca para ajusticiar a un condenado. Cuando llega a la isla, José Luís será prácticamente arrastrado hasta la cárcel por una pareja de la guardia civil. Allí permanecerá obsesionado a que llegue la orden del indulto, pero finalmente será conducido tras el reo, condenado a muerte al garrote vil, ayudado por varios funcionarios, hacia el patíbulo donde debutará en su nuevo oficio.

La idea que Berlanga expone está reflejada en la película con una gran claridad; concretamente, en la secuencia donde dos hombres discuten en la calle y el protagonista interviene para impedir un

⁶ Vid. más extensamente, PERALES, F., *Luís García Berlanga*, Madrid, 1997, pp. 248 y ss.

asesinato, de tal forma que al no existir homicida, tampoco existe ejecución. Cuando su compañero le reprende por intervenir en la pelea, José Luís le contesta:

...*¡Que se estaban peleando!, ¡que se empieza así y se acaba en un delito de sangre! (...) ¿pero es que no te acuerdas de mi oficio?*

Cruelmente divertida, paradigma del humor negro español, *El verdugo* es, probablemente, la mejor comedia española de todos los tiempos que muestra cómo la necesidad y la presión de las circunstancias obligan a un hombre a asumir una profesión que repugna, la de verdugo.

El film deja conversaciones entre José Luís y Amadeo tan sublimes como éstas:

José Luís: *Yo creo que la gente debe morir en su cama ¿no?*

Amadeo: *Naturalmente, pero si existe la pena, alguien tiene que aplicarla.*

José Luís: *¡No lo haré más! ¿lo entiende? ¡No lo haré más!*

Amadeo: *Eso mismo dije yo la primera vez.*

El verdugo es puro cine negro de humor en su versión más lúcida y desde la perspectiva de una España encerrada en sí misma y profundamente represiva. Aunque *El verdugo* ganó un premio importante en la Mostra de Venecia, sufrió numerosos cortes de la censura del general Franco y no tuvo éxito de público, pero ello no impidió que se convirtiese en un clásico.

En 1999 se reestrenó una versión completa con varios minutos más que la conocida⁷.

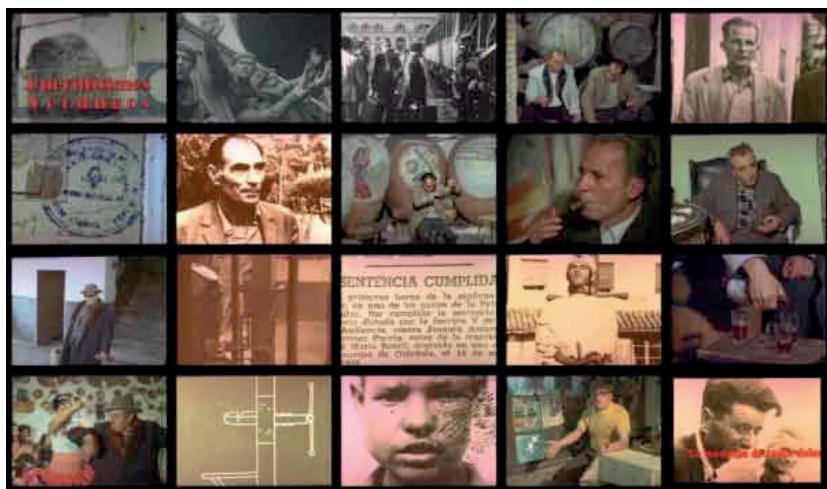
Unos años después Basilio Martín Patiño rueda una película que cabalga entre el documental y la crónica social: *Queridísimos verdugos* (1977), que forma parte de ese inesperado conjunto de películas que entremezclaban el docudrama y el montaje documental, con la recopilación de imágenes que posibilitaran la memoria y la reflexión sobre acontecimientos, temas y hechos relevantes de ese pasado que

⁷ Un análisis más detallado del film puede verse en RUÍZ SANZ, *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*, ob. cit., pp. 35 y ss.; y MAROTO LAVIADA, "El verdugo. Escenas sombrías de una España reciente", en Rivaya (Coord.), *Cine y pena de muerte*, Valencia, 2003, pp. 127 y ss.

se centraba en episodios de la dictadura franquista, hasta entonces vedados en su manifestación visual.

En 1975 aún existía en España la pena de muerte, que no desaparecerá hasta 1977 con la aprobación de la Constitución. En ese contexto sociopolítico, *Queridísimos verdugos* no es sólo una valiente denuncia contra la pena de muerte, sino un alegato contra el terror, la guerra y la violencia.

La película muestra la andadura de los tres verdugos con que contaba la administración española en el momento de la plasmación de este proyecto —primeros años setenta—. Los protagonistas de este recorrido son Antonio López Guerra, Vicente López Copete y Bernardo Sánchez Bascuñana que vierten sus impresiones, ideas y juicios sobre el execrable procedimiento y sobre los reos, sus circunstancias y los delitos que cometieron. En estos relatos descubrimos los aspectos más duros y negros de la España profunda durante la posguerra española y la dictadura franquista. Los tres evidencian con sus declaraciones la miseria y el hambre, la necesidad de sobrevivir y el analfabetismo de una sociedad dominada por la falta de libertad y la injusticia.



Como escribe Heredero, la realidad como punto de partida y frente a ella una toma de postura definida con transparencia inequívoca: un compromiso ético y una óptica moral ante el atroz, patético

y complejo panorama psico-sociológico y económico de una determinada España, de la cual *Queridísimos verdugos* acabará siendo un testimonio vivo y palpitante⁸.

El desarrollo de la filmación no omite el origen de la aplicación del garrote vil —sustituyendo a la horca por orden de Fernando VII—, la historia de su pretendido carácter ejemplarizador y el ascendente que su aplicación pública tuvo siempre entre la población. Basilio Martín Patiño elabora una obra ante la cual, y como inevitable tentación, surge la necesidad de señalar que se trata de un alegato brutal y contundente contra la pena muerte. Martín Patiño lleva a cabo un trabajo de denuncia y de reflexión. *Queridísimos verdugos* es la narración de un proceso de subversión y desenmascaramiento mediante el cual unos seres inicialmente propuestos como “verdugos” devendrán víctimas patéticas y manipuladas de un entorno socio-político que descarga sobre ellos una responsabilidad que no les pertenece y que se ven obligados a asumir como medio de supervivencia, en la más hipócrita y criminal transferencia de papeles que puede operarse dentro de una sociedad. Como dice Vicente, uno de los protagonistas del film, “se es verdugo “pa” poder comer, porque la vida está cada día más peor”.

Chivo expiatorio de una repugnante mala conciencia, el “verdugo” —hacia el que Patiño ha volcado considerables dosis de ternura y comprensión— finaliza siendo el resorte espontáneo e involuntario de un importante acto de subversión: el desvelamiento de un contexto mísero y subdesarrollado como último eslabón, casi residuo, de la explotación capitalista y que un cierto régimen ha venido encargándose de sublimarlo a través de connotaciones románticas, cuando no de una simple y llana ocultación, con el fin de airear las condiciones de vida que han hecho posible la germinación de esa falta y acomodaticia, gratificante y auto-complaciente conciencia según la cual “el verdugo es el que ejecuta”.

Como José Luis, yerno del verdugo en el film de Berlanga, los tres verdugos de Martín Patiño son el resultado de las circunstancias cotidianas de una España hambrienta y miserable, y como

⁸ HEREDERO, “*Queridísimos verdugos*. Un film de ficción para la realidad”, en *Cinema 2002*, núm. 28, 1977, p. 27.

Amadeo, a causa de la reiteración del oficio han llegado al horror de la indiferencia.

El testimonio de Patiño en contra de la pena de muerte se sintetiza de forma radical en una de las imágenes que destaca Zunzunegui, en esa mirada perdida, en esa expresión patética del rostro del padre de Pedro María Expósito, el asesino de Gandia, filmado en la tensión de la espera del posible indulto para su hijo. Tras esa mirada perdida habita, ya para siempre, por la fuerza del cine, la muerte en camino. Patiño recompone su discurso hasta que de su interior nace un grito de desesperación y locura frente a la injusticia⁹ que le lleva a manifestar: *Nada debe ser prohibido, excepto la pena de muerte y los instintos represores de todo tipo. Quien tenga deformaciones que induzcan a la represión, que vaya al psiquiatra y deje de fastidiar.*

Una voz en *off*, acompañada en la pantalla por una ejecución pública por garrote, dice:

El espectáculo de sentenciar y ajusticiar a un culpable atrae y excita como pocos la imaginación de las masas. La fantástica especulación de los delitos de sangre, sus procesos, sus gestos, han dejado un halo de magia y de terror propicio a la especulación de lo extraordinario (...) Y su literatura fascinante y ambigua se ha trasferido por extensión a los verdugos, igualmente asociales, igualmente misteriosos y legendarios (...) ¿Ejemplaridad? ¿Escarmiento? ¿Llamada de atención hacia un correctivo moral del pueblo?...

Patiño remata el film con una contundente dedicatoria: *En memoria de tanto dolor.*

Martín Patiño filmó clandestinamente en diciembre de 1971. La película estuvo lista para exhibirse en 1973, pero fue censurada hasta 1977.

Si las dos anteriores películas tienen al verdugo como protagonista principal, el cine español también ha sabido poner en escena la figura del ejecutado, preferentemente a garrote vil. Pues, si la guillotina se asocia a Francia, el garrote, como instrumento ejecutor de la pena de muerte se asocia a España donde se comenzó a utilizar en el siglo XIII. Ramón J. Sender describe con excelente precisión el ga-

⁹ ZUNZUNEGUI, "Queridísimos verdugos. Memoria de tanto dolor", en *Nosferatu*, núm. 32, 2000, p. 82.

rrote vil: Dos pequeños bastidores rectangulares, de metal y almohadilla-dos con cuero. El lado frontal de los rectángulos se podía abrir mediante un resorte para hacer que el cuello del reo entrara dentro. Una vez efectuada esa operación, se cerraban los dos bastidores de nuevo y, haciendo girar por detrás del poste la manivela, uno de los bastidores resbalaba delicadamente sobre el otro, estrechando la garganta hasta desarticular a veces las vértebras cervicales o al menos hasta producir la asfixia.

No es de extrañar, por tanto, que el cine español le haya dado al “garrote” el papel protagonista, como ocurre en *Pascual Duarte* de Ricardo Franco (1975).

Pascual Duarte es la adaptación al cine de la novela de Camilo José Cela, *La familia de Pascual Duarte*. La película es la sobria crónica de una realidad dura en la Extremadura anterior a la guerra. La historia contada transcurre en dos tiempos: el real, de la detención, prisión y muerte de Pascual y el de su vida, recordada por él a lo largo del primero. Con una particular estructura, compuesta por una continuada serie de vueltas atrás engarzadas en el viaje de Pascual hacia la cárcel y su posterior ajusticiamiento, completamente ajena a la de la novela, se consigue que, de forma sucesiva, vayan llegando hasta el espectador una serie de imágenes sobre hechos muy concretos de la vida de Pascual, lo que unido a que se dan de una manera fría y desapasionada, completamente alejados de cualquier tipo de dramatización y psicología, hacen que el resultado no sea una explicación de por qué Pascual Duarte es de una muy determinada manera, sino que al espectador se le muestren una serie de hechos, más o menos escuetos, que le lleven a deducir su particular visión de la manera de ser de Pascual Duarte.



La violencia de *Pascual Duarte* —en el film— no es gratuita ni absurda. Ni existencialista. Es consecuencia de unas circunstancias y de su entorno, que están claramente definidos.

La dureza de la película precisamente es que toda la tragedia es inevitable, y los elementos de esperanza que aparecen —el amor

de los hermanos, la boda, la proclamación de la República— son imposibles y juegan un papel ideológico alienante; que muy pronto la vida va a situar en sus términos precisos y sin misericordia que desencadenarán la violencia.

Como ha escrito Eduardo Haro Tecglen, la película retrata la biografía de millones de españoles de todos los tiempos, de los millones de españoles violentados, explotados, humillados y ofendidos que se llaman Pascual Duarte¹⁰. Al final del film la cámara nos muestra una sala amplia con paredes totalmente desnudas. En un extremo, una simple estructura que se asemeja a una silla: el garrote vil. Un gran silencio. Es la madrugada. Se oyen pisadas, cada vez más cerca. Aparece un grupo con Pascual en medio. Un civil se adelanta unos pasos hasta colocarse junto al garrote. Pascual Duarte parece entero. Sin embargo, su andar se hace más lento. Y así el del grupo. De repente, Pascual se desploma. Los que le rodean vacilan un instante. Suena la voz del Oficial: *Levantadlo*. Le cogen por las axilas. Pascual no reacciona. Lo arrastran. Pascual se agita y trata de apoyar con toda su fuerza los pies contra el suelo. Rompe a gritar. Consigue golpear a uno de los guardianes. El garrote está muy cerca. Una mancha oscura crece entre las piernas de Pascual. Le sientan. Le atan. Le cierran la argolla alrededor del cuello. La respiración de Pascual se descompone. Su rostro se transfigura. Con gesto desesperado grita: *¡Hijos de puta!*

Al igual que *Pascual Duarte*, también el film *Proceso a Mariana Pineda* de Rafael Moreno Alba (1984) pone en escena al garrote vil. *Proceso a Mariana Pineda* está centrado en la figura de Mariana Pineda y ambientado en la Granada de 1831, en el octavo año del reinado absolutista de Fernando VII. Narra los últimos días de la vida de una mujer que hizo suya la lucha por la libertad y que fue condenada por bordar en su casa una bandera liberal con el lema *Libertad, Igualdad y Ley*. Mariana Pineda era ajusticiada el 26 de mayo de 1831, con tan sólo 26 años, con el más noble de los tres rituales¹¹ que

¹⁰ EDUARDO HARO TECGLEN, "Pascual Duarte en su contexto", en *Pascual Duarte*, Madrid, 1976, p. 29.

¹¹ Cada tipo de ejecución llevaba una escenificación distinta, diferenciándose por el modo de conducir al condenado hasta el garrote: los condenados a garrote

contemplaba la ejecución a garrote vil, tras rechazar el perdón que se le ofrecía si delataba a sus compañeros de causa.

El informe oficial decía así:

La conducta criminal de Doña Mariana Pineda por su exaltada adhesión al sistema constitucional revolucionario y por su relación y contacto con los anarquistas expatriados en Gibraltar...y por su intento de fuga. Doña Mariana Pineda se halla legalmente convencida de perpetración de delito atroz de que se trata como de maquinaciones por actos de rebeldía contra la autoridad soberana del Rey N.S. o suscitar conmoción popular...por consiguiente es merecedora de la pena capital...

Estamos en Granada...el 13 de mayo de 1831... A hora muy temprana Mariana Pineda es sacada del Beaterio donde había sido internada, por el Alcalde 2º y tres miembros de la policía política, siendo conducida a la Cárcel Vieja. El juez Ceruelo lee la sentencia a la condenada. El párroco de Las Angustias, D. José Garzón, le atiende en confesión. El 24 de mayo, Mariana Pineda está en capilla.

Madrugada del 25 de mayo 1831. Mariana Pineda ha dormido ligeramente. Pide agua. Se baña para arrostrar el momento final debidamente aseada. Se viste un traje de percal azul adornado con flores de azucena color caña. Se pone unas medias grises y se calza zapatos negros de tafilete y punta cortada. Suelta la hermosa cabellera sobre sus espaldas y se dispone a recibir la comunión que tembloroso le da el cura Garzón. Le pide a éste que cuide de sus hijos y pide hacer testamento, que aunque han sido confiscados sus bienes, le quedan deudas.

Auxiliada por el Padre Garzón y otros sacerdotes de la Paz y la Caridad, se dirige a su destino, a un viaje del que no retornará. El verdugo está preparado. Las calles de Granada aparecen llenas a esa hora temprana. Hay muchas lágrimas en unos y también malsana curiosidad en otros.



En el Campo del Triunfo, la multitud se apiña. Se oye el pregón siniestro: *Penal de muerte en garrote vil y confiscación de bienes ha sido decretada contra esta mujer por el crimen de traición contra el paternal Gobierno del Rey Nuestro Señor.*

Se escuchan oraciones. En el centro de la plaza se eleva el patíbulo, el tablado cubierto de bayetas negras, frente a la Inmaculada, obra de Alonso de Mena. Mariana se detiene a rezar ante la imagen. Seguidamente se sienta en el banquillo junto al verdugo. Este le pasa el aro metálico por el cuello y le tapa la cabeza con un capuchón negro. Gira la rueda del tornillo. La muerte sobreviene casi instantáneamente tras un estremecimiento del cuerpo. Sentencia cumplida. Los sacerdotes, entre ellos el Padre Garzón conducen el cadáver al cementerio de Almengor. Una lluvia menuda, primaveral, cae sobre la sepultura. Granada guarda silencio.

Cuando años más tarde fueron exhumados los restos de Mariana Pineda, los médicos que estuvieron presentes observaron que *el esqueleto estaba completo...y que las tres vértebras cervicales, cuarta, quinta y sexta, se hallaban rotas en sus apófisis espinosas y la quinta en su porción anular; no extrañando esta circunstancia por saberse que la fuerza con que obra el tornillo de la argolla, no sólo es suficiente para producir la estrangulación, sino también para causar la rotura de las vértebras sobre las que directamente obra*¹².

¹² REVERTE COMA, "Garrote", Museo de Antropología médico-forense y criminalística, en www.gorgas.gob.pa

En esa misma época, años 80, Televisión Española emitía una serie titulada *La huella del crimen* que recreaba los casos más escalofriantes de la crónica negra española. “La historia de un país es también la historia de sus crímenes, de aquellos crímenes que dejan huella”, era la frase que presentaban los créditos de la serie que fue emitida en dos fases en la cadena pública, en 1985 y 1991, y en la que se dieron cita algunos de los mejores directores e intérpretes del cine español. Por encima de toda la serie flota un alegato contra la pena de muerte. El horror y la violencia de una muerte inhumana revelan que el ojo por ojo no es nunca una opción válida.

El primer episodio de la serie sería *La envenenadora de Valencia*, dirigida por Pedro Olea (1985). El episodio está basado en un caso ocurrido en 1959. Pilar Prades Expósito, la protagonista de esta historia, se convirtió en la última mujer ejecutada por el método más siniestro de la España de Franco: el garrote vil. Pilar Prades fue acusada de un homicidio consumado y otro en grado de frustración, ambos perpetrados con un producto de venta en las droguerías, el matahormigas Diluvión.

Pilar Prades era una mujer de 35 años que llegó a Valencia desde su pueblo de Begis (Castellón) con tan solo 12 años, para servir durante 21 años en distintas casas. Poco agraciada, introvertida y de gesto adusto, duraba poco en las casas en las que entraba a servir. Su mirada era lo que peor efecto causaba en sus patronos, una mirada seca, dura, que traspasaba. Llegó a cambiar de señora hasta en tres ocasiones el mismo año.

Pilar fue una más de las numerosas chicas arrojadas por sus menesterosas familias a la capital con la idea de que ahorraran un dinero para hacerse el ajuar y, en unos años, casarse con algún chico de la ciudad. La muerte de la propietaria de una tocinería, la súbita parálisis parcial de una criada y el extraño



mal del que fue presa la esposa de un médico fueron las evidencias que acusaron a esta mujer que, con su presencia en todos estos sucesos, acumuló pruebas en contra suya.

Pilar Prades fue condenada a muerte por el asesinato de doña Adela y a dos penas de 20 años por los otros dos homicidios frustrados. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia, se agotaron todos los recursos y las peticiones de clemencia resultaron inútiles. Sólo cabía esperar el indulto por parte del Jefe del Estado y había esperanzas de conseguirlo porque hacía diez años que no se ejecutaba a una mujer en España y en este periodo varias envenenadoras habían visto conmutada la pena capital. Pero para Pilar Prades no hubo piedad ni siquiera por parte de los jóvenes ministros tecnócratas del Opus Dei (Ullastres, Navarro Rubio...) y el Consejo de Ministros se dio por enterado de la sentencia, lo que significaba que se procediera inmediatamente a su ejecución. La fecha señalada fue el 19 de mayo de 1959. En la víspera se iniciaron en la prisión de Valencia los preparativos del siniestro ritual.

La ejecución de Pilar alcanzó tintes esperpénticos. Al horror de la situación se sumaron los escrúpulos del verdugo, *Antonio López Sierra*, que se negaba a ajusticiar a una mujer. Tan sólo emborrachándolo se le pudo convencer para que realizara su cruento cometido. En el documental de *Basilio Martín Patiño, Queridísimos verdugos*, se hace especial mención a la ejecución de Pilar Prades. En él, el propio Antonio López comenta cómo ella le preguntó: “¿Tiene usted una hija? Entonces tenga compasión también de mí”.

Una vuelta y media de manivela fue suficiente para romperle el cuello a aquella desgraciada muchacha que acababa de cumplir 31 años y que fue arrojada al otro mundo como lo había sido de niña de su pueblo a la ciudad. Se fue sin saber leer, sin conocer el amor y sin haber gozado un segundo de felicidad. Nadie fue a recoger sus restos.

El desaparecido fiscal Jesús Vicente Chamorro, muy joven en aquellos días, tuvo que presenciar por obligación la ejecución y con-

tó que lo vivido había sido suficiente para hacerle luchar toda su vida contra la pena de muerte¹³. Y uno de los letrados, también testigo presencial, se la contó a su paisano y amigo Luis García Berlanga, y éste se la contó a Rafael Azcona, y así nació *El verdugo*.

En la serie “La huella del crimen” también hubo un espacio para José María Manuel Pablo de la Cruz Jarabo Pérez-Morris, más conocido por Jarabo, condenado a pena de muerte y ejecutado por *garrote vil* por Antonio López Sierra el 4 de julio de 1959. El episodio dedicado a *Jarabo* tuvo como director a Juan Antonio Bardem (1985).

Jarabo, quien procedía de una insigne familia burguesa y había recibido una exquisita educación, asesinó a dos hombres y dos mujeres a sangre fría. El “caso Jarabo” horrorizó a la España de Franco. Su ejecución abrió el debate sobre la pena de muerte y el garrote vil.

Jarabo no opuso la más mínima resistencia: aceptó la derrota como un caballero, pidió que subieran comida desde Lhardy para todos, una botella de coñac francés, y consiguió que le dieran una inyección de morfina. Y así, como en una sobremesa, inicia lentamente, uno de los más patéticos monólogos que jamás hizo alguien ante un policía contando la maldita historia del solitario de oro. Manifestó que sentía profundamente la muerte de las dos mujeres, pero no así las de los que le habían chantajeado.

Las ocho y veinte del miércoles, 23 de julio de 1959. Diecinueve horas de interrogatorio ininterrumpido. El inspector Rivas se muestra satisfecho con la declaración y permite que Jarabo se vaya a descansar al calabozo. El jueves 29 de enero se inicia en el Palacio de Justicia de Madrid el juicio. La sala se llenó de famosos y conocidos, artistas (como Zori o Sara Montiel), algún torero, esposas de altos funcionarios... Abundaban las mujeres y sólo faltaba la orquesta de Bernard Hilda para que aquello fueran las tardes del Hotel Ritz.

La entrada de Jarabo en la sala de la sección quinta fue impresionante. Estrenaba un traje a medida que le sentaba como un guante y avanzó con paso firme y decidido y dedicando sonrisas a las muje-

¹³ COSTA, “Garrote vil para la envenenadora”, en *El País Semanal* de 5 de julio de 2009.

res, que le miraban extasiadas. Cinco días duró el juicio, y cinco trajes se puso Jarabo. “Una ocasión como ésta bien merece estrenar un traje”, comentó el reo, para el que se pedían cuatro penas de muerte. Las mismas que le pusieron como condena. Y de nada le valieron las amistades ni el hecho de que su tío presidiera el Supremo. Franco no dudó y dio el visto bueno a la ejecución; las muertes de la criada y de la esposa de Emilio pesaban demasiado. Antonio, el verdugo de la Audiencia de Madrid, fue el encargado de la ejecución, que era la número 18 en su larga carrera. Daniel Sueiro mantuvo una conversación con él que publicó en su libro *Los verdugos españoles*:

Era un jabato así de alto, 105 kilos pesaba. No paró de beber whisky y fumar, y en toda la noche no se quitó la corbata. Y le tuve que decir al director de la cárcel, cuando llegó la hora, que se la quitara porque si no el garrote no iba a funcionar. Llevaba una colonia que debía de valer un dineral. A las cinco oyó misa y comulgó. Y se puso los dientes de oro y todo sabiendo que iba a morir.

Era la madrugada del 4 de julio de 1959 cuando el “ejecutor de sentencias”, vulgo verdugo, giró la manivela. La ejecución fue una auténtica carnicería porque la pericia del veterano verdugo nada pudo con aquel cuello de toro. Por tres veces tuvo que repetir la faena. La ejecución se hizo interminable, sobre todo para el ajusticiado, que debió sufrir espantosamente¹⁴. Tras dos vueltas del verdugo al tornillo del garrote, Jarabo seguía vivo y el médico tardó veinte minutos en certificar su defunción. Tal impresión dejó aquella espantosa escena en los presentes que se organizó una comisión de médicos para realizar un estudio sobre el uso del garrote¹⁵.

La condena a cuatro penas de muerte fue entendida como justa en la España de la época. Jarabo ostenta el dudoso honor de ser el último ajusticiado mediante garrote vil en España.

¹⁴ En *Queridísimos verdugos* se relata la emoción que embarga a Antonio Ferrer Sama, abogado de Jarabo, cuando describe la espantosa muerte de su cliente.

¹⁵ COSTA, “Jarabo, los crímenes de un caballero español”, en *El País Semanal* de 13 de julio de 2008.

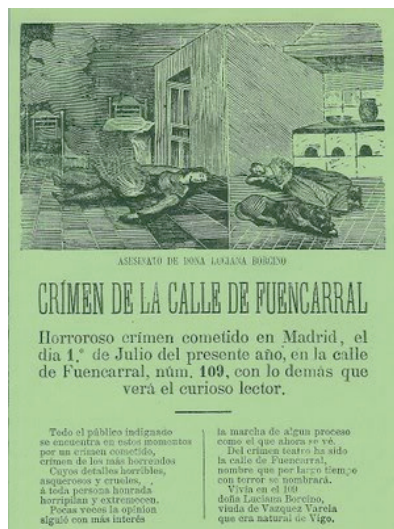


Al día siguiente los periódicos publicaron una escueta nota que rezaba: “En las primeras horas de la mañana de ayer, en el patio principal de la Prisión Provincial de Madrid, ha sido ejecutada con las formalidades exigidas por la Ley en estos casos, la sentencia de pena de muerte dictada contra José María Manuel Pablo de la Cruz Jarabo Pérez Morris”.

El episodio *El crimen de la calle Fuencarral* de Angelino Fons (1985) relata el suceso de una mujer y su criada encontradas en el interior de una casa que había ardido. La mujer había sido apuñalada mortalmente antes del incendio, por lo que se condenó a la criada, Higinia, a la pena de muerte en el garrote vil. Comenzaba así un episodio histórico que andaría en coplas y leyendas, con un fuerte trasfondo político en el que participaron, de una u otra manera, relevantes personajes de la época: Sagasta, Canalejas, Silvela, Montero Robledo, Ruiz Jiménez, Montero Ríos y Nicolás Salmerón. Un episodio que dejaría en el lenguaje madrileño la frase *es más conocido que el crimen de la calle Fuencarral*.

¿Había matado la criada a la señora, y provocado el incendio para borrar las huellas? El caso es que, mientras el juez encontraba indicios racionales de culpabilidad para decretar la prisión preventiva de Higinia —apellidada Balaguer Ostolé, hija de Mariano y Petra; nacida en Ainzón, partido judicial de Borja, Zaragoza; soltera, sirvienta, de 28 años—, en la calle nacía un clamor popular que gritaba la culpabilidad del hijo de la difunta: José Vázquez-Varela, de 23 años, mozo rubio, de boca grande y labios gruesos, también

conocido como *Vareleta* y *El pollo Varela*, que mantenía relaciones con Dolores Gutiérrez, conocida como *Lola la Billetera*.



Llegado el juicio, que se celebró con enorme expectación —y pese a la versión de la “acción popular”, emprendida y encabezada por el abogado Joaquín Ruiz—Giménez, que señalaba como culpable del crimen a José Vázquez-Varela y como inductor a D. José Millán Astray, director en funciones de la cárcel Modelo—, la sentencia estableció que sobre las diez de la mañana del 1 de julio Luciana Borcino salió a misa, momento que aprovechó Higinia —de quien hizo un acertado dibujo durante la vista oral Benito Pérez Galdós— para narcotizar al perro. A la vuelta del ama, “sola o con ayuda de alguna otra persona”, se abalanzó sobre su señora y le infirió tres heridas.

Según el fiscal, después del crimen abandonó la casa con “más de noventa y dos mil reales en un pañuelo que entregó a Dolores Ávila”; luego regresó a la vivienda y montó la comedia del incendio. La sentencia condenó a Higinia —por el delito de robo con homicidio— a la pena de muerte, y a Dolores Ávila —como cómplice— a 18 años de reclusión. Fueron absueltos Vázquez-Varela, Millán Astray y María Ávila.

La reina no hizo uso de su prerrogativa de indulto. Higinia subió al patíbulo el sábado 19 de julio de 1890. Se había fijado las 4:00 horas de la madrugada para la ejecución. El verdugo se presentó ante Higinia para pedirle perdón como estaba establecido. Higinia se lo concedió llorando amargamente. El patíbulo estaba ya preparado en el patio de la cárcel. Higinia se confesó con el Padre Villa, reiterándole una vez más su inocencia en el crimen. Las inmediaciones de la Cárcel Modelo estaban abarrotadas de gente¹⁶. Cien Guardias Civiles mantenían el orden.

En el momento de su agónica muerte Higinia pronunció sus últimas palabras, que se han quedado para siempre en el folclore madrileño: ¡Dolores!, ¡Catorce mil duros! El verdugo dio cuatro vueltas al tornillo y en un instante moría aquella discutida mujer. El cadáver quedó expuesto al público durante nueve horas como estaba reglamentado, hasta el atardecer.

Transcurridas esas horas fue descolgada del patíbulo, llevada a la enfermería de la prisión donde fue amortajada por los Hermanos con el hábito de la orden de San Francisco. En un coche, escoltado por Guardias Municipales fue llevada al Cementerio del Este donde recibió cristiana sepultura en la parcela 25, letra A.

Entre los notables que presenciaron la ejecución se contaba la condesa de Pardo Bazán, quien al día siguiente publicó una crónica sobre la ejecución en *El Imparcial*¹⁷. El cadáver de la ajusticiada fue contemplado también por un joven Pío Baroja, estudiante en la Facultad de Medicina de San Carlos de Madrid. Don Pío atraído por la curiosidad pudo presenciar la última ejecución pública que tuvo lugar en la Plaza frente a la Cárcel Modelo de Madrid, la de Higinia Balaguer, la autora del crimen de la calle de Fuencarral. Relata así sus impresiones Pío Baroja en sus Memorias: *Desde los desmontes próximos a la cárcel, hormigueaba el gentío. Soldados de a caballo formaban un cuadro muy amplio. La ejecución fué rápida. Salió al tablado una figuri-*

¹⁶ Según *La Vanguardia* de 20 de julio de 1890, p. 5: "Calcúlase en 20.000 personas las que presenciaron la ejecución"

¹⁷ Una reseña en *La Vanguardia* de 20 de julio de 1890 aludía a que "El Imparcial publica un curioso artículo de doña Emilia Pardo Bazán explicando las impresiones recibidas cuando la ejecución de Higinia".

ta negra. El verdugo la sujetó los pies y las faldas. Luego los Hermanos de la Paz y la Caridad y el Cura con una cruz alzada formaron un semicírculo delante del patíbulo y de espaldas al público. Se vió al verdugo que ponía a la mujer un pañuelo negro en la cara, que luego daba una vuelta rápidamente a la rueda, quitaba el pañuelo y desaparecía. Enseguida el Cura y los Hermanos de la Paz y la Caridad se retiraron y quedó allí la figurita negra, tan pequeña, encima de la tapia roja de ladrillo, ante el cielo azul claro de una mañana madrileña¹⁸.

El director Ricardo Franco sería el encargado de dirigir *El crimen de las estanqueras de Sevilla* (1991).

En Julio del año 52, en el interior de un estanco de la calle Menéndez Pelayo de Sevilla, se encuentran bañados en sangre los cadáveres de las dos hermanas propietarias del negocio. Se habían ensañado con ellas: trece puñaladas tenía una y dieciséis la otra. Nada está descolocado y nada se han llevado los asesinos. La Justicia se ceba en tres parias, tres hombres de cerca de 30 años con numerosos antecedentes que en el año 56, finalmente, fueron ejecutados a garrote vil.

Las confidencias de algunos rateros revelaron que el asesinato podía ser obra de "El Tarta" y de sus compinches, que por aquellos días se movían en el mundo del hampa con más dinero de lo habitual. La policía detuvo, en los últimos días de julio, a Vázquez Pérez, al que llamaban "El Mellao", asiduo colega de "El Tarta". Tras los interrogatorios propios de la época, Vázquez Pérez confesó su participación en el crimen y delató a sus dos compinches: "El Tarta", que fue detenido días después, cuando se prestaba a incorporarse a la Legión, y Antonio Pérez Gómez, cuya captura se produjo dos semanas más tarde, en Madrid.

A pesar de las detenciones, los detalles de la historia no fueron fáciles de poner en claro. Al parecer la condena se hizo sin pruebas, en virtud de las confesiones de los reos, realizadas bajo la tortura. Durante el juicio fueron defendidos por un prestigioso abogado que, uno a uno, fue desmontando los testimonios acusatorios. Los tres delincuentes que fueron acusados de estos crímenes y senten-

¹⁸ PÍO BAROJA, *Memorias II: Familia, infancia y juventud*, Madrid, 1944, p. 189.

ciados a garrote vil fueron considerados en su época como mártires. Un día, durante su estancia en la cárcel, Vázquez Pérez se cortó las venas y escribió con su propia sangre en la pared de la celda: *Soy inocente*. “El Tarta” proclamó su inocencia hasta el momento mismo de la ejecución, en el garrote vil.



Los tres fueron ejecutados el 4 de abril de 1956 en el patio de la prisión de la Cruz del Campo, después de asistirles con los últimos Sacramentos.

En 2006, Manuel Huerga rueda *Salvador* (Puig Antich). La película está basada en los hechos reales de la ejecución en la España franquista del joven anarquista Salvador Puig Antich en 1974 a manos de un verdugo extremeño. El director de *Antártida* reconstruye esta historia real, basándose en un conocido libro de Francesc Escribano. *Salvador* se suma a este tipo de películas de denuncia contra la pena de muerte.

Salvador (Puig Antich) narra la vida del protagonista y los intentos desesperados de su familia, compañeros y abogados por evitar su ejecución. Huerga relata las últimas horas de la tensa espera hasta la negación del indulto y el cumplimiento de la pena capital.

Salvador Puig Antich fue capturado el 25 de septiembre de 1973, tras un confuso tiroteo con la policía en el que el joven resultó herido y un agente muerto. Ese mismo año, el día 20 de diciembre, la organización terrorista ETA atentaba contra el almirante Carrero Blanco, presidente del Gobierno de Franco, provocando su muer-

te. Salvador Puig Antich se convertiría en el chivo expiatorio que un sector del régimen franquista reclamaba. El consejo de guerra se convierte en una farsa, un puro trámite para condenar a muerte a un joven de veinticinco años, Salvador Puig Antich. El tribunal militar que le juzgó basó la sentencia de muerte en que se consideraba probada su participación como autor material en el asesinato de un policía.



El 2 de marzo de 1974, el joven anarquista Salvador Puig Antich se convirtió en el último preso político ejecutado en España, en la cárcel modelo de Barcelona, mediante garrote vil. La muerte trágica y cruel de Salvador fue un acto injusto que tuvo un gran impacto internacional y marcó a toda una generación que soñaba y luchaba por un futuro en libertad y que aún hoy se pregunta si hizo todo lo posible para impedir una ejecución tan terrible como inútil.

Para la banda musical original se contó con Lluís Llach que, además de componerla, incluyó su clásico tema *I si canto trist*, compuesta por Llach en 1974 en homenaje al anarquista ejecutado al que conocía personalmente.

Junto al garrote vil, el fusilamiento es otro de los macabros métodos utilizados para ejecutar a un ser humano. Dos películas destacan en la filmografía española: *La noche más larga* de José Luis García Sánchez y *Las 13 rosas* de Emilio Martínez-Lázaro.

El film *La noche más larga* de José Luis García Sánchez (1991) refleja los últimos fusilamientos del franquismo en septiembre de 1975, mes y medio antes de la muerte del dictador. La condena de tres militantes del Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP): Juan Humberto Baena, Ramón García Sanz y José Luis Sánchez Bravo, y dos de ETA, Ángel Otaegui y Juan Paredes Manot, se reconstruye a partir del encuentro, quince años más tarde, del abogado y el fiscal militar que participaron en el juicio.

FUSILADOS ESTA MAÑANA

FUERON EJECUTADOS POR FUERZAS DE ORDEN PÚBLICO

En los primeros meses de este mes, han sido fusilados en Madrid José Humberto Baena Barco, de cincuenta años de edad; José Luis Sánchez-Bravo Solís, de cuarenta años, y Ramón García Sanz, de veintinueve. En Barcelona y Burgos también fueron ejecutados por franquistas Xosé Paredes Manot, de cincuenta años, y Ángel Otaegui Echeverría, de treinta y tres años. El crimen en Madrid fue cometido en febrero a raíz de un atentado contra el rey y sus hermanos del orden milímetro.

MANIFESTACIONES EN EUROPA Y ASALTOS A DIVERSAS EMBAJADAS ESPAÑOLAS. LA DE LISBOA HA SIDO INCENDIADA.

A las cinco de la mañana de un día de estos, el momento de la liberación de Madrid. El ejército franquista, tras haberse retirado a las montañas, se prepara para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate.

Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate. Los soldados de la Guardia Civil y del Ejército se preparan para el combate.



José Luis Sánchez-Bravo

José Ramón Alvaró

Ramón García Sanz



Juan Paredes Manot

Ángel Otaegui Echeverría

El 27 de septiembre fueron fusilados cinco luchadores antifascistas, tres militantes del FRAP y dos de ETA. José Luis Sánchez-Bravo Solís, Xosé Humberto Baena Alonso y Ramón García Sanz, del FRAP y Juan Paredes Manot «Txiqui» y Ángel Otaegui Echeverría de ETA.

En 1990, el abogado Juan Tarna y el ex fiscal militar Menéndez se reencuentran en un tren y durante la cena ambos recuerdan el pasado, los agitados días, ya algo lejanos, en que ambos conocieron a Gloria. En 1975, Gloria, una chica ingenua y provinciana, había llegado a Madrid para intentar salvar la vida de su hermano Fito, acusado de formar parte del comando que había asesinado en Madrid a un policía.

Juan es un abogado idealista preparado para luchar hasta el final para salvarle la vida a un hombre acusado de asesinar a un policía; un crimen por el que se enfrenta a la pena de muerte. Pero Juan no se ve movido sólo por su ideología sino también por el amor que siente por la hermana del acusado, Gloria. La sentencia final les hará pagar un precio muy caro.

Asimismo la película *Las 13 rosas* de Emilio Martínez-Lázaro (2007) está basada en hechos reales. Su director recupera la historia de las jóvenes asesinadas por Franco en Madrid en agosto de 1939.



Las 13 rosas narra la historia de 13 jóvenes condenadas a muerte por un Tribunal Militar por un delito que no habían cometido. Detenidas al mes de acabar la Guerra Civil Española, sufrieron duros interrogatorios y fueron a parar a la cárcel madrileña de Ventas. Las reclusas las bautizaron como las “menores”, quienes pensaban que sólo pasarían unos años en la cárcel, pero acabaron siendo acusadas de un delito de “adhesión a la rebelión”, por reorganizar las Juventudes Socialistas Unificadas (JSU) y por intentar un atentado contra Franco. En el juicio se les condenó a morir en un plazo de setenta y dos horas; antes de cumplirse el plazo, en la madrugada del 5 de agosto de 1939, fueron fusiladas junto a la tapia del cementerio de la Almudena de Madrid. Tenían entre 16 y 29 años, siete de las trece eran menores. Desde entonces, se les conoce como las Trece Rosas.



III

La pena de muerte en las regiones del mundo

LAS AMÉRICAS

Contra la pena de muerte en el Caribe anglófono: una contribución criminológica

ROGER HOOD¹
Universidad de Oxford

1. El contexto de la pena muerte

Mientras se escribe este artículo (julio del año 2006), ochenta y ocho Estados han abolido la pena de muerte para todos los delitos ya en tiempo de paz, ya en tiempo de guerra, bien en la ley civil, bien en la ley militar. Otros diez la han abolido para todos los delitos exceptuándose el delito de traición cometido en circunstancias excepcionales o bajo ley militar en tiempo de guerra. Sólo cincuenta y nueve países mantienen la pena de muerte para delitos de asesinato (y algunos de estos países para otro tipo de delitos, como el tráfico de drogas) y han llevado a cabo, al menos, una ejecución en los últimos diez años. Y, aunque cuarenta y un países también conservan la pena de muerte en su ordenamiento jurídico, estos no han realizado una ejecución durante aquel periodo de tiempo y, al menos, veintisiete de ellos, según Amnistía Internacional, se han comprometido a no reanudar las ejecuciones².

Por tanto, resulta evidente que el objetivo de las Naciones Unidas de lograr una abolición global de la pena capital, a través de

¹ Traducción realizada del inglés por el Profesor Titular de Derecho Penal Francisco Javier de León Villalba, UCLM Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI.

El autor agradece al Doctor Florence Seemungal y Saul Lehrfreund los valiosos comentarios recibidos durante la preparación de este artículo. Publicado originalmente en H. Muellen Diet et al (eds.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden Nomos 82007, Reimpreso en Luis Arroyo-Paloma Biglina, William A. Schabas (eds.), *Towards Universal abolition of the Death Penalty*, Tirant lo Blanch, 2010.

Véase también el reciente informe *Public Opinion on the Mandatory Death Penalty in Trinidad y Tobago* de Roger Hood y Florence Seemungal, 2011.

² Amnistía Internacional, *Facts and Figures on the Death Penalty*, actualizado a fecha de 27 de junio de 2006, en <http://web.amnesty.org>.

sus varios tratados sobre derechos humanos y otras iniciativas, está más próximo que nunca a cumplirse. La velocidad con la que este movimiento se ha abierto camino es verdaderamente impresionante. Hace diez años, a finales de diciembre del año 1995, había únicamente setenta y tres Estados abolicionistas y cuarenta y un países que no habían llevado a cabo una ejecución en los últimos diez años en comparación con los noventa y ocho Estados abolicionistas y los veintinueve que no han realizado ninguna ejecución en julio de 2006. Más aún, entre los Estados no abolicionistas, conforme a los datos publicados por Amnistía Internacional —los cuales deben leerse cautelosamente puesto que muchos de ellos son datos meramente estimatorios—, sólo dieciocho Estados habían realizado veinte o más ejecuciones entre 1999 y 2003 y únicamente ocho habían presuntamente ejecutado a más de cien personas, esto es, una *ratio* de aproximadamente veinte personas al año durante el citado periodo de tiempo, a saber: China, República Democrática del Congo, Irán, Arabia Saudí, Singapur, Estados Unidos, Vietnam y Yemen³. Aún más, el número de personas ejecutadas ha descendido en prácticamente todos estos países. Por ejemplo, las ejecuciones en Bielorrusia decrecieron de veintinueve en 1999 a una en el año 2003. Cuarenta y una ejecuciones fueron llevadas a cabo en Taiwán en 1999 pero sólo siete en el año 2003. Los datos de Singapur (el país que más ha recurrido a la pena de muerte en relación al tamaño de su población) revelan una pauta similar— cuarenta y tres ejecuciones en 1999 frente a seis en 2004. Amnistía Internacional recibió informes de ejecuciones en sólo veintidós países durante el año 2005 y, a parte de China⁴, donde resulta imposible obtener datos fidedignos, no se tiene noticia de que ningún otro país haya ejecutado a más de cien personas. Así, dejando China a un lado, Amnistía Internacional registró sólo trescientas setenta y ocho ejecuciones en todo el mundo en 2005, de las cuales al menos noventa y cuatro fueron en Irán, ochenta y seis en Arabia Saudí y sesenta en Estados Unidos. Los

³ Ver *Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing of the rights of those facing the death penalty*, Informe del Secretario General, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social E/2005/3, paras. 41-53.

⁴ Se estima que el número de ejecuciones anuales se sitúa entre 800 o menos hasta 3.400 o más personas.

restantes dieciocho países han ejecutado a al menos ciento treinta y ocho personas, una media de ocho cada uno⁵.

En atención a lo que parece constituir un inexorable movimiento abolicionista, no es sorprendente que la doctrina haya dirigido sus esfuerzos a reflexionar sobre qué puede hacerse para persuadir a aquellos Estados que todavía no han abolido la pena de muerte para que así lo hagan. Uno de estos países es la caribeña República de Trinidad y Tobago la cual, junto con otros Estados del área del Caribe, ahora independientes pero inicialmente integrantes de las colonias británicas, se ha opuesto firmemente a toda presión legal y diplomática para abandonar la pena de muerte. Sin embargo, para muchos resulta irónico que estos Estados, donde la pena de muerte ha sido un instrumento legal impuesto con clara conexión con el inicio de la esclavitud y los trabajos forzados, tuvieran que, para conseguir su independencia, incluir cláusulas de salvaguardia en sus textos constitucionales para conservar la ley penal y las penas por asesinato tal y como eran antes de la independencia, esto es, pena de muerte imperativa⁶.

La finalidad de este artículo en memoria de Heike Jung, el cual siempre ha llamado la atención sobre el valor que la investigación empírica posee en los estudios jurídicos, es ofrecer una perspectiva del esfuerzo desarrollado por los abogados para establecer un debate en torno a la abolición de la pena de muerte en la República de Trinidad y Tobago y otros Estados del Caribe, con el objetivo de su completa abolición; así como mostrar cómo el conocimiento empírico-criminológico en la aplicación de la pena de muerte, desarrollado por el autor y su colega, la doctora Florence Seemungal⁷, ha contribuido a este esfuerzo.

⁵ *Death Penalty News May 2006*, AI Index: ACT 53/002/2006.

⁶ Para un excelente análisis de esta cuestión y de cuáles han sido sus consecuencias, ver BURNHAM, M.A.: Indigenous constitutionalism and the death penalty: The case of Commonwealth Caribbean, *International Journal of Constitutional Law*, 3 9540, 2005, pp. 582-616, incluido en este volumen, véase, infra.

⁷ El informe de HOOD, R. y SEEMUNGAL, F: *A Rare and Arbitrary Fate. Conviction for Murder, the Mandatory Death Penalty and the Reality of Homicide in Trinidad and Tobago*, Universidad de Oxford, Centro de Criminología, 2006, puede

2. La situación en Trinidad y Tobago

Las ejecuciones en Trinidad y Tobago son poco comunes y esporádicas a pesar de que el número de asesinatos ha crecido alarmantemente en los últimos años y de que la sentencia de muerte es imperativa en caso de ser condenado por este delito. Una persona fue ejecutada en 1994 y diez hombres en 1999, nueve de los cuales fueron procesados por el mismo delito. Desde entonces, no ha habido ejecuciones aunque, en junio del año 2005, ochenta y tres personas fueron condenadas a sentencia de muerte.

El número anual de muertes por asesinato ha descendido, según datos policiales, de ciento cuarenta y tres en 1994 a noventa y tres en 1999 pero, sin embargo, las cifras han comenzado rápidamente a repuntar hasta ascender a ciento setenta y uno en 2002 y a trescientos ochenta y siete en 2005. Esto significa que hubo un incremento de 7,6 asesinatos registrados por cada 100.000 habitantes de una población de aproximadamente 1,26 millones en 1993 a 30,7 por cada 100.000 en 2005, una de las más altas cifras del mundo de asesinatos en relación con la población. Como era de esperar, esto ha creado una notable preocupación, más significativa quizá por el aparente descenso en la proporción de casos que eran llevados ante la justicia⁸. En una encuesta llevada a cabo por el *Trinidad Sunday Guardian* en noviembre de 2003 se reveló que el 62% de los encuestados declaraba tener miedo de ser asesinado y sólo dos años después otra encuesta puso de manifiesto que el 55% de los encuestados situaban el crimen como primer problema que afectaba al país y citaban el asesinato en el primer lugar de sus preocupaciones.

consultarse gratuitamente en The Death Penalty Project, 50 Broadwick Street, London, W1F 7AG o en el sitio web www.thedeathpenaltyproject.org.

⁸ El número de personas procesadas por la comisión de un delito de asesinato cayó desde un alto 88% en 1999 a sólo un 38% en 2002, un descenso de más del 50%.

3. El desafío legal

Una de las razones principales por las que las ejecuciones han sido tan escasas se debe al éxito de los abogados en llevar estos casos ante el Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona en Londres (todavía la más alta instancia de apelación para Trinidad y Tobago)⁹. De gran trascendencia fue la decisión judicial tomada en el caso *Pratt and Morgan vs. The Attorney General for Jamaica* en 1993 acerca de la duración del tiempo que los condenados pasaban en el corredor de la muerte antes de ser ejecutados —más de doce años— tanto en Jamaica como en Trinidad y Tobago¹⁰.

El Consejo Privado de la Corona sostuvo que constituía un castigo inhumano y degradante ejecutar a una persona que había estado bajo sentencia de muerte durante un periodo de tiempo superior a los cinco años. El Gobierno de Trinidad y Tobago decidió entonces acelerar el proceso de espera eliminando la posibilidad de apelar ante tribunales internacionales. Así, en 1998, se tomó la decisión sin precedentes de retirarse del Primer Protocolo Adicional del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), por el cual se pueden presentar demandas ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fundamentadas en el que el trato recibido contraviene la citada convención. Al volver a ratificar el ICCPR, Trinidad formuló una reserva al convenio según la cual el Comité de Derechos Humanos “no será competente para recibir y considerar comunicaciones relacionadas con prisioneros que se encuentren bajo sentencia de muerte”. El Comité de Derechos Fundamentales consideró que esta reserva era inválida¹¹ y, en el año 2002, el gobierno nuevamente se retiró de este Protocolo Adicional aún permaneciendo como parte del Pacto. Como miembro de la Organización de Es-

⁹ El Tribunal de Justicia del Caribe (*Caribbean Court of Justice*, CCJ) se creó en febrero del año e inaugurado el 16 de abril de 2005, con sede central en Puerto España (*Port of Spain*, Trinidad). No obstante, Trinidad y Tobago tiene que reformar su Constitución para poder aceptar la jurisdicción de este Tribunal. En la actualidad, el Tribunal de Justicia del Caribe es la última instancia de apelación sólo para Barbados y Guyana.

¹⁰ *Pratt and Morgan v. The Attorney General for Jamaica*, 4 AII E.R. 769 (PC) (1993).

¹¹ Comunicación 31/12/99, *Kennedy v. Trinidad y Tobago*, decisión sobre admisibilidad.

tados Americanos (*Organisation of American States*, OAS) desde 1967 (habiendo alcanzado la independencia en 1962) Trinidad y Tobago está obligada por la Carta Americana y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que protege a los acusados de castigos crueles, infames e inusuales. También está obligada a no inferir castigos o tratos crueles, inhumanos o degradantes por la Convención Interamericana de Derechos Humanos ratificada en 1991 y por su reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En mayo de 1998 y con efectos desde mayo de 1999, el gobierno se retiró de la Convención y de la jurisdicción de la Corte en un nuevo intento de acortar el tiempo entre los procesos por asesinato y todas las apelaciones posibles a menos de cinco años para poder hacer ejecutar todas las sentencias de muerte. Sin embargo, al permanecer como miembro de la Organización de Estados Americanos, los ciudadanos de Trinidad y Tobago pueden todavía apelar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en aplicación de la Declaración Americana.

Tanto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹² como la Comisión y la Corte Interamericana mantienen que la pena de muerte imperativa es una violación de las respectivas convenciones¹³. Esta misma posición se sostuvo también en 2001 por la Corte

¹² Ver *Kennedy v. Trinidad y Tobago*, 28 de marzo de 2002, CCPR/C/74/D/845/1998 y *Thompson v. St. Vincent and the Grenadines*, 5 de diciembre de 2000, CCPR/C/70/D/806/1998, por la que se mantenía que la pena de muerte imperativa contravenía el art. 6 (1) (el derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹³ *Hilaire v. Trinidad y Tobago*, Informe de la Comisión Interamericana 66/99 (1999), en *Hilaire, Constantine and Benjamine and Others v. Trinidad and Tobago* (Ser. C, núm. 94, 2002). La Corte Interamericana sostuvo que la pena de muerte imperativa en Trinidad y Tobago puesto que “*compele a una indiscriminada imposición del mismo castigo para conductas que pueden ser sensiblemente diferentes [...] supone un riesgo para la posesión más preciada, la vida humana, y es arbitraria conforme a los términos del art. 4 (1) del Convención [porque] trata a todos los condenados por un mismo delito no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros de una masa anónima e indiferenciada sometida a la ciega imposición de la pena de muerte*”. Y “*cuando se usa, como ocurre en Trinidad y Tobago [...] para castigar delitos que no presentan un carácter de máxima gravedad, en otras palabras, cuando la aplicación de este castigo es contrario a lo previsto en el art. 4 (2) de la Convención Americana [...]*”. A favor de esta sentencia, la Corte citó la decisión sobre el caso *Woodson v. North Carolina* (1976), 428 U.S. a 304. Ver igualmente SCHABAS, W. A.: *The*

de Apelación del Caribe Oriental (que no posee jurisdicción sobre Trinidad y Tobago) al considerar que aquélla privaba a la persona “cuya sentencia ya había sido adoptada de cualquier oportunidad de que la sala tuviera en consideración posibles circunstancias atenuantes”¹⁴, una resolución que, junto con otras sentencias contrarias a la pena de muerte imperativa, como las de St. Christopher y Nevis y Belize, fue defendido en 2002 por el Comité Judicial Consejo Privado de la Corona¹⁵. En consecuencia, no fue sorprendente que, en 2003, en el caso *Balkissoon Roodal v. The State of Trinidad and Tobago*, el Consejo Privado también concluyese que la pena de muerte imperativa infringía el derecho a no ser sometido a castigos o tratos crueles o inusuales. La mayoría de la sala mantuvo que la cláusula de salvaguardia (cláusula 6) de la Constitución de Trinidad y Tobago de 1976, la cual protege el orden jurídico preconstitucional de posibles cambios introducidos por la jurisprudencia, no puede entorpecer el deber de los tribunales “de construir y aplicar” la Constitución y demás legislación de manera que se proteja y se garanticen los derechos fundamentales, incluidos la protección contra la imposición de castigos o tratos crueles o inusuales previstos en las secciones 1 y 2 de la Constitución. La Sala apuntó a que en Trinidad y Tobago “el delito de asesinato está basado en el *Common Law* inglés [y, por tanto] engloba un espectro extraordinariamente amplio de casos de homicidio, muchos de los cuales no serían considerados como constitutivos de delitos de asesinato en el lenguaje ordinario”¹⁶. Por tanto, se declaraba que la legislación ha de ser interpretada de tal manera que la pena de muerte

Abolition of the death penalty in International Law, Tercera Edición, Cambridge, 2002, p. 111.

¹⁴ *Spence and Hughes v. The Queen*, Criminal Appeal núm. 20 de 1998, Corte de Apelación del Caribe Oriental (*Eastern Caribbean Court of Appeal*, 2 de abril de 2001). Ver LEHRFREUND, S.: *International Legal Trends and the “Mandatory” Death Penalty in the Commonwealth Caribbean*, *Oxford University Commonwealth Law Journal* 1, (2001), pp. 1717-194.

¹⁵ *The Queen v. Peter Hughes* (2002) 2 AC, 259; en relación con St. Christopher y Nevis, *Berthill Fox v. The Queen* (2002) 2 AC 284, y en relación con Belize, *Reyes v. The Queen*, (2002) 2 AC 235. En el año 2006, el Consejo Privado de la Corona sentenció que la pena de muerte imperativa en Bahamas constituía una violación de la Constitución del país, en *Forrester Bowe Jr. And Trono Davis v. The Queen* (2006) UKPC 10.

¹⁶ *Roodal v. The State of Trinidad and Tobago* (2005) 1 AC 328, pp. 338-339.

debe ser la máxima pena y no la única para los delitos de asesinato, a discrecionalidad del tribunal. Una minoría de la Sala, no obstante, mantuvo que la existencia de una cláusula de salvaguardia significaba que el Consejo Privado no poseía legitimidad para cambiar la ley. Un año después, en apelación por parte del Estado, el pleno de la Sala del Comité Judicial compuesto por nueve miembros sentenció, en el caso *Charles Matthew*, por cinco votos frente a cuatro que, sin perjuicio de que el Estado de Trinidad y Tobago no considere la pena de muerte imperativa como un castigo cruel y bárbaro, ésta estaba efectivamente protegida por la cláusula de salvaguardia:

[...] la sección 6 (1) establece que “*nada en las secciones 4 (protección del derecho a la vida) y 5 (2) (b), que dispone que el Parlamento no puede imponer o autorizar la imposición de penas o tratos crueles o inusuales) podrán invalidar una ley existente. La ley conteniendo la pena de muerte es una ley preexistente a la entrada en vigor de la Constitución y, por lo tanto, el hecho de si constituye o no una infracción del derecho a la vida o una pena o trato cruel o inusual no puede ser invalidado por el conflicto con las secciones 4 y 5. De lo que se deriva que permanece válida*”¹⁷.

Esta decisión fue estigmatizada por parte de la minoría, incluido Lord Bingham, el padre del Derecho (*the Senior Law Lord*), “*como una muestra de interpretación legalista y extensiva [...] extraña a la ley y causante de una gran injusticia a un pequeño pero importante sector de la sociedad de Trinidad y Tobago [...]. El resultado de revocar Roodal es suplantarse un régimen que es justo, en relación con los estándares de derechos humanos internacionalmente aceptados, y viable (como la experiencia en el Caribe oriental ha demostrado), por otro que es injusto, arbitrario y contrario a los derechos humanos patrocinados por el Estado*”¹⁸.

En definitiva, la decisión en el caso *Matthew* significó que la única manera en la que la pena de muerte imperativa puede ser abolida en

¹⁷ *Matthew v. The State of Trinidad and Tobago* (2005) 1 AC, pp. 433-447. Para una discusión sobre éste y otros casos precedentes, ver BURNHAM, M.A.: Saving Constitutional Rights from Judicial Scrutiny: the Savings Clause, en *Law of the Commonwealth Caribbean, The University of Miami Inter-American Law Review*, 36 (2&3), 2005, pp. 249-269. Véase también KNOWLES, J.: Capital Punishment in the Commonwealth Caribbean: Colonial Inheritance or Colonial remedy?, en SCHABAS, W.A y HODGKINSON, P. (editores): *Capital Punishment. Strategies for Abolition*, Cambridge University Press, 2004, pp. 282-308.

¹⁸ *Ibid.* (2005) pp. 453 y 469.

Trinidad y Tobago es mediante una ley del Parlamento. La condena de muerte de *Matthew* fue dejada a un lado y sustituida por otra de cadena perpetua, considerando que sería una pena cruel el ejecutarle cuando se le había previamente comunicado que su sentencia podía ser revisada. El Consejo Privado recomendó que las mismas consideraciones debieran ser aplicadas a todos los prisioneros en el corredor de la muerte coincidiendo con esta resolución¹⁹. Sin embargo, todavía el gobierno no ha mostrado su intención de redactar una ley para la abolición de la pena de muerte o, a pesar de la creciente expectación, de conmutar a cadena perpetua las sentencias de muerte de aproximadamente ochenta reclusos que se habrían beneficiado de la recomendación del Consejo Privado. Por el contrario, a mediados de 2005, el Fiscal General, Jonh Jeremie, anunció la intención del gobierno de colgar a todos aquellos reclusos que estuvieran en el corredor de la muerte y que fueran elegibles, como parte de la estrategia que pretendía controlar la escalada del número de asesinatos²⁰. Aunque todavía no se ha tenido lugar ninguna ejecución, es evidente que el gobierno ha esgrimido todo su utilitarismo para justificar la pena de muerte —la creencia de que la pena de muerte es necesaria para disuadir a los ciudadanos de cometer asesinatos— lejos del principio de derechos humanos que impide la aplicación de tal pena de forma indiscriminada a todos los casos de asesinato con independencia de las circunstancias adyacentes al caso.

4. Una afirmación empírica

Lo hasta ahora brevemente expuesto constituye la base a partir de la cual estudiar la realidad del asesinato en relación con la pena de muerte imperativa. Se pretende, a través de la identificación de los tipos de asesinato que se cometen en Trinidad y Tobago y realizando un seguimiento del procedimiento penal de cada uno de los casos, arrojar luz sobre tres cuestiones. Primera, ¿hasta qué extremo

¹⁹ *Ibid.* p. 453.

²⁰ Ver MENDES, D. y DELZIN, G.: Using the Bill of Rights to halt executions: a reply to Peter Hodgkinson, *Amicus Journal*, volumen 15, 2005, pp. 18-21.

el Estado tuvo éxito en obtener condenas por asesinato? ¿Existía alguna evidencia que apoyara el argumento del Estado según el cual la pena de muerte servía para prevenir de forma general la comisión de asesinatos? Segunda, ¿qué tipo de asesinatos terminaban más frecuentemente en condena y, por tanto, en sentencia condenatoria de muerte? ¿Eran estos los tipos de asesinato más atroces? Y, ¿era la pena de muerte imperativa aplicada de manera genérica a todos los casos de asesinato o arbitrariamente debido a la forma en que operaba el sistema de justicia penal? Tercera, ¿hasta qué punto la pena de muerte resultaba contraproducente al Estado al hacer más difícil la ejecución de las condenas de asesinatos?

Para obtener una muestra suficiente de casos de asesinato y poder realizar un seguimiento desde los informes de comisión del hecho hasta su desenlace en un tribunal, el estudio cubre dos muestras de casos que, además, se solapan: los seiscientos treinta y tres asesinatos registrados por la policía durante el quinquenio entre el 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2002²¹ y los 297 acusados y²² enjuiciados por delitos de asesinato y enviados al Alto Tribunal de Trinidad y Tobago (*Trinidad and Tobago High Court*) durante el mismo periodo de tiempo²³. Se obtuvo acceso a los archivos policiales que documentaban casos de asesinato, así como a los procesos archivados custodiados por la Fiscalía General del Estado (*Director of Public Prosecutions*) y a los archivos del Alto Tribunal y la Corte de Apelación (*Court of Appeal*).

Según los informes policiales, completados en la medida de lo posible con otra documentación, los asesinatos se clasificaban en cinco categorías:

²¹ Sin embargo, en relación con setenta y uno de estos asesinatos (11,2%), el proceso aún no había concluido cuando se arrojaron las conclusiones de este estudio el 31 de diciembre de 2005.

²² El proceso contra diecisiete acusados todavía no ha concluido a finales del año 2005 y otro acusado, declarado incapaz, fue confinado a un hospital de salud mental. Así, se obtuvo una muestra final de doscientos setenta y nueve sujetos enjuiciados por delitos de asesinato.

²³ Una proporción sustancial de estos casos (37%) provenían de asesinatos registrados por la policía antes del 1 de enero de 1998.

- Muertes ocasionados por riñas entre bandas o relacionados con el tráfico de drogas, incluida una subcategoría en la que la muerte se había producido mediante asesinato o ejecución (25%).
- Muertes ocasionadas durante la comisión de otro tipo de delitos, como robos, hurtos y agresiones sexuales con resultado de muerte (23%).
- Muertes ocasionadas por violencia doméstica incluyéndose no sólo aquellas muertes en los que el sujeto activo y la víctima estaban unidos por matrimonio u otros lazos de parentesco, sino también aquellas muertes entre familiares, abuso sexual a menores e infanticidio (17%).
- Muertes ocasionadas como resultado de ataques o peleas relacionadas con altercados o conflictos interpersonales, normalmente entre personas conocidas, incluidos las muertes causadas por la policía y personal de seguridad en el ejercicio de sus funciones y aquellas muertes de observadores ocasionadas por conflictos interpersonales (28%).
- Muertes en las que el motivo o la relación subyacente entre la víctima y el sujeto activo es indeterminable, habiéndose encontrado el cuerpo abandonado o en otras circunstancias (8%).

Entre 1998 y el año 2002, los asesinatos atribuidos a las bandas y a conflictos relacionados con el tráfico de drogas llevados a cabo durante la comisión de otro delito —robo, la mayoría de las veces— se incrementaron sensiblemente, así como el número de muertes en la que el cuerpo fue encontrado pero en las que no pudo encontrarse el motivo. En 1998, estas tres categorías de delitos sumaban el 41% de los asesinatos registrados mientras que, en el año 2002, la cifra aumentó al 64%. Esta tendencia tuvo su reflejo en el método empleado para causar la muerte, de manera que las muertes a consecuencia de heridas de bala se triplicaron entre 1998 y 2002, de tal forma que suponían el 61% de los asesinatos registrados en el último año en comparación con el 31% del primero. No cabe duda que este tipo de asesinatos son la principal causa del aumento de muertes desde el año 2002.

En conjunto, la policía registró doscientos ochenta asesinatos (44%) como no resueltos y trescientos cincuenta y tres (56%) como

efectivamente resueltos, entendiéndose, en este caso, que el sospechoso había sido encontrado e identificado. No obstante, la proporción de los asesinatos que la policía calificó como resueltos era sensiblemente menor en comparación con aquella clase de asesinatos que más se había incrementado, esto es, las muertes por riñas de bandas y por tráfico de drogas (19%) y, particularmente, las muertes donde el cuerpo de las víctimas había sido abandonado y en las que el motivo del asesinato permanecía desconocido (sólo un 6%). Por otro lado, las muertes causadas por violencia doméstica o relacionadas con violencia interpersonal no doméstica fue calificada como resuelta en la mayoría de las ocasiones puesto que el sujeto activo estaba en muchas ocasiones ya fichado.

Teniendo en cuenta los casos en los que ningún sospechoso fue arrestado, la proporción de todos los delitos de asesinatos registrados y cometidos entre 1998 y 2002 que habían desembocado en un enjuiciamiento por este delito a finales del año 2005 era muy bajo, sólo uno de cada veinte (5,2%), con un 17% de procesos ya por asesinato, ya por homicidio involuntario (ver tabla 1). No obstante, la cifra es probablemente incluso inferior. Las treinta y ocho personas enjuiciadas por asesinato a finales del año 2005 suponían sólo un 3,8% por cada mil personas que hubieran estado involucradas en los seiscientos treinta y tres asesinatos cometidos entre 1998 y 2002. Incluyendo las ochenta y ocho personas enjuiciadas por homicidio involuntario, sólo ciento veintiséis (13%) habían sido acusadas por homicidio²⁴.

El número de condenas por asesinatos relacionados con bandas y por asesinatos en los que el cuerpo fue abandonado o encontrado era extremadamente bajo. Hacia finales del año 2005, únicamente dos de los doscientos ocho asesinatos de este tipo documentados finalizaron en una condena por asesinato y dos por homicidio imprudente —2% aunque suponían un 33% del total de muertes registradas. En contraposición, el 16% de los asesinatos cometidos en el ámbito de la violencia doméstica conllevaron una condena por asesinato. Aunque esto suponía sólo el 17% de todas las muertes

²⁴ De setenta casos, una persona fue acusada de homicidio involuntario, de cuatro casos, fueron dos, de dos, fueron tres y en un caso, cinco.

registradas²⁵, suponía un 52% de las treinta y tres muertes en las que se condenó a sentencia de muerte. Respecto a lo concerniente a otras formas de altercados o disputas interpersonales, sólo dos de los ciento setenta y cinco asesinatos registrados acabaron en un proceso con sentencia de muerte y menos de un cuarto de estos asesinatos acabaron en una condena por homicidio. De los asesinatos cometidos durante el desarrollo de otro delito —normalmente, robo— en los que el resultado era conocido (ciento veintiuno), únicamente doce (10%) obtuvieron una condena por asesinato mientras que doce casos terminaron con una sentencia por homicidio involuntario. Por tanto, el 80% de estos delitos han quedado sin castigo.

En conclusión, este análisis muestra que la probabilidad de que un asesinato registrado obtenga una condena por la comisión de tal delito en Trinidad y Tobago no es únicamente baja, sino que ninguna categoría de casos puede ser identificado con una alta probabilidad de condena y sentencia de muerte. Ni siquiera con una condena por asesinato u homicidio imprudente.

Estos datos quedan corroborados por el estudio de las personas acusadas de asesinato en el Alto Tribunal de Trinidad y Tobago. De los doscientos setenta y nueve acusados de asesinatos, cuyos procedimientos habían concluido, sólo cincuenta y ocho (21%) —uno de cada cinco— habían sido acusados de asesinato y cincuenta y siete fueron condenados a sentencia de muerte²⁶ mientras que el 35% fue condenado por homicidio imprudente. Ya fuera por retirada de los cargos o por decisión del jurado, el 44% fue absuelto. Más aún, el número de casos que obtuvieron condenas por asesinato parecía estar en descenso. De los procesos iniciados en el año 2002 que habían

²⁵ Otros veinticuatro fueron condenados por homicidio imprudente, por tanto, un 39% de las muertes por violencia doméstica acabó en una condena por homicidio.

²⁶ Uno de los acusados, menor de edad en el momento de la comisión del delito, fue detenido y confinado a prisión de manera indefinida. Dejando a un lado aquellos cuya calificación final de delito como homicidio imprudente fue aceptada por el tribunal, todavía únicamente un tercio de las ciento setenta y siete personas enjuiciadas con jurado por delitos de asesinato fueron condenados por este delito (32,8%).

sido efectivamente concluidos, sólo dos (7%) obtuvieron una condena por asesinato.

Tomando en consideración los resultados de las apelaciones, hacia finales del año 2005, únicamente veintitrés de las cincuenta y siete personas sentenciadas a muerte —8% de aquellos acusados de asesinato— permanecieron bajo sentencia de muerte, incluyéndose cinco cuyas apelaciones todavía debían ser oídas y quince que estaban esperando una audiencia ante el Consejo Privado. Así, es evidente que después de largos retrasos y un gran gasto por parte del Estado, el número de condenas por asesinato y las sentencias de muerte que eventualmente serían confirmadas serán sólo una pequeña fracción de los casos enjuiciados e incluso una parte más pequeña de todos los asesinatos registrados por la policía.

Tabla 1: Asesinatos registrados entre 1998-2002 por tipo de asesinato

Resultado	Bandas/ tráfico de drogas/cuerpo encontrado/ motivaciones desconocidas		Asesinatos cometidos durante la comisión de otros delitos		Asesinatos relacionados con violencia doméstica		Otro tipo de violencia interpersonal		Total	
	núm.	%	núm.	%	núm.	%	núm.	%	núm.	%
Sospechoso sin identificar	170	81,7	75	51,7	2	1,9	27	15,4	274	43,4
Sospechas de suicidio/asesi- nato o muerto	3	1,4	1	0,7	35	33,3	6	3,4	45	7,1
Sospechoso arrestado o acusado pero no enjuiciado	9	4,3	2	1,4	1	1,0	5	2,9	17	7,1
Casos desesti- mados	9	4,3	3	2,1	4	3,8	17	9,7	33	5,2
Retirada de la acusación por el fiscal en la Alta Corte	3	1,4	3	2,1	2	1,9	8	4,6	16	2,5
Absueltos en la Alta Corte	4	1,9	13	9,0	8	7,6	42	24,0	67	10,6

Condenados por homicidio imprudente	2	1,0	12	8,3	24	22,9	39	22,3	77	12,2
Condenados por asesinato	2	1,0	12	8,3	17	16,2	2	1,1	33	5,2
Total de condenados por homicidio imprudente y asesinato	4	2,0	24	16,6	41	39,0	41	23,3	110	17,4
Procedimientos abiertos	6	2,8	24	16,6	12	11,4	29	16,6	71	11,2
TOTAL	208	32,9	145	22,9	105	16,6	175	27,6	633	100

Los asesinatos relacionados con violencia doméstica constituían los casos con más altas probabilidades de ser resueltos por parte de la policía y, cuando el acusado era enjuiciado, eran también los casos en los que una condena por asesinato a sentencia de muerte era más factible. Aunque los asesinatos por violencia doméstica suponían sólo un quinto de las personas enjuiciadas, en realidad, suponían más de un tercio (35%) de todas las personas acusadas de asesinato. Los análisis de las características de los casos y de los acusados entre 1998 y 2002 muestran que algunas de las variables empleadas estaban asociadas con una alta probabilidad de procesos con una condena por asesinato a sentencia de muerte. Para determinar cuáles de estas variables eran las más trascendentes asociadas con la comisión de un delito de asesinato, era necesario realizar un análisis con múltiples variables. Un modelo de análisis de regresión logística calculado con aquellas variables que mejor predicen la variable dependiente —en este caso, si un asesinato había concluido o no con una sentencia por asesinato— mostrará cómo afecta la presencia o ausencia de una determinada variable a la probabilidad de ser declarado culpable. Por cada acusado se calculó la probabilidad de ser condenado por asesinato. El modelo de regresión logística tomó en consideración trece variables, con cuarenta y seis atributos, y midió su influencia relativa en relación a la probabilidad de que el acusado fuera condenado por asesinato. Cinco variables fueron seleccionadas finalmente por el modelo de análisis, cada una de

ellas con una significativa relación estadística con las condenas por asesinato:

- Tipo de asesinato: dependiendo de si está relacionado con bandas, de si fue realizado durante la comisión de otro delito, de si está relacionado con violencia doméstica, de si se trata de conflictos interpersonales.
- Coautores: ninguno o más.
- Número de imputaciones: una o más de una.
- Sexo de la víctima: hombre o mujer.
- Raza del acusado y de la víctima: acusado africano/víctima africana o raza mixta, acusado del sudeste asiático/víctima del sudeste asiático, acusado del sudeste asiático/ víctima de otra raza, acusado africano/víctima de otra raza, acusado de raza mixta/víctima de otra raza.

El modelo de análisis logístico identificó que el 94,1% de aquellos no condenados por asesinato y el 53,4 % de los condenados por asesinato - un total del 85,7% de clasificación correcta. Cuando la probabilidad de cada acusado de ser condenado por asesinato estaba agrupada dentro de una de las siete bandas, se apreciaba que casi un tercio de las personas acusadas y juzgadas por el Alto Tribunal por un asesinato registrado tenía una probabilidad de ser condenado por asesinato del 0,05 o menos (5%) o menos (ver tabla 2). En efecto, el 58% de aquellos condenados tenían, acorde con el análisis, una probabilidad de no más del 21 % de ser condenados por asesinato. En otras palabras, el 80% de las personas evitaban una condena por asesinato. En el otro extremo de la escala, sólo un 5% de los acusados tenían al menos un 58% de probabilidad de ser acusados por asesinato.

En relación con las cincuenta y siete personas acusadas por asesinato y condenadas a sentencia de muerte imperativa, la tabla número 2 revela que doce de ellas (21%) tenían una probabilidad, según el modelo de análisis, de ser condenadas por asesinato del 0,21 o menos: la probabilidad media de las doce sentencias de muerte era un 0,12 (12%). Considerados conjuntamente, veintiséis de aque-

llos sentenciados a muerte (46%) pertenecían a la categoría de acusados con una probabilidad menor al 50% de ser condenados por asesinato - el grupo más bajo y los grupos medios a más bajos de la tabla 2. De hecho, la probabilidad media de ser condenado por asesinato a sentencia de muerte de esos veintiséis acusados era sólo del 0,21 (21%). Ciertamente, no puede decirse que el destino de los condenados por asesinato y sentenciados a pena de muerte en este grupo fuera equitativo o justo cuando se compara con otros acusados cuyos casos poseen características similares y que han sido condenados por asesinato. Efectivamente, en estos casos, una sentencia condenatoria a pena de muerte puede ser considerada como presuntivamente excesiva²⁷. Treinta y uno de los cincuenta y siete condenados a muerte tenían una probabilidad media de recibir efectivamente ese castigo del 60% pero únicamente ocho de esos 57 pertenecían a la categoría de casos de los que puede afirmarse que su tratamiento fue razonablemente equitativo: por ejemplo, las características de sus casos significaban que su probabilidad media de ser condenados a pena de muerte después de ser condenados por asesinatos era del 0,73 (73%)²⁸.

²⁷ En su famoso estudio acerca del empleo de la sentencia de muerte potestativa existente en Georgia (Estados Unidos), David Baldus y sus colegas afirmaron que cuando los acusados condenados por asesinato pertenecían a la categoría del delito donde menos del 0,35 eran condenados a muerte, entonces, esa condena era excesiva. See BALDUS, D., WOODWORTH, G. y PULASKI, C.: *Equal Justice and the Death Penalty. A Legal and Empirical Analysis*, Boston, Northeastern University Press, 1990, p. 60.

²⁸ BALDUS *et al*, en la página 60, sugerían que sólo sería presuntamente justo condenar a una persona a pena de muerte cuando todos aquellos casos con similares características tuvieran una probabilidad de ser condenados a muerte igual o superior a 0,80. Una discusión acerca de este estudio puede encontrarse en HOOD, R.: *The Death Penalty. A Worldwide Perspective*, Tercera Edición, Oxford University Press, 2002, pp. 190-200.

Tabla 2: Probabilidad de los acusados procesados por asesinato de ser condenados por asesinato

Probabilidad	Número de personas acusadas de asesinato	Porcentaje de casos de procesados por asesinato	Probabilidad media de una condena por asesinato	Probabilidad media de los condenados por asesinato	Número de condenados por asesinato y sentenciados a muerte	Porcentaje de los condenados por asesinato
0,05 o inferior	88	31,5			3	5,3
> 0,05 a 0,13	52	18,6			4	7,0
> 0,13 a 0,21	22	7,9			5	8,8
TOTAL muy bajo: de 0,21 a 0,30	162	58,1	0,07	0,12	12	21,1
Bajo > 0,21 a 0,30	54	19,4			8	14,0
Medio-bajo > 0,30 a 0,46	17	6,1			6	10,5
TOTAL bajo a medio: > 0,21 a 0,46	71	25,4	0,28	0,30	14	24,6
Medio-alto > 0,46 a 0,58	32	11,5			23	40,4
Alto > 0,58 a 0,87	14	5,0	0,72	0,73	8	14,0
TOTAL Medio-alto a alto: > 0,46 a 0,87	46	16,5	0,59	0,60	31	54,4
TOTAL	279	100			57	100

El modelo de análisis de regresión logística también reveló las siguientes diferencias en las proporciones de ser condenado por asesinato, todas ellas estadísticamente muy significativas:

- Una pequeña minoría de los procesados que habían sido acusados con más de un cargo por asesinato (un 5% del total) eran, como se esperaba, significativamente más probables (con una proporción 5,3 veces mayor) que aquellos que sólo habían sido acusados por un cargo de asesinato²⁹.
- La minoría con al menos un coautor (42% del total) tenía 6,55 veces más probabilidades de ser condenada por asesinato (por ejemplo, si uno de los autores era condenado, el coautor tenía más probabilidades de ser condenado también)³⁰.
- La proporción de que un acusado descendiente de padres del sudeste asiático que hubiera matado a una víctima del sudeste asiático (205 de los casos) y que fuera condenado por asesinato era cerca de cuatro veces mayor (en una proporción del 3,84) que la de un africano que matara a una víctima africana³¹.
- La proporción de un acusado por un asesinato cometido durante la comisión de otro delito (32% de los casos) o relacionado con violencia doméstica (20% de los casos) eran significativamente altas para ambos supuestos en comparación con aquellos acusados de asesinatos relacionados con altercados (39% de los casos): 3,04 y 5,5 veces respectivamente³².

5. Implicaciones para la política gubernamental

¿Qué implican estos hallazgos en relación con las tres preguntas que se formularon anteriormente acerca de la prevención, la equi-

²⁹ Cincuenta y cinco de los cincuenta y ocho condenados por asesinato eran imputados por un solo delito.

³⁰ De los cincuenta y ocho condenados por asesinato, 40 (69%) de ellos no contaron con la participación de coautores o contaron con sólo uno.

³¹ Personas del sudeste asiático que matasen a personas de ese mismo origen suponían un 38% de los cincuenta y ocho condenados.

³² Aquellos que cometieron el asesinato mientras realizaban otro crimen suponían el 29% de los cincuenta y ocho condenados por asesinato y aquellos que cometieron un asesinato relacionado con violencia doméstica eran un 36% de esos cincuenta y ocho.

dad en la aplicación y la eficiencia de la pena de muerte imperativa?

Un arraigado axioma de la política criminal establece que las sanciones penales únicamente pueden ser efectivas, esto es, cumplir su finalidad de prevención, si son aplicadas con un alto grado de certeza y sin dilaciones excesivas. De hecho, esa es la razón de ser que ha determinado que la sentencia de muerte sea imperativa. Las dilaciones excesivas entre la comisión del delito y la aplicación de la pena, como ocurre en Trinidad y Tobago, difumina la conexión entre los dos elementos, producen pérdida de memoria y de interés en los testigos y parece que, incluso en determinadas ocasiones, se llega a sobornar a estos. Cuando la severidad de las penas se aplica ocasionalmente se pierde efectividad a la hora de causar impacto en aquellos dispuestos a correr el riesgo de cometer un asesinato³³. La cuestión se hace todavía más complicada cuando el riesgo de muerte, como ocurre en el caso de Trinidad y Tobago en referencia a los conflictos relacionados con bandas, tráfico de drogas y violencia interpersonal, se incrementa notoriamente cuando no hay enfrentamiento con el atacante. El hecho de que únicamente el 5% de los asesinatos registrados en fuentes policiales entre 1998 y 2002 terminaran hacia finales del año 2005 en una acusación por asesinato y en sentencia a pena de muerte imperativa e incluso que la proporción de acusados enjuiciados por asesinato cuyas sentencias se confirman después de apelarse sea sólo del 8%, indica hasta qué punto la

³³ Para un estudio de los efectos en la prevención general de la pena de muerte, ver HOOD, R.: *The Death Penalty op. cit.*, pp. 208-232. Ver igualmente para la reciente corriente de estudios económicos, los cuales han apostado por ignorar los fines preventivos de la norma, el trabajo del economista LEVITT, S.: *Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explains the Decline and Six that do not*, en *Journal of Economic Perspectives*, núm 18 (1), 2004, pp. 163-190, "la probabilidad de la ejecución en los Estados Unidos es tan baja que únicamente podría tener, en el mejor de los casos, un efecto diminuto y marginal en la tasa de comisión de asesinatos" (p. 176). Consultar también LEVITT, S.D. y DUBNER, J.: *Freakonomics*, Penguin Books, 2005, pp. 124-125. Para los estudios más recientes, ver DONOHUE III, J.J. y WOLFERS, J.: *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, *Stanford Law Review* núm. 58, 2006, pp. 791-845, y FAGAN, J.: *Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment*, *The Ohio State Journal of Criminal Law*, 2007.

pena de muerte no es efectiva desde el punto de vista de la prevención para cualquier tipo de asesinato.

Resulta irónico que el tipo de asesinato que quizá es el menos probable de ser consecuencia de un cuidadoso plan de asesinato, esto es, aquellos asesinatos derivados de estados pasionales y aquellos derivados de violencia doméstica o de relaciones afectivas ya concluidas, donde frecuentemente el estado emocional neutraliza la amenaza del posterior castigo, constituyen el tipo de conducta que con más probabilidad termina con una condena por asesinato. Sin embargo, incluso en estos casos, el estudio mostró que de los noventa y tres casos registrados relacionados con violencia doméstica en los que los procedimientos habían concluido, sólo diecisiete (18%) habían terminado con una condena por asesinato y de los cincuenta y seis casos enjuiciados entre 1998 y 2002, el 64% no obtuvieron ni una condena por asesinato ni una condena a la pena capital. Esta evidencia sugiere, por tanto, que el objetivo perseguido al asegurar la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago es incrementar la certeza del castigo pero las excesivas dilaciones en la ejecución de la misma resta efectividad a los fines preventivos de una norma de débil fuerza ejecutiva.

Es un principio de justicia primordial que las penas sean administradas de forma justa y equitativa entre los casos con características similares. Las discusiones acerca de esta cuestión se centran en la discrecionalidad de la resolución condenatoria cuando una persona ha sido hallada culpable de la comisión de un delito aunque es igualmente relevante para la cuestión de la condena si el sistema de aplicación de la norma y la administración de la justicia penal funciona de tal manera que las veleidades del proceso pueden llegar a determinar un alto grado de incertidumbre y arbitrariedad en el resultado de la decisión final, especialmente cuando la decisión final es la pena de muerte imperativa. Las implicaciones de los hallazgos de este estudio son innegables – la probabilidad de que una persona que haya cometido un asesinato en Trinidad y Tobago sea sentenciada a pena de muerte es escasa. Incluso entre aquellos que han sido enjuiciados, la mayoría tenía una remota posibilidad de ser condenados a pena de muerte por asesinato. La aplicación de la pena de muerte es, por tanto, rara y arbitraria. Tomando prestadas las palabras del juez Potter Stewart del Tribunal Supremo de

los Estados Unidos en el famoso caso *Furman v. Georgia* en 1972, ser condenado por asesinato y sentenciado a muerte en Trinidad y Tobago puede ser tan cruel e inusual como lo es ser alcanzado por un rayo³⁴.

Aún más, la mayoría de los países que todavía conservan la pena de muerte suscriben la idea de que ésta sólo puede ser impuesta en aquellos que han cometido los peores de los peores asesinatos³⁵. En Estados Unidos, las leyes de aquellos Estados que han conservado la pena de muerte han definido en líneas generales las categorías o características de asesinatos y han diseñado un sistema para los juicios que proporciona un criterio tanto al fiscal acerca de si debe o no solicitar una sentencia a muerte, como al jurado sobre si el acusado debe o no ser sentenciado a la pena capital. Aún así, esto no ha evitado que el sistema haya sido acusado de arbitrario y discriminatorio en la aplicación de la pena capital³⁶. En India, la Corte Suprema ha establecido que la pena de muerte ha de ser reservada para los peores de los peores casos³⁷ y nunca ser aplicada imperativamente³⁸. Como se ha mencionado más arriba, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité Judicial del Consejo Privado han declarado que la pena de muerte imperativa infringe las convenciones internacionales en el sentido de que la consideración de posibles

³⁴ Asunto *Furman v. Georgia* 408 U.S. (1972), 92 *Supreme Court Reporter* 1972, p. 308.

³⁵ Para un excelente debate acerca de cuáles son los posibles asesinatos que pueden considerarse como los peores de los peores en relación a la pena de muerte, ver FITZGERALD Q.C., E.: *The Mitigation Exercise in Capital Cases*, en SIMONS, MUIRHEAD y BURTON: *Proceedings of the Death Penalty Conference*, celebrada entre el 3 y 5 junio del 2005 en Barbados, London, 2006.

³⁶ Ver HOOD, R.: *The Death Penalty*, op. cit., pp. 172-207.

³⁷ *Bachan Singh v. State of Punjab* 2 SCJ (1980), pp. 474-524 y (1983) 1 SCR, pp. 145-252 y 256.

³⁸ En el Código Penal de la India, los asesinatos con penas de cadena perpetua se agravaron con penas de sentencia de muerte imperativa (Sección 303). Esto fue rechazado en 1983 por la Corte Suprema en el caso *Mithu v Punjab* porque “*privaba a la Corte de su sabio y bondadoso criterio en los asuntos de vida y muerte [...] Tan definitiva, tan irrevocable y tan irresistible es la pena de muerte que no puede decirse que la ley que la aplique es buena, justa o razonable*”, *Supreme Court Reports* (1983) 2 SCR, pp. 692-693.

circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de los acusados y las circunstancias que rodean un asesinato son condición *sine qua non* para una imposición no arbitraria e inhumana de la pena de muerte³⁹. En concordancia con el artículo 6 (2) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que aquellos Estados en los que todavía se aplica la pena de muerte ésta debe ser reservada para los delitos más graves, la mayoría de los países han aceptado que el delito de asesinato es una tipificación demasiado amplia como para ser tratada de forma homogénea en la que todos los casos son igualmente atroces.

Los resultados de este estudio ciertamente demuestran que, en la práctica, la pena de muerte en Trinidad y Tobago recae de manera habitual en un determinado tipo de asesinatos: los cometidos entre personas unidas por relaciones de afectividad en el contexto de la violencia doméstica y aquellos realizados durante la comisión de otro delito. La mayoría de los condenados por asesinatos cuyos juicios se celebraron entre 1998 y el año 2002 no eran personas, en la medida en que puede hacerse esta aseveración, cuyos historiales delictivos estuvieran marcados por la violencia⁴⁰. La pena de muerte era raramente aplicada en los casos de bandas o en delitos de tráfico de drogas principalmente porque los sujetos activos no eran imputables. Tampoco fue aplicada para los asesinatos derivados de peleas o luchas. Esto se debe bien a que el testigo finalmente no prestó su testimonio y, por tanto, no pudo continuarse el proceso, bien porque aún siguiéndose el juicio, la acusación aceptó una condena por homicidio imprudente o el jurado absolvió al acusado. No eran estos los acusados con más probabilidades de ser condenados por asesinato y, por tanto, tampoco los que fueron condenados por asesinato eran necesariamente los que cometieron los crímenes más atroces. Además, el sistema opera de tal manera que recoge un patrón parcial de condenas de asesinatos de únicamente cierto tipo de asesinatos, asesinatos en los que el acusado y la víctima proceden del sudeste asiático y que han sido cometidos en disputas domés-

³⁹ En el asunto *Baptiste v. Grenada*, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 38/00, párrafo 59.

⁴⁰ De la instrucción de los casos de aquellos condenados por asesinato, en cuarenta de los cincuenta y ocho casos (69%) no existían condenas previas.

ticas, teniendo estos asesinatos más probabilidades de obtener una condena con sentencia de muerte que en el caso de personas Africanas cuyas víctimas son igualmente africanas.

No puede dudarse de que las autoridades de Trinidad y Tobago se han enfrentado a múltiples dificultades a la hora de llevar estos casos ante los tribunales y obtener condenas. Las razones pueden claramente deducirse de la prensa del país y han sido también claramente identificadas por la Fiscalía general del Estado⁴¹: “*la intimidación de los testigos parece ser un factor clave*” al igual que “*la amplia eficacia otorgada a la prueba testifical y el insuficiente énfasis en medios probatorios de naturaleza objetiva o científica como forma de probar la culpabilidad*”⁴². No sólo los testigos no comparecen en los juicios cuando estos son finalmente celebrados, sino que cuando comparecen, son reacios a testificar. A esta situación no ayuda el amplio lapso de tiempo entre la comisión del delito y la celebración del juicio. El hecho de que las condenas hayan sido más fáciles de obtener en aquellos casos relacionados con la violencia doméstica es fácilmente entendible porque no existen bandas u otros colectivos que amenacen a los testigos o presionen a los miembros del jurado. Del mismo modo y a pesar de los problemas de intimidación, de las experiencias de otros ordenamientos se desprende que los testigos son reacios a testificar al creer que una condena de asesinato equivale automáticamente a una sentencia de muerte. Igualmente, el jurado es reacio a condenar a los acusados por asesinato cuando dicha condena supone la pena de muerte y prefiere, por ello, una condena por homicidio imprudente incluso cuando los hechos indican que los golpes y el arma fueron usados deliberadamente. Evidentemente, la acusación puede hacer uso de su discrecionalidad y aceptar una condena por homicidio imprudente y, de hecho, suelen hacerlo

⁴¹ Carta de Geoffrey Henderson, Fiscal General, del 29 de junio de 2005 al Editor del *Trinidad y Tobago Newsday* en respuesta a un artículo de Francis Joseph publicado en este periódico el 26 de junio de 2005 titulado “*No Murder Convictions for 2005- Accused Persons Walking Free*”.

⁴² Ver HENDERSON, G.: *Public Confidence in the Criminal Justice System and Crime Reduction*, trabajo presentado en la conferencia celebrada en el Centro de Criminología y Justicia Penal (*Centre for Criminology and Criminal Justice*), UWI, St. Augustine Campus, febrero de 2006.

cuando consideran que las probabilidades de conseguir una condena por asesinato en los juicios por jurado es relativamente baja y que la pena de muerte, aún siendo imperativa, sería injusta dadas las características del caso. En Inglaterra, Gales y Canadá, por ejemplo, las condenas por asesinato fueron más fáciles de obtener después de que la pena de muerte fuera abolida⁴³. Las muertes producidas directamente por altercados entre las partes del proceso permiten interpretar que la muerte responde a una provocación o es resultado de golpes recibidos en una pelea en la que no se pretendía causar graves lesiones o matar los hechos esenciales a probar en orden a conseguir una condena por asesinato en vez de una condena por homicidio imprudente como resultado de lesiones derivadas de negligencia, provocación o imprudencia.

De las noventa y siete personas procesadas por homicidio imprudente, veintiuna fueron condenadas a penas de prisión de diez o más años. Es posible (aunque no existen medios en este punto para hacer una afirmación de esta naturaleza de forma taxativa) que alguno de ellos o todos hubieran sido condenados por asesinato si no hubiera existido en el ordenamiento una sentencia de pena de muerte imperativa. El comentario del juez al siguiente caso ilustra las desventajas de la inflexibilidad propia de las leyes que regulan el asesinato en tanto atadas a la pena capital.

En el caso de *The State v. Elias Robin Henry*, hallado culpable por haber apuñalado a un joven hasta la muerte, el Honorable Juez Volney dijo: “[...] el jurado le ha declarado culpable de un delito menor de homicidio imprudente [...] la evidencia en que han podido basar que usted fue provocado es que fue mal pagado con un dólar, que cuando puso esto en conocimiento del ahora fallecido, un pobre chico de dieciséis años, y que al tiempo en el que salía del maxi-taxi que usted conducía, esto fue lo que hizo y lo que le dijo: “Yo vengo de Arouca”, queriendo decir que la tarifa que había pagado era la correcta y que la tarifa que usted le demandaba era errónea. Esto fue presenciado por dos testigos de la acusación. Usted insistió, contra el peso de la evidencia, que no, que él venía de Tunapuna, a lo que él replicó: “¿Eres un viejo estúpido o qué? Vengo de Arouca. ¿Estás borracho o qué?”. Después de que usted le dijera que no bebía o fumaba, él replicó otra vez “Es Arouca de donde vengo, tío”, y entonces sin usted maldecirle, él le maldijo a usted. Entonces, usted abrió la puerta del conductor, quitó la llave del contacto, cogió un cuchillo, que fue mostrado en esta sala y que por sí

⁴³ Ver HOOD, R.: *The Death Penalty*, op. cit., pp. 215-223.

sólo es capaz de causar escalofríos a cualquier ser humano, y se dirigió hacia él diciendo que quería su puñetero dinero. Este es usted, un conductor de maxi-taxi en este país.

Le empujó, según usted, con sus manos y él dijo: “De acuerdo, de acuerdo, te pagaré”. Le dio su dinero, su dólar, y fue entonces cuando, según las pruebas, claras pruebas a mi juicio, le propinó una puñalada en el corazón y acabó con la vida del chico de dieciséis años.

Que el jurado no le haya declarado culpable significa que este es el día con más suerte de su vida porque si hoy en día en este país un conductor de maxi-taxi reacciona a las palabras y a la actitud de un chico de dieciséis años empuñando deliberadamente un arma, con un propósito en su cabeza, y ataca al chico por un dólar, a un pasajero por sólo un dólar, y después de que usted consiguió su dólar, le apuñala deliberadamente en la espalda; si un jurado determina, como este jurado ha hecho hoy aquí, que esto es de ser un hombre razonable queriendo decir que cada uno de los conductores de maxi-taxi está legitimado o excusado para matar a un pasajero —perdone, déjeme corregir mis palabras, porque el jurado le ha declarado no culpable de la muerte—, para ilícitamente asesinar a un pasajero, entonces que el señor tenga piedad de este país y de las personas que viajan en maxi-taxis.

Me duele pensar cómo doce adultos, aunque sea su derecho emitir un veredicto como este según las leyes de este país, han podido concluir que esa conducta es de un hombre razonable, sobrio, al que se le supone el autocontrol propio de una persona de cuarenta y seis años, que se arma con un cuchillo y deliberadamente procede y mata a un joven pasajero incluso cuando el pasajero, según las pruebas, tenía razón.

Puede que, a través de su veredicto, el jurado haya tenido misericordia de usted. Pero yo no puedo. Yo debo mandar un mensaje a la ciudadanía, incluidos todos y cada uno de los conductores de maxi-taxis de este país, y ese mensaje es el siguiente: Si siguen su ejemplo y consiguen un veredicto tan piadoso como el que usted ha obtenido de este jurado, entonces es la función y el deber del juez el que, aún con todo, el correcto mensaje sea enviado y es que han de esperar una sentencia de años de la encarcelación más severa que exista, lo cual yo aseguraré que se cumpla, con el fin de equilibrar los dos brazos de la justicia [...] Le condeno a treinta años de prisión con trabajos forzados desde hoy”.

El resultado de este estudio ha demostrado que existen sólidas razones empíricas por las cuales el Gobierno de Trinidad y Tobago debería volver a reconsiderar la racionalidad de continuar apoyando la aplicación de la pena de muerte imperativa, especialmente porque no se ha desmarcado de las declaraciones de diversos organismos internacionales que han calificado la pena de muerte como un castigo cruel y bárbaro. Si la pena de muerte imperativa fuera abolida (toda vez que la abolición completa no fuera posible) es más probable que los testigos, fiscales y jurados fueran más propensos

a asegurar que aquellos que son acusados de asesinato y que son declarados culpables sean efectivamente condenados por asesinato y no por un delito menos grave. La mayor certeza en las condenas por asesinato puede resultar ser más eficaz en relación a los fines preventivos de la norma, así como que la mayor certeza en la imposición de un castigo determinaría una mayor uniformidad y equidad en la administración de justicia. Por tanto, este estudio criminológico ha aumentado la validez de los argumentos legales de aquellos que mantienen que retener la pena de muerte imperativa para los delitos de asesinato en Trinidad y Tobago, así como en el resto de ordenamientos, no tiene consecuencias útiles además de ser arbitraria e injusta su aplicación.

El constitucionalismo indígena y la pena de muerte: el caso de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe

MARGARET A. BURNHAM¹
Universidad Northeastern

La Comunidad Británica de Naciones en el Caribe, continúa representando en la actualidad un retroceso y un obstáculo frente a la tendencia internacional de limitar el uso de la pena de muerte. La población per cápita a la que se aplica esta pena en la región es el equivalente a cuatro veces la población que se encuentra en el corredor de la muerte en los Estados Unidos. Ampliamente debatida en los círculos legales durante la última década, la jurisprudencia sobre la pena capital se verá afectada por la creación de la corte regional de apelación que fue inaugurada en el mes de Abril del 2005. Moldeada según el organigrama de la Corte Europea de Justicia, la Corte Caribeña de Justicia (CCJ) asumirá la jurisdicción constitucional que actualmente ejercita el Comité Judicial del Consejo Privado con sede en Londres. Los críticos argumentan que la CCJ fue creada para remover los obstáculos para ejecutar la pena de muerte, decretados por el Privy Council y por los tribunales internacionales de derechos humanos, mientras que los propulsores de la misma sostienen que la nueva corte completa la plena soberanía en la re-

¹ Profesora Asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Northeastern. Por su valiosa asistencia en la presente investigación, agradezco a Kelly J. McAnnany, Sarah E. London, y a Sonya Sultan-Khan. Correo electrónico: mburnham@neu.edu

Publicado originalmente como "Indigenous Constitutionalism and the Death Penalty: The Case of the Commonwealth Caribbean" 3 *International Journal of Constitutional Law*. School of Law University of New York. Oxford University Press 2005, 582. Traducido por Yolanda Alicia Villegas González. Investigadora. Universidad Autónoma de Tamaulipas y Koshiki Tanaka. Investigadora. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240-E/JURI.

gión. Este artículo centra el debate en la historia constitucional de la era post independiente, el movimiento actual de regionalización, así como el papel que juegan las normas internacionales y los derechos fundamentales en el ámbito nacional.

1. Introducción

Reticencias importantes, representadas notablemente por los Estados Unidos, China y Japón, resisten la marcha continua hacia la acostumbrada norma internacional de derechos humanos que rechaza la pena capital. Argumentando que la sentencia o pena de muerte no viola los principios de derechos humanos, estas naciones afirman tener un derecho soberano para incluir la sanción en el rango de penas disponibles por el Estado. Los Estados angloparlantes de la región al Este del Caribe, al unir sus voces al coro reducido de las personas que aclaman las leyes del pasado, han encontrado apoyo a su posición en sus Constituciones de la era independiente. En lo subsiguiente, exploro los principios fundamentales que restringen el alcance de los derechos fundamentales en esos países, y sugiero que los compromisos del momento en que se fundaron dichos países, que simultáneamente llevaron a los mismos a la Comunidad Británica de Naciones y a su pasado colonial, ayudan a explicar el dilema constitucional que previene a esos Estados de incorporar totalmente la jurisprudencia internacional emergente que condena la pena de muerte.

Tal y como lo atestiguan las páginas de este escrito, el constitucionalismo se ha convertido en una importante medida para la democracia y la moral prevaleciente en un Estado del mundo moderno. Las conversaciones constitucionales entre Estados se encuentran re-moldeando las normas municipales y la doctrina; los tribunales supranacionales están adaptando e influenciando la práctica constitucional estatal; y la sub-disciplina académica del derecho comparado constitucional está generando esquemas útiles a través de los cuales se pueden organizar los desarrollos y mejoras en el tema. Sin embargo, poca atención se le ha dado a la huella que la experiencia colonial ha tenido en el constitucionalismo postcolonial. Con la

irrupción de Commonwealth en la era posterior a la Primera Guerra Mundial, nuevos Estados fueron creados, y la mayoría de ellos adoptaron constituciones que prometían gobiernos representativos y derechos democráticos. Estas constituciones no fueron ni originales ni indígenas. Al contrario, tal y como la independencia por sí misma, fueron no solo otorgadas al nuevo Estado por el poder colonial, sino que también fueron impuestas sobre las estructuras legales existentes, trasplantadas para servir intereses coloniales. Los desafíos actuales respecto al cumplimiento de los derechos humanos en Estados postcoloniales están marcados por los métodos originales de la formación constitucional, así como por la motivación del marco local y extranjero. Aún tenemos que explorar por completo la naturaleza de estas influencias, tarea a la cual me aventuraré en este escrito, a través de la problemática que presenta la pena capital.

Los Estados Angloparlantes del Caribe (en adelante los EAC)² representan un laboratorio interesante en el cual se puede explorar la ciencia del constitucionalismo moderno y su respuesta al desafío urgente que la pena de muerte presenta para los derechos humanos y para la regulación normativa en esa región. Los pequeños EAC heredaron sus estructuras constitucionales básicas cuarenta años atrás, al momento de su independencia del Reino Unido. Sin embargo, la voz judicial más significativa en el constitucionalismo del Caribe, el Privy Council, permanece en Londres. Actualmente se encuentra sobre la mesa un plan para crear constituciones completamente indígenas en estos pequeños Estados, al reemplazar el Consejo Privado con la Corte Caribeña de Justicia (CCJ), corte regional constitucional inaugurada en Abril del 2005 que manejará el comercio internacional y la legislación municipal. El Consejo Privado ha buscado alinear la práctica constitucional de la Comunidad Británica de Naciones en el Caribe, con las normas internacionales de derechos humanos, y algunos observadores en la región están

² Este artículo utiliza los términos “Comunidad Británica de Naciones del Caribe” y “Estados Angloparlantes del Caribe” para referirse a Estados y entidades que alguna vez estuvieron o que siguen estando bajo el dominio británico por ejemplo: Antigua Y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominicana, Granada, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago.

preocupados sobre si la nueva corte seguirá el mismo camino, con el mismo vigor que los jueces londinenses han tratado.

La pena capital continúa siendo la problemática más grave y “lasciva” para los derechos humanos en la Comunidad Británica de Naciones en el Caribe, creando una turbulencia en el debate sobre qué forma de justicia constitucional aplica mejor en estos Estados. La población ejecutada por la pena capital ha aumentado dramáticamente debido a que la violencia genera amplio apoyo popular hacia medidas represivas. Tanto la legislación penal de la pena capital, como los métodos para implementarla, reflejan una práctica arcaica inglesa pre-independiente. Comenzando en 1993, el Privy Council buscó imponer un orden constitucional sobre la administración de la pena de muerte, primero al establecer un tiempo límite ante el encarcelamiento por pena de muerte, y después al eliminar la sentencia de muerte obligatoria en ciertas circunstancias. Los tribunales internacionales también jugaron un rol importante en establecer límites al uso de la pena de muerte en la región. Al construir las constituciones independientes, la CCJ tendrá que reconciliar los estándares emergentes de derechos humanos, los valores domésticos, y la jurisprudencia del Consejo Privado.

El presente artículo, explora los avances en el constitucionalismo de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe en relación con la pena de muerte. La sección 2 ofrece una amplia discusión sobre ello, situando la controversia sobre la Corte Caribeña de Justicia dentro de otros dos debates. Uno de los debates concierne a la influencia colonial en las tradiciones constitucionales; el otro debate habla de la legitimación constitucional de la pena de muerte. En esta sección, la crítica es histórica-descriptiva y normativa. En lo personal sugiero que los desafíos constitucionales que están a punto de confrontar a la Corte Caribeña de Justicia, tienen sus orígenes en los eventos que llevaron a la fundación de los EAC y en los prejuicios conservadores de redactores de sus textos, quienes, por razones políticas, intentaron preservar la mayoría de los preceptos del sistema legal colonial. A pesar de que las constituciones que redactaron incluyen derechos individuales amplios, estas constituciones son, por virtud de lo que ellos llamaron “cláusulas de salvaguardia”, estáticas, y

han probado que son en gran medida, inadecuadas para proteger los derechos fundamentales.

La sección 3 considera el papel desempeñado por el Privy Council y por los tribunales internacionales de derechos humanos en el debate sobre la pena de muerte. En este sentido señalo la cuestión doctrinal central que la CCJ tendrá que resolver en los asuntos constitucionales, incluyendo la cuestión de la pena de muerte, en concreto el impacto regresivo de la cláusula de salvaguardia, que esencialmente protege y auspicia las penas de la era vía a la independencia y de las leyes coloniales en las Constituciones de la era independiente.

En conclusión, este artículo sugiere como hipótesis y premisa principal, que si la nueva Corte va a desarrollar un cuerpo constitucional efectivo, la CCJ tendrá que establecer su lugar sin curbajes dentro del consenso global emergente que considera ciertos aspectos de la pena capital, como el rechazo a la sentencia capital mandatoria, incompatible con el constitucionalismo del siglo XXI.

2. Del Consejo Privado a la Corte Caribeña de Justicia

2.1. La creación de la Corte Caribeña de Justicia

Inaugurada en Abril del 2005, la Corte Caribeña de Justicia tiene jurisdicción sobre temas comerciales y de apelación final en casos de naturaleza constitucional. Es el resultado de un acuerdo que entró en vigor en el 2002 y que en la actualidad ha sido firmado por trece estados de la región³ Salvo uno de ellos, los trece estados

³ El Acuerdo que establece la Corte Caribeña de Justicia, firmado el 14 de Febrero de 2001, y entró en vigor el 23 de Julio de 2002, cuando Guyana depositó su instrumento de ratificación, al que se unió Santa Lucia y Barbados. Los Estados que firmaron el Acuerdo son Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominicana, Granada, Guyana, Jamaica, Monstserrat, St. Christopher (también conocido como St. Kitts) y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago. EL SISTEMA CARICOM: INSTRUMENTOS BÁSICOS 441-458 (Duke Pollarded, Caribbean Law Publishing Co. 2003): Acuerdo también disponible en <http://www.caricom/org> (en adelante referido como

comparten una historia colonial británica⁴, uno de sus características la CCJ es la superintendencia del Comité Judicial del Consejo Privado, tribunal que tuvo, desde el comienzo del siglo diecinueve y hasta el siglo veinte, la última autoridad para apelar las decisiones de las cortes coloniales del Reino Unido⁵. Cuando los doce estados de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe se convirtieron en estados independientes en 1960, todos salvo uno⁶ continuaron utilizando al Consejo Privado como su corte de último recurso⁷ (de apelación), constitucionalizando el derecho de los individuos y de otras entidades legales para revisar su caso ante esa corte⁸. Después de la independencia, una función central del Consejo Privado fue el revisar las sentencias constitucionales de las cortes Caribeñas⁹. Para los Estados que se suscribieron al Consejo Privado, la CCJ asumía el rol de apelación que antes llevaba a cabo el Consejo Privado.

POLLARD y el SISTEMA CARICOM). A pesar de que la CCJ comenzó sus operaciones al momento en que este artículo se escribió, su jurisdicción de apelación se extiende solamente a las Barbados y a Guyana. Ver <http://www.caribbeancourtsofjustice.org>. Las leyes adoptadas por el legislador de Jamaica para enmendar la constitución y poder reemplazar al Consejo Privado con la CCJ fueron declaradas nulas por el Consejo Privado. Consejo Independiente de Jamaica para los Derechos Humanos vs. Marshall-Burnett (2005) U.K. P.C. 3.

⁴ Suriname es una ex colonia de Holanda. El resto de las 12 partes son en la actualidad miembros de la Comunidad Británica de Naciones.

⁵ Para comprender el papel del Comité Judicial del Consejo Privado, ver Hugh A. Rawlins, "The Privy Council or a Caribbean Final Court of Appeal?" *CAPR. L. REV.* 235, 237 (1996).

⁶ Guyana se separó del Privy Council en 1970.

⁷ Estos estados independientes continuaron basando sus sistemas legales en el "common law" y siguieron empleando el modelo de gobierno parlamentario "Westminster". También adoptaron constituciones similares que garantizaban los derechos fundamentales y la revisión judicial.

⁸ Las constituciones que otorgan a los individuos el derecho de apelación por el Consejo Privado son: ANT. & BARB. CONST. § 122; BAH. CONST. arts. 104-106; BELRZCEON ST. § 104; DOMINICA CONST. § 106; GREN. CONST. § 104; ST. Krs & NEvis CONST. § 99; ST. LuciA CONST. § 108; ST. VINCENT CONST. § 99; and TRiN. & TOBAGO CONST. § 109. Barbados rompió sus vínculos con el Consejo Privado en Abril del 2005.

⁹ Las apelaciones al Consejo Privado se hacen bien por autorización de la Corte de Apelación del Estado, o con una autorización especial del Consejo Privado. ROSE-MARE BEIUE ANTOINE, *COMMONWEALTH CARIBBEAN LAW AND LEGAL SYStEMs* 230-231 (Cavendish Publishing Ltd. 1999).

Controversias significativas han rodeado el establecimiento de la CCJ¹⁰. La corte trae a colación una campaña que se ha sostenido por mucho tiempo y que clama por un tribunal regional independiente. Aún durante la era colonial, había peticiones para la creación de dicha corte, y éstas crecieron más con la venida de la independencia, puesto que en ese periodo, una corte regional era vista como un órgano central de las Indias Occidentales Unidas¹¹. Sin embargo, hasta hace poco, casi todas las ex colonias británicas Caribeñas retuvieron sus lazos con el Consejo Privado porque encontraron que era un recurso efectivo y barato en términos económicos. La elite legal de la región apreció la gran profesionalidad y efectividad de la que gozaban los jueces del Consejo Privado, así como la imparcialidad de sus decisiones a razón de la distancia existente entre los órganos locales y dicho Consejo, todos ellos, atributos enjuiciables que son difíciles de tener en estas pequeñas y muy unidas islas-naciones¹². En 1989, en una reunión de jefes de gobierno de la Comunidad y Mercado Común del Caribe (CARICOM)¹³, una nueva petición fue efectuada para la creación de una corte regional que pudiera asumir la función de apelación que venía haciendo el Consejo Privado. En un informe de 1992, la Comisión de las Indias Occidentales emitió un argumento completo y determinante para la creación de la nueva corte¹⁴.

¹⁰ Los argumentos a favor y en contra de la CCJ han sido plasmados en David Simmons, *The Caribbean Court of Justice: An Historic Necessity* (Thirteenth Commonwealth Law Conference, Melbourne, Australia 2003).

¹¹ El organismo antecesor al CARICOM (Heads of Government of the Caribbean Community and Common Market) fue la British West Indies Federation, un gobierno federal, que incluía una corte suprema federal, atendiendo a diez islas partes que se formaron en 1958. Al alcanzar Jamaica y Trinidad de Tobago su independencia en 1962, la federación, y con ella su corte, fue disuelta. Para un análisis del experimento de la federación, véase a ELISABETH WALLACE. *THE BRITISH CARIBBEAN: FROM THE DECLINE OF COLONIALISM TO THE END OF FEDERATION* (Univ. of Toronto Press 1977).

¹² Ver the Trinidad and Tobago Wooding Constitutional Commission Report (1974), 345-346.

¹³ CARICOM es el instrumento de gobierno regional y del Mercado común establecido por un Tratado en 1973. El Tratado fue revisado en 1992.

¹⁴ El esfuerzo para establecer una corte regional se encuentra descrito en Hugh A. Rawlins, in *The Caribbean Court of Justice: The History and Analysis of the De-*

En 1993, el *momentum* para la existencia de una corte regional se aceleró por una decisión controvertida del Consejo Privado en relación con la pena de muerte en Jamaica¹⁵. El caso *Pratt and Morgan v. Attorney General for Jamaica*¹⁶ generó la cuestión sobre si la detención de larga duración de los sentenciados a la pena de muerte, conocida como el “fenómeno del corredor de la muerte”, violaba las garantías provistas por las constituciones estatales y por los tratados internacionales de derechos humanos. Cuando el Consejo Privado emitió su opinión en 1993, los acusados llevaban encarcelados a la espera de la ejecución de la pena de muerte por horca desde 1979. Ellos apelaron esas sentencias ante la Corte de Apelación de Jamaica y, posteriormente, ante el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Consejo Privado. El Consejo Privado determinó que el prolongado retraso en la ejecución de la sentencia violaba tanto la prohibición constitucional en contra del trato inhumano o degradante, como las normas internacionales de derechos humanos. El fallo del Consejo Privado ordenaba que las sentencias de los acusados se ejecutaran y establecía un límite de cinco años en todos los procesos de apelación en casos de pena capital.

Al caso *Pratt* le siguieron muchas otras decisiones que el Consejo Privado tomó y que constituyeron críticas a la ley y a la práctica relativa a la pena capital en la Comunidad Británica de Naciones del Caribe. Estas decisiones provocaron una fuerte reacción negativa en la región, donde la opinión pública estaba ampliamente consternada con los índices en ascenso del crimen¹⁷, y con un considerable

bate, 14-15 (CARICOM Secretariat 2002), disponible en <http://www.caricom.org> [referido en adelante como Rawlins, el CCJ]

¹⁵ Tal y como lo ha señalado Duke Pollard, el caso *Pratt* fue una llamada que despertó a los juristas de la Comunidad del Caribe responder a los aspectos filosóficos, éticos y de creación de doctrina de una emergente jurisprudencia local preocupada por los derechos humanos. DUKE POLLARD, *THE CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CLOSING THE CIRCLE OF INDEPENDENCE* 49 (Caribbean Law Publishing Co. 2004) [en adelante POLLARD, el CCJ].

¹⁶ [1994] 2 A. C. 1 (P.C. 1993) (apelación de Jamaica).

¹⁷ En adición a la reactivación de la pena de muerte, algunos estados ESC adoptaron otras duras medidas para luchar contra el aumento de crímenes. Por ejemplo, en las Bahamas, el azotamiento, que había sido abolido en 1984, fue

aprecio de la pena de muerte. La oposición al Consejo Privado, se basó en el caso *Pratt*, y en el resentimiento generado por dicho caso, así como por otros, que energizó el clamor de que el Consejo Privado era una reliquia colonial que imponía valores alienados¹⁸ que degradaban la soberanía de los Estados sobre los cuales tenía superintendencia judicial.

Argumentos adicionales en contra del Consejo Privado se enfocaron en el gasto e inconveniencia de una revisión en apelación en Londres, así como en la escasa familiaridad de la Corte con las circunstancias locales, especialmente con el crecimiento del crimen¹⁹. Más aún, muchas otras colonias de la Comunidad Británica de Naciones habían roto lazos con el Consejo Privado en los años ochenta y principios de los noventa²⁰. Todos, estos desarrollos dieron fuerza

reintroducido en 1991, en este periodo de tiempo también la legislatura incrementó substancialmente las penas por graves crímenes. *Prince Pinder v. The Queen*, [2003] 1 A.C. 620 (P.C. 2002) (apelación de las Bahamas).

¹⁸ Como la pena de muerte fue abolida en el Reino Unido a través del *The Murder (Abolition of Death Penalty) Act*, 1965, algunos argumentaban que el Consejo Privado estaba buscando de forma indirecta, atraer el mismo resultado en las ex colonias. Ver Alan S. Reid & Nick Ryder, *Death of the Privy Council: Exaggeration or Stated Fact?*, 14 COMMONWEALTH JUD. 1. 32.

¹⁹ Miembros del Consejo Privado han reconocido desde hace mucho tiempo la dificultad en administrar justicia en las poblaciones lejanas de las colonias. En 1828, Lord Brougham dijo: "Es obvio que, por la distancia de esas colonias y en virtud de la inmensa variedad de asuntos que surgen en ellas, extraños a nuestros habitantes y más allá del alcance de nuestro conocimiento, cualquier tribunal judicial en este país debe por necesidad ser extremadamente inadecuado como corte de apelación". Cita que se encuentra en M. SHAHABUDEEN, *THE LEGAL SYSTEM OF GUYANA* 171 (Georgetown, Guyana 1973).

²⁰ En adición a los países de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe, a partir del 2003, el Consejo Privado también tiene a su cargo las apelaciones de Akrotiri y Dhekelia (en Chipre), las islas Vírgenes Británicas, las islas Caimán, las islas Malvinas, Gibraltar, Montserrat, St. Helena y sus dependencias, Turcas y Caicos Islas, Brunei, Kiribati, Mauricio, y Tuvalu; ver <http://www.privycouncil.org.uk/output/Página32.asp>. Un comentarista ha observado que el crecimiento de un sistema de ley común internacional ha contribuido a reducir la confianza en el Consejo Privado. K. J. Keith, *The Unity of the Common Law and the Ending of Appeals to the Privy Council*, ICLQ 54.1 (19 7)(2005). El cambio del Consejo Privado por cortes supremas domésticas o a cortes regionales de apelación se aceleró cuando, en el 2003, el Primer Ministro del Reino Unido propuso reemplazar a los "Law Lords" por el sistema norteamericano de corte

al movimiento para romper con el Consejo Privado y reemplazarlo con una corte regional que fuera más accesible a los litigantes²¹. Al mismo tiempo, la integración económica regional fue ganando *momentum* alrededor del mundo²², y nuevas estructuras legales fueron emergiendo para interpretar los tratados de integración y para resolver las disputas entre los estados participantes y otros actores²³. Mientras el Tratado de Chagaraumas de 1973 no incluyó un aparato efectivo de resolución de controversias²⁴, el Tratado Revisado de 1992 creó un conjunto más complejo de derechos y obligaciones, que a su vez, necesitaba de un medio de ejecución adecuado que le otorgara un efecto vinculatorio. La Corte Europea de Justicia sirvió como modelo para la CCJ, así como también otros movimientos de integración, y la nueva corte se adjudicó los asuntos de comercio que surgieran bajo los acuerdos del CARICOM.

Era bajo esta perspectiva de fondo, que en 1998, los Estados del ESC, firmaron un acuerdo para crear la CCJ. Como Corte constitu-

suprema. Ver *Report of the Commonwealth Meeting of the Expert Group to Examine the Removal of Appellate Jurisdiction from the Judicial Committee of the Privy Council by Member Countries* (Londres, Junio 2003).

²¹ La CCJ es una corte itinerante con sede en Trinidad y Tobago. Los trece países sujetos a su jurisdicción son Antigua-Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts-Nevis, St. Lucia, St. Vincent, Surinam, y Trinidad y Tobago.

²² El proyecto de integración del Caribe se vio acelerado por la aparición del NAFTA en 1994 y por la formación del Mercado Único Europeo en 1992. Ver JAMAICA AFTER NAFTA: TRADE OPTIONS AND SECTORAL STRATEGIES (Ann Weston & Usha Viswanathan eds., Ian Randle Publishers 1998); Jason R. Wolff, *Putting the Cart Before the Horse: Assessing Opportunities for Regional Integration in Latin America and the Caribbean* 20 SPG FLETCHER F. WORLD AFF. 103 (1996).

²³ Entre los Tribunales que se encuentran en distintas etapas de organización y que tienen similares características se encuentran la Corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia Centro-Americana, la Corte de Justicia del Mercado Común para el Este y el Sur de África, y el Tribunal Judicial de la Comunidad Económica de los Estados Africanos Occidentales.

²⁴ Para discutir sobre las fortalezas y debilidades del sistema existente de resolución de controversias del CARICOM, ver Victor Jordan, *The Caribbean Court of Justice as Part of a Wider Integration Movement*¹¹ (Cuarta Conferencia Anual SALISES, Barbados 2003), y David Berry, "The New Caribbean Community: An Introduction to the Institutional Changes in the Revised Treaty of Chagaraumas" 7 CARTB. L. B. 1(2002).

cional²⁵, la CCJ tiene la difícil tarea de armonizar el derecho constitucional de los Estados miembros y de determinar cómo tratará los precedentes establecidos por el Consejo Privado, bajo los cuales estos Estados, hasta la fecha, estuvieron viviendo.

2.2. Las Constituciones de la independencia

2.2.1. El cambio de los sistemas legales coloniales a la independencia

Los nuevos Estados ESC independientes, heredaron sistemas legales que eran amalgamas de la ley británica y códigos que fueron promulgados por las legislaturas coloniales. Estas normas gobernaron las colonias bajo el sistema del Reinado Colonial que definió las relaciones políticas con el soberano desde 1878 y hasta la independencia²⁶. Inicialmente, en su totalidad bajo la ley británica,

²⁵ Las Bahamas, una de las economías más desarrolladas de la región, ha dudado en patrocinar al CARICOM y declinó la firma del acuerdo para establecer la CCJ. El Estado es miembro de la comunidad CARICOM pero no del mercado común económico. No ha roto sus lazos con el Consejo Privado. En su posición de Abogado General, Tennyson Wells explicó que las Bahamas, cuya relativamente avanzada economía está basada en los bancos internacionales y en servicios financieros, podría perder si establecía una asociación económica con estados más débiles del Caribe. También perdería si accede a la jurisdicción de la CCJ, ya que, según él, sus lazos con el Consejo Privado proveen seguridad a los inversionistas internacionales:

“Nosotros tenemos una economía internacional. Somos probablemente el estado más cosmopolita de la región. Tenemos una inversión muy relevante en el sector de servicios financieros y en el de turismo. La gente que viene a las Bahamas sabe que tiene el derecho de apelación no solo en el sistema local, sino en el Consejo Privado. Eso les da una sensación de confianza”.

Ver también Leonard Birdsong, *Is There A Rush to the Death Penalty in the Caribbean: The Bahamas Says No*, 13 TEMW. INTL & COMP. L. J. 285, 307 (1999) [en adelante Birdsong, *Is There A Rush*].

²⁶ Bajo el sistema del Reinado Colonial, la Corona retuvo el poder legislativo en última instancia, generalmente ejercitado a través de una ley del Consejo. El gobernador, el representante de la Corona, podía no otorgar su consentimiento o impedir la aprobación de una ley aprobada por el legislador de la Colonia. Técnicamente, ni las Barbados ni las Bahamas fueron Reinados Coloniales porque la Corona no sostuvo poder legislativo en esos territorios. Para obtener una descripción de las formas diferentes en las cuales los Reinados Coloniales funcionaban, ver W. BRIAN SIMPSON, HUMAN RIGHTS AND THE END

los territorios fueron incrementando su auto-gobierno en la era posterior a la Primera Guerra Mundial. La ley sobre la Validez de las Leyes Coloniales de 1865, estableció la relación entre la ley británica y el derecho colonial, y el límite hasta el cual los legisladores de los territorios podían regular sus asuntos propios. La norma subordinaba los poderes de la Colonia a la soberanía del Parlamento de Westminster²⁷.

A pesar de que Inglaterra ha hecho gala de haber educado a sus colonias respecto a lo que son las virtudes de un gobierno representativo, hasta la Segunda Guerra Mundial, restringió el sufragio en las Indias Occidentales a una ridícula porción de la población²⁸. Cuando la ley sobre la Validez de las Leyes Coloniales fue adoptada en 1865, Inglaterra podía haber expandido el sufragio a fin de incluir al pueblo (y de esta manera abrir las estructuras políticas), que en aquel momento era usado por la clase alta, para gobernar las islas. En vez de eso, escogió constreñir los derechos políticos existentes y traer a Inglaterra la administración de los territorios. Esto favoreció a las clases altas en el Estado colonial. Todos ellos temían que llegara un gobernante de raza negra y querían evitar a toda costa convertirse en otro Haití²⁹. El fracaso en emancipar a la mayoría negra dio origen a movimientos nacionalistas en las islas que clamaban por participación política y, finalmente, por la independencia. En los años 30, Jamaica, la Guyana Británica, Barbados y Trinidad y Tobago, se vieron envueltos en movimientos de obreros radicales que comenzaron a pedir justicia económica y acceso a la

OF EMPIRE: BRITAIN AND THE GENESIS OF THE EUROPEAN CONVENTION 278 (Oxford Univ. Press 2001).

²⁷ ANN SPACKMAN, CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF THE WEST INDIES 63 (Caribbean Universities Press 1975).

²⁸ El voto estaba basado en la propiedad, el ingreso y capacidad de alfabetización. En 1939, solo el 3.4 por ciento de los habitantes de los Barbados, el 5.5 por ciento de los habitantes de Jamaica, y el 6.5 por ciento de los habitantes de Trinidad y Tobago estaban autorizados para votar. WALLACE, *supra* nota 10, en 56.

²⁹ Gordon Lewis argumenta que la jerarquía de razas y el miedo a un gobernante negro "subyace en el corazón de la política británica". GORDON K. LEWTS, THE GROWTH OF THE MODERN WEST INDIES 107 (Monthly Review Press 1968).

política. Estos movimientos, iniciaron el proceso de madurez en la conciencia política de las Indias Occidentales, y fueron la génesis de los partidos políticos que eventualmente efectuarían el proceso de independencia.

Constituyendo un primer intento fallido de emancipación, la independencia de las Indias Occidentales estuvo atada al nacimiento de un nuevo estado único con distintas nacionalidades, la Federación de las Indias Occidentales, que se extendió de 1958 a 1961. A pesar de que la federación tardase una década en planearse, finalmente se logró la Convención Constitucional de Londres en 1961, donde fue notorio que los Estados más grandes, particularmente Jamaica, no estaban convencidos de los beneficios que les comportaba la federación. Después del fracaso del experimento de la federación, Jamaica y Trinidad y Tobago rápidamente redactaron sus constituciones, las cuales fueron adoptadas en 1962.³⁰

El proceso que Inglaterra siguió para otorgar completa soberanía a sus territorios del Caribe, fue prolongado y, finalmente, inadecuado. No pasó desapercibido para los nacionalistas del Caribe, que su camino a la independencia desde el Reinado Colonial hasta la consumación de la Independencia, fue muy diferente al proceso que siguió Inglaterra respecto a los territorios que estaban poblados por mayoría de blancos, por ejemplo: Canadá, Nueva Zelanda, Australia y Sudáfrica, a quienes se les otorgó el autogobierno bajo el término de "dominio" antes de la Segunda Guerra Mundial³¹. El "autogobierno" era el difícil objetivo que se tenía que alcanzar antes de que el vínculo de la Corona sobre las islas pudiera quebrantarse, y los británicos mantuvieron una opinión reservada en relación con la capacidad de las Indias Occidentales, de población negra, para apegarse a las convenciones y formas de gobierno occidental³². De

³⁰ La historia del funcionamiento de la federación está descrita en WALLACE, *supra* note 10.

³¹ Territorios que eran auto-gobernados mientras que los Reinados Coloniales no lo eran. Ver SPACKMAN, *supra* nota 26 en 2-3.

³² Un libro de consulta de una Oficina Colonial, diseñado para su personal, instruí al mismo de la siguiente forma: tienen que traer todos los recursos de la civilización occidental, para poder superar las miles de desventajas naturales que tienen en los trópicos; y, en cuanto las desventajas sean superadas, y se

ahí que, cada concesión de poder para sufragio efectivo, al sistema ministerial, y a la gobernanza de los gabinetes, fuera dado de forma cautelosa por Inglaterra, como si fuera un regalo a un niño que estaba convirtiéndose en adulto. En 1942, el Secretario de la Colonia, Lord Cranborne, declaró: “estamos llamados a guiar a la gente de la Colonia hacia el rumbo del auto-gobierno dentro del marco establecido en el Imperio Británico”³³.

No existía, sin embargo, un criterio por el cual se pudiera juzgar la capacidad de las islas para autogobernarse. La Oficina Colonial en Londres decidió, sin una razón válida, el momento en que las islas estaban listas para votar, para tener el control de sus fuerzas policíacas, o para seleccionar a sus funcionarios. La naturaleza y los tiempos de la descolonización³⁴, fueron ampliamente controlados por Gran Bretaña, particularmente en las islas que mostraban serenidad, donde, a diferencia de la India, las demandas locales no parecían beligerantes ni urgentes. Jamaica no tuvo sufragio universal hasta 1944³⁵, y no fue sino hasta 1959 que pudo reclamar la gestión política completa de sus asuntos³⁶. El historiador Gordon Lewis describió el proceso como una “democracia tutelar” con el punto culminante en la adopción de la Constitución, vista como la ceremonia de graduación de Jamaica, marcaba el éxito final en la escuela de honores Británica³⁷. La independencia iba a ser el capítulo final de la saga que pesaba como una losa del hombre blanco, santuario eterno del colonialismo.

haya establecido una economía segura, ellos tienen que guiar a la población a una mejora social y a la madurez política. COLONIAL OFFICE HANDBOOK 1948 (London 1948), citado en SIMPSON, *supra* nota 25, en 293.

³³ Citado en SIMPSON, *supra* nota 25, en 291.

³⁴ Donde, como en el caso de la Guyana Británica en 1953, el movimiento de independencia no pudo ser controlado. Gran Bretaña actuó con rapidez para parar lo que era visto como una descolonización prematura. Ver *infra* nota 38.

³⁵ La Constitución de 1944 estableció el sufragio universal para los adultos, así como un Consejo ejecutivo electo. JAM. CONST. (Orden de Consejo, 1944) SI. 1944, no. 1215.

³⁶ La Constitución estableció un gabinete como “principal instrumento político” de la isla. JAM. CONST. (Orden de Consejo, 1959) S.I. 1959, no. 862.

³⁷ LEWIS, *supra* nota 28, en 186.

2.2.2. La política de la Guerra Fría y la independencia

Sin importar la renuencia de Inglaterra para abandonar el control. La trayectoria dinámica del movimiento de descolonización en otras partes del mundo, llevó a las Indias Occidentales a entrar en el proceso. Aunque estos Estados se encontraban aislados geográficamente y eran dependientes económicamente de la relación con el antiguo Imperio, aún antes de la independencia, en 1960 estos Estados se vinieron afectados por los cambios sistémicos de la política de la post Guerra Mundial, caracterizada por el surgimiento del nacionalismo del Tercer Mundo y el llamado "*Black power*", así como por el llamamiento a la auto-determinación, a la rápida desintegración del Imperio y la diseminación de ideas socialistas en las Américas.

Bajo el liderazgo de Cheddi Jagan y su Partido para el Progreso Popular (en adelante "PPP"), quien ganó por amplia mayoría en 1953 durante la primera elección universal del país bajo la nueva constitución, la Guyana Británica (que después de la independencia se convertiría en Guyana), se había declarado abiertamente favorable al socialismo, generando una enorme ansiedad y hostilidad en Washington y en Londres. En octubre de 1953, Inglaterra, actuando con el apoyo de Estados Unidos, suspendió la nueva Constitución de la Guyana Británica y envió tropas al territorio para aplacar al PPP. Entre las razones que Inglaterra dio para suspender la Constitución, estuvieron que el PPP había eliminado la prohibición de entrada de comunistas de las Indias Occidentales en la colonia, y que los ministros del gobierno habían permitido la publicación de obras "comunistas" y su "divulgación en el país"³⁸.

Aprobando la agresión del Reino Unido en la Guyana Británica, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, John Foster Dulles, envió un telegrama a los diplomáticos americanos en el Caribe para advertirles: "nuestra visión es que el establecimiento de un puente

³⁸ Report on the Suspension of the Constitution Order on 8th October 1953, 8 en SPACKMAN, *supra* nota 26, en 493.

“comunista”, constituirá una preocupación grave para todas las repúblicas que valoran su independencia...”³⁹

Mientras, en Jamaica, el Partido Nacional Popular, encabezado por Norman Manley, también expuso metas socialistas y abogó porque el Estado tuviera la propiedad de los sectores económicos centrales, entre tanto el Partido Democrático del Trabajo, encabezado por Sir Alexander Bustamante, urgía por una participación mayor de los campesinos en la clase política. Al despuntar de su carrera política, hasta Grantley Adams, de Barbados, apoyaba las ideas socialistas. En los inicios de su partido político en 1946, la Bandera Roja colgaba en sus instalaciones y la hoz y el martillo eran allí desplegados; adicionalmente, en una reunión en 1945, Adams pugnó por nuevos textos para estudiantes de la Universidad de las Indias Occidentales, que estuvieran escritos desde una perspectiva socialista⁴⁰.

Cuba llevó a cabo todos estos desarrollos, alterando dramáticamente la dinámica geopolítica mundial, presentando un desafío a la hegemonía Estadounidense en su esfera de influencia, y sirviendo para el socialismo Soviético en el hemisferio americano. La rapidez e intensidad con que la revolución cubana se sostuvo, trajo como consecuencia la liberación de un siglo de subordinación y reorientó radicalmente la gobernanza del país, sus alianzas y mercados, aún teniendo enfrente una hostilidad considerable, lo que asombro al mundo entero, en especial a Washington. Si Cuba pudo cambiar tan rápido el rumbo, entonces también podrían hacerlo otras naciones del Tercer Mundo.

Después de la revolución cubana en 1959, y de la intervención británica en la Guyana Británica en 1953, los Estados Unidos y las

³⁹ Citado en CARY FRASER, *AMBIVALENT ANTI-COLONIALISM: THE UNITED STATES AND THE GENESIS OF WEST INDIAN INDEPENDENCE. 1940-1964*. 129 (Greenwood Press 1994). En caso de que los líderes del Caribe fueran rápidos en condenar al PPP de Guyana. La frase de Adams de Barbados era típica: “Aunque debemos arrepentirnos de la suspensión de cualquier constitución, debemos eliminar con más ahínco la continuidad de un Gobierno que pone a la ideología Comunista sobre el bien de la gente”. Citado en SPACKMAN, *supra* nota 26, en 495.

⁴⁰ Citado en SPACKMAN, *supra* nota 26, en 30-31.

potencias coloniales europeas tomaron la determinación de contener, si no es que interrumpir, la influencia soviética en las Américas. Se tenían que equilibrarse dos intereses contrapuestos que implicaban: retrasar el paso de la descolonización, y al mismo tiempo, mantener el modelo democrático occidental de forma preferente al socialismo. Los poderes coloniales se preocuparon porque si otorgaban la independencia demasiado rápido, los nuevos Estados iban a caer frente al movimiento comunista. Esta lucha intensa de poder entre Occidente y el mundo socialista, obligó a los líderes nacionalistas del tercer mundo (tal y como obligó a los activistas de derechos civiles en los Estados Unidos) a sobrevivir a una prueba ideológica; tenían que demostrar una adherencia a Occidente y al capitalismo que no podía quedar comprometida, para de esta manera, obtener apoyo para lograr la independencia por parte de los Estados Unidos y de los poderes imperiales Europeos.

Fue en este complejo clima político, altamente polarizado e intolerante a la diversidad política y a la experimentación, donde los líderes de las Indias Occidentales se sentaron a negociar sus constituciones independientes. Bajo estas condiciones políticas, no es de sorprender que las constituciones, que fueron adoptadas en los años sesenta⁴¹, emularan el modelo de gobierno parlamentario de Westminster⁴². Ni la autoría de los documentos, ni las ideas que traían plasmadas fueron genuinamente autóctonas ni significativas. A diferencia de la constitución norteamericana, o más recientemente, de la constitución de Sudáfrica, estas no eran producto de un discurso político sustancial. Más bien, eran escritas rápidamente por las élites políticas de las colonias y patrocinadas por los políticos y abogados de Londres. Se presumía que el modelo de Westminster representaba el culmen de la gobernanza democrática. Poca si no

⁴¹ Jamaica y Trinidad y Tobago fueron los primeros estados en adoptar constituciones independientes en 1962, y St. Christopher y Nevis los más recientes en 1983.

⁴² *No obstante, ver* Independent Jamaica Council for Human Rights v. Marshall-Burnett and Or., [2005] U.K.P.C. 3 (apelación de Jamaica), 9, observando que mientras la Constitución de Jamaica de 1962 fue escrita acorde con el modelo de Westminster, también partía del establecimiento de la supremacía de la Constitución, y no del Parlamento como lo es en el Reino Unido.

es que ninguna consideración se otorgó a modelos constitucionales alternativos, o a las ventajas y limitaciones de la constitución de Westminster para el marco caribeño⁴³.

Los territorios más grandes y poderosos (Jamaica, Trinidad y Tobago, Guyana y Barbados) lideraron el camino hacia la independencia. Jamaica introdujo primero su constitución poco tiempo después de la desaparición de la federación, y la adoptó en 1962. Un esquema desarrollado después de la deliberación legislativa en Kingston fue entonces revisado y auspiciado por Inglaterra. El Primer Ministro Norman Manley, que lideró a la delegación a Londres, puso en claro que esto no era un esfuerzo para reinventar la rueda. Declarando lo siguiente:

Yo no me disculpo por el hecho de que nosotros no intentamos embarcarnos en un ejercicio original o nuevo para la construcción de la constitución. Nosotros teníamos un sistema que entendíamos; hemos estado operándolo por muchos años con sentido. Es un sistema que ha permanecido en éxito en otros países por generaciones. Es un sistema que es consistente con los ideales que tenemos en este país y no era difícil decidir que íbamos a seguir ese sistema familiar con las modificaciones que pensamos eran necesarias en virtud de las circunstancias que rodearon a la Independencia⁴⁴.

En Trinidad y Tobago, un esbozo de constitución fue publicado en febrero de 1962, con comentarios por escritos realizados por representantes populares en un periodo de cuarenta días. Aún en este corto periodo de tiempo, existieron más de 160 escritos del público, muchos de los cuales criticaban y tachaban de inadecuadas a las garantías que consagraban la libertad civil. La Asociación de Servicio Civil objetó que las cláusulas de salvaguardia en la constitución, laceraban los derechos protegidos. Después de una reunión pública a la que atendieron doscientas personas, uno de los proyectos fue aprobado en Trinidad y después de eso, tal y como ocurrió con el documento de Jamaica, se revisó y se auspició en Londres, sien-

⁴³ Ver Keith Patchett, *The Legal Inheritance of the Smaller Commonwealth States*, 8 COMMONWEALTH J. 16, 17 (1989).

⁴⁴ Citado en LLOYD BARNETT, *THE CONSTITUTIONAL LAW OF JAMAICA* 25 (Oxford Univ. Press 1977).

do adoptado en agosto de 1962⁴⁵. Guyana y Barbados siguieron en 1966, Granada en 1973, y las otras seis islas poco después⁴⁶.

2.2.3. El debate sobre lo autóctono

Las circunstancias inherentes al origen traen consigo una amplia sombra sobre la vida de un proyecto constitucional, y es esta verdad ineludible la que ha llevado a algunos comentaristas del Caribe a cuestionar la autenticidad de sus constituciones. El debate sobre el origen constitucional, es realmente una investigación relacionada con la relevancia contemporánea de la constitución⁴⁷. ¿Está el nuevo estado vistiendo una constitución mal hecha y que no solventa sus necesidades, o acaso ha reinventado el marco constitucional y de esa forma lo ha hecho suyo?⁴⁸ ¿Es la constitución un organismo vivo que crea un nuevo espacio para la democracia o es en realidad un monumento calcificado de las decisiones que fundaron el Estado y de los compromisos adquiridos?⁴⁹ Algunos académicos sostienen

⁴⁵ WALLACE, *supra* nota 10, en 212-213. Para un estudio de la historia constitucional en Trinidad y Tobago, realizada por uno de sus escritores, ver GEORGE COLLYMORE, IN THE FIRES OF HOPE: A BIOGRAPHY OF STATESMAN ELLIS CLARKE 50-52 (Adworks 2000).

⁴⁶ St. Lucia adoptó su constitución en 1978, Antigua en 1981, las Bahamas en 1973, Belice en 1981, Dominica en 1981, St. Vincent en 1979, y St. Kitts y Nevis en 1983.

⁴⁷ Tal y como Margaret DeMerieux ha escrito, el debate sobre la autenticidad no es simplemente teórico. Sugiere que hay tres preguntas útiles implícitas en el debate sobre la autenticidad. Primera, ¿la constitución reúne las necesidades de la sociedad? Segunda, ¿es la constitución el producto de un proceso local y democrático —lo es de la gente, por la gente y para la gente—? Y Tercera, ¿la constitución provee oportunidades amplias para la participación popular en la gobernanza? MARGARET DEMERIEUX, FUNDAMENTAL RIGHTS IN COMMONWEALTH CARIBBEAN CONSTITUTIONS 15 (Univ. of the West Indies 1992).

⁴⁸ El gobernador general de las Barbados, Sir Hugh Springer, acentuó en una frase celebre: “nuestra constitución vino de Inglaterra pero una docena de generaciones de pobladores de los Barbados la han hecho suya”. Citada en SIMEON C. R. MCINTOSH, CARIBBEAN CONSTITUTIONAL REFORM: RETHINKING THE WEST INDIAN POLITY 1 (Caribbean Law Pub. Co. 2002).

⁴⁹ Respecto a la relación entre el proceso deliberativo de su creación y la pervivencia del constitucionalismo democrático, ver, de forma general, TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL

que las constituciones de las Indias Occidentales no son autóctonas porque tienen un lazo umbilical con los actos del Parlamento que le dieron lugar⁵⁰. La preocupación por la autoctonía, fue apuntada por Kenneth C. Wheare, quien escribió que los ciudadanos del Caribe quieren ser capaces de decir que “su constitución tiene fuerza de ley y, en caso de ser necesario, ser la ley suprema dentro de su territorio, a través de su propia autoridad local y no porque fuera promulgada o autorizada por el parlamento del Reino Unido; esto es, que ha sido... “cosechada en casa”, exprimida de su propio suelo, y no importada del Reino Unido”⁵¹. Simeon McIntosh ha escrito que “la Constitución no fue la creación de la voluntad soberana del pueblo; ... no fueron los pobladores *le pouvoir constituant*... El estatus de la Constitución como ley suprema no fue establecido por un proceso legal autóctono, que descansara únicamente en la voluntad de las Indias Occidentales”⁵². Las constituciones independientes contenían reminiscencias de su origen colonial. Excepto por Guyana, la forma monárquica sobrevivió. Las constituyentes incluyeron elementos predeterminados, lo que ha sido una figura central y muy criticada de las legislaturas coloniales. Y el Consejo Privado permaneció como la instancia judicial dispositiva⁵³. Sin embargo, Lloyd Barnett ha discutido que, ultimadamente, la pregunta fundamental es la referente a la autonomía política y no legal, y que la “sed por lo autóctono... puede ser saciada no solo por una revolucionaria quiebra con la continuidad legal existente, sino también por otras manifestacio-

COURTS IN ASIAN CASES (Cambridge Univ. Press 2003); CASS R. SUNSTEIN, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS Do* (Oxford Univ. Press 2001).

- ⁵⁰ La cuestión sobre la autenticidad constitucional ha sido analizada también en el contexto Africano. Ver Carla M. Zoethout & Piet J. Boon, *Defining Constitutionalism and Democracy: An Introduction*, in *CONSTITUTIONALISM IN AFRICA: A QUEST FOR AUTOCHTHONOUS PRINCIPLES* (Carla M. Zoethout et al. eds., 1996). J. Oloka-Onyango. *Constitutionalism in Africa: Yesterday, Today and Tomorrow*, in *CONSTITUTIONALISM IN AFRICA: CREATING OPPORTUNITIES, FACING CHALLENGES 4* (JO. I oka-Onyango ed., Fountain Press 2001).
- ⁵¹ K. C. WHEARE, *THE CONSTITUTIONAL STRUCTURE OF THE COMMONWEALTH* 89 (Greenwood Press 1982).
- ⁵² MCINTOSH, *supra* nota 47, en 89.
- ⁵³ SPACKMAN, *supra* nota 26, en xxxii.

nes menos legalistas de nacionalismo"⁵⁴. En parte, en un esfuerzo por escapar al dilema de lo autóctono, tanto como Trinidad Guyana adopta nuevas constituciones para reemplazar a las constituciones independientes. Trinidad y Tobago adoptó una nueva Constitución en 1976⁵⁵, y Guyana también lo hizo en 1980⁵⁶.

Granada presenta un caso interesante en el debate sobre lo autóctono, porque a pesar de que experimentó la ruptura más rápida con el pasado, su sistema legal vigente es una mezcla pragmática de leyes antiguas y nuevas. La revolución de 1979 rompió con el régimen legal postcolonial, introduciendo estructuras políticas locales y un sistema con una corte independiente, además anuló las apelaciones al Consejo Privado y a la jurisdicción regional de la Suprema Corte del Caribe del Este (ECSC). Sin embargo, el Gobierno Revolucionario Popular (PRG) volvió a autorizar muchas de las leyes existentes, incluyendo la legislación constitucional. Cuando el PRG fue derrocado en 1983, la Constitución de 1973 fue promulgada nuevamente, pero muchas de las leyes promulgadas por el PRG, permanecieron válidas. Granada volvió al Consejo Privado y a la ECSC en 1991.

Incuestionablemente, los orígenes constitucionales, como las banderas nacionales y los himnos, son emblemas importantes de la independencia y del ser estatal. Un punto de partida y de regreso, se lanzan y aterrizan a la nueva entidad y la sitúan en sistemas legales y políticos. Últimamente, sin embargo, como Barnett y DeMerieux

⁵⁴ BARNETT, *supra* nota 43, en 30.

⁵⁵ La Constitución de 1976 creó una república y por lo demás, cambio muy poco respecto a la constitución de la independencia.

⁵⁶ La Constitución de Guyana de 1980 estableció un gobierno tipo "cooperativo-socialista". Incluye un capítulo relativo a principios directivos que es singular en las constituciones de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe. Los principios directivos introducen una reforma socialista en la economía e imponen deberes positivos al Estado para facilitar la transformación al socialismo. Por ejemplo, el artículo 18 provee que "la tierra es para uso social y debe darse al pueblo". El Artículo 14 garantiza a todo ciudadano el "derecho a atención médica gratuita". El Artículo 16 garantiza el derecho a una "vivienda digna". El Artículo 27 otorga el "derecho a la educación gratuita desde la primaria, hasta la universidad", y el Artículo 29 garantiza el derecho de las mujeres a la igualdad. La Constitución fue modificada para dejar en claro que estos derechos no son negociables. CONST. (1980).

han dicho, los orígenes importan por razones funcionales y no existenciales. En este sentido, las constituciones del Caribe se formaron bajo un inherente conservadurismo, que es, en mi opinión, rastreable a los principios que reinaron en el periodo de independencia, incluyendo las presiones de la Guerra Fría, la preferencia de Londres por los moldes semejantes, y la falta de la imaginación por parte de los redactores de las constituciones del Caribe. Estos factores trajeron como consecuencia garantías individuales deficientes que han obstaculizado los esfuerzos para ejecutar de forma integral los derechos individuales hoy en día.

2.2.4. Las garantías individuales

De forma significativa, las constituciones independientes partieron del modelo de Westminster en su inclusión de las garantías individuales escritas, marcando una transición, de la confianza en el "*common law*" para proteger los derechos individuales, al otorgamiento explícito de derechos judicialmente ejecutables. Todas las constituciones confirieron a las cortes el poder de revisión judicial y establecieron la supremacía constitucional. Las garantías individuales protegen el derecho a la vida⁵⁷ y a vivir libre de "tratos inhumanos y degradantes"⁵⁸, o de "castigos crueles e inusuales"⁵⁹. Salvo por la Constitución de Belice, las constituciones también contenían cláusulas de salvaguardia en el periodo anterior a la independencia. Ya que estas cláusulas fueron establecidas para imposibilitar la plena abolición de dichos castigos, los ataques constitucionales a la pe-

⁵⁷ Por ejemplo, la Constitución de Trinidad y Tobago protege el "derecho del individuo a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a disfrutar de la propiedad, y al derecho a no ser privado de ninguno de los derechos anteriores, salvo que exista un debido proceso legal". TRIN. & TOBAGO CONST. pt. I, 4(a).

⁵⁸ La Constitución de Trinidad y Tobago provee que "ninguna persona podrá estar sujeta a tortura o a castigo inhumano o degradante o a cualquier otro tratamiento similar". TRIN. & TOBAGO CONST. pt. 1, 17(1).

⁵⁹ La Constitución de Jamaica prevé que el Parlamento no podrá "imponer o autorizar la imposición de trato o castigo cruel e inusual" JAM. CONST. pt. I, 2(b). Disposiciones similares se encuentran en las constituciones de Barbados y de las Bahamas.

na de muerte se han enfocado exclusivamente en la de adecuación con las protecciones procedimentales.

En teoría, antes de la adopción de las garantías individuales, el “*common law*” protegía las libertades de los ciudadanos frente a la acción estatal excesiva⁶⁰. De hecho, no obstante lo anterior, no había una historia significativa de sentencias o decisiones judiciales relativas a intrusiones gubernamentales en las libertades civiles antes de la adopción de las garantías individuales⁶¹. Las primeras interpretaciones de estos derechos, restringían su ámbito de acción a la práctica del “*common law*”. Por ejemplo, en *Collymore v. AG*⁶², el Ministro de Justicia Wooding de la Corte de Apelación de Trinidad y Tobago, sentenció que el nuevo derecho constitucional de asociación no protegía el derecho a huelga porque el “*common law*” inglés no reconocía dicho derecho. Tal lectura sesgada y literal de los derechos individuales constitucionales en un sistema de soberanía parlamentaria, se denominó por un comentarista que debatía sobre las Garantías Individuales Canadienses de 1960⁶³, la “teoría de los conceptos congelados”, lo que reduce de forma efectiva las nuevas garantías individuales, de ley suprema pasa a ser ley ordinaria, sujeta solo a enmiendas parlamentarias para estar en consonancia con

⁶⁰ Ver opinión de Lord Hailsham in *Maharaj v. Att’y Gen. de Trinidad & Tobago* (No.2), [19791 A. C. 385 (P.C.) (apelación de Trinidad & Tobago).

⁶¹ DeMerieux, *supra* nota 46, en 22.

⁶² *Collymore v. Att’y Gen. de Trinidad & Tobago*, [1967] 12 W.I.R. 5 (C.A.) [1970] A.C. 538. El Ministro de Justicia de la Corte de Apelación Fraser escribió: “no existe ningún derecho en el *common law* para iniciar una huelga, y deberá entonces establecerse que dicho derecho a tomar parte en una huelga, no está incluido en la libertad de asociación protegida por... la Constitución.» *Id.* en 48.

⁶³ Walter S. Tarnopolsy, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 44 LAW AND CONTEMP. PROBLEMS 169 (1981). La Corte Suprema de Canadá se ha referido a la teoría de los “conceptos congelados” en un caso de reciente aplicación de las Garantías Individuales de 1982, en torno a la problemática del matrimonio entre personas del mismo sexo. En el Asunto de Sección 53 del Escrito de la Suprema Corte. R.S.C. 1985, C.S-26 [2004] SCC 79 22.

las necesidades cambiantes de una nueva sociedad moderna e independiente⁶⁴.

Existen muchas razones para la inclusión de las garantías individuales en las constituciones del Caribe. Prácticamente todas las constituciones adoptadas después de la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, siguieron ese modelo para la protección de los derechos fundamentales. Además, el Reino Unido y sus colonias eran parte de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos⁶⁵, la cual se convirtió en fuente de la mayoría de los textos que se encuentran en las constituciones del Caribe⁶⁶. Cuando Trinidad y Tobago y Jamaica adoptaron sus constituciones en 1962, los beneficios de la inclusión de las garantías individuales fueron debatidos, pero a partir de allí, fueron incluidas automáticamente en todas sus constituciones posteriores. En el ambiente de deliberación de las dos constituciones anteriores, parecía que las garantías individuales añadían poco a la amplia gama de derechos individuales protegidos por el “*common law*”. Estaban pensadas para preservar el *status quo* más que para conferir derechos frente al poder estatal⁶⁷.

⁶⁴ Para leer una discusión sobre la reconciliación de la soberanía parlamentaria con la revisión significativa del poder judicial en las constituciones de la Comunidad Británica de Naciones de 1960, ver Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (2001).

⁶⁵ En 1953, la Convención Europea firmada por Gran Bretaña en 1950, fue extendida a las Indias Occidentales. Ver SIMPSON, *supra* nota 25, en 6. A pesar de que los nuevos estados independientes adoptaron las garantías individuales derivadas de la Convención Europea, sus constituciones no hicieron referencia a la convención, y por eso la legislación sobre derechos humanos desarrollada por la Corte Europea de los Derechos Humanos no es vinculante para estos territorios. Este probablemente no era el resultado que se pretendía por los redactores de las constituciones. Thomas Buergenthal, *Modern Constitutions and Human Rights Treaties*, 36 COLUM. J. TRANSNATL' L. 211, 220 (1997).

⁶⁶ Las garantías individuales de Jamaica se derivaron de la Constitución de Nigeria, que a su vez se adoptó a partir de la Convención Europea sobre los Derechos Humanos. *R. v. Martin, Hinds & Ors.*, [1974] 22 W.I.R. 368, 389 (C.A.). Para un relato más detallado sobre la inclusión de las garantías individuales en la Constitución de Nigeria, ver Mirna E. Adjami, *African Courts, International Law, and Comparative Case Law: Chimera or Emerging Human Rights Jurisprudence?*, 24 MICH. J. INT'L L. 103, 116 (2002).

⁶⁷ Ver DEMERIEUX, *supra* nota 46, en 3 7-38.

Al mismo tiempo, dado que Londres estaba decidido a entregar de forma inalterada a los nuevos estados independientes, lo que consideraba una venerada tradición de democracia liberal, las garantías individuales estaban destinadas a anclar este legado de gobierno representativo y de derechos individuales. Diseñadas como un baluarte frente al totalitarismo, las garantías individuales evidenciaban la apreciada misionera de Inglaterra para exportar sus libertades políticas a las colonias. Los Servicios Británicos de Información de Ultramar declararon en un documento de 1946 lo siguiente:

Inglaterra es libre. Una de sus principales contribuciones a la civilización ha sido su énfasis en la libertad personal, y hemos triunfado... en reconciliar la libertad y el orden. La libertad en Inglaterra significa..., libertad de pensamiento, expresión u opinión, de creencia religiosa, libertad para organizar partidos políticos, sindicatos, etc. Y, quizás por encima de todo, libertad para criticar a la autoridad. Nosotros deseamos ver que este concepto de libertad individual sea adoptado a lo largo del mundo entero⁶⁸.

Al adoptar la lista de derechos individuales, Jamaica y Trinidad y Tobago estaban rechazando de forma implícita dos modelos políticos opuestos de la región. Al sur, se encontraban los regímenes inestables de Centro y Sudamérica, y al poniente estaba el comunismo de Cuba. Abril de 1961 trajo la invasión de Bahía Cochinos, y en ese mismo año, Fidel Castro declaró a Cuba una nación socialista. Trinidad y Tobago y Jamaica estaban buscando inversión y comercio con Canadá y con Estados Unidos, y querían a toda costa tranquilizar a estos potenciales socios económicos en relación con su estabilidad política. En su adhesión a la independencia de 1962, el Primer Ministro de Jamaica, Sir Alexander Bustamante, declaró que Estados Unidos era el único país en el mundo que le agradaba, y ofreció su nuevo país independiente como una base para reemplazar a Guantánamo⁶⁹. Entonces, por razones instrumentales, las garantías individuales de los nuevos estados fueron modeladas de

⁶⁸ Citado en SIMPSON, *supra* nota 25, en 292.

⁶⁹ LEWIS, *supra* nota 28, en 414.

acuerdo con las de los grandes estados vecinos que tenían al norte⁷⁰.

3. La Retención de la Pena de Muerte y la Jurisprudencia Constitucional en el Caribe

Todos los Estados de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe retuvieron la pena de muerte⁷¹, aunque solo Trinidad y Tobago, Saint Kitts y Nevis, y las Bahamas han ejecutado prisioneros en los últimos diez años⁷². Estos territorios pertenecen a una minoría cada vez más reducida de naciones retencionistas⁷³. Junto con Guatemala, Cuba, y los Estados Unidos, los Estados de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe son los únicos en América que continúan utilizando dicha sanción⁷⁴. Aunque el mundo está cada vez más cohesionado en torno a la abolición de la pena de muerte,

⁷⁰ Ver BARNETT, *supra* nota 43, en 377.

⁷¹ Granada retuvo la pena pero es considerada por Amnistía Internacional como un estado en vías de abolición según el criterio de los 10 años. Ver <http://www.amnesty.org/deathpenalty-countries-eng> (Junio 9, 2004). Granada ejecutó a 5 personas en 1977 y 1978 después de un lapso de 15 años; no han existido otras ejecuciones desde ese entonces. Barbados, Belice, Jamaica y Dominicana no han realizado ejecuciones en 10 años, pero no tienen una práctica establecida respecto a no llevar a cabo las ejecuciones y por eso no son considerados estados en vías de abolición de la pena de muerte por Amnistía Internacional. Las últimas ejecuciones en esos países fueron: 1984 para Barbados, 1986 para Belice, 1986 para Dominicana, y 1988 para Jamaica. ROGER HOOD, *THE DEATH PENALTY: A WORLDWIDE PERSPECTIVE* 59, 248 (Oxford Univ. Press 2002).

⁷² Las Bahamas ejecutó a dos hombres en 1998, y a un hombre en el 2000. St. Christopher y Nevis ejecutó a un hombre en 1998, la primera ejecución en ese Estado en 13 años. Trinidad y Tobago ejecutó a un hombre en 1994 y a 10 hombres en 1999. Ver www.reprive.org.uk/cj.shtml.

⁷³ Con datos del 2004, existen 117 países en vías de abolición de la pena de muerte (incluyendo estados que son abolicionistas de facto y abolicionistas de jure) y 78 países retencionistas. Ver *The Death Penalty: An International Perspective*, Death Penalty Information Center, en <http://www.deathpenaltyinfo.org/article.php?did=127&scid=30#ar> (última visita en Enero 24, 2005).

⁷⁴ Ver *Amnesty Report: Abolitionist and Retentionist Countries*, en <http://www.amnesty.org/pages/death-penalty-countries>.

los líderes políticos en el Caribe de forma terca rehúsan reconocer que la pena de muerte viola los derechos humanos. En una reunión del Consejo Permanente de la OEA en 1999, el Primer Ministro de Trinidad y Tobago, Basdeo Panday, insistió en que a pesar del uso de la pena de muerte, su país cumplía con los estándares internacionales de derechos humanos. La pena de muerte, dijo, está fuera de los límites del régimen de los derechos humanos porque “la legislación internacional la permite y es un asunto que recae estrictamente dentro de la jurisdicción nacional de los estados soberanos”⁷⁵.

Con este pensamiento tan localista, Panda y otros líderes del Caribe con mentalidad similar⁷⁶, están de acuerdo con la posición de los Estados Unidos⁷⁷. Los Estados Unidos argumentan que limitando la pena de muerte a los crímenes más serios e imponiendo rigurosas garantías procedimentales, la pena capital puede operar de forma justa y humana⁷⁸. Desde la perspectiva del Departamento de Estado de los Estados Unidos, el punto clave de la correcta aplica-

⁷⁵ Ver <http://www.oas.org/OASpage/press2002/en/Press99/092399.htm>

⁷⁶ No todos los líderes del Caribe comparten este planteamiento. En el 2000, el Abogado General de Belice Godfrey Smith declaró: “No desearía ver que el Caribe malgaste su energía en aspectos de derechos humanos relativos a la pena de muerte... Me gustaría mucho más que (nosotros llegáramos a la conclusión y después nos embarcáramos manipulando el mismo movimiento internacional de derechos humanos para luchar por el reconocimiento del derecho a desarrollarse para la gente que vive en los países en desarrollo...” Citado en Julian Knowles, *Capital punishment in the Commonwealth Caribbean: colonial inheritance, colonial remedy?* in CAPITAL PUNISHMENT: STRATEGIES FOR ABOLITION 308 (Peter Hodgkinson & William A. Schabas eds., Cambridge Univ. Press 2004).

⁷⁷ Algunos comentaristas han explorado el debate sobre si la pena de muerte contraviene los derechos humanos. Ver Joan Fitzpatrick & Alice Miller, *International Standards on the Death Penalty: Shifting Discourse*, 19 BROOK. J. INT’L L. 273 (1993); James Wyman, *Vengeance is Whose?: The Death Penalty and Cultural Relativism in International Law*, 6 J. TRANSNAT’L L. & POL’Y 543 (1997); Paolo Carozza, “My Friend is a Stranger”: *The Death Penalty and the Global Jus Commune of Human Rights*, 80 TEX. L. REV. 1031 (2003).

⁷⁸ El delegado de los Estados Unidos en la OEA, se opuso a la adopción de un Protocolo Opcional sobre la Pena de Muerte en la Convención Americana de Derechos Humanos, alegando: “En nuestra opinión, la imposición de la pena de muerte para crímenes muy graves, después de un juicio justo con todas las garantías que el debido proceso trae consigo, llevada a cabo por un sistema judicial efectivo, no constituye una violación a los derechos humanos fundamen-

ción de la pena de muerte, no está entre los estados abolicionistas y retencionistas, sino entre aquellos que tienen un cuerpo jurídico sin macula para manejar sus sistemas de pena capital, y aquellos que no lo tienen. Los sistemas criminales de justicia de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe carecen de esas salvaguardias, y por ello, aunque fuera razonable el debatir que la pena de muerte no es inconsistente con el derecho a no verse sujeto a tratos inhumanos, la pena de muerte genera problemas de justicia básica en sistemas con recursos insuficientes.

A pesar de que sus principales elementos legales han sido ampliamente condenados como contrarios a las normas internacionales, el sistema colonial de la pena de muerte permanece a lo largo y ancho del Caribe. Primero, la horca, el único método de ejecución existente, es protegida de cualquier desafío a través de la cláusula de salvaguardia, aunque es visto por muchos como innecesariamente doloroso⁷⁹. Segundo, la pena mandatoria para todo asesinato aún prevalece en algunas jurisdicciones. La pena mandatoria incluye los crímenes cometidos sin intención de matar, y crímenes conjuntos, y prohibiciones que mitigan circunstancias atenuantes como la compulsión y la ebriedad. Tercero, una figura distintiva de la pena de muerte es el amplio uso de la sentencia ejecutiva en la forma de revisión piadosa. Como medio para aminorar la dureza y rigidez de la pena automática, el sistema de revisión piadosa tiene profundas raíces en la práctica de Inglaterra⁸⁰. Sin embargo, las decisiones no judiciales que perdonan las sentencias no son controladas por el

tales o a la legislación internacional". Asamblea General, Actas y Documentos, volumen II, primera parte, O.A.S. Doc. OEA/Ser.P/XX.o.2, en 250-251 (1991).

⁷⁹ El Consejo Privado declaró constitucional la pena de muerte por horca en *Bodram & Ors. v. Baptiste* [1999] 1 W.L.R. 1709. Los estándares actuales, a nivel internacional, requieren el trato menos inhumano y degradante en el método de ejecución, y que el prisionero no sea sujeto a sufrir innecesariamente más de lo que sea necesario para que muera. *Ng v. Canada*, unreported, UN Doc. CCPR/C/49/D/469/199 (UNHRC) (Noviembre 5, 1993).

⁸⁰ Robert Weisberg ha escrito que: "[el panorama legal británico del siglo dieciocho... incluyó leyes criminales draconianas horribles que imponían frecuentemente la pena de muerte como castigo para crímenes contra la propiedad, entremezclado por un complejo y misterioso sistema donde los jueces de varios niveles podían emitir perdones, y donde quizás la mitad de las sentencias de muerte fueran revocadas por alguna decisión discrecional. Robert Weisberg,

debido proceso legal, y por ende, contravienen a las normas internacionales⁸¹.

Hasta los años ochenta, cuando el incremento dramático de homicidios en la región revivió la popularidad de la pena de muerte entre el electorado, la pena de muerte era utilizada de forma tan poco frecuente, que prácticamente existía una moratoria. Pero al inicio de los ochenta⁸², los crímenes violentos aumentaron a cifras record, y con ello también, el número de sentencias de muerte y ejecuciones⁸³. El porcentaje de población per cápita sujeta a la pena de muerte en el ESC es aproximadamente cuatro veces la de Estados Unidos⁸⁴. A partir del 2003, aproximadamente 250 hombres y mujeres fueron sentenciados a la pena de muerte en el ESC⁸⁵.

El incremento en el uso de la pena de muerte en los años ochenta, indujo a una crisis de la justicia penal, ya que estas jurisdicciones no tenían una infraestructura legal adecuada para administrar de for-

A Colloquium on the Jurisprudence of Mercy: Capital Punishment and Clemency: Apology, Legislation, and Mercy, 82 N.C. L. REV. 1415 (2004).

⁸¹ El Consejo Privado estableció algunos límites en las sentencias ejecutivas en casos de pena capital en *Lewis v. Att'y Gen. of Jamaica*, [2001] 2 A.C. 50 (P.C. 2000) (apelación de Jamaica), [2000] 2 W.L.R. 1785.

⁸² El porcentaje de muertes ascendió al doble en Jamaica en seis años, desde 1991 hasta 1997. Se produjeron 561 homicidios reportados en 1991 y 1,038 homicidios reportados en 1997. Planning Institute of Jamaica, *Economic & Social Survey* (1991-1999).

⁸³ En Jamaica existió un periodo moratorio de cuatro años, entre 1976 y 1980. Entre 1980 y 1988, Jamaica colgó en la horca a cincuenta y nueve prisioneros. En 1988, con 191 prisioneros condenados a pena de muerte, tuvo uno de los porcentajes *per cápita* más altos de pena de muerte en el mundo. AMNESTY INTERNATIONAL USA, *WHEN THE STATE KILLS... THE DEATH PENALTY: A HUMAN RIGHTS Issue* 155 (Amnesty International 1989). Para una descripción del uso de la pena en el Caribe, en el periodo posterior a la moratoria de facto, ver HOOD, *supra* nota 70, en 59-60.

⁸⁴ Ver Amnesty International, *Facts and Figures on the Death Penalty*, Al Index: ACT 50/005/2003, abril 11, 2003.

⁸⁵ El número exacto de reclusos en el corredor de la muerte es difícil de obtener. De acuerdo con la Organización de One Rights, a partir del 2003, la población recluso en el corredor de la muerte: Bahamas, 31; Barbados, 17; Belize, 6; Jamaica, 50; Trinidad y Tobago, 87. *Caribbean Justice Bulletin*, March 2003 Newsletter en <http://www.reprive.org.uk/cj/mar03.htm>. Ver también Joanna Harrington, *The Challenge to the Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean*, 98 AM. J. INT'L L. 126, n. 9 (2004).

ma propia el número en constante progresión de casos capitales⁸⁶. Las condiciones en la prisión eran duras y no aptas para el encarcelamiento de sentenciados con un periodo de tiempo amplio⁸⁷. Los jueces y los abogados estaban poco preparados para manejar los casos, que eran notoriamente complejos. Programas inadecuados de asistencia legal⁸⁸ dejaron a los acusados a merced de abogados jóvenes, poco entrenados, que no cobraban por asistir a sus clientes durante los procedimientos críticos previos al juicio y posteriores al mismo, y que no tenían experiencia adecuada en materia forense, médica o de investigación⁸⁹. No existía el derecho a asistencia legal en la fase posterior al juicio⁹⁰. En consecuencia, la integridad del

⁸⁶ Los problemas incluían retrasos injustificados en las fases del juicio, falta de representación legal, e importantes deficiencias en la codificación de legislación substantiva y procedimental. Para una revisión de estos problemas en el sistema de justicia criminal en Jamaica realizada por un abogado británico trabajando en juicios de pena capital en el 2000, ver Ali Bajwa, *Working in the Caribbean*, 1 AMICUS J. 8 (2000).

⁸⁷ Para una visión de la crisis de las condiciones de las prisiones en Jamaica, ver Stephen Vasciannie, *Human Rights in Jamaica: International and Domestic Obligations* 33-38 (Paper presented at United Nations Development Programme Roundtable 2001). En Hilaire, Ser. C No. 94 (Inter-Am. C.H.R. Junio 21, 2002), la Corte Interamericana sostuvo que las condiciones de la imposición de pena de muerte en Trinidad y Tobago, violaban la Convención Americana de Derechos Humanos. El Consejo Privado consideró el recurso constitucional del análisis de las condiciones para imponer la pena de muerte en *Lewis v. Att'y Gen. Of Jamaica*, [2001] 2 A.C. 50. A pesar de que el caso *Lewis* fue decidido con base en otros hechos, el Consejo Privado observó que los alegatos de abuso constituían "un asunto serio que tiene que ser investigado". *Id.* en 86.

⁸⁸ Para ver el tema de las deficiencias de los programas de asistencia jurídica en la región, ver de forma general Derek O'Brien, *The Right to Free Legal Representation in the Commonwealth Caribbean*, 2 OXFORD U. COMMONWEALTH L. J. 197 (2002).

⁸⁹ En Barbados, por ejemplo, la Ley de Servicios Legales Comunitarios, no provee de asesoría durante los procedimientos anteriores al juicio o durante el proceso de apelación. No se examina la aptitud de los consejeros legales en los casos de pena de muerte, y no existe un derecho a pagar forenses médicos o pruebas periciales. Ver Adrian King, *Legal Aid and Access to Justice* (Commonwealth Caribbean Human Rights Seminar, 2000).

⁹⁰ La Corte Interamericana sentenció que las deficiencias en proveer ayuda legal a prisioneros sentenciados a la pena de muerte, era una violación de a la Convención Americana de Derechos Humanos en Hilaire, Ser. C No. 94 (Inter-Am. C.H.R. Junio 21, 2002) en 152(b).

sistema estaba amenazada debido a que sentencias defectuosas eran anuladas por las cortes de apelación. En Belice, más de la mitad de los sentenciados a pena de muerte, ganaron sus apelaciones; con toda seguridad algunos de estos acusados eran inocentes⁹¹. En un caso de Jamaica en el 2002, el Consejo Privado revirtió la pena capital impuesta por un robo a las oficinas de Western Union, donde hubo un asesinato porque el fiscal de forma negligente no facilitó a la defensa con una cinta de video que contenía las imágenes de la perpetración del crimen, que hubiera dejado libre al acusado⁹².

El incremento precipitado en el número de ejecuciones y en el número de reclusos sentenciados a pena de muerte en los años ochenta, trajo como consecuencia un escrutinio intenso por la Comisión Interamericana y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Consejo Privado y por la Corte de Apelación del Caribe oriental⁹³. Existen varios registros útiles de la campaña legal para abolir o limitar el uso de la pena de muerte en la Comunidad Británica de Naciones del Caribe⁹⁴, y solo ofrezco un resumen de esa historia bien

⁹¹ Ver Saul Lehrsfreund, *The Death Penalty and the Continuing Role of the Privy Council*, 149 NEW L. J. 1299-1300 (1999).

⁹² Sangster & Dixon v. The Queen, [2002] U.K.P.C. 58 (P.C.) (apelación de Jamaica).

⁹³ La Corte de Apelación del Caribe del Este tiene jurisdicción sobre las apelaciones finales de los países que pertenecen a la Organización de los Estados Caribeños del Este (OECS). Los países son Antigua, Dominica, Granada, St. Lucía, St. Vincent, St. Kitts and Nevis, Montserrat, Anguilla y las islas Vírgenes británicas.

⁹⁴ Para una revisión de casos con material de derechos humanos, ver Lawrence R. Helfer, *Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes*, 102 COLUM. L. REV. 1832 (2002). Para una revisión de los casos de pena de muerte mandatoria, ver Harrington, *supra* nota 84. Ver también David Simmons, *Conflicts of Law and Policy in the Caribbean: Human Rights and the Enforcement of the Death Penalty-Between a Rock and a Hard Place*, 9 TRANS'L L. & POL'Y 263 (2000) [en adelante Simmons, *Conflicts*], Julian Knowles, *Capital Punishment in the Commonwealth Caribbean: Colonial Inheritance, Colonial Remedy?* in CAPITAL PUNISHMENT: STRATEGIES FOR ABOLITION 282 (Peter Hodgkinson & William A. Schabas eds., Cambridge Univ. Press 2004) and Leonard Birdsong, *In Quest of Gender-Bias in Death Penalty Cases: Analyzing the English Speaking Caribbean*

sabida, enfocándome en algunas de las cuestiones constitucionales que la CCJ enfrentará debido al estado normativo existente.

Al inicio de los años noventa, los abogados en el Caribe y en Londres implementaron una estrategia de litigio que, por etapas, competía primero a los regímenes de derechos humanos, y después, al Consejo Privado⁹⁵. La finalidad era dirigir dos casos al Consejo Privado que efectivamente aislaran la pena capital de la revisión. En un caso en Singapur de 1981, *Ong Ah Chuan*, el pleno del Consejo Privado sostuvo que una pena de muerte mandatoria por tráfico de drogas no era inconstitucionalmente desproporcionada, razonando que la sentencia mandatoria era correcta en el ámbito de la prerrogativa del Legislador que legítimamente tenía el propósito de disuadir de la comisión de dicho crimen⁹⁶. Dos años después, en *Riley v. Attorney General of Jamaica*⁹⁷, el pleno del Consejo Privado rechazó una queja por el retraso en la emisión de una sentencia, decidiendo que aunque fuere inhumano y degradante, el retraso *per se* no contravenía la Constitución de Jamaica con base en la cláusula de salvaguardia⁹⁸.

*Soering v. United Kingdom*⁹⁹, el caso modelo de 1989 en el que la Corte Europea de Derechos Humanos condenó el fenómeno de la pena de muerte, proveyó el argumento necesario para asentar las normas emergentes de derechos humanos en el marco jurídico del Caribe. Como sus Constituciones estaban basadas en la Convención Europea de Derechos Humanos, la sentencia que *Soering* articulaba

Experience, 10 IND. INT'L & COMP. L. REV. 317 (2000) and Birdsong, *Is There a Rush*, *supra* nota 24.

⁹⁵ Para una revisión de la estrategia de uno de los abogados que litigó muchos de los casos de pena de muerte, ver Edward Fitzgerald, *Savings Clauses and the Colonial Death Penalty Regime* 114 (Commonwealth Caribbean Human Rights Seminar, Belize City. Belize 2000) [en adelante Fitzgerald, *Savings Clauses*]. Ver también la carta de Nicholas Blake al autor, Agosto 24, 2004 (en archivo del autor).

⁹⁶ *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648 (P.C. 1980) (apelación de Singapur).

⁹⁷ *Riley v. Att'y Gen. of Jamaica*, [1983] 1 A.C. 719 (P.C. 1982) (apelación de Jamaica).

⁹⁸ *Id.* en 726-727.

⁹⁹ *Soering v. United Kingdom*, [1989] 11 Eur. Ct. H.R. 439.

fue sumamente relevante para la Comunidad Británica de Naciones del Caribe. El Consejo Privado iba a considerar muchos otros casos¹⁰⁰ antes, concretamente en 1993, transformaría el panorama existente con su decisión en *Pratt*.

El encarcelamiento prolongado, que era la principal queja del acusado en *Pratt*, comenzó con cuatro años de retraso entre su sentencia condenatoria en 1979 y la resolución de su apelación. La Corte de Apelación de Jamaica emitió su opinión escrita cuatro años después de haber rechazado la apelación. Antes de que el Consejo Privado se hiciera cargo del caso, los acusados de *Pratt* pidieron que lo revisara la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En 1987, la Comisión Interamericana sostuvo que el retraso era violatorio de la Convención Americana y en 1988, el Comité de Derechos Humanos encontró una violación al Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles por diferentes bases y argumentos¹⁰¹.

El Consejo Privado se basó ampliamente en los avances de los tribunales de derechos humanos para dictar sus sentencias constitucionales y establecer que el encarcelamiento prolongado en *Pratt* era inhumano y no estaba exento de revisión constitucional en virtud de "cláusula especial de salvaguardia". Después de que *Pratt* estableciera un límite de cinco años para el encarcelamiento posterior a la sentencia, las jurisdicciones del Caribe se encontraron entre la espada y la pared, es decir, entre la regla de los 5 años y el deber de permitir a los lentos tribunales de derechos humanos, la oportunidad de revisar por completo los casos en aumento de apelantes y reclusos sentenciados a la pena de muerte. Recientemente, los estados más grandes, Jamaica en 1997 y Trinidad y Tobago en 1998, eliminaron la revisión por estos cuerpos al denunciar algunas de

¹⁰⁰ Ver discusión en *infra* nota 135.

¹⁰¹ Mientras la Comisión sostuvo que el retraso de 4 años era equivalente a "trato inhumano, cruel y degradante", el Comité no se aventuró a plantear el argumento del fenómeno del corredor de la muerte pero si recomendó la conmutación de la pena en razón del amplio periodo de tiempo transcurrido y nunca recomendó el perdón de la pena basado en el amplio periodo de retraso. Ver Heifer, *supra* nota 93, en 1870.

sus obligaciones contenidas en los tratados internacionales¹⁰². Trinidad y Tobago mostró su disconformidad con las sentencias de los tribunales al ejecutar a los reclusos sentenciados a pena de muerte mientras sus apelaciones estaban pendientes¹⁰³.

Una vez que *Pratt* abrió el terreno para comunicar las figuras de los sistemas de pena de muerte que violaban los derechos humanos, los estrategas legales también dieron a conocer otras cuestiones y problemas. Buscaban imponer el debido proceso legal en los procedimientos de clemencia, y se centraron en la sentencia obligatoria, ignorando a las cláusulas de salvaguardia. Las cláusulas de salvaguardia, a las que me refiero en la sección 3.1 siguiente, son figuras muy relevantes de estas Constituciones y representan el mayor obstáculo para constitucionalizar el sistema de pena de muerte. Dos tipos de cláusulas de salvaguardia se imponen sobre las garantías individuales. La cláusula especial de salvaguardia, que se revisó en *Pratt*, aísla las penas de la era pre-independiente de la revisión constitucional, mientras que la cláusula general de salvaguardia protege todas las leyes estatutarias preexistentes. *Pratt* había rechazado la sentencia de *Riley* que sostenía que el retraso en ejecutar la sentencia no era inconstitucional en atención a la cláusula especial de salvaguardia. En *Pratt*, se razonó que la cláusula de salvaguardia de la penalidad debía ser interpretada de forma literal, de manera compatible con las normas de derechos humanos¹⁰⁴.

¹⁰² En 1997, Jamaica denunció el Primer Protocolo Opcional del Pacto, pero dejó expedita la vía de la Comisión Interamericana. En 1998, Trinidad y Tobago denunció el Protocolo Opcional del Pacto así como la Convención Americana. Ver Heifer, *supra* nota 93, en 1881.

¹⁰³ Glen Ashby fue ejecutado en 1994, y otro acusado fue ejecutado en 1999 mientras su apelación estaba pendiente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de que Trinidad y Tobago se había retirado de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el prisionero podía apelar siempre y cuando Trinidad y Tobago siguiera siendo miembro de la Organización de Estados Americanos.

¹⁰⁴ Aquí los jueces aplicaron el Principio de Interpretación de Bangalore que sostiene que una constitución deberá ser leída de forma consistente con sus obligaciones internacionales siempre que esto sea posible. Para ampliar sobre el Principio de Bangalore, ver COMMONWEALTH L. BULL. 1196 (1988). Ver también Lord Lester of Herne Hill, *The Challenge of Bangalore: Making Human Rights a Practical Reality*, COMMONWEALTH L. BULL. 47(1999).

En los sistemas de pena capital automática, como los de la jurisdicción del Caribe, el poder real de sentenciar descansa en el Ejecutivo, que tiene el poder de conmutar la pena de muerte. Antes del 2000, cuando el Consejo Privado decidió el caso *Lewis v. A. G. of Jamaica*¹⁰⁵, otro caso paradigmático, la discrecionalidad del Ejecutivo no tenía restricción alguna y la capacidad del recluso para influir en el proceso estaba sumamente restringida¹⁰⁶. *Lewis* significó un desafío contra el procedimiento en Jamaica, donde un consejo privado local, seleccionado por el Gobernador, podía efectuar una recomendación vinculante respecto a una petición de piedad al Gobernador, sin representación legal alguna del prisionero y sin proveer al recluso con acceso a los materiales con arreglo a los cuales se iba a basar la decisión del Consejo Privado Jamaicano. En dos sentencias anteriores, el Consejo Privado de Inglaterra otorgó sanción constitucional a esta práctica de decisión no judicial, basado en la acostumbrada prerrogativa del Ejecutivo, históricamente denominada "prerrogativa real"¹⁰⁷ de piedad en casos de pena capital¹⁰⁸, declarando que la "piedad no está sujeta a derechos legales"¹⁰⁹. Sin embargo, *Lewis* revertió esta línea de casos. Al sostener que los procedimientos de piedad están sujetos a escrutinio judicial, y otorgan al acusado el derecho a notificación del proceso, así como el derecho para enviar material de defensa, y para revisar los materiales enviados por el juez y otros emitidos por el órgano que decidirá el juicio, que en Jamaica es el Consejo Privado, y en otros lugares es un funcionario del Ejecutivo¹¹⁰. *Lewis* también estableció que es ilegal proceder con

¹⁰⁵ *Lewis v. Att'y Gen. de Jamaica*, [2001] 2 A.C. 50 (apelación de Jamaica).

¹⁰⁶ Para un relato más amplio del sistema de Clemencia en la jurisprudencia del Caribe, ver Edward Fitzgerald, *Pardon and the Commutation of the Death Penalty: Judicial Review of Executive Clemency* (Commonwealth Caribbean Human Rights Seminar 2000).

¹⁰⁷ Ver HILAIRE BARNETT, *CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW* 159 (Cavendish Publishing Ltd., 4th ed. 2002).

¹⁰⁸ *DeFreitas v. Benny*, [1976] A.C. 239 (P.C.) (apelación de Trinidad & Tobago); *Reckley v. Minister of Public Safety*, (No. 2) [1996] 1 A.C. 527 (P.C.) (apelación de las Bahamas).

¹⁰⁹ Lord Diplock in *DeFreitas v. Benny*, *Id.* en 247.

¹¹⁰ *Lewis v. Att'y Gen. of Jamaica*, [2001] 2 A.C. 50 (P.C. 2000) (apelación de Jamaica).

la ejecución de un recluso antes de que la apelación ante los órganos internacionales de derechos humanos hubiere concluido¹¹¹.

El siguiente avance importante en el Consejo Privado fue el de la pena mandatoria. En un grupo de tres casos¹¹²... decididos en el 2000, razonados a partir de *Pratt*, se declaró que la pena mandatoria no podía quedar amparada por una cláusula especial de salvaguardia. Tres meses después, en *Hilaire*, la Corte Interamericana declaró que la pena mandatoria en Trinidad y Tobago era una privación arbitraria de la vida y ordenó que se instaurara nuevamente el juicio de treinta y un reclusos¹¹³. Después de que estos casos establecieron firmemente que la pena de muerte mandatoria violaba los derechos humanos y las Garantías Individuales de Trinidad y Tobago, los abogados dirigieron su atención a la cláusula general de salvaguardia, donde tuvieron menos éxito. En 2004, nuevamente en relación a tres casos¹¹⁴, el Consejo Privado declinó abrogar las sentencias mandatorias, donde existía una cláusula general de salvaguardia.

3.1. El problema de la cláusula de salvaguardia

Con el objetivo de transferir gradualmente los sistemas legales coloniales a la era independiente, la cláusula de salvaguardia se había convertido en el monstruo de *Frankestein*, destruyendo los instrumentos creadores y los acuerdos centrales, dejando atrás una montaña de esperanzas no realizadas. Los tribunales que han lidiado con la cláusula se han quedado cortos, en parte, como sugiero, debido a la intensidad del debate sobre la pena de muerte, que, tanto aquí como en cualquier lado, ha tenido consecuencias

¹¹¹ Lewis v. Att'y Gen. of Jamaica, *Id.* en 85.

¹¹² Reyes v. The Queen, [2002] 2 A.C. 235 (P.C.) (apelación de Belize); R. v. Hughes, [2002] 2 A.C.259 (P.C.) (apelación de St. Lucia); Fox v. R, [2002] 2 A.C. 284 (P.C.) (apelación de St. Christopher & Nevis). *Ver también* Balson v. The State [2005] U.K.P.C. 6, aplicando Reyes y Hughes a Dominicana.

¹¹³ Hilaire, Ser. C No. 94 (Inter-Am. C.H.R. Junio 21, 2002) en 281, 103.

¹¹⁴ Boyce v. The Queen, [2004] 3 W.L.R. 786 (P.C.) (apelación de Barbados); Matthew v. The State, [2004] 3 W.L.R. 812 (P.C.) (apelación de Trinidad & Tobago); Watson v. The Queen, [2004] 3 W.L.R. 841 (P.C.) (apelación de Jamaica).

deleznable para el Derecho constitucional¹¹⁵. El Consejo Privado ha intentado interpretar la cláusula, dejando en el camino un cuerpo confuso de leyes que finalmente daña la integridad fundamental del constitucionalismo. Será de suma importancia para la nueva Corte de la región clarificar esta área del derecho.

La cláusula de salvaguardia es una figura existente en todas las Constituciones de la región, excepto en la de Belice. Diseñada para asegurar la continuidad legal, de la era colonial a la era post-independiente¹¹⁶, la motivación de la cláusula de salvaguardia era que el derecho del “*common law*” existente en el momento en que se otorgó la independencia, fuera compatible con las protecciones a los derechos fundamentales contenidas en las nuevas constituciones¹¹⁷.

¹¹⁵ Después de intentar durante seis años arreglar los errores en la jurisprudencia relativa a la pena capital, el Juez Blackmun finalmente tiró la toalla en *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141, 1130 (1994), al declarar abiertamente que “a partir de este día y en adelante, dejo de ocuparme de la maquinaria de la muerte”.

¹¹⁶ Ver *Watson v. The Queen*, [2004] 3 W.L.R. 841 (P.C.) (apelación de Jamaica) en 46, donde Lord Hope of Craighead opinó que la cláusula de salvaguardia en la Constitución de Jamaica infería que las leyes existentes servían perfectamente a los nuevos derechos constitucionalmente consagrados. Escribió: “Fue una presunción de trabajo razonable, en interés de la reserva de ley y con objeto de asegurar una transferencia ordenada de autoridad legislativa de las potencias coloniales hacia las nuevas democracias, independientes siempre que estas leyes permanecieran inalteradas, no tienen porque ser escrutinadas”. Para un análisis general de la cláusula de salvaguardia, véase DeMerieux, *supra* nota 46, en 55-69.

¹¹⁷ En *D.P.P. v. Nasralla*, [1967] 2 A.C. 238 (P.C.) (apelación de Jamaica), Lord Devlin ofreció esta explicación respecto a la cláusula de salvaguardia en la Constitución de Jamaica: Este Capítulo (relativo a los Derechos Fundamentales y a las Libertades), procede en virtud de la presunción de que los derechos fundamentales que protege, están ya asegurados para la gente de Jamaica en la legislación existente. Las leyes vigentes no están sujetas al escrutinio para ver si cumplen o no con los términos precisos de las provisiones protectoras. El objetivo de estas provisiones es asegurar que ninguna ley promulgada posteriormente, pueda derogar alguno de los derechos que los individuos disfrutaban en virtud de la Constitución.

La Corte de Apelación de Jamaica sostuvo en *Nasralla*, a través del Juez Lewis, que “Las garantías individuales buscan en alguna medida codificar esos principios “sagrados” de libertad, generalmente referidos como el respeto del imperio de la ley, que forman parte de la gran herencia de Jamaica y que deben encontrarse en los estatutos y en las grandes decisiones legales redactadas a través de los siglos”. *Nasralla v. D.P.P.*, [1965] 9 W.I.R. 15 (C.A.) en 29.

Los redactores de las nuevas constituciones enfrentaron el desafío de establecer derechos garantizados dentro de un régimen existente de “*common law*” que otorgaba al Ejecutivo el poder para derogar derechos de “*common law*” en ciertas circunstancias. Existía temor en sostener exclusiva confianza en la nueva legislación ya que las garantías individuales escritas que se usarían para definir el ámbito de aplicación de los derechos, podía interferir indebidamente con lo que era entendido en ese tiempo como una práctica legal del Ejecutivo¹¹⁸. Sin embargo, si es aplicada de manera estricta, la cláusula de salvaguardia produce resultados absurdos, atrapando a las antiguas colonias británicas en un limbo, ligándolas por siempre a leyes consideradas como anticuadas por la propia Inglaterra. Tal y como apunta un abogado litigante de la pena de muerte, “bajo un sistema dominado por cláusulas de salvaguardia, los abogados constitucionalistas que defienden a personas condenadas a la pena de muerte, tienen el rol de historiadores y archiveros, más que de activistas de derechos humanos que ayudan a desarrollar estándares más civilizados y un mejor futuro”¹¹⁹.

La cláusula de salvaguardia ha inhibido a las Cortes locales para otorgar a los derechos fundamentales una completa aplicación, retardando el objetivo de que las ex colonias hicieran verdaderamente suyos los derechos individuales. Por ejemplo, en un caso de 1997, la Corte de Apelación de Jamaica rechazó una apelación efectuada por una persona de religión Rastafari, sobre la libertad de conciencia, en torno a leyes que criminalizaban la marihuana¹²⁰, donde alegaba que la ley prohibitoria existía antes de que emergiera la religión

¹¹⁸ Lloyd Barnett ha descrito la razón para la existencia de la cláusula de salvaguardia de Jamaica. Y escribe: “Se percibía que estos estándares habían sido aceptados de forma general y observados en Jamaica y por ello no existía necesidad de perturbar el *status quo*.” BARNETT, *supra* nota 43, en 380.

¹¹⁹ Fitzgerald, *Savings Clauses*, *supra* nota 94, en 380.

¹²⁰ Forsythe v. Att’y Gen. of Jamaica, (1997) 34 J.L.R. 512. Simeon McIntosh likens Forsythe to Employment Div., Dep’t of Human Resources v. Smith 494 U.S. 872 (1990), donde la Suprema Corte declinó eximir el uso del peyote por una religión minoritaria, de la prohibición penal general contra la droga. C.R. MACINTOSH, FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRATIC GOVERNANCE: ESSAYS IN CARIBBEAN JURISPRUDENCE 202-204 (Caribbean Law Publishing Co. 2005).

Rastafari. La Corte estableció que aunque la ley fuera violatoria del derecho constitucionalmente protegido de libertad religiosa, la ley pre-independiente sobre la droga se encontraba amparada por la cláusula de salvaguardia. Aquí la cláusula de salvaguardia perjudicó al derecho de libertad de conciencia en dos aspectos. Excluyó de protección a religiones minoritarias emergentes, criminalizando sus prácticas y con ello, los excluyó de forma efectiva de la política del país. Y golpeó la evolución cultural y espiritual de la gente del Caribe, privilegiando formas europeas importadas de prácticas religiosas sobre las formas indígenas.

Inicialmente, en los años noventa, las Cortes de apelación, buscando evitar dichos anacronismos, y para construir de forma dinámica las provisiones generosas de derechos fundamentales de estas constituciones, mostraron cierta agilidad al interpretar la cláusula de salvaguardia. Teniendo en cuenta el objetivo ambicioso de estas provisiones de derechos fundamentales, el Consejo Privado buscó cada vez más evitar la confusión creada por la cláusula de salvaguardia, ya que ciertamente se requería que estas constituciones no fueran desprovistas de contenido valioso en torno a los derechos humanos¹²¹. No obstante lo anterior, en sus intentos por reconciliar leyes caducas salvadas de la era pre-independiente, con las normas actuales de derechos humanos, el Consejo Privado estuvo bajo una crítica constante, dentro y fuera de la comunidad legal, por exceder sus atribuciones¹²². Los críticos argumentaban que al ignorar el significado y la motivación de la cláusula de salvaguardia, el Consejo

¹²¹ En *Reyes v. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235 (P.C.) (apelación de Belice) 26, el Comité observó:

... la Corte debe iniciar su tarea de interpretación constitucional a través de una consideración cuidadosa del lenguaje utilizado... Una interpretación generosa y teleológica es la que debe ser dada a las provisiones constitucionales que protegen a los derechos humanos. La Corte debe considerar la substancia del derecho fundamental en cuestión y asegurar la protección actual de ese derecho a la luz de los estándares emergentes de decencia que marcan el progreso de una sociedad en maduración. (Cita omitida).

¹²² Ver *Simmons, Conflicts*, *supra* nota 93, en 278, 283. En su artículo *The Case for a Caribbean Court of Appeal*, 5 CAR. L. REV. 401, 417 (1995), Michael de la Bastide pronunció las palabras Calipsonianas: "Aloes Dulces", para aludir a la respuesta popular de Trinidad y Tobago al Consejo Privado:

Privado, orientado a obtener resultados, ha manipulado y degradado la jurisprudencia constitucional del Caribe¹²³. El Consejo Privado inicialmente intentó disminuir esas críticas al situar sus conclusiones dentro de las normas de Derecho internacional¹²⁴, particularmente en los casos de pena de muerte y en una lectura muy concienzuda de la cláusula de salvaguardia.

Estos métodos cotidianos de interpretación constitucional habían provocado las críticas de algunas personas que exigían sentencias más severas del Consejo Privado, quien a su vez argumentaba que, en principio, la antigua Corte imperial no tenía por qué actuar como superintendente de las Constituciones de los Estados independientes¹²⁵. Ese tipo de relación afecta y soslaya los valores de independencia y soberanía, estos críticos aluden que cuando la Corte imperial despliega su licencia interpretativa para eludir problemas con la Constitución, y para que el texto siempre permanezca como un espejo del antiguo poder imperial, se dañan los valores máximos del Estado. Y lo que es aún peor, esto ocurre sin importar las protestas de las supuestas ex colonias independientes, que podrían preferir las prácticas del pasado y cuyas Constituciones, en virtud de la historia legal, protegen dicha preferencia. La cuestión que se plantea es porqué todos los caminos siempre regresan nuevamente

“Pero si todavía tenemos que enviar toda la información a Londres para obtener el Visto Bueno para colgar a un criminal en nuestra propia tierra, entonces de que sirve tener una fiesta de independencia o de la República?”.

¹²³ Por ejemplo, en el 2003 el Primer Ministro de Jamaica se quejó de que: “el Consejo Privado ha estado haciendo imposible que la ley se ejecute. Sus acciones están dañando las bases de nuestro sistema legal”.6 AMICUS J. 4 (2003).

¹²⁴ El Consejo Privado se encuentra en la peculiar posición de no ser ni una corte local ni una extranjera, y a pesar de eso, era completamente apropiado para el Consejo el situar sus decisiones constitucionales en el contexto del derecho comparado y de la legislación internacional. La jurisprudencia del Consejo Privado ilustra los desafíos interpretativos que se han presentado con la interconexión irreversible de las normas constitucionales y de derechos humanos. *Ver de forma general* Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 STAN. L. REV. 1863 (2003).

¹²⁵ *Ver de forma general* Rawlins, *The CCJ*, *supra* nota 13. Claro que también es verdad que muchos de los que apoyan romper con el Comité Judicial, aprobaron sus sentencias de pena de muerte. *Ver* discurso de Telford Georges at Caribbean Rights Symposium, in *Caribbean Court of Justice: Critical Viewpoints from a Caribbean Rights Symposium* 13 (1998).

a Europa y hacia su concepción de los derechos humanos y por qué no se ha parado a considerar las costumbres más conservadoras de las antiguas colonias al menos en sus propias tierras?¹²⁶

En el reverso de la moneda, el apoyo de los gobiernos de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe a la pena de muerte¹²⁷, y su desdén por las sentencias del Consejo Privado, ha obstaculizado la capacidad de ese tribunal para desarrollar una jurisprudencia cohesiva que respete completamente la legislación internacional para la Comunidad Británica de Naciones en su conjunto. Cuando el Consejo Privado sostiene, su posición por cualquier razón, y anula una sentencia de pena de muerte en el Caribe, lo hace en virtud del creciente y robusto consenso global de que dicha sentencia es incompatible con los derechos humanos. No obstante lo anterior, el Consejo Privado se ha encontrado a sí mismo bajo presión por parte de dos cuerpos constituyentes diferentes, por un lado, sus clientes

¹²⁶ Esta crítica se refiere a la conocida separación entre las teorías universalistas y relativistas de los derechos humanos. Ver Makau wa Mutua, *The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties*, 35 VA. J. INT' L. 339 (1995); Upendra Baxi, *Universal Rights and Cultural Pluralism: Constitutionalism as a Site of State Formative Practices*, 21 CARDOZO L. REV. 1183 (2000); Randall Peerenboom, *Beyond Universalism and Relativism: The Evolving Debates about "Values in Asia,"* 14 IND. INTL & Comp. L. REV. 1 (2003). Pero aquí los críticos caribeños de las decisiones del Consejo Privado buscan resucitar las prácticas legales coloniales, de forma semejante a como los relativistas de derechos humanos generalmente censuran el abandono occidental de las estructuras de valores tradicionales pre-coloniales, como el comunalismo. El argumento del escepticismo caribeño relativo a los derechos humanos se basa no tanto en la preferencia por valores auténticos supuestamente amenazados por costumbres extranjeras, sino en el derecho a permanecer ligados a normas indirectas que han sido abandonadas y consideradas anticuadas en sus lugares como antiguas en sus países de origen.

¹²⁷ Sobre la postura de los gobiernos en relación a la pena de muerte, ver Simmons, *Conflicts*, *supra* nota 93, en 283 (que discute los pasos que los gobiernos del Caribe tomaron en respuesta a *Pratt* y a las decisiones de los órganos internacionales que condenaban su utilización de la pena de muerte). Para analizar una crítica de los intentos del Consejo Privado por reconciliar la legislación internacional con las Constituciones del Caribe, ver Derek O'Brien and Vaughan Carter, *Due Process - Philosopher's Stone or Fool's Gold*, L.Q.R. 2001, 117 (Abril), 220-224.

de Caribe, y por el otro, la comunidad internacional de derechos humanos.

Otras cortes constitucionales de la Comunidad Británica de Naciones del Caribe, se han encontrado también inhibidas por la cláusula de salvaguardia. En 1995, la Corte de Apelación de Botswana, rechazó una cuestión constitucional respecto de una sentencia de muerte por ahorcamiento¹²⁸. La Corte sentenció que una cláusula de salvaguardia aislaba el método de la pena de muerte de cualquier desafío que se presentara con base en la cláusula de castigo inhumano o degradante. Sin embargo, al observar que la legislación internacional se encuentra dirigida a la abolición, la Corte declara que es su: “esperanza que... el Legislador considerará los cambios necesarios para establecer en el futuro el clamor popular de que este país sea una de las grandes democracias liberales del mundo”¹²⁹.

3.2. *La cláusula de salvaguardia y la pena de muerte*

Las Cortes de apelación han discutido la cláusula general de salvaguardia, que se sitúa sobre todas las leyes del régimen pre constitucional, y la cláusula especial de salvaguardia, que aísla leyes particulares o ciertas penas del escrutinio constitucional. Algunas de las Constituciones despliegan tanto la cláusula de salvaguardia general como la especial¹³⁰, mientras que otras usan una u otra, y una de las Constituciones estatales no tiene ninguna de las dos cláusulas¹³¹. Estas variaciones hicieron difícil el desarrollar reglas constitucionales uniformes. El Consejo Privado ha emitido recientemente siete sentencias relativas a la legalidad de la pena de muerte mandatoria¹³². El resultado de los siete casos no presagia que el

¹²⁸ State v. Ntesang, [1995] (4) BCLR 426 (Botswana).

¹²⁹ *Id.* en 435.

¹³⁰ La Constitución de Jamaica, por ejemplo, incluye una cláusula general de salvaguardia y una cláusula especial de salvaguardia que protege las penas existentes de cualquier revisión según la prohibición de trato inhumano o castigo degradante. JAM. CONST. §17(2).

¹³¹ La cláusula de salvaguardia de la Constitución de Belice expiró transcurridos cinco años. BELIZE CONST. §21.

¹³² Ver texto en nn. 132-137 abajo.

esfuerzo de armonización acabe armonizando bien la legislación constitucional del Caribe. En virtud de la operatividad de las cláusulas de salvaguardia, la pena de muerte mandatoria fue eliminada en Belice, Santa Lucía, San Vicente, Dominicana y Jamaica, pero declarada constitucional en Barbados y en Trinidad y Tobago, a pesar del hecho de que en todos los casos se incluían estatutos similares mandatorios para sentenciar y un lenguaje similar de respeto de los derechos fundamentales.

El Consejo Privado abordó inicialmente la cláusula de salvaguardia relativa a las protecciones constitucionales en *Pratt*. Allí, el pleno del Consejo razonó que si bien la cláusula especial de salvaguardia en la Constitución de Jamaica excluía a la pena de muerte del ámbito de revisión judicial, pero no a otras prácticas no apropiadas inherentes a caso capitales. Aunque la pena por ahorcamiento contravenía la protección en contra del trato cruel e inhumano, la cuestión no era justiciable en virtud de la cláusula especial de salvaguardia. Sin embargo, la cláusula no protegía de revisión la cuestión de si el retraso prolongado constituía un trato cruel e inhumano. Y por ello, en *Pratt*, la Corte impuso restricciones a la imposición de una sentencia que se pudiera considerar cruel e inhumana, pero no inconstitucional *per se*. La Corte en *Pratt* rechazó el razonamiento que se había hecho en un caso anterior, *Riley*, en el cual el Consejo Privado sostuvo que con base en la cláusula de salvaguardia, el retraso no podía justificar un fundamento para revertir un caso de pena de muerte.

La Corte retomó el tema de la cláusula de salvaguardia cuando estudió la constitucionalidad de la sentencia mandatoria de pena de muerte. En los tres casos decididos en el 2002, la Corte se dirigió primero a examinar si la cláusula especial de salvaguardia impedía la revisión de la sentencia mandatoria. El caso paradigmático de la trilogía, *Reyes v. the Queen*¹³³, versaba sobre una ley de Belice que sometía a pena de muerte mandatoria a todos los homicidios efectuados en tiroteos. La Constitución de Belice no tiene una cláusula de salvaguardia, y por eso, la Corte no tuvo problema en declarar que el estatuto constituía una violación inconstitucional al derecho

133 *Reyes v. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235 (P.C.) (apelación de Belice).

de protección contra el trato cruel e inhumano. Para los otros dos casos de la trilogía, *Hughes*¹³⁴ y *Fox*¹³⁵, la Corte determinó que las cláusulas especiales de salvaguardia en las constituciones de Santa Lucía y de San Vicente, no blindaban a la sentencia mandatoria de pena de muerte de la revisión judicial, y la Corte utilizó las leyes penales para autorizar la sentencia mandatoria en esos dos países, y posteriormente, con el mismo fundamento, en la isla Dominica.

En el 2004, el Consejo Privado revisó la cláusula general de salvaguardia en conexión con las apelaciones de Jamaica, Barbados, y Trinidad y Tobago que defendían la pena de muerte mandatoria. Los casos son: *Boyce*¹³⁶, en apelación de Barbados, *Matthew*¹³⁷, en apelación de Trinidad y Tobago, y *Watson*¹³⁸, en apelación de Jamaica. El Consejo Privado había establecido de forma clara en la trilogía del 2002 que dicha condena violaba la protección constitucional en contra del trato cruel e inhumano y de los estándares internacionales. Sin embargo, la Corte decidió que la pena estaba fuera del alcance de la revisión constitucional en Barbados y en Trinidad y Tobago. Solamente el estatuto de Jamaica fue considerado como inconstitucional e ilegal.

En diciembre de 2004, el Consejo Privado aplicó el criterio definido en *Boyce*, en una apelación capital de Barbados, que desafiaba la constitucionalidad de la regla del crimen de asesinato en el “*common law*”. En *Griffith*¹³⁹, un grupo de hombres y jóvenes fueron condenados por asesinato. Los hechos sugerían que la víctima murió durante un robo que se salió de control. Los acusados adultos, que fueron sentenciados a pena de muerte, apelaron la decisión de la Corte de Apelación de Barbados, buscando interrumpir momentáneamente sus condenas y sentencias¹⁴⁰ bajo el argumento de que no existía

¹³⁴ R. v. Hughes, [2002] 2 A.C. 259 (P.C.) (apelación de St. Lucia).

¹³⁵ Fox v. R., [2002] 2 A.C. 284 (P.C.) (apelación de St. Christopher & Nevis).

¹³⁶ Boyce v. The Queen, [2004] 3 W.L.R. 786 (P.C.) (apelación de Barbados).

¹³⁷ Matthew v. The State, [2004] 3 W.L.R. 812 (P.C.) (apelación de Trinidad & Tobago).

¹³⁸ Watson v. The Queen, [2004] 3 W.L.R. 841 (P.C.) (apelación de Jamaica).

¹³⁹ Griffith and Ors. v. The Queen, [2004] U.K.P.C. 58 (apelación de Barbados).

¹⁴⁰ Las sentencias de pena de muerte de los tres adultos en *Griffith* fueron reducidas a penas con periodos de tiempo determinados hasta que sus apelaciones

prueba de dolo malicioso en la acusación de crimen de homicidio, ni tampoco consideración (*mens rea*) de factores mitigantes o de culpabilidad individual para la pena de muerte bajo el estatuto mandatorio de homicidio. El pleno del Consejo consideró que estaba atado a precedentes judiciales en ambos puntos.

En *Boyce*, caso sentenciado en el 2004, sostuvo que la ley de sentencia mandatoria tenía que ser respetada, y en *Khan*¹⁴¹, una apelación de Trinidad y Tobago sentenciada en el 2003, fallo en contra de una violación del debido proceso legal¹⁴², al mantener la antigua regla del delito de homicidio, lo que se traduce en obviar la necesidad de probar el dolo de asesinato. Sin embargo, los acusados de *Griffith* argumentaron que aunque la sentencia mandatoria era una ley permitida con base en *Boyce*, y la regla del delito de homicidio no era inconstitucional de conformidad con *Khan*, el efecto combinado de las dos reglas los privaba de tener el tratamiento individualizado que la justicia constitucional requiere. El pleno del Consejo no estuvo de acuerdo y mantuvo la sentencia de la Corte de Apelación de Barbados.

Griffith es el ejemplo más reciente del grave perjuicio que la cláusula de salvaguardia provoca a la jurisprudencia constitucional del Caribe. La regla del delito de homicidio del “*common law*” fue abandonada en Inglaterra y en Gales en 1957 en respuesta tal parece, a la percepción de que la regla “operaba injustamente” porque “exponía al riesgo de ser condenados por el delito de homicidio a los acusados que no tenían la intención necesaria para ser condenados por homicidio”¹⁴³. Sin embargo, Trinidad y Tobago (y Barbados) retuvieron esta forma delictual de homicidio. En *Khan*, el Consejo Pri-

fueran oídas, pero antes de que la sentencia fuera dictada por el Consejo, a los adolescentes se les condenaba a plazos indeterminados.

¹⁴¹ Khan v. The State, [2003] U.K.P.C. 79, [2004] 2 W.L.R. 692 (P.C. 2003) (apelación de Trinidad & Tobago).

¹⁴² El asunto *Khan* lidió con la cláusula del “debido proceso legal” de la Constitución de Trinidad y Tobago. TRIN. & TOBAGO CONST. pt. I, 4(a). La provisión de la Constitución de Barbados que garantizaba la “protección de la ley” establece la misma protección que el principio del debido proceso legal. *Griffith* 13 (sección 11(c) de la Constitución de Barbados).

¹⁴³ Khan v. The State [2003] U.K.P.C. 79 6.

vado sostuvo una diferencia de opinión palmaria respecto al punto de vista del juez presidente de la Corte de Apelación de Trinidad y Tobago, Michael de la Bastide, quien mantenía que la regla era muy antigua para que fuera ilegal, como si la longevidad por sí misma fuera la prueba dispositiva del constitucionalismo¹⁴⁴.

La pena de muerte fue abolida de Inglaterra en 1965; estudios que sirvieron para documentar el debate en Inglaterra y que llevaron a la abolición de la pena de muerte, sugerían que la pena mandatoria era arbitraria porque existía una amplia variación en la naturaleza del homicidio en el “*common law*”.¹⁴⁵ Pero la pena mandatoria fue retenida en Barbados y juzgada en *Boyce* como permitida aunque existiera crueldad o trato inhumano. Aquí puede verse cómo la premisa fundamental de la cláusula de salvaguardia (que el antiguo régimen debía ser preservado), contagió a otras áreas de la interpretación constitucional, como fue ejemplificado por la forma en que el Consejo Privado trató el caso de *Khan* respecto a la regla del delito de homicidio. Aquí dos reglas legislativas sobre el crimen, que desde hacía tiempo habían sido abandonadas por ser injustas en otras jurisdicciones, se combinaron para eliminar la oportunidad de individualizar el tratamiento de aquellos acusados expuestos a la más severa de las penas dentro del arsenal del Fiscal. La expectación que se suscita en un caso de asesinato se debe a que la motivación del Ministerio fiscal para matar, será en algún punto del procedimiento, ya sea durante la exposición del juicio o en la sentencia, o en ambos puntos, analizada. Lo trascendente de *Griffith* es que estableció que la intención de homicidio es irrelevante para la condena y para la sentencia. Bajo la regla del caso, un acusado podía ser enviado a la

¹⁴⁴ En *Khan*, la regla del “*common law*” había sido desplazada por un estatuto, que la Corte de Apelación de Trinidad y Tobago presumía legal. Al rechazar la queja de debido proceso legal, el juez presidente de Trinidad, de la Bastide, observó que el estatuto “reintroducía una regla del “*common law*” que había formado parte de nuestra jurisprudencia (y de la de Inglaterra) por muchos años”. Estas observaciones del juez de la Bastide, fueron vistas por el Consejo Privado como “razonamientos que exigían respeto”. *Id.* at 11. El juez de la Bastide es en la actualidad Presidente de la Corte Caribeña de Justicia.

¹⁴⁵ Ver *Reyes v. The Queen* [2002] 2 A.C. 235, (P.C.) 11 (apelación de Belice), citando a la Comisión Real sobre Pena Capital 1949-1953.

muerte sin considerar el dolo, que es el clasificador cardinal en el derecho penal.

A raíz del caso *Soering v. United Kingdom*¹⁴⁶, el consenso abolicionista global queda patente por el claro incremento en el rechazo por parte de gobiernos abolicionistas, de brindar apoyo legal de cualquier clase a Estados retencionistas¹⁴⁷. La jurisprudencia del Consejo Privado relativa a la pena de muerte, al verse afectada por las cláusulas de salvaguardia, ha puesto al Consejo Privado en una posición imposible donde tiene que permitir a los Estados del Caribe la imposición de una pena que el Comité Judicial del Consejo Privado considera una violación de leyes del Derecho internacional, una situación que erosiona la integridad intelectual del Comité, que en última instancia, es su principal cualidad. Estos costes a la integridad pueden explicar por qué algunos juristas del Consejo Privado han alentado a los estados del Caribe a la formación de una Corte Caribeña de Justicia¹⁴⁸.

¹⁴⁶ En *Soering v. United Kingdom*, [1989] 11 Eur. Ct. H.R. 439, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que se violaba el artículo 3 de la prohibición de la Convención relativa a la prohibición del trato inhumano o degradante cuando se extraditaba a un nacional de un Estado miembro, a otro Estado donde enfrentaría el “fenómeno de la pena de muerte” o un encarcelamiento prolongado bajo condiciones duras. Desde *Soering*, los Estados miembros del Consejo de Europa no extraditan a Estados retencionistas. Ver William Schabas, *Indirect Abolition: Capital Punishment's Role in Extradition Law and Practice*, 25 LoY. L. A. INTL & COMP. L. REV. 581, 589 (2003) [en adelante Schabas, *Indirect Abolition*]. La Corte Constitucional de Sudáfrica tomó una posición similar al rechazar el traslado de dos sospechosos de atentado con bombas a las embajadas de los Estados Unidos en Dar es Salaam y en Nairobi, donde se enfrentarían a la pena de muerte prevista por los Estados Unidos. Khalfan Khamis Mohamed, [2001] 7 B.C.L.R. 685 (CC).

¹⁴⁷ Por ejemplo, el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, provee que “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave peligro de ser sometido a la pena de muerte, a tortura, o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Aunque no es vinculante según el derecho internacional, la carta sí codifica normas Europeas en torno a la pena de muerte. Ver Schabas: *Indirect Abolition*, *supra* nota 145 en 589. Ver también *U.S. v. Burns*, B.C.A.C. LEXIS 23, [2001] SCC 7 (Canadá), Una sentencia que aprueba una extradición sin salvaguardias, es violatoria de la Constitución de Canadá.

¹⁴⁸ Hugh Rawlins ha citado los argumentos de Lord Brown-Wilkinson y de Lord Wilberforce, que urgen a la terminación del vínculo con el Consejo Privado.

Obviamente, es improbable que esta incómoda disonancia desaparezca de forma automática con la inauguración de la Corte Caribeña de Justicia. De forma similar al Consejo Privado, la Corte Caribeña de Justicia es un tribunal internacional que interpreta leyes municipales constitucionales y que tendrá la necesidad de reconciliar los conflictos de la legislación constitucional con las normas internacionales de derechos humanos, especialmente dado el papel que la legislación internacional desempeñará en la jurisdicción originaria de la Corte¹⁴⁹. Un sistema constitucional autónomo, sin mácula de legislación internacional, puede ser una cosa del pasado¹⁵⁰. Dada la naturaleza complementaria de los órganos estatales y federales que se encuentran en el CARICOM y que están sujetos a la jurisdicción de la CCJ, sería imposible mantener un sello hermético respecto del ámbito municipal. La CCJ no puede actuar de forma completamente “internacional” al tratar con legislación de comercio internacional, y actuar al mismo tiempo, como una corte puramente “nacional” al tratar con derechos humanos¹⁵¹.

Rawlins, *The CCJ*, *supra* nota 13, en 50. El Juez de la Bastide señaló que Lord Hoffman ha observado que el Caribe necesitaba una corte propia si es que quería “tener el beneficio completo que una corte de última instancia debe tener para transformar una sociedad...” Discurso de Mr. Justice Michael de la Bastide, 4, Abril 16, 2005, disponible en <http://www.caribbeancourtofjustice.org/inauguration-addresses/delabastide.pdf>.

¹⁴⁹ Ver, la relación entre las leyes municipales y las leyes internacionales en conexión con la CCJ en POLLARD, *THE CCJ*, *supra* nota 14, en 158-190.

¹⁵⁰ Reem Bahdi ofrece cinco razones por las cuales los jueces constitucionales cada vez se comprometen más con la legislación internacional de derechos humanos:

(1) La Preocupación por el imperio de la ley; (2) El deseo de promover valores universales; (3) La confianza que se deposita en la legislación internacional para ayudar a descubrir valores inherentes al régimen doméstico; (4) La voluntad para invocar la lógica de los jueces de otras jurisdicciones; y (5) La preocupación por evitar comentarios negativos de la Comunidad internacional.

Reem Bahdi, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, 34 *GEO. WASH. INT'L L. Rev.* 555, 556-557 (2002).

¹⁵¹ En 1999, el Primer Ministro de Trinidad y Tobago, Basdeo Panday se encontró en la necesidad de explicar las practicas de su gobierno respecto al uso de la pena de muerte, al Consejo de la OEA, a pesar de que se encontraba presidiendo la reunión de los jefes de Gobierno del CARICOM, y el orden del día se re-

4. Conclusión

A lo largo de la historia de las Indias Occidentales, el ideal de integración pervive. Este ideal recientemente implementado en la Corte Caribeña de Justicia, refleja la esperanza de que en virtud de la cultura compartida, de la historia y de una personalidad común de estos estados consanguíneos, un orden legal homogéneo pueda emerger. La nueva Corte federal puede forjar una jurisprudencia constitucional progresiva y responsable que sea apta para la diversidad y a la vez para la similitud existente en la región. Podría unirse al debate judicial global que está elaborando una nueva ciencia jurídica que no es puramente constitucional ni tampoco exclusivamente internacional. Podría ayudar al avance de los intereses económicos de la región ya que esta se enfrenta a las presiones de la globalización neoliberal. Además podría ofrecer una respuesta a las desventajas que surgen por tener muchos Estados pequeños con poco presupuesto y con un amplio bagaje criminal. Realmente podría armonizar la legislación constitucional para promover la integración y fortalecer el potencial democrático al hacer que los Estados hagan firmes sus promesas constitucionales. Finalmente, podría fortalecer el respeto de la ley interna al combinarla con los compromisos y normas internacionales.

Los obstáculos para realizar esta visión actual del ideal de integración son estructurales e ideológicos, pero no son imposibles de vencer. Es necesario llevar a cabo un estudio adecuado de la historia constitucional de la región que debería situarse en su periodo formativo, ya que es aquí donde se encuentra parte de la respuesta a la paradoja estructural que pudiera minar el trabajo de la nueva Corte. Al buscar preservar un orden legal que fuera eficiente y efectivo, y uno que fuera familiar, los redactores constitucionales del Caribe y los Británicos equiparon a los juristas del futuro con leyes del ayer, y consecuentemente eliminaron la posibilidad de que se comprometieran con una interpretación de principios, que es el punto cardinal de un proyecto constitucional. Sugiero que el empuje conservador de la cláusula de salvaguardia, desplegado en este particular escena-

rio, se explica en parte por el imperativo de la Guerra Fría coetánea a la era independiente y también por el miedo de que estos nuevos Estados fueran por libre. La revisión judicial se vio frustrada, los derechos fundamentales empujados, y la tradición constitucional fue lesionada, consecuencias lamentables que ciertamente no fueron planeadas y que difícilmente podrían haber sido previstas.

Simultáneamente, las constituciones independientes fueron, desde el principio, textos constitutivos internacionalistas que buscaban amparar los derechos humanos. Comprometieron el carácter emergente de la post guerra, con su enfoque sobre la dignidad y humanidad universal, y con su intención de canonizar estos principios. Tomaron prestada su noción de derechos de las nuevas constituciones universales. Mirando al exterior, abrazaron la tradición del liberalismo político y la idea de que la constitución no era simplemente un instrumento nacional sino también algo que expresaba un compromiso y una pertenencia a la comunidad global.

Finalmente, estas dos concepciones contrapuestas (a la vez locales y universales), estarían en conflicto en un ambiente que requiera de coraje judicial, de la imaginación y de la experiencia (cualidades indispensables para la práctica constitucional efectiva). La pena de muerte desafía todos los órdenes constitucionales porque la cuestión se encuentra altamente politizada y lleva a las cortes constitucionales a un territorio que se encuentra fuera de las reglas mayoritarias, y porque los casos de pena capital ponen a prueba la seguridad del sistema judicial criminal. Bajo la jurisprudencia actual, la pena no puede ser revisada judicialmente. Pero aunque la legislación constitucional del Caribe se ha retirado de las normas internacionales, la legislación internacional ha avanzado lo suficiente como para definir y hacer cumplir los derechos humanos de los prisioneros condenados a pena de muerte. Y justo aquí se encuentra la paradoja: las constituciones del Caribeñas se redactaron con la finalidad de acercar a estos Estados al mundo exterior, y la Corte Caribeña de Justicia está encargada de judicializar el nuevo orden legal internacional, pero la barrera estructural creada por las cláusulas de salvaguarda cierne sobre el Caribe nubes tenebrosas que obstruye estos ideales internacionales.

El orden constitucional difiere de los regímenes legales ordinarios porque confía en los jueces para la interpretación de principios generales, que después se convierten en normas específicas y obligatorias. El defecto estructural en las constituciones del Caribe, creado por la cláusula de salvaguardia, que ninguna Corte ha sido capaz de resolver, socava la obligatoriedad de las normas y la tarea interpretativa de los juristas constitucionales. Más aún, las acciones de algunos gobiernos del Caribe han debilitado en extremo el orden constitucional. Cuando las tribunales han podido arreglárselas para interpretar las provisiones constitucionales de forma consistente con las normas globales de derechos humanos, los gobiernos han tomado los pasos necesarios para negar sus obligaciones internacionales o para modificar sus Constituciones, erosionando de esta manera la inviolabilidad del proceso constitucional. Estas acciones han sido tomadas bajo la bandera de la soberanía. No obstante, los gobiernos del Caribe no deberían tener la capacidad de salir siempre beneficiados. Esto es, no pueden ser actores en la economía global y al mismo tiempo rechazar los derechos de la Comunidad internacional. La integración regional y la globalización redefinen la soberanía. El proyecto constitucional entremezcla sus ideas en el proyecto de legislación internacional y ambos, de forma conjunta, crean un régimen constitucional de derechos humanos que la nueva Corte debe abrazar y desarrollar. Nos parece, entonces que una reconsideración de la jurisprudencia de la pena de muerte sería el punto de partida natural para resolver estos retos.

La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía?¹

Recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre
la pena capital: *Baze v. Rees* y *Kennedy v. Luisiana*

RAMÓN RAGUÉS I VALLES
Universitat Pompeu Fabra

1. Introducción

Durante el segundo trimestre de 2008 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha dictado dos importantes resoluciones sobre la aplicación de la pena de muerte en aquel país. La primera, relativa al caso *Baze versus Rees* (dictada el día 16 de abril), analiza la constitucionalidad de la inyección letal como método de ejecución de dicha sanción; la segunda, sobre el caso *Kennedy versus Luisiana* (de 25 de junio), se enfrenta a la cuestión de la proporcionalidad de la pena capital, analizando en particular si cabe admitir su imposición a los reos del delito de violación de niños. Como seguidamente se expondrá, en ambas sentencias se evidencia una importante división entre los miembros del Tribunal acerca de la constitucionalidad de este castigo y, sobre todo, de los límites de su imposición. Antes de entrar, no obstante, a exponer y valorar el contenido de estas dos sentencias se procederá a resumir cuál había sido hasta 2008 la jurisprudencia del Tribunal estadounidense acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte (apartado II). Seguidamente (apartados III y IV) se analizará el contenido de ambas resoluciones y, finalmente, se dedicará un último apartado (V) a valorar las perspectivas de que en años venideros pueda llegar a dictarse un pronunciamiento judicial que declare la inconstitucionalidad de dicha pena o, en sentido contrario, de que se produzca una modificación en el vigente equilibrio de fuerzas en el seno del Tribunal Supremo que elimine algunos de los límites que a lo largo

¹ Publicado originalmente en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2009 núm. 11-01 26.

de los últimos tiempos, y no sin dificultades, la jurisprudencia de la Corte ha ido imponiendo a la aplicación de este castigo.

2. El debate sobre la constitucionalidad de la pena de muerte: 1976-2007

La interpretación judicial hoy imperante en los Estados Unidos acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte data de 1976 y, más concretamente, de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Gregg v. Georgia*². En esta resolución el Tribunal sostuvo, por una amplia mayoría de siete magistrados contra dos discrepantes —los abolicionistas *William J. Brennan* y *Thurgood Marshall*— que la pena de muerte tenía perfecta cabida en el sistema constitucional estadounidense como consecuencia del delito de asesinato. Con esta decisión se disiparon algunas de las dudas que cuatro años antes había suscitado la sentencia del caso *Furman v. Georgia*³, en la que, si bien no se sostuvo la inconstitucionalidad del castigo capital en sí mismo, una ajustada mayoría de cinco magistrados puso en entredicho las condiciones de su aplicación práctica a la luz de la legislación entonces vigente, que fue tachada de arbitraria y discriminatoria por motivos raciales. A resultas de esta última sentencia la aplicación de la pena quedó en suspenso durante varios años hasta que los estados fueron modificando su legislación para adaptarla a las exigencias de la Corte, introduciendo nuevos límites y garantías a su aplicación⁴. Tras este proceso de adaptación, la sentencia del caso *Gregg* supuso un fuerte espaldarazo a la vigencia del castigo,

² 428 U.S. 153 (1976).

³ 408 U.S. 238 (1972).

⁴ Una valoración crítica de los efectos de *Furman* en SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 288 ss., quien atribuye a esta sentencia el haber convertido la pena de muerte en objeto directo del debate político estadounidense en un momento en el que había entrado por sí sola en un claro declive. De hecho, hasta 1976, según señala GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), p. 355 ss., los Estados Unidos iban a la vanguardia de los países abolicionistas. Según este último autor (*ibidem*, p. 358) *Furman* fue recibida como una invitación a reformar las leyes y no a abolir la pena capital, además de provocar la reacción de sectores conservadores, que la vieron como una extralimitación judicial.

al dar el Tribunal el beneplácito a la legislación reformada y confirmar, en general, su plena constitucionalidad⁵. En las décadas de 1990 y 2000 (hasta 2007, por lo menos) la pena volvería a aplicarse con una frecuencia similar a la de la década de 1950⁶. En ambas resoluciones la disposición constitucional cuya posible vulneración había sido objeto de discusión era la Octava Enmienda, que dispone que “no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles e inusuales”. A juicio de la mayoría de los magistrados que resolvieron en su momento *Gregg v. Georgia*, la citada Enmienda prohíbe las penas excesivas, entendiendo por tales las que causan un dolor innecesario y gratuito, así como las que resultan gravemente desproporcionadas en relación con la severidad del delito cometido. Sin embargo, en la medida en que la pena de muerte no ha sido prohibida por el texto de la Constitución y se ha aplicado durante aproximadamente dos siglos, la mayoría de los magistrados que dictaron dicha resolución entendió que su uso tiene perfecta cabida en el marco constitucional estadounidense cuando su imposición, como sucede en supuestos de asesinato, no resulta desproporcionada. En todo caso, según el propio Tribunal, la última palabra sobre la necesidad de recurrir a esta pena corresponde a los legisladores tras valorar los posibles fines que pueden perseguirse con ella, como la retribución y la intimidación⁷.

Con posterioridad a la sentencia de *Gregg v. Georgia* el Tribunal no ha vuelto a pronunciarse directamente acerca de la constitucionalidad de la pena de muerte, sino sólo sobre algunos aspectos de

⁵ Un resumen de los ajustes realizados por los estados en su legislación a resultas de la sentencia del caso *Furman*, que posteriormente serían convalidados en *Gregg*, en SIGLER *AmCrimLRev*, 40 (2003), pp. 1151-1154 y SMITH, *ValLRev*, 94 (2008), p. 290 ss. Entre éstos destacan la distinción, dentro del juicio, entre una fase de declaración de culpabilidad y otra de determinación de la pena; la identificación legislativa de las circunstancias agravantes y atenuantes relevantes para la imposición del castigo; y la posibilidad automática de apelación del fallo. Sobre estas dos importantes sentencias ver igualmente STEIKER/STEIKER *HarvLRev*, 109 (1995), p. 361 ss.

⁶ Pueden encontrarse datos oficiales sobre las ejecuciones por año en www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/exetab.htm

⁷ Pueden encontrarse datos oficiales sobre las ejecuciones por año en www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/exetab.htm

su aplicación a ciertas clases de delitos y delincuentes, cuyo castigo, a juicio de la Corte, resultaba desproporcionado o no estaba respaldado por un auténtico consenso nacional⁸. Así, por lo que respecta a las modalidades delictivas, en 1977 se consideró inconstitucional la imposición de la citada pena a los reos del delito de violación de una mujer adulta (*Coker v. Georgia*⁹) y en 1982 a aquellos partícipes que, sin ejecutar directamente la muerte, colaboran en un robo en cuya perpetración se produce un asesinato (*Enmundv. Florida*¹⁰). Por el contrario, en 1987 se sostuvo que la pena capital era admisible desde un punto de vista constitucional en aquellos casos en los que, sin ser ejecutor directo de la muerte, el grado de participación del acusado en la ejecución del delito hubiera sido notable, habiendo mostrado una gran indiferencia hacia la vida ajena (*Tison v. Arizona*¹¹).

En relación con las características personales de los sujetos susceptibles de ser reos de este castigo, en 1985 se prohibió su aplicación a personas que sufren un trastorno mental en el momento de la ejecución de la pena (*Ford v. Wainwright*¹²) y en 2002 y 2005, respectivamente, se estableció, después de algunos pronunciamientos en sentido contrario, que su imposición era inconstitucional cuando el acusado padecía un retraso mental o era menor de dieciocho años (*Atkins v. Virginia* y *Roper v. Simmons*¹³). Además, a estos pronun-

⁸ En general, sobre estos pronunciamientos posteriores SMITH, VaLRev, 94 (2008), pp. 341-346; RYAN NCLRev, 85 (2007), p. 848 ss. y p. 855 ss.; SALINAS, AmJCrimL, 34 (2006), pp. 49-57; TENNEN, BUPubIntLJ, 14 (2005), pp. 257-267; y OREM, CapDefJ, 12 (2000), pp. 351-359. Sobre el estándar empleado en este ámbito cfr.infra IV. Pueden encontrarse datos oficiales sobre las ejecuciones por año en www.ojp.usdoj.gov/bjs/gl-ance/tables/exetab.htm

⁹ 433 U.S. 584 (1977).

¹⁰ 458 U.S. 782 (1982). Se trataba del caso del conductor de un vehículo con el que pretendían huir los autores de un robo en cuya ejecución murieron dos víctimas de edad avanzada.

¹¹ 481 U.S. 137 (1987).

¹² 477 U.S. 399 (1985). Mas recientemente, en *Panetti v. Quarterman* (551U.S. ____ [2007]) en Tribunal reitero la idea de que no puede ejecutarse a quien no esta en condiciones de entender las razones de su rechazo. Sobre este ultimo caso *STREIKER OhioStLCrimL*, 5 (2007), pp. 285-300.

¹³ 536 U.S. 304 (2002) y 542 U.S. 551 (2005), respectivamente. Con anterioridad, el Tribunal había declarado inconstitucional el castigo de menores de dieciséis años en *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815 [1988]), pero había rechazado la inconstitucionalidad de la ejecución de personas con retraso mental en *Penry*

ciamientos se han ido sumando algunos otros que han tenido como común denominador la concreción de las garantías procesales que deben respetarse para la efectiva imposición de esta pena¹⁴. En todos ellos las mayorías que han permitido dictar tales sentencias han sido, por lo general, muy ajustadas.

Así, a modo de resumen de estas tres décadas cabe afirmar que la aceptación por parte del Tribunal Supremo en 1976 de que la pena de muerte es un castigo posible en el marco constitucional estadounidense no ha sido obstáculo en los últimos años para imponer restricciones a su utilización. Precisamente en este contexto el Tribunal se ha visto obligado a pronunciarse en 2008 sobre dos cuestiones hasta ahora no tratadas: la licitud de la inyección letal como método de ejecución y la legitimidad de las condenas a muerte de los responsables de los delitos de violación de niños.

3. La constitucionalidad de la inyección letal: *Baze v. Rees*

Muy pocas veces a lo largo de su historia el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha enfrentado a la cuestión relativa a qué concretos métodos de ejecución de la pena capital tienen cabida en el marco constitucional y, más concretamente, en la prohibición de castigos crueles e inusuales recogida en la Octava Enmienda¹⁵. En las últimas décadas cabe destacar, como único precedente significativo,

v. Lynaugh (492 U.S. 302 [1989]) y de menores de dieciocho en Stanford v. Kentucky (492 U.S. 361 [1989]).

¹⁴ Así se han introducido, entre otras, exigencias relativas a los mínimos que debe cumplir el abogado defensor (más detalles y referencias en BORENSTEIN, CardozoPubLPol'y&EthicsJ, 2 [2004], pp. 388-390 y SMITH, VaLRev, 94 [2008], p. 346 ss.) y a la necesidad de que las circunstancias agravantes que dan lugar a la imposición de la pena capital se sometan a la consideración del jurado: Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002). Para más detalles cfr. OREM, CapDefj, 12 (2000), pp. 348-351.

¹⁵ Sobre los precedentes más significativos, 553 U.S.__(2008), opinión de los jueces Ginsburg y Souter, pp. 2-3. El trabajo académico más completo sobre la constitucionalidad de los métodos de ejecución es DENNO, IowaLRev, 82 (1997), pp. 319-449, que se centra en la electrocución (p. 352 ss) y la inyección letal (p. 373 ss). Para una perspectiva histórica ver también Harvard Law Re-

el caso *Glass v. Luisiana* (1985), a propósito de la constitucionalidad de la silla eléctrica, cuyo uso había sido aceptado un siglo antes por el propio Tribunal¹⁶. Aunque la mayoría de la Sala se mostró contraria a estudiar siquiera el recurso sobre esta cuestión interpuesto por el reo *Jimmy L. Glass*, finalmente ejecutado en 1987, el caso se haría famoso por la opinión discrepante emitida por el juez *Brennan*, con la adhesión de su colega *Marshall*, en el que se describe con todo lujo de detalles los graves padecimientos que la aplicación de la silla eléctrica —el método más extendido entonces— provocaba a los reos: “la fuerza de la corriente es tal” —expone *Brennan*— “que a veces los globos oculares de los presos salen de sus órbitas y ‘quedan sobre las mejillas’”; “el reo a menudo defeca, orina y vomita sangre y saliva”; “a veces el cuerpo del ejecutado arde en llamas, sobre todo cuando suda en exceso”; “los testigos refieren oír un ruido fuerte y sostenido ‘como de *bacon* friéndose’ y el ‘dulce olor de la carne asada’ perfuma toda la sala”¹⁷.

Según *Brennan*, diversos estudios médicos de la época afirmaban que la muerte por electrocución no era, ni mucho menos, el castigo indoloro que decía aplicarse. Una circunstancia a la que se añadía en la práctica el hecho de que a menudo problemas técnicos obligaban a reiterar la aplicación de las descargas, con los consiguientes padecimientos provocados en cada intento fallido¹⁸. A juicio de este magistrado la inconstitucionalidad de este método de ejecución se veía acentuada por el hecho de que existieran ya entonces otros medios disponibles más indoloros, como “formas de gas letal o barbitúricos de acción rápida”¹⁹. Precisamente la constitucionalidad de uno de

view (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1306 ss y DENNO, OhioStLJ, 63 (2002), p. 71 ss.

¹⁶ 471 U.S. 1080 (1985). El caso en el que el Tribunal autorizó por vez primera el uso de la silla eléctrica, introducida en el estado de Nueva York en 1888, fue el asunto *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890). Para más información sobre este caso DENNO, IowaLRev, 82 (1997), p. 334. En general, sobre los problemas aplicativos de la electrocución cfr. DENNO, OhioStLJ, 63 (2002), p. 137 ss e ID., FordhamLRev, 76 (2007), pp. 62-63.

¹⁷ 471 U.S. 1080 (1985), p. 1087, citando fuentes diversas.

¹⁸ 471 U.S. 1080 (1985), pp. 1088-1089.

¹⁹ 471 U.S. 1080 (1985), p. 1093. Argumenta DENNO, IowaLRev, 82 (1997), pp. 368 y 371, que aunque el Tribunal Supremo nunca ha llegado a declararlo, en

estos métodos —la inyección letal— ha sido el objeto de la reciente sentencia del caso *Ralph Baze y Thomas C. Bowling, recurrentes*, contra *John D. Rees comisionado del Departamento de Prisiones de Kentucky y otros* (abrev. *Baze v. Rees*), resuelto por el Tribunal Supremo el 16 de abril de 2008²⁰.

A día de hoy, la inyección letal —prevista por vez primera en 1977 en Oklahoma, aunque no empleada hasta 1982 en Texas— es el método de aplicación de la pena capital más extendido, empleándose en treinta y seis estados, así como en la justicia federal²¹. Sin embargo, bajo el término común “inyección letal” se incluyen procedimientos diversos, cuyos concretos detalles están más o menos regulados normativamente²². Así, el sistema más habitual, empleado concretamente en treinta estados, consiste en la aplicación en determinadas dosis de tres sustancias: una primera, el tiopentato de sodio o pentotal sódico, que es un derivado del ácido barbitúrico y que sirve para provocar la inconsciencia del ejecutado y garantizar que no experimentará ningún sufrimiento a consecuencia del uso de las otras dos drogas suministradas *a posteriori*. Éstas son, por este orden, el bromuro de pancuronio y el cloruro de potasio, cuyo efecto respectivo es la inhibición de todos los movimientos musculares, incluida la paralización del diafragma y la respiración, y la provocación de un paro cardíaco²³. El uso de la primera sustancia

la década de 1990 fue formándose entre los legisladores un auténtico consenso de que la electrocución y los gases letales eran contrarios a la Constitución.

²⁰ *Baze v. Rees*, 553 U.S. (2008).

²¹ Una perspectiva histórica sobre la introducción de este método de ejecución en DENNO, *FordhamLRev*, 76 (2007), p. 64 ss. Esta autora pone de manifiesto cómo en el diseño de los métodos más extendidos de inyección letal la intervención de especialistas médicos ha sido muy reducida. Ver asimismo *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1301 ss.

²² *HarvardLaw Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1302 y DENNO, *OhioStLJ*, 63 (2002), pp. 92-95.

²³ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces Roberts, Kennedy y Alito, pp. 4-5. También sobre las sustancias empleadas y sus efectos DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), p. 379 ss; ID., *FordhamLRev*, 76 (2007), p. 55; ID., *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 95 ss; y *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1302.

tiene como fin adicional asegurar “la dignidad del proceso” evitando convulsiones²⁴.

Aunque hasta hace unos años se entendía que el concreto método de ejecución no podía ser objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo, en 2006 se produjo un cambio unánime de opinión al respecto que ha propiciado un elevado número de recursos sobre esta cuestión²⁵. Tales recursos se han basado a menudo en el argumento de que la inyección letal puede ser contraria a la Octava Enmienda al existir la posibilidad, científicamente refrendada, de que el pentotal sódico no produzca los deseados efectos anestésicos, así como el riesgo de que ciertos errores en la inyección de las sustancias puedan acabar provocando sufrimiento al reo²⁶. De hecho, ya en 1997 la profesora *Deborah W. Denno* publicó un artículo recogiendo hasta veintidós casos conocidos en los que la aplicación de la inyección había ocasionado importantes padecimientos a los reos, debidos fundamentalmente a las dificultades para localizar una vena adecuada para realizar la punción, especialmente en el caso de adictos a la heroína²⁷. Aunque por estos motivos ningún tribunal había llegado a declarar explícitamente inconstitucional ningún protocolo, en los últimos años se habían suspendido algunas ejecuciones y, por ello, se consideraba cada vez más necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo²⁸.

²⁴ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces Roberts, Kennedy y Alito, p. 19.

²⁵ *Hill v. McDonough* 547 U.S. 573 (2006). Cfr. al respecto *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1301 y *DENNO*, *FordhamLRev* 76 (2007), p. 102 ss.

²⁶ Algunas de estas afirmaciones se basan en un artículo publicado en 2005 por *KONARIS Y OTROS* en el número 1412 de la prestigiosa revista médica *The Lancet* afirmando la existencia de razones para pensar que muchos reos se encontraban deficientemente anestesiados en el momento de serles administradas las sustancias letales. Por ejemplo cuando se infiltra en hueso. Cfr. igualmente *DENNO*, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 380-381 y *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), pp. 1302-1303.

²⁷ *DENNO*, *IowaLRev*, 82 (1997), pp. 428-438. Otra relación de casos en los que fue problemática la aplicación de la inyección letal o se observó sufrimiento en el reo en *ID.*, *OhioStLJ*, 63 (2002), p. 139.

²⁸ Cfr. *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), pp. 1304-1305, con las referencias oportunas, que incluyen datos sobre la suspensión judicial de algunas ejecuciones en estados como California y Misuri.

Precisamente en los anteriores argumentos se basaba el recurso planteado por *Ralph Baze* y *Thomas C. Bowling*, ambos condenados a muerte por doble homicidio en el estado de Kentucky y cuya impugnación dio lugar a la esperada decisión del Tribunal Supremo en abril de 2008. La alegación de ambos recurrentes, desestimada por todas las instancias judiciales previas, cuestionaba la compatibilidad con la Octava Enmienda de la inyección letal precisamente por los riesgos de errónea administración de las sustancias prescritas. En tal sentido, los recurrentes proponían un método de ejecución alternativo, no aplicado en ningún otro estado aunque sí en animales, que consideraban menos peligroso y que consistía en la inyección de un único anestésico en una dosis que por sí sola resultara letal o, en todo caso, la exigencia de que personal cualificado controlara a través de los correspondiente monitores —y no los celadores a simple vista, como se hacía en Kentucky— que la primera droga había conseguido efectivamente anestesiar al reo.

Esta última alegación tenía especial importancia teniendo en cuenta que el único personal cualificado para interpretar los resultados de los instrumentos electrónicos que determinan la inconsciencia humana son médicos anestesistas, pero éstos, como todos los facultativos estadounidenses —así como las enfermeras y enfermeros— tienen prohibido, por consideraciones éticas asumidas por sus respectivas asociaciones profesionales, participar en la ejecución de seres humanos, lo que explica en buena medida las dificultades prácticas para aplicar adecuadamente la inyección letal²⁹. Sin ir más lejos, la exigencia judicial de que intervinieran médicos en la ejecu-

²⁹ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces Roberts, Kennedy y Alito, p. 21. En tal sentido refiere DENNO, *IowaLRev*, 82 (1997), p. 373, cómo la negativa de los médicos estadounidenses a intervenir en la aplicación de la pena capital fue decisiva para que a finales del siglo XIX se optara por la electrocución y no por la inyección letal. Cfr., sobre esta misma cuestión, *ibidem*, pp. 385-387 e ID., *OhioStLJ*, 63 (2002), pp. 90-92. En general sobre los problemas que la negativa de los médicos ha ocasionado en la aplicación de la inyección letal, ver el completo trabajo de DENNO, *FordhamLRev*, 76 (2007), pp. 49-128, quien expone los principales argumentos de las asociaciones profesionales (*ibidem*, p. 79 ss), entre los que destaca la idea de que quienes ejercen una profesión cuyo fin es salvar vidas no pueden intervenir en su extinción. Sobre los enfermeros, 553 U.S. (2008), opinión del juez Alito, p. 3.

ción de la pena había provocado desde 2006 en California la imposibilidad práctica de aplicarla en aquel estado³⁰.

En respuesta a los recursos de *Baze y Bowling* los nueve miembros del Tribunal Supremo llegarían a emitir hasta siete opiniones distintas, motivadas tanto por su desacuerdo con el sentido del voto mayoritario como, aun estando conformes en algunos casos con tal sentido, por discrepar de las concretas razones aducidas para fundamentarlo. La opinión que aglutinó mayor número de votos fue la emitida por *John Roberts*, presidente del Tribunal, a la que se adhirieron *Anthony Kennedy* y *Samuel Alito*. Estos tres magistrados partieron de la premisa —no cuestionada en el presente caso— de la constitucionalidad de la pena de muerte y, por tanto, de la necesidad de contar con medios que permitan ejecutarla, admitiendo en tal sentido que “un cierto riesgo de dolor es inherente a cualquier método de ejecución, por muy humano que resulte, aunque sólo sea por la posibilidad de error en la aplicación del procedimiento requerido”³¹. Consecuentemente, la Constitución no podía exigir, a su juicio, la evitación de cualquier riesgo posible en la ejecución de este castigo.

Con todo, en el presente caso la alegación de los recurrentes no se basaba tanto en una pretendida exigencia constitucional de riesgo nulo de ocasionar dolor, sino en la prohibición de asumir “riesgos innecesarios”, lo que exigía determinar, entre otros factores, la existencia en cada caso de métodos alternativos menos peligrosos. A juicio del estado de Kentucky, sin embargo, la asunción del estándar propuesto por los recurrentes podía poner en jaque constitucional cualquier método escogido, obligando permanentemente a revisar por vía judicial la posible existencia de sistemas que entrañen menos riesgos. Por ello, la parte recurrida consideraba más adecuado utilizar como estándar el criterio de que sólo son inconstitucionales aquellos métodos que generan un “riesgo sustancial” de causar dolor.

³⁰ 553 U.S. (2008), opinión del juez Alito, p. 4, que incluye referencias del caso que creó esta situación (*Morales v. Hickman*).

³¹ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces Roberts, Kennedy y Alito, p. 8.

La respuesta de los tres magistrados a las alegaciones de ambas partes se inclinaría del lado de la parte recurrida, afirmando en tal sentido que, “por el mero hecho de que un método de ejecución pueda provocar dolor, ya sea por accidente o como una ineludible consecuencia de la muerte, no suscita la clase de ‘riesgo de daño objetivamente intolerable’ que lo convierta en cruel e inusual”³². En tal sentido, según *Roberts, Kennedy y Alito* “un reo no puede cuestionar con éxito cualquier método de ejecución de un estado limitándose a mostrar una alternativa que sea sólo leve o marginalmente más segura”, pues ello, entre otras cosas, forzaría a los jueces a entrar en debates científicos que les son ajenos, obligándoles asimismo a inmiscuirse en un ámbito de decisión que corresponde a los legisladores³³.

En tal sentido, la conclusión de *Roberts, Kennedy y Alito* se decantó por el criterio del “riesgo sustancial”, afirmando que la Octava Enmienda sólo se ve vulnerada cuando un Estado, sin que exista una justificación penológica legítima, se niega a adoptar un método alternativo que sea viable, fácilmente aplicable y que reduzca significativamente un riesgo sustancial de daño grave³⁴. Partiendo de esta premisa, estos tres jueces votaron contra los recursos de *Baze y Bowling* por entender que los recurrentes no habían acreditado que el método empleado en Kentucky no cumpliera con las exigencias derivadas de este estándar, pese a que las punciones no se realicen en aquel estado por médicos, sino sólo por personal sanitario previamente formado (un practicante titulado y un técnico en emergencias médicas), y que la confirmación de que el pentotal sódico ha ocasionado la inconsciencia del reo sólo se lleva a cabo por los guardias a través de una mera observación visual.

Una opinión opuesta a la anterior fue la suscrita por *Ruth Bader Ginsburg* con el apoyo de *David Souter*, miembros del llamado “sector liberal” del Tribunal. Según estos jueces, dos de las drogas empleadas en el método de ejecución cuestionado —el bromuro de pancuronio y el cloruro de potasio— pueden ocasionar un dolor te-

³² Ibidem, p. 11.

³³ Ibidem, p. 12.

³⁴ Ibidem, p. 13.

rrible a un reo que se encuentre consciente, pues la primera provoca una lenta asfixia y la segunda tiene efecto abrasivo al circular por el cuerpo. Por ello, a su juicio la clave para dilucidar la constitucionalidad de este método pasaba por valorar las medidas establecidas para garantizar la inconsciencia del reo. Desde su perspectiva, de la Octava Enmienda cabía extraer la prohibición de crear un riesgo adverso (*untoward*) fácilmente evitable de causar un dolor severo e innecesario, un estándar que se incumple siempre que se renuncia a la utilización de medidas fácilmente aplicables que incrementan la probabilidad de no ocasionar ningún dolor³⁵.

A juicio de *Ginsburg* y *Souter* tales exigencias no se respetaban en el uso de la inyección letal por el estado de Kentucky, cuyo procedimiento de ejecución no está regulado legalmente, sino que se basa en un protocolo desarrollado por funcionarios de prisiones, sin estudios médicos y en el que la comprobación de que el reo efectivamente está anestesiado recae en las observaciones informales de los celadores, que carecen de formación sanitaria, sin que antes de inyectar las sustancias efectivamente letales, ya diferencia de otros estados, se adopten cautelas tan básicas como estimular al reo llamándole por su nombre o sacudirle para ver si responde³⁶. A la vista de estas omisiones, estos magistrados entendieron que lo más adecuado habría sido devolver el caso a los tribunales estatales a fin de revisar el método de ejecución efectivamente aplicado a la luz del estándar más exigente por ellos propuesto.

Por su parte el magistrado conservador *Clarence Thomas* se adhirió a la opinión de los tres primeros jueces acerca de la constitucionalidad del método empleado pero discrepando de los argumentos esgrimidos y, en particular, del estándar adecuado para determinar la constitucionalidad de los métodos de ejecución. Desde su punto de vista personal, dicho estándar debía fijarse atendiendo a las

³⁵ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, p. 2. Este estándar presenta similitudes con el propuesto en *Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), 120 (2007), p. 1314 ss., según el cual “no debería estar permitido a los estados utilizar un método doloroso o peligroso siempre que dispongan con facilidad de un método alternativo que cause menos dolor”.

553 U.S. (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, pp. 7-8.

³⁶ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces *Ginsburg* y *Souter*, pp. 7-8.

razones que históricamente justificaron la aprobación de la Octava Enmienda y a los previos pronunciamientos del Tribunal, que en varios precedentes había considerado conformes con el texto constitucional el fusilamiento, la silla eléctrica e, incluso, el sometimiento del reo a una segunda descarga eléctrica cuando hubiera fallado la primera³⁷. A su juicio, estas fuentes llevaban a sostener un estándar de naturaleza eminentemente subjetiva, según el cual “un método de ejecución sólo vulnera la Octava Enmienda si está diseñado deliberadamente para infligir dolor”³⁸, lo que no cabía predicar de la inyección letal. Según *Thomas*, pretender que los jueces tengan que pronunciarse sobre qué método es el más adecuado para ejecutar la pena capital es una hábil táctica de los opositores a dicha pena para conseguir, mientras no llega su abolición, que las ejecuciones se dilaten indefinidamente cuestionando cualquier aspecto del método aplicado³⁹. En la medida en que el estándar de *Roberts, Kennedy y Alito* obliga a valorar posibles métodos, en opinión de este magistrado tendrá como consecuencia un aumento de la litigiosidad de los presos que esperan el cumplimiento de la sentencia en el corredor de la muerte.

Aun habiendo votado junto con *Roberts y Kennedy*, *Samuel Alito* emitió también una opinión particular que tenía como objetivo rebatir las críticas del juez *Thomas* y, en especial, la objeción de que el estándar fijado por los tres magistrados citados *supra* tendría como consecuencia un aumento de la litigiosidad previa a la ejecución de la pena capital. A juicio de *Alito*, para que fructifiquen en el futuro los recursos cuestionando un determinado método de ejecución será necesario acreditar por los recurrentes que existe un consenso científico bien asentado acerca de la posibilidad de contar con medios que reduzcan de manera significativa un riesgo sustancial de grave dolor⁴⁰. Desde su punto de vista particular, este estándar es mucho más claro que el propuesto por la juez *Ginsburg*, quien, con

³⁷ Más concretamente, estos precedentes son *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1879); *In re Kemmler*, 136 U.S.436 (1890); y *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).

³⁸ 553 U.S. (2008), opinión de los jueces *Thomas y Scalia*, p. 1.

³⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁰ 553 U.S. (2008), opinión del juez *Alito*, p. 5.

conceptos tan abiertos como “riesgo adverso” (*unto-ward risk*), abre las puertas de par en par a la litigiosidad sin fin, un objetivo que —insinúa *Alito*— seguramente pretendían algunos magistrados del sector liberal de la Corte como una manera de acabar en la práctica con la aplicación de la pena⁴¹.

Una séptima opinión, ciertamente llamativa, fue la suscrita por el veterano magistrado *John Paul Stevens*, que en 1976 había votado a favor de la constitucionalidad de la pena de muerte en la sentencia del caso *Gregg v. Georgia* (cfr. *supra* II). Treinta y dos años después, el juez *Stevens* ha cambiado radicalmente de postura, afirmando ahora que el mantenimiento de la pena de muerte en los Estados Unidos es sólo el resultado de “la fuerza de la costumbre y la desatención y no de un proceso deliberativo razonable que pondere los costes y los riesgos de administrar esta pena con aquellos beneficios susceptibles de ser identificados, basándose en buena medida en una errónea asunción de la fuerza retributiva de dicha pena”⁴². Desde su punto de vista, las tres razones que en 1976 justificaron la reanudación de las ejecuciones —incapacitación, intimidación y retribución— no se satisfacen en la práctica: en cuanto a la incapacitación, la frecuente aplicación de las penas de prisión de cumplimiento íntegro ha demostrado que este fin puede alcanzarse sin acabar con la vida del reo; en cuanto a la intimidación, tras más de treinta años de investigación los académicos han sido incapaces de demostrar los efectos preventivos de este castigo; y, finalmente, en cuanto a la retribución, el propio hecho de que el Estado busque formas cada vez menos indoloras de ocasionar la muerte demuestra lo anacrónico de esta finalidad y, al mismo tiempo, supone una renuncia a ella, pues se busca evitar infligir al reo el mismo sufrimiento que ha padecido la víctima⁴³. A todo ello se añade, desde su punto de vista, el hecho

⁴¹ *Ibidem*, p. 9.

⁴² 553 U.S. (2008), opinión del juez *Stevens*, p. 8.

⁴³ *Ibidem*, pp. 9-12. La contradicción que puede suponer la exigencia de métodos de ejecución cada vez más humanos con la retribución es planteada en la discusión académica por KAUFMAN-OSBORN, *YaleLJ*, 111 (2001), p.v704. En general, sobre la frecuente justificación de la pena de muerte a través de la retribución y los problemas que plantea FINKELSTEIN, *CrimJustEthics*, 21 (2002), pp. 12-21, quien también concluye que ni los más acérrimos partidarios de esta teoría de la pena están dispuestos a llevarla hasta sus últimas consecuencias

de que desde 1976 hayan disminuido las garantías para el reo en caso de pena capital, el riesgo de sentencias erróneas y el que en la práctica no se haya logrado eliminar una aplicación discriminatoria de este castigo⁴⁴.

En relación con el caso concreto, *Stevens* consideró injustificado el empleo de una sustancia como el bromuro de pancuronio, que puede ocasionar gran dolor al reo y cuyo único fin es “dignificar” su muerte y hacerla menos desagradable para los testigos, concluyendo en tal sentido que los estados deberían reconsiderar su uso⁴⁵. Sin embargo, lo más sorprendente de su voto es que, pese a proclamar explícitamente su rechazo personal a la pena de muerte y reconocer que se le hacía “muy difícil” emitir una conclusión sobre el recurso estudiado, en el párrafo final de su opinión el juez *Stevens* afirmó sentirse vinculado por los precedentes que en su momento declararon constitucional dicho castigo y, partiendo de tal premisa, decidió unirse a la mayoría conservadora votando a favor de la constitucionalidad del método concretamente empleado en Kentucky⁴⁶.

Finalmente, en el mismo sentido que *Stevens* votaron también los magistrados restantes, *Antonin Scalia* y *Stephen Breyer*. *Scalia*, seguramente el miembro más conservador del Tribunal, además de mostrar su adhesión a la opinión del juez *Thomas*, suscribió un voto separado con el único fin de rechazar la argumentación del juez *Stevens*, que tachó literalmente de “insostenible” pese a acabar votando ambos en un mismo sentido⁴⁷. Así, según *Scalia*, la valoración acerca de si los beneficios que aporta la pena de muerte son suficientes para justificar su imposición —como había negado su colega— es una apreciación que corresponde a los legisladores elegidos democráticamente y no a los jueces, siendo a su juicio una premisa incuestionable que la Constitución reconoce implícitamente en varios pasajes que la pena de muerte es un castigo que tiene cabida dentro

(ibidem, p. 20). Cfr. Igualmente BORENSTEIN, *CardozoPubLPol’y&EthicsJ*, 2 (2004), pp. 377-383; SIGLER *AmCrimLRev*, 40 (2003), p. 1178 ss y la propia FINKELSTEIN, *NYULRev*, 81 (2006), pp. 1299-1306.

⁴⁴ 553 U.S. (2008), opinión del juez *Stevens*, p. 13 ss.

⁴⁵ Ibidem, pp. 3 y 8.

⁴⁶ Ibidem, p. 18.

⁴⁷ 553 U.S. (2008), opinión del juez *Scalia*, p. 1.

del ordenamiento de los Estados Unidos⁴⁸: “*el pueblo* ha decidido, que existe una contribución adecuada a fines sociales o públicos y, por tanto, no compete a unos jueces que no han sido votados obviar tal decisión”⁴⁹. Por otra parte, según *Scalia* resultaba paradójico que el juez *Stevens* afirmara que causar dolor al reo contraviene la Octava Enmienda y, al mismo tiempo, argumentara que, cuando la muerte es indolora deja de cumplir el fin retributivo que la justifica, criticándole asimismo por no aportar, pese a sus críticas a las garantías del sistema vigente, un solo ejemplo de un reo injustamente ejecutado⁵⁰.

Finalmente, el juez *Breyer*, alineado habitualmente con el llamado “sector liberal” y tradicional partidario de restringir el uso de la pena de muerte, afirmó compartir las apreciaciones de sus colegas *Ginsburg* y *Souter*, pero acabaría adhiriéndose al voto de la mayoría, al entender que los estudios aportados por los recurrentes en el sentido de que el pentotal podría a menudo no anestesiarse debidamente a los reos carecían de una base empírica lo bastante sólida como para cuestionar el sistema empleado en Kentucky debido a la posible creación de “un riesgo sensible de causar un sufrimiento innecesario”⁵¹. A ello se añadía, a su juicio, que las medidas propuestas para garantizar la inconsciencia del reo no parecieran aportar una seguridad mucho mayor a la que ya proporcionan los métodos actualmente aplicados⁵². Aunque el magistrado admitió ser consciente de los graves problemas del castigo capital, “no es la legalidad de la pena de muerte lo que tenemos antes nosotros” y, en consecuencia, se adhirió al voto de la mayoría⁵³.

El resultado de las opiniones expuestas fue que una amplia mayoría de siete magistrados acabó dando su voto a favor de la constitucionalidad de la inyección letal tal como ésta se aplica en Kentucky, rechazando en consecuencia tanto oponerse a la aplicación de la

⁴⁸ Ibidem, pp. 1 -2. Sobre aquellos pasajes de la Constitución que mencionan la pena capital cfr. infra V.

⁴⁹ Ibidem, p. 3 (cursiva en el original).

⁵⁰ Ibidem, p. 5.

⁵¹ 553 U.S.(2008), opinión del juez Breyer, p. 7.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

pena capital en sí —una cuestión que, ciertamente, no se había planteado— como acoger un estándar tan exigente que pudiera llevar en la práctica a la imposibilidad de aplicar el método de ejecución “menos cruel” conocido, lo que habría supuesto *de facto* impedir la aplicación del castigo capital. En consecuencia, y si bien no cabe afirmar que la sentencia del caso *Baze v. Rees* suponga un cambio de sentido en la tendencia restrictiva de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, sí supone una significativa renuncia por parte de la gran mayoría de los miembros de la Corte a bloquear en la práctica la aplicación efectiva de este castigo.

4. La pena de muerte como castigo del delito de violación de niños: *Kennedy v. Luisiana*

Unas semanas después del anterior pronunciamiento —concretamente el 25 de junio de 2008— el Tribunal Supremo volvía a analizar, en una sentencia también muy esperada, otra importante cuestión relacionada con la constitucionalidad de la pena de muerte: la posibilidad de imponer tal castigo como consecuencia jurídica del delito de violación de niños⁵⁴. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedió en el caso de la inyección letal, en el que —como se ha visto— surgieron importantes discrepancias incluso entre aquellos magistrados que acabaron votando en un mismo sentido, en este segundo supuesto la Sala se dividió en dos grandes bloques y la decisión final se acabó adoptando por una apretada mayoría de cinco votos contra cuatro. El recurrente ante la Corte Suprema, *Patriéle Kennedy*, había sido condenado en Luisiana por la brutal violación de su hijastra de ocho años de edad, que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para recuperarse de las graves lesiones ocasionadas por el acusado en la zona vaginal y anal. Con la inicial ayuda de la propia víctima, *Kennedy* trató de engañar a la policía haciéndole

⁵⁴ Como muestra de la expectación que el caso había levantado en ambientes académicos y en la opinión pública en general cfr. SALINAS, AmJCríml, 34 (2006), p. 100, con referencias adicionales.

creer que los autores de la violación eran dos jóvenes desconocidos, hasta que, después de una exhaustiva investigación y varias exploraciones médicas, la menor acabó reconociendo los hechos. *Kennedy* fue condenado unánimemente por el jurado a la pena de muerte, prevista en el estado de Luisiana para violaciones de niños menores de doce años cuando existe penetración anal o vaginal.

Al igual que en *Baze v. Rees*, en el recurso de *Patriek Kennedy* también se cuestionaba la constitucionalidad de la pena impuesta a partir de la prohibición de penas crueles e inusuales contenida en la Octava Enmienda, una prohibición que, según varios precedentes del Tribunal Supremo, impide la imposición de penas excesivas a partir del principio de justicia según el cual las consecuencias de una ofensa deben guardar proporción con la gravedad de ésta⁵⁵. Según había manifestado el propio Tribunal en algunos precedentes, la Octava Enmienda “obtiene su significado de los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, que deben “abarcar y expresar el respeto por la dignidad de la persona” y que sólo justifican el castigo si se persiguen alguna de las tres finalidades siguientes: rehabilitación, intimidación y, con algunas reservas, retribución⁵⁶. Partiendo de todas estas premisas, la jurisprudencia de la Corte había declarado que la pena de muerte debía reservarse para los delitos más graves y los sujetos que, en la comisión de tales delitos, hubieran mostrado una mayor culpabilidad⁵⁷.

⁵⁵ 554 U.S.(2008), opinión del Tribunal, p. 8.

⁵⁶ 554 U.S.(2008), opinión del Tribunal, pp. 8-9. La expresión “evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”, a menudo utilizada por el Tribunal en sus precedentes sobre la constitucionalidad de la pena de muerte, fue formulada inicialmente en el caso *Trop v. Dulles* 356 U.S. 86 (1958). Sobre este criterio cfr. el interesante trabajo de RYAN, *NCLRev*, 85 (2007), pp. 874-875, quien pone de manifiesto cómo la propia naturaleza del estándar, por ser abierta al cambio, ha permitido al Tribunal ir ampliando el catálogo de prohibiciones de la pena de muerte sin tener necesariamente que revocar de manera explícita la vigencia de sus propios precedentes. Cfr. igualmente GLAZER *AmJCrImL*, 25 (1997), p. 93 ss.

⁵⁷ En tal sentido se pronunció la Corte en *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002), p. 319 y *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005), p. 568.

Pese a la anterior doctrina las alegaciones del recurrente *Patriek Kennedy* habían fracasado en todas las instancias judiciales previas, al entender los tribunales que se habían ocupado de su caso que precedentes del Tribunal Supremo como *Coker v. Georgia* —que declaró inconstitucional la imposición de la pena capital por la violación de una mujer adulta— no eran aplicables a este supuesto al ser la víctima una niña menor de doce años. Precisamente la edad de la víctima había permitido sostener a dichos tribunales que la gravedad del delito cometido era suficiente para justificar la pena capital. Así, aun reconociendo que no era frecuente la imposición de la pena capital por estos delitos sexuales, cinco estados la habían introducido en los últimos años, pudiendo constatarse una auténtica voluntad de cambio en tal sentido⁵⁸.

Pese a estos argumentos, la mayoría del Tribunal Supremo, formada esta vez por el bloque de jueces habitualmente calificados como “liberales” (*Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer*), junto con el “moderado” *Anthony Kennedy*, que actuó como ponente, consideraron contrario a la Octava Enmienda el castigo impuesto al recurrente⁵⁹. La razón básica de dicha declaración se basó en la regla según la cual sólo es legítimo imponer la pena de muerte —“que no es necesariamente inconstitucional”, como se dijo en *Gregg*— “a aquellos delincuentes que incurrir en el reducido catálogo de crímenes más graves’ y cuya extrema culpabilidad les convierte en ‘los principales merecedores de la ejecución’”⁶⁰. Según la mayoría, este criterio era el mismo que había llevado en los últimos años a considerar inconstitucional el castigo de menores de dieciocho años o personas con

⁵⁸ 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, p. 7. En diversas publicaciones se había defendido también la constitucionalidad de la reforma de Luisiana, por no tratarse del mismo caso analizado en *Coker*. En tal sentido cfr. MEISTER, *ArizLRev*, 45 (2003), pp. 197-224 y GLAZER *AmJCrimL*, 25 (1997), pp. 79-114. En contra de la constitucionalidad BAILEY, *Wash&LeeLRev*, 55 (1998), pp. 1335-1372.

⁵⁹ Dicha mayoría es exactamente la misma que tres años antes en *Roper v. Simmons* (cfr. supra II) había votado a favor de declarar inconstitucional la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años, también actuando el juez Kennedy como ponente.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 9, citando *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p. 568, que, a su vez, citó *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), p. 319.

retraso mental y, anteriormente, a prohibir la imposición de dicha pena por la violación de una mujer adulta o por la participación en un robo con rehenes en el que acaba produciéndose una muerte en cuya ejecución no había intervenido el acusado⁶¹. A su juicio, la determinación de dicho estándar debía basarse en dos factores: en primer lugar, en la existencia de un auténtico consenso nacional contra dicho castigo; y, en segundo término, y por encima del eventual consenso, en “los estándares fijados en precedentes vinculantes y en la concepción e interpretación por parte del Tribunal de la Octava Enmienda, su texto, historia, significado y fines”⁶².

Según los cinco magistrados, ambos criterios obligaban a negar la constitucionalidad de la pena de muerte en estos casos. Así, y en relación con la existencia de consenso nacional, la última vez que en los Estados Unidos alguien había sido ejecutado por violar a un niño fue en Misuri en 1964. Después de la suspensión de la pena de muerte provocada por la sentencia del caso *Furman* en 1972 y la obligada revisión de las leyes reguladoras de la pena capital, sólo seis estados la habían introducido de nuevo para los delitos de violación (Georgia, Carolina del Norte, Luisiana, Florida, Misisipí y Tennessee), pero desde que en 1977 el Tribunal Supremo declaró, en la sentencia del caso *Coker*, que dicho castigo era inconstitucional en los casos de violación de mujeres adultas, todas estas leyes acabaron quedando sin efecto. En 1995 Luisiana introdujo de nuevo la pena de muerte, aunque esta vez sólo para las violaciones de niños, y en los años sucesivos se aprobaron leyes similares en Georgia, Montana, Oklahoma, Carolina del Sur y Texas, aunque no llegaron a aplicarse de manera efectiva. Sin embargo, los restantes cuarenta y cuatro estados y la jurisdicción federal no contemplan la pena capital para este delito, lo que, unido al hecho de que nadie hubiera sido ejecutado por violación desde 1964, según la mayoría permitía constatar la existencia de un auténtico consenso nacional, pese a las

⁶¹ Las sentencias en las que, respectivamente, se proclamaron estas declaraciones de inconstitucionalidad fueron *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977) y *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

⁶² 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, p. 10.

recientes reformas, contra la imposición de la pena de muerte en estos supuestos⁶³.

Pasando seguidamente a analizar los precedentes, así como su propia interpretación de la Octava Enmienda, la mayoría de la Sala sostuvo también que, sin ignorar la gravedad de estos hechos, la imposición de la pena de muerte era una respuesta desproporcionada. Así, a juicio de los cinco magistrados la imposición del castigo capital sólo resulta proporcionada, en lo que respecta a los crímenes contra personas, cuando se comete un asesinato intencionado en primer grado, pues, sin negar importancia a los delitos sexuales, éstos no son comparables al asesinato en su “gravedad e irrevocabilidad”⁶⁴. Esta exigencia de proporcionalidad deriva de los ya citados “cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, que, según la mayoría, obligan a la “moderación y la contención” en la aplicación de la pena capital⁶⁵.

A la anterior circunstancia se añade —según los cinco magistrados— la frecuencia con la que se cometen estos delitos: casi el doble que el número de asesinatos. A juicio de la mayoría, admitir en tales casos la pena capital sería contrario a los citados “estándares de decencia” y a la necesidad de restringir el uso de dicho castigo, añadiendo en tal sentido que, si tal incremento tratara de reducirse previendo agravantes específicas para los casos más graves, en la medida en que aquéllas podrían ser compensadas con atenuantes

⁶³ 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, pp. 15 y 23. Otro dato a tener en cuenta además de las ejecuciones efectivas —también citado por la mayoría— es que desde 1964 sólo otra persona había sido condenada a la pena capital por violación de niños, lo que había sucedido precisamente en Luisiana el año 2007 (cfr. *ibidem*, p. 23). Sin embargo, el Tribunal Supremo de este Estado había proclamado la constitucionalidad de la ley ya en 1996 (cfr. Al respecto MEISTER, *ArizLRev*, 45 [2003], p. 218 y BAILEY, *Wash&LeeLRev*, 55 [1998], p. 1360 ss.).

⁶⁴ 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, p. 27. Sobre la exigencia de proporcionalidad que el Tribunal Supremo extrae de la Octava Enmienda, cfr. SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 346. Esta exigencia es especialmente severa en el caso de la pena de muerte, pero muchísimo más laxa, según la jurisprudencia del Tribunal, respecto de otros castigos, como la reclusión perpetua: cfr., al respecto, CASTIÑEIRA/RAGUÉS, *RDPC*, 14 (2004), pp. 59-85.

⁶⁵ 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, p. 25.

existiría un claro peligro de aplicación arbitraria del castigo⁶⁶. Aunque, ciertamente, en relación con el asesinato la Sala ha ido introduciendo límites y requisitos para que su imposición resulte constitucional, “iniciar un proceso idéntico respecto de delitos por los que nadie ha sido ejecutado en más de cuarenta años exigiría experimentar en un área en la que un experimento fallido tendría como resultado la ejecución de una persona que no fuera merecedora de la pena de muerte”⁶⁷.

Asimismo, los cinco magistrados de la mayoría consideraron que su perspectiva resultaba también sólida atendiendo a las justificaciones de la pena capital. Así, a su juicio la retribución no podía justificar un castigo más grave que el daño causado hecho de que el menor con su testimonio —a menudo la única prueba de cargo— debiera asumir la grave responsabilidad de condicionar decisivamente la ejecución de otra persona⁶⁸. A ello se añaden los riesgos de error propios de dicho medio de prueba, al resultar los menores especialmente vulnerables ante posibles manipulaciones en su testimonio y existir riesgo de fabulaciones⁶⁹. Desde el punto de vista de la intimidación, entendida como fin de la pena, tan severo castigo podría tener como consecuencia un menor número de condenas, debido a la decisión de la víctima, no infrecuente en estos casos, de no denunciar por temor a las consecuencias que puede sufrir el agresor, a menudo una persona de su entorno familiar⁷⁰. A ello se añade el hecho —según *Kennedy, Ginsburg, Stevens, Souter y Breyer*— de que, imponiendo la pena de muerte ya por la violación, se retirarían importantes incentivos al violador para que respete la vida de la víctima en la comisión del delito⁷¹.

⁶⁶ Ibidem, p. 29.

⁶⁷ Ibidem, p. 30.

⁶⁸ Ibidem, pp. 31-32. Un argumento criticado en GLAZER, *AmJCrL*, 25 (1997), pp. 111-112.

⁶⁹ Ibidem, pp. 33-34.

⁷⁰ Ibidem, pp. 34-35.

⁷¹ Ibidem. Una crítica a este (habitual) argumento para no castigar el homicidio y la violación con la misma pena en GLAZER, *AmJCrL*, 25 (1997), pp. 105-107.

La suma de todos los factores mencionados y, en especial, la exigencia de proporcionalidad, obligaba, según los cinco magistrados de la mayoría, a proclamar la incompatibilidad de la pena de muerte, como consecuencia de la violación de niños, con la Octava Enmienda constitucional. Con semejante conclusión, reconocieron los propios magistrados, el Tribunal se expone a la crítica de no ser un mero observador de los consensos sociales, sino de inmiscuirse en ellos e impedir incluso su propia formación. Sin embargo —prosiguen— con semejante crítica se pasa por alto el consolidado principio de que la Octava Enmienda está definida por “los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”, un principio que obliga a un uso restrictivo de la pena de muerte que no se aprecia en casos como el analizado:

“muy a menudo no se sirve mejor a la justicia acabando con la vida del autor en vez de recluirle preservando la posibilidad de que él mismo y el sistema encuentren medios que le permitan comprender la enormidad de su ofensa”, concluyen los cinco jueces⁷².

Las anteriores conclusiones serían objeto de una dura réplica por parte de los cuatro magistrados que integran el “ala conservadora” del Tribunal: el presidente *John Roberts* y los jueces *Antonin Scalia*, *Clarence Thomas* y *Samuel Alito*, actuando este último como redactor del voto disidente. Desde su punto de vista, la negación de la pena de muerte en cualquier caso de violaciones de niños, “sin que importe la edad, el número de violaciones, el número de niños violados, el grado de sadismo del delito, el trauma físico o psicológico ocasionado y sin que importe el grado de atrocidad del curriculum criminal del violador”, no podía compartirse. Tal discrepancia se basaba en lo que, a juicio de los disidentes, suponía una incorrecta interpretación, por parte de la mayoría de la Sala, de dos concretos factores: la existencia de un consenso nacional contrario a la imposición de la pena capital en estos casos y el principio según el cual la aplicación de semejante castigo en estos supuestos se opone a “los cambiantes estándares de decencia que trazan el progreso de una sociedad que madura”⁷³.

⁷² Ibidem, p. 36.

⁷³ 554 U.S. (2008), opinión de los jueces Alito, Roberts, Scalia y Thomas p. 1.

En cuanto al primer elemento cuestionado —la existencia de “un consenso nacional”— la minoría argumentó que el hecho de que pocos estados hubieran introducido hasta la fecha dicho castigo para las violaciones de niños se explicaba en muchos casos por una incorrecta interpretación por parte de los poderes legislativos de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso *Coker*, aunque ésta no prohibió sancionar con la muerte la violación de niños, sino sólo expresamente de “mujeres adultas”⁷⁴. Según estos cuatro jueces, “cuando los legisladores de los estados piensan que la aprobación de nuevas leyes previendo la pena capital probablemente será en vano, su inactividad no puede interpretarse razonablemente como una expresión de su concepción de los valores socialmente prevalentes”⁷⁵.

Además, prosiguen estos magistrados, pese a tales dudas en pocos años cinco estados habían introducido ya el castigo para estos delitos y otros cinco estaban debatiendo su introducción cuando se admitió a trámite el recurso de *Patrick Kennedy*, lo que podía suponer, a su juicio, el germen de un futuro consenso nacional a favor del castigo motivado por la preocupación ocasionada el importante incremento de los delitos sexuales que tienen a los niños como víctimas, que ya se había plasmado en la introducción de medidas como los registros públicos de delincuentes sexuales, su internamiento forzado y la introducción de restricciones de residencia para esta clase de sujetos⁷⁶. Según los magistrados, todos éstos podrían ser indicios de un cambio cuya realidad, sin embargo no podrá llegar nunca a confirmarse porque lo que verdaderamente había importado a la mayoría del Tribunal era su propia valoración sobre la aceptabilidad de la pena de muerte⁷⁷.

En tal sentido, los cuatro magistrados criticaron que el Tribunal hubiera basado su decisión en criterios que debían considerarse

⁷⁴ Autores como SALINAS, *AmJCrimL*, 34 (2006), p. 100, ya interpretaban antes de esta resolución que los razonamientos de *Coker* impedían extender la pena capital a los delitos sexuales que tienen a los niños como víctimas.

⁷⁵ 554 U.S. (2008), opinión de los jueces Alito, Roberts, Scalia y Thomas, p. 8.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 9-12, con las oportunas referencias.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 15. La idea de que existía una tendencia al cambio era compartida también por MEISTER, *ArizL-Rev*, 45 (2003), p. 224.

de estricta oportunidad política y que nada tenían que ver con la literalidad de la Octava Enmienda, como las relacionadas con los incentivos que la pena capital supone tanto al autor como al sujeto pasivo, unas valoraciones que, desde el punto de vista de los disidentes, suponían una invasión de competencias de los legisladores. A este respecto, criticaron también el que la mayoría se negara, con el argumento basado en el eventual riesgo de arbitrariedad, a analizar la posibilidad de restringir la aplicación de la pena a las violaciones más graves, tomando en consideración elementos tan objetivos como, por ejemplo, el número de previas condenas, las lesiones corporales causadas a la víctima o el número de agresiones⁷⁸. Y, finalmente, también mostraron su disconformidad con la apelación a posibles problemas de prueba en el testimonio de los menores, que desde la perspectiva de la minoría podrían haberse resuelto, sencillamente, siendo más exigentes en relación con la prueba de cargo necesaria para condenar⁷⁹.

Según la minoría, una vez descartados los anteriores argumentos, sólo quedaban dos razones por las que la mayoría había declarado inconstitucional la pena de muerte en estos casos. En primer lugar, la supuesta necesidad de actuar restrictivamente en relación con el uso de dicho castigo, un deber que —a juicio de los disidentes— en modo alguno se extrae de la literalidad de la Octava Enmienda. Y, en segundo término, la consideración de que sólo el asesinato merece la pena capital, al ser un delito único tanto en términos de depravación moral como en atención a la severidad del daño que causa a la víctima y a la sociedad. Una valoración, sin embargo, que los magistrados de la minoría combatieron proponiendo una comparación entre dos casos: “en el primero, el acusado está robando en un supermercado cuando ve cómo su acompañante dispara al propietario. El acusado ha actuado desconsideradamente (*recklessly*), pero no ha apretado el gatillo ni tenía intención de matar. En el segundo caso un violador reincidente rapta, viola repetidamente y tortura a varios niños: ¿tan claro está que el primer acusado resulta mo-

⁷⁸ Ibidem, pp. 16-18.

⁷⁹ Ibidem, p. 18.

ralmente más depravado que el segundo?”⁸⁰. Añade *Alito*: “tengo pocas dudas de que a los ojos de los americanos normales el peor violador de niños —depredadores que buscan e infligen un grave daño físico y emocional a niños indefensos— son el arquetipo de la depravación moral⁸¹.

Para fundamentar su afirmación, los cuatro magistrados aportaron asimismo datos sobre el grave daño que las violaciones causan a los niños que las padecen y los serios perjuicios que tales delitos ocasionan a su normal desarrollo como personas, citando estadísticas que cifran en un 40% el número de niños violados entre los siete y los trece años que más tarde sufren algún trastorno mental grave y que acreditan un importante incremento de las probabilidades de que el niño violado sea también un agresor sexual en el futuro (cinco veces superior al de niños no violados)⁸².

Por todas estas razones, *Roberts*, *Scalia*, *Thomas* y *Alito* concluyeron afirmando que, según su parecer, las cargas que pesan sobre todo aquel que alega la inconstitucionalidad de una ley no habían sido satisfechas en el presente caso, por lo que a su juicio debía haberse confirmado la validez de la ley de Luisiana. Desde su punto de vista, “el Tribunal no ha aportado ninguna explicación convincente sobre por qué debe invalidar— se esta decisión legislativa. En tal sentido, las cuestionables referencias a la ‘decencia’, la ‘moderación’, la ‘contención’ el ‘pleno progreso’ y la ‘decisión moral’ resultan insuficientes”⁸³.

5. El Tribunal Supremo y el futuro de la pena de muerte: dificultades de un pronóstico

En su voto discrepante sobre el caso *Callins v. Collins* (1994), el magistrado del Tribunal Supremo *Harry Blackmun*, que en su momento había votado a favor de la pena capital en sentencias tan de-

⁸⁰ Ibidem, pp. 20-21.

⁸¹ Ibidem, p. 21.

⁸² Ibidem, p. 22.

⁸³ Ibidem, p. 23.

cisivas como *Gregg v. Georgia*, proclamó solemnemente que desde aquel día se negaba a contribuir con sus decisiones a continuar ajustando “la maquinaria de la muerte” y, seguidamente, añadió:

“(…) tal vez llegué el día en que este Tribunal elaborará reglas procesales o fórmulas verbales que realmente den consistencia, imparcialidad y habilidad a un modelo que admite la pena capital, pero no lo considero probable. Soy más optimista, en cambio, en que finalmente este Tribunal llegará a la conclusión de que los esfuerzos por eliminar la arbitrariedad y preservar la imparcialidad ‘en la causación de [la muerte] están tan claramente condenados al fracaso que debe desistirse de ellos y abandonar, al mismo tiempo, la pena de muerte’ (*Godfrey v. Georgia*, 1980⁸⁴). No viviré para ver ese día, pero tengo fe en que finalmente llegará”.

Los dos pronunciamientos que acaban de exponerse son un punto de partida aparentemente idóneo para valorar hasta qué punto se halla próxima en el tiempo la fecha esperada por el juez *Blackmun* —fallecido en 1999— en la que el Tribunal Supremo acabe declarando la inconstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos. Sin embargo, debe anticiparse, cualquier pronóstico en este ámbito está condicionado por eventualidades de difícil determinación que, hoy por hoy, complican en gran manera la fiabilidad de cualquier predicción. En todo caso, lo que sí parece claro, dadas las competencias de los estados para decidir acerca de la previsión y aplicación de esta pena, es que en tiempos próximos un final generalizado de este castigo sólo podrá llegar por medio de un fallo judicial que prohíba su imposición⁸⁵. Como demuestran leyes como la que propició el asunto *Kennedy v. Luisiana*, la actual tendencia en muchos poderes legislativos estatales no es precisamente la de reducir el ámbito de aplicación del castigo capital⁸⁶. Por otra parte, una reforma constitucional en este ámbito parece actualmente poco menos que impensable: en tal sentido, baste con señalar que los dos principales candidatos a la presidencia de los Estados Unidos en las

⁸⁴ Cita textual del voto del juez Marshall en dicha resolución, cuya referencia es 446 U.S. 420 (1980).

⁸⁵ En este punto se coincide con el análisis de GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), pp. 361-363.

⁸⁶ En este punto se coincide con el análisis de GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), pp. 361-363.

elecciones de 2008 se declararon favorables a mantener el castigo capital, criticando públicamente la decisión de la Corte Suprema de prohibir su aplicación a los violadores de niños⁸⁷.

Como se ha expuesto anteriormente (cfr. *supra* II), desde que en 1976 la sentencia del caso *Gregg v. Georgia* diera su beneplácito a la aplicación de las nuevas leyes reguladoras del castigo capital, la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de restringir progresivamente su uso. Así, en las más de tres décadas transcurridas desde dicha sentencia, y particularmente en los últimos años, el Tribunal ha declarado inconstitucional la imposición del castigo capital a delincuentes menores de edad y retrasados mentales, en ciertos casos de complicidad en asesinatos y, además, como consecuencia del delito de violación, ya sea de adultos o niños. *Obiter dictum*, en la sentencia del caso *Kennedy v. Luisiana* se ha añadido que la imposición de dicha pena también sería inconstitucional en el caso de delitos contra bienes jurídicos personales distintos del asesinato (cfr. *supra* IV). Según señala *Stephen F. Smith*, profesor de la Universidad de Virginia, esta tendencia restrictiva —basada, en sus propias palabras, “en un uso más agresivo del requisito de proporcionalidad extraído de la Octava Enmienda”⁸⁸— supone un cambio sustancial en relación con la jurisprudencia del Tribunal entre las décadas de 1970 y 1990, cuando la limitación de la pena de muerte se buscó fundamentalmente por medio de recursos procesales⁸⁹.

Sin embargo, en el tiempo transcurrido desde *Gregg* no todas las decisiones de la Sala se han situado en esta dirección restrictiva. Sin

⁸⁷ Cfr. por ejemplo <<http://www.msnbc.msn.com/id/25379987/>>. Sobre las razones que explican la excepcional pervivencia de esta pena en los Estados Unidos cfr. GARLAND, *Pun&Soc*, 7 (2005), pp. 347-376 y STEIKER, *OrLRev*, 81 (2002), pp. 97-130 con referencias adicionales acerca del interesante debate de los últimos años sobre esta cuestión.

⁸⁸ SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 342.

⁸⁹ SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 336 ss. Según este autor (*ibidem*, p. 339 ss), mientras que lo que en su momento se buscó con la sentencia del caso *Furman* fue mayor racionalidad y equidad en la imposición de la pena, el objetivo de la nueva tendencia es disminuir su utilización. En el ámbito procesal (*ibidem*, p. 340 ss) lo más destacable de los pronunciamientos de los últimos años han sido las exigencias relativas a la defensa de los acusados.

ir más lejos, en 2006 se consideró conforme a la Constitución —en la sentencia del caso *Kansas v. Marsh*— la imposición de la pena capital en supuestos en los que concurren simultáneamente circunstancias atenuantes y agravantes en la comisión de un delito de asesinato⁹⁰. Y no cabe pasar por alto que, aunque en *Baze v. Rees* ciertamente no se discutía sobre los presupuestos de aplicación de la pena, sino acerca del método de ejecución, sólo dos magistrados —*Ginsburg* y *Souter*— se decantaron por la fijación de un estándar tan exigente que, en la práctica, complicara notablemente la aplicación efectiva del castigo ofreciendo al reo amplias posibilidades de recurso en relación con la inyección letal.

Otro importante dato a tener en cuenta es que, si bien la tendencia general en la jurisprudencia de la Corte ha sido la progresiva restricción del uso del castigo capital, las concretas sentencias que han fijado esta dirección han sido dictadas con mayorías muy ajustadas, casi siempre de cinco magistrados. En tal sentido dichas resoluciones permiten constatar cómo, a día de hoy, el Tribunal cuenta con cuatro jueces —el presidente *Roberts* y los magistrados *Scalia*, *Thomas* y *Alito*— claramente favorables, no sólo a la constitucionalidad del castigo capital, sino a permitir un uso discrecional de esta pena por parte de los legisladores de los estados. Por el contrario, otros cuatro miembros —*Stevens*, *Souter*, *Ginsburg* y *Breyer*— se declaran opuestos a la pena o, cuando menos, son partidarios de limitar fuertemente su aplicación, aunque de una manera más matizada que algunos de sus predecesores en el Tribunal, como los declarados abolicionistas *Brennan* o *Marshall*, que durante sus años en la Corte proclamaron abiertamente en numerosas resoluciones sobre esta materia que, a su juicio, la pena de muerte era inconstitucional *per se*⁹¹. Una afirmación esta última que en modo alguno se contiene en las sentencias analizadas *supra*, proclamando expresamente la ma-

⁹⁰ 548 U.S. 163 (2006). Votaron a favor de la constitucionalidad *Roberts*, *Scalia*, *Kennedy*, *Thomas* y *Alito*

⁹¹ Un interesante estudio sobre cómo los puntos de vista personales de los magistrados influyen en esta materia, más allá de la argumentación estrictamente constitucional, en *RAEKER-JORDAN*, *MeLRev*, 58 (2006), p. 128.

yoría en *Kennedy v. Luisiana* que dicha sanción *no* es “necesariamente inconstitucional”⁹².

En este contexto, la capacidad de inclinar la balanza entre estos dos bloques de magistrados queda actualmente en manos del juez *Kennedy*, habitualmente calificado de moderado y que a lo largo de su trayectoria en el Tribunal ha decantado su voto en sentidos diversos en relación con la pena capital, aunque con una cierta tendencia a unirse al sector menos favorable al castigo⁹³. Así, aunque *Kennedy* votó a favor de la imposición de dicha pena en casos de concurrencia de atenuantes y agravantes (*Kansas v. Mash*), además de ser favorable a la constitucionalidad de la inyección letal (cfr. *supra* III), ha votado, en cambio, contra la constitucionalidad de la pena, además de su pronunciamiento en *Kennedy v. Luisiana*, en las sentencias que prohibieron la ejecución de menores de dieciocho años (*Roper v. Simmons*) o personas con retraso mental (*Atkins v. Virginia*). Sin embargo, pese a estos votos no parece demasiado probable que *Kennedy* apoyara una declaración de inconstitucionalidad del castigo en general. Consecuentemente, mientras se mantenga el actual equilibrio de fuerzas en el seno del Tribunal cabe esperar, tal vez, nuevas decisiones que restrinjan aún más el alcance de la pena capital, pero es poco probable una decisión que tenga como consecuencia su plena expulsión del sistema constitucional estadounidense.

Precisamente las ajustadas mayorías en las que se sustenta la tendencia restrictiva descrita hacen prácticamente imposible aventurar qué sucederá cuando se produzca alguna nueva incorporación al Tribunal por retiro o fallecimiento de sus actuales miembros, entre otras razones por la obvia imposibilidad de pronosticar cuándo se producirán las bajas y cuál será la adscripción política del Presidente que propondrá a los nuevos miembros⁹⁴. En todo caso, si se

⁹² 554 U.S. (2008), opinión del Tribunal, p. 9.

⁹³ De hecho, algún autor como STEIKER, *OhioStJCrImL*, 5 (2007), p. 285, habla de una “sólida coalición de cinco magistrados” que actúa con la voluntad de limitar el castigo capital, incluyendo en ella al juez *Kennedy*, si bien reconoce (*ibidem*, p. 286) que en otros casos este magistrado no ha dudado en unirse a los jueces favorables al castigo.

⁹⁴ Tanto el presidente (*chief justice*) como los jueces miembros (*associate justices*) del Tribunal Supremo son propuestos por el presidente de los Estados Unidos

da por buena la regla según la cual los magistrados propuestos por presidentes demócratas son poco favorables a la pena capital y los nominados por presidentes republicanos más bien favorables al castigo, la victoria de *Barack Obama* en las elecciones de noviembre de 2008 permite augurar, cuando menos, un mantenimiento del actual *status quo* durante los próximos cuatro años.

La regla citada se cumple estrictamente en el caso de los magistrados designados por presidentes demócratas: así, los jueces *Breyer* y *Ginsburg* —propuestos en su momento por *Bill Clinton*— forman parte del ala menos favorable al castigo capital. La cuestión es más compleja en el caso de los magistrados propuestos por presidentes republicanos, cuyo número es muy superior. Así, pese a que *Stevens*, *Kennedy* y *Souter* fueron promovidos, respectivamente, por los presidentes *Gerald R. Ford*, *Ronald Reagan* y *George W. H. Bush*, con el tiempo no han dudado en asumir planteamientos poco favorables a la pena de muerte, sobre todo en el caso de los dos primeros. Ello ha llevado, según numerosos analistas, a que en las propuestas efectuadas en la última presidencia republicana se hayan buscado perfiles muy conservadores —como los del actual presidente *John Roberts* o *Samuel Alito*— que hagan poco probable un cambio de parecer en materias con gran repercusión política como la pena capital⁹⁵.

En tal sentido, un dato importante a tener en cuenta ha de ser, necesariamente, la edad de los miembros del Tribunal. Así, tanto los miembros del llamado “sector liberal”, más bien opuesto a la pena de muerte, como el “moderado” juez *Kennedy*, nacieron todos ellos en la década de 1930, con la excepción del veterano juez *Stevens*,

⁹⁵ y para su nombramiento efectivo deben contar con la aprobación del Senado. Al respecto baste con citar un ilustrativo dato: en la página web de John McCain, candidato republicano a las elecciones presidenciales de 2008, tanto Roberts como Alito eran citados como ejemplos de la misma “filosofía judicial” que defendía dicho candidato (cfr. <http://www.iohnmccain.com/Informing/Issues/b8529d0e-381e-4a29-9c39_6a57c7e182c9.htm >). Según SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), p. 292, todos los presidentes republicanos desde Nixon se han esforzado por posicionar al Tribunal “a la derecha en relación con cuestiones penales”. Por su parte, SALINAS *AmJCrL*, 34 (2006), pp. 41-42, apela a circunstancias como el perfil de los miembros del Tribunal y a la influencia de la derecha religiosa para considerar poco probable una futura declaración de inconstitucionalidad de la pena capital.

nacido en 1920⁹⁶. Por su parte, los partidarios de la pena capital son en general más jóvenes: más concretamente, *Scalia* nació en 1936, *Thomas* en 1948, *Alito* en 1950 y el presidente *Roberts* en 1955. A la vista de estas edades se advierte que la formación de una mayoría contraria —o, en todo caso, poco favorable— a la pena de muerte pasaría por la producción de una o más bajas en el sector conservador-moderado durante los próximos cuatro años, un escenario cuyo acaecimiento no parece demasiado probable.

A todas estas consideraciones, basadas en las opiniones personales más previsibles de los miembros del Tribunal, se unen otros argumentos de naturaleza estrictamente jurídica. En tal sentido cabe constatar cómo una de las principales victorias en los últimos años del sector menos favorable de la Corte a la pena de muerte ha sido la renuncia del sector opuesto a fundamentar su constitucionalidad alegando la contribución efectiva de dicho castigo a la consecución de determinados intereses sociales. Así, la afirmación de quienes se oponen a la pena razonando que su imposición no puede legitimarse apelando a supuestos fines de inocuización o intimidación, así como la insuficiencia legitimadora de la retribución, ya no es directamente cuestionada por los magistrados más favorables al castigo capital, que incluso admiten que la capacidad preventiva de la pena de muerte es una cuestión sobre la que no existen conclusiones empíricas fiables⁹⁷. Así las cosas, el principal argumento de los magistrados contrarios a restringir el uso de la pena ha dejado de ser su justicia intrínseca o su posible utilidad, para pasar a tener, por así decirlo, una naturaleza meramente “competencial”, basada en la idea de que quien debe decidir sobre si esta pena satisface adecuadamente algún fin son los legisladores democráticamente elegidos

⁹⁶ Concretamente, los años de nacimiento son 1933 (Ginsburg), 1936 (Kennedy), 1938 (Breyer) y 1939 (Souter).

⁹⁷ Una conclusión que parece confirmarse en recientes trabajos como DONOHUE/WOLFERS, *StanLRev*, 58 (2006), pp. 791-845, criticando la solidez de aportaciones previas (como SUNSTEIN/VERMEULE *StanLRev*, 58 [2005], pp. 703-750), que pretenden acreditar con datos empíricos el efecto intimidatorio de la pena capital.

y no los jueces, que sólo están legitimados para pronunciarse acerca de la cabida de la pena en el marco constitucional⁹⁸.

En este último sentido, es importante tener en cuenta que si, llegado el caso, el motivo para expulsar a la pena de muerte del sistema constitucional estadounidense ha de ser su incompatibilidad con la Octava Enmienda —la prohibición de penas crueles e inusuales— las dificultades interpretativas son evidentes, máxime si dicho castigo se aplica recurriendo a métodos en principio indoloros como la inyección letal. A tal efecto no puede ignorarse, como recalcan a la mínima ocasión posible los partidarios del castigo, que el propio texto constitucional en algunos de sus preceptos no duda en presuponer la existencia de tal pena en el Derecho de los Estados Unidos: así, por ejemplo, en la Quinta Enmienda, que proclama el derecho al debido proceso, o en la Decimocuarta Enmienda, que impone a los estados el deber de respetar los derechos reconocidos a los ciudadanos por la Constitución. En tal sentido, es altamente significativo, por ejemplo, que un antiguo presidente del Tribunal, *Warren E. Burger*, manifestara en la sentencia del caso *Furman* que si él tuviera el poder de legislar, personalmente aboliría la pena de muerte o la restringiría al máximo, pero, dado que esta capacidad no formaba parte de las competencias del Tribunal, y que debía limitarse a interpretar la Constitución, no tenía otro remedio que admitir la constitucionalidad del castigo⁹⁹.

Negar la constitucionalidad de una sanción que el texto constitucional presupone como posible no es, desde luego, tarea sencilla. De hecho, la única vez que el Tribunal se ha cuestionado la constitucionalidad de la pena como tal —la ya citada sentencia del caso *Gregg v. Georgia* (cfr. *supra* II)— respondió afirmativamente a dicha cuestión por una amplia mayoría de siete votos y a lo largo de la

⁹⁸ En tal sentido cfr. *supra* la opinión de los magistrados de la minoría en *Kennedy v. Luisiana*, p. 16 y el voto de *Scalia* en *Baze v. Rees*, p. 4. Por el contrario, en algunos pasajes de *Gregg v. Georgia* (1976) el Tribunal no dudó en afirmar que la pena efectivamente podía contribuir a la contribución de ciertos fines. Así, por ejemplo, el voto de los jueces *Stewart*, *Powelly* *Stevens* (pp. 183-186) apelaba a las “finalidades sociales” de la retribución y la intimidación como justificaciones del castigo.

⁹⁹ Ver las oportunas referencias en *SALINAS*, *AmJCrImL*, 34 (2006), p. 44.

historia las conquistas abolicionistas han tenido que alcanzarse por vías indirectas, como cuestionar ciertos aspectos de su aplicación práctica —como sucedió en 1972 con la sentencia del caso *Furman*, que dio lugar a una moratoria de varios años— o restringir su ámbito de aplicación en situaciones muy concretas, como ha venido haciéndose últimamente. En consecuencia, cabe afirmar que, aunque los opositores a la pena capital puedan tener a su favor el espíritu de los tiempos de la llamada “cultura occidental”, los partidarios de dicho castigo cuentan con el respaldo del texto constitucional, lo cual, tratándose de los miembros de un tribunal de justicia, no es precisamente un apoyo menor¹⁰⁰.

En tono especialmente pesimista, algunos autores como *Eric Tennen* se atreven a cuestionar incluso que las concretas decisiones que el Tribunal ha ido dictando en los últimos años, prohibiendo en ciertos casos concretos el uso de la pena capital, merezcan ser vistas como pasos previos de una futura declaración de inconstitucionalidad¹⁰¹. Desde su punto de vista ello se explica, en primer lugar, porque los supuestos que se han excluido del castigo (cfr. *supra* II) eran de previsión y aplicación poco frecuentes —con alguna excepción muy concreta, como el caso de las personas que padecen retraso mental— y, por tanto, su inconstitucionalidad apenas ha influido en el número de reclusos en el corredor de la muerte, que no ha dejado de crecer en las últimas décadas. Además, según *Tenner*, la eliminación de los casos más cuestionables del radio de aplicación efectiva de la pena muy posiblemente generará en la opinión pública un efecto de reafirmación en la justicia de dicho castigo¹⁰². A su enten-

¹⁰⁰ La cuestión acerca de en qué medida debe influir en la jurisprudencia del Tribunal, al fijar los llamados “estándares de decencia”, el hecho de que a nivel internacional el uso de la pena de muerte se haya ido restringiendo cada vez más fue objeto de un intenso debate en la sentencia del caso *Roper v. Simmons* (542 U.S. 551 [2005]), que prohibió la condena a muerte de menores de dieciocho años. Mientras los cuatro magistrados del “sector liberal” y el juez Kennedy como ponente tuvieron en cuenta tal elemento, el bloque conservador —liderado por Scalia— se opuso vehementemente a tal posibilidad.

¹⁰¹ TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), pp. 251-275.

¹⁰² TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), p. 271. Según fuentes citadas por este autor en 2004 los partidarios de la pena capital eran el 71% de los estadounidenses. También BLECKER, *NYLSchJHumRts*, 19 (2003), p. 300, se refiere al carácter

der, el único factor que en los últimos años ha contribuido a que los ciudadanos estadounidenses pongan en tela de juicio la aplicación de la pena de muerte ha sido el descubrimiento, mediante pruebas de ADN, de un número significativo de condenas erróneas, que en algunos estados ha llevado incluso a la aprobación de moratorias. Pero en relación con estos casos el Tribunal Supremo no sólo no ha desempeñado ningún papel relevante, sino que sus contadas decisiones han mostrado una predisposición más bien escasa a revisar por tales motivos condenas firmes¹⁰³.

Por todas las razones expuestas, pronunciarse hoy sobre la proximidad de una posible decisión judicial que ponga fin a la pena de muerte en los Estados Unidos resulta francamente aventurado, pues no está claro siquiera que puedan ser magistrados, y no los legisladores, quienes deban acabar con dicho castigo. En todo caso, y pese a esta situación de gran incertidumbre, la victoria demócrata en las elecciones de 2008 permitirá, de momento, evitar una inversión en la actual tendencia a restringir el uso de dicha pena y no cabe descartar la posibilidad, si en los próximos años se producen bajas en el sector conservador-moderado, de que no esté tan lejano el día que en su momento augurase el Juez *Blackmun*, en el que la Corte ponga fin a la aplicación de la pena capital.

ambiguo de estas resoluciones, que los abolicionistas ven como un paso más a la abolición general y los partidarios de la pena capital —entre los que se cuenta él mismo— como un “refinamiento” de la pena motivado por la intención del Tribunal de reservar el castigo sólo para “lo más grave dentro de lo grave”.

¹⁰³ TENNEN, *BUPubIntLJ*, 14 (2005), pp. 273-275 y SMITH, *VaLRev*, 94 (2008), pp. 373-375, citando *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993), en la que se rechazó la perspectiva de que la Constitución prohíbe la ejecución de acusados fácticamente inocentes que han sido condenados en un proceso justo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bailey, J. Chandler, "Death Is Different, Even on the Bayou: The Disproportionality of Crime and Punishment in Louisiana's Capital Child Rape Statute", *Washington and Lee Law Review*, 55 (1998), pp. 1335-1372.
- Blecker, Robert, "The Death Penalty: Where are We Now?", *New York Law School Journal of Human Rights*, 19 (2003), pp. 295-304.
- Borenstein, Jason, "The Death Penalty: Conceptual and Empirical Issues", *Cardozo Public Law, Policy, & Ethics Journal*, 2 (2004), pp. 377-399.
- Castiñeira, M.a Teresa / Ragués, Ramon, "Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.a Época, 14 (2004), pp. 59-85.
- Denno, Deborah W., "Getting to Death: Are Executions Constitutional", *Iowa Law Review*, 82 (1997), pp. 319-449.
- Denno, Deborah W., "The Lethal Injection Quandary: How Medicine has Dismantled the Death Penalty", *Fordham Law Review*, 76 (2007), pp. 49-128.
- Denno, Deborah W., "When Legislatures Delegate Death: The Troubling Paradox Behin State Uses of Electrocutation and Lethal Injection and What it Says About Us", *Ohio State Law Journal*, 63 (2002), pp. 63-261.
- Donohue, John J. / Wolfers, Justin, "Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate", *Stanford Law Review*, 58 (2006), pp. 791-845.
- Finkelstein, Claire, "Death and Retribution", *Criminal Justice Ethics*, 21 (2002), pp. 12-21.
- Finkelstein, Claire, "A Contractarian Argument against the Death Penalty", *New York University Law Review*, 81 (2006), pp. 1283-1330.
- Garland, David, "Capital punishment and American Culture", *Punishment & Society*, 7 (2005), pp. 347-476.
- Glazer, Yale, "Child Rapists Beware! The Death Penalty and Louisiana's Amended Aggravated Rape Statute", *American Journal of Criminal Law*, 25 (1997), pp. 79-114.
- Harvard Law Review* (nota sin indicación de autor), "A New Test for Evaluating Eighth Amendment Challenges to Lethal Injections", 120 (2007), pp. 1301-1323.
- Kaufman-Osborn, Timothy V., "Regulating Death: Capital Punishment and the Late Liberal State" (recensión del libro de Austin Sarat, *When the State Kills: Capital Punishment and the American Condition*, Princenton, 2001), *The Yale Law Journal*, 111 (2001), pp. 681-706.
- Meister, Melissa, "Murdering Innocence: The Constitutionality of Capital Child Rape Statutes", *Arizona Law Review*, 45 (2003), pp. 197-224.
- Orem, Kimberly A., "Evolution of an Eighth Amendment Dichotomy: Substantive and Procedural Protections within the Cruel and Unusual Punishment Clause in Capital Cases", *Capital Defense Journal*, 12 (2000), pp. 345-361.

- Raeker-Jordan, Susan M., "Parsing Personal Predilections: a Fresh Look at the Supreme Court's Cruel and Unusual Death Penalty Jurisprudence", *Maine Law Review*, 58(2006), pp. 100-128. Ryan, Meghan J., "Does Stare Decisis Apply in the Eighth Amendment Death Penalty Context?", *North Carolina Law Review*, 85 (2007), pp. 847-884.
- Salinas, Lupe S., "Is it Time to Kill the Death Penalty?: A View from the Bench and the Bar", *American Journal of Criminal Law*, 34 (2006), pp. 39-108.
- Sigler, Mary, "Contradiction, Coherence, and Guided Discretion in the Supreme Court's Capital Sentencing Jurisprudence", *American Criminal Law Review*, 40 (2003), pp.1151-1194.
- Smith, Stephen F., "The Supreme Court and the Politics of Death", *Virginia Law Review*,94 (2008), pp. 283-383.
- Steiker, Carol S., "Capital Punishment and American Exceptionalism", *Oregon Law Review*, 81 (2002), pp. 97-125.
- Steiker, Carol S., "*Panetti v. Quarterman*: Is There a 'Rational Understanding' of the Supreme Court's Eighth Amendment Jurisprudence?", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5 (2007), pp. 285-300.
- Steiker, Carol S. / Steiker, Jordan M., "Sober Second Thoughts: Reflections on Two Decades of Constitutional Regulation of Capital Punishment", *Harvard Law Review*,109 (1995), pp. 355-438.
- Sunstein, Cass R. / Vermeule, Adrian, "Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs", *StanfordLaw Review*, 58 (2005), pp. 703-750.
- Tennen, Eric, "The Supreme Court's Influence on the Death Penalty in America: a HollowHope?", *Boston University Public Interest Law Journal*, 14 (2005), pp. 251-275.

Pena de muerte: paroxismo del ‘Derecho penal’ del enemigo

Algunas consideraciones sobre los proyectos de reforma en el Perú¹

MANUEL CANCIO MELIÁ
Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

1. La tarea planteada por el profesor *Hurtado Pozo* para la versión original de este texto —emitir una opinión sobre los proyectos legislativos de reinstaurar la pena de muerte en el Perú que se debatían en el año 2006—, y que reunió en la colectánea en la que éste

¹ La versión original del presente texto fue publicada en una colección dirigida por José HURTADO POZO (*Anuario de Derecho penal peruano 2007. Pena de muerte y política criminal*, ed. Université de Fribourg-Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 67 a 82), dedicada al análisis de los proyectos de reforma existentes en el Perú en el año 2006 que pretendían introducir la pena de muerte. Estos proyectos de Ley, afortunadamente, no fueron aprobados en aquel momento.

Entretanto, muy lamentablemente —y en lo que se alcanza a ver—, vuelve a plantearse esta posibilidad mediante el PL 4205/2010, de 11.8.2010 (congresista Mekler Neiman, Alianza Nacional), al tiempo que los asuntos de política criminal (en la línea de endurecer la respuesta penal en diversos ámbitos que atraen la atención de los medios de comunicación y/o de la ciudadanía) ocupan un papel muy relevante en la campaña electoral actualmente en curso, aunque sólo una (aunque con una presencia estimable dentro de los sondeos de intención de voto) de los candidatos a la presidencia de la República, Keiko Fujimori (Fuerza 2011) —hija del anterior presidente, actualmente convicto por delitos gravísimos cometidos por un aparato parapolicial bajo su dirección, Alberto Fujimori— reclama abiertamente la introducción de la pena de muerte (debo estas informaciones a la amable colaboración de los colegas Luis REYNA ALFARO y Alfredo ACAPA PÉREZ [Centro de Estudios de Derecho penal económico y de la empresa, Lima]). La cuestión, por lo tanto, sigue abierta en el Perú. En lo que sigue, se reproduce el texto original, con alguna modificación y adición, y teniendo en cuenta la nueva situación, y, muy especialmente, el nuevo PL 4205/2010.

apareció a un grupo de penalistas, no es común en nuestro ámbito jurídico-político.

Puede parecer, *en primer lugar*, extemporánea; un espectro redi-vivo. Puede afirmarse que la evolución del sistema jurídico-penal regido por el principio de legalidad, que comparten América latina² y diversos países europeos, ha conducido en esta materia a un consenso: la pena de muerte queda excluida de los sistemas penales de estos países (en concreto, en la Unión Europea³, éste es uno de los pocos consensos políticos básicos). Por ello —después de todo lo escrito y debatido en este punto hace décadas— puede generar un extraño y triste *déja vu* que en una —en términos comparativos— joven república americana se presente ahora este fantasma, el de la pena de muerte, con sorprendente vitalidad y en vestimentas políticas igualmente sorprendentes⁴. Sin embargo, ésta es sólo una apariencia: la historia no se repite, y hay buenas razones para pensar que los actuales planes para la (re-)instauración de la pena de muerte en el Perú —ésta será una de las tesis a plantear aquí— no constituyen un anacronismo. Por el contrario, son muestra de una evolución actual en el conjunto de los ordenamientos penales. En efecto, cabe observar cómo se produce en todo Occidente una evolución en la que el Derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública. En correspondencia, en el plano del Derecho positivo, se va construyendo un marco general en el que una legislación puramente simbólica e impulsos punitivistas de diversa proveniencia se potencian mutuamente cada vez con mayor

² Sobre la situación actual en América latina respecto de la pena de muerte informa, por ejemplo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Towards Universal Abolition*, pp. 223 y ss., 224 y ss.: sólo Cuba y Guatemala mantienen actualmente la pena de muerte fuera de los supuestos de la Ley militar en tiempos de guerra.

³ Vid. sólo NIETO MARTÍN y MUÑOZ AUNIÓN, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Towards Universal Abolition*, respectivamente, pp. 51 y ss. y 119 y ss.; sobre la Convención Europea de Derechos Humanos y el Consejo de Europa en este contexto, vid. YORKE, op. cit., pp. 77 y ss.

⁴ Respecto de la historia legislativa del Perú en materia de pena de muerte, vid. ahora HURTADO POZO, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Towards Universal Abolition*, pp. 212 y ss., 215 y ss.

intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal⁵.

En segundo lugar, puede pensarse que resulta poco idóneo que sea un jurista extranjero quien opine sobre una reforma de tanta importancia política, careciendo de los necesarios conocimientos tanto acerca del ordenamiento jurídico peruano como de la realidad política peruana. Sin embargo —dejando de lado la proximidad, debida a factores históricos y culturales, entre el ordenamiento peruano y los europeo-continenciales—, hay también elementos que indican que quizás el alejamiento del observador pueda convertirse en un factor potencialmente útil: quien no conoce el debate político en torno al proyecto, opinará más en Derecho. Más allá de esto, concurre

⁵ Sobre la situación político-criminal general, vid. por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de “Derecho penal del enemigo”; sobre el concepto, vid. sólo JAKOBS, ZStW 97 (1985), pp. 753 y ss.; IDEM, HRRS 3/2004; IDEM, *Staatliche Strafe*, pp. 40 y ss.; IDEM, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, t. 2, pp. 93 y ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*², pp. 85 y ss. (escépticos se muestran, sin embargo, GRECO (GA 2006, pp. 96 y ss., 104 y ss.) y ROXIN (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, 2/126 y ss., 128) respecto de su utilidad en cuanto concepto crítico (considerando que es demasiado amplio y con demasiada carga emocional); frente a ello hay que afirmar que el concepto de “Derecho penal del enemigo”, para un uso diagnóstico, de hecho no es idóneo —quizás con la excepción de los delitos de terrorismo— para ser usado directamente en el análisis de los tipos en la Parte Especial; pero lo cierto es que se trata de un objetivo de gran angular que no es adecuado para las imágenes cercanas, de detalle, pero sí para los paisajes, para las imágenes panorámicas). En todo caso, desde el punto de vista aquí adoptado la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; vid. sólo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo*, 2 volúmenes (vid. *supra*). Ha de subrayarse, en todo caso, que más allá de la valoración político-criminal del Derecho penal del enemigo existente en la realidad del Derecho positivo, éste también desde la perspectiva de JAKOBS no es materialmente Derecho penal, sino Derecho de excepción; vid. sólo la exposición en JAKOBS, *Staatliche Strafe*, p. 30.

otro factor —aparte del “clima” político-criminal compartido en todo Occidente— común: también aquí, en el caso peruano —como sucede también en España—, es en el ámbito de los delitos de terrorismo y en el de determinados delitos sexuales (sobre todo: aquellos en los que de algún modo están implicados menores) en donde se plantea la *última frontera* del populismo punitivo⁶, en donde el legislador foguea sus más *atrevidas* novedades en materia de legislación criminal. Sólo que aquí, en Europa, no hemos llegado aún tan lejos en el plano cuantitativo.

2. Con lo poco dicho hasta ahora queda esbozado qué es lo que aquí puede hacerse y qué no.

No es posible, ni deseable, como se verá, reeditar aquí el amplísimo debate —referido a elementos aplicativos⁷, a las bases filosóficas⁸ y jurídico-constitucionales— respecto de la pena de muerte⁹. Por un lado, porque este debate habrá tenido lugar en el plano nacional, en la discusión jurídico-constitucional peruana, estimo, en torno a la aprobación de la Constitución de 1993, que en su art. 140 deja entreabierta la puerta¹⁰ que ahora quiere abrirse con decisión por diversos agentes políticos¹¹. Por otro lado, porque lo decisivo sobre

⁶ LARRAURI PIJOAN, JpD 55 (2006), pp. 15 y ss.

⁷ Aunque parece que alguno de los proyectos legislativos ha *resuelto* este problema; así, el PL 164/2006-CR afirma categóricamente que gracias a las pruebas de ADN “no se producirán errores judiciales” (p. 10).

⁸ Cfr. sólo la síntesis de GUZMÁN DÁLBORA, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Towards Universal Abolition*, pp. 390 y ss., con ulteriores referencias a una discusión que había llegado ya a ser antigua en el contexto occidental (con excepción de los EE.UU., claro).

⁹ Vid. últimamente sólo ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Hacia la abolición universal de la pena de muerte/Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, 2010, con múltiples análisis provenientes de diversos países europeos, americanos y asiáticos.

¹⁰ CARO JOHN, JuS 2/2007, pp. 77, 78, califica esta decisión de “falla estructural” en el sistema jurídico peruano; el art. 140 CP establece que la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria o de terrorismo.

¹¹ Vid. sólo la síntesis argumentativa ofrecida en aquel momento por UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, *Ius et Veritas* 7 (1993), pp. 181 y ss., y las reflexiones actuales de HURTADO POZO, http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf.

este debate fundamental se dice —en la vivísima discusión estadounidense del momento— o se dijo —en los procesos de abolición de la pena de muerte en los distintos países europeo-occidentales— en otros lugares, *in extenso*, por las voces más autorizadas¹². Y, finalmente, porque la cuestión fundamental en torno a la pena de muerte —permítaseme cortar así aquí una discusión que merece mucha atención— es *política*. Es una cuestión de progreso. No es ya la hora de discutir —al menos en nuestro contexto jurídico-cultural— por qué la pena de muerte es una aberración. No se pueden considerar seriamente —como se verá, no lo merecen—, en el siglo XXI, los argumentos que se aducen a favor de la pena de muerte en el actual debate peruano. En este sentido, se trata de saber en qué enumeración ha de estar la República del Perú, ¿en la lista que contiene a Afganistán, Arabia Saudí, China, Cuba, Corea del Norte, muchos de los Estados miembros de los EE.UU.¹³, Irán, etc.? ¿O junto con la gran mayoría de sus repúblicas hermanas¹⁴, junto con los países miembros de la Unión Europea¹⁵?

Las páginas que siguen adoptarán otra perspectiva distinta de la consideración aislada de la pena de muerte: la del sistema jurídico-penal en su conjunto. En lugar de hablar de la pena de muerte como institución, se planteará cuál es el Derecho penal en el que se propone la introducción de la pena de muerte. Dicho de otro modo, se intentará comprender cómo es posible que el discurso político-criminal haya llegado en el Perú a este extremo de rehabilitar la consideración de la pena de muerte.

Se verá que, como se ha anunciado, se trata de una tormenta que descarga en todo el mundo occidental. En este sentido, hay países en los que las fuerzas políticas mayoritarias aborrecen la pena de

¹² Respecto de la actual situación peruana, vid. sólo CARO JOHN, JuS 2/2007, pp. 77 y ss.

¹³ Respecto de los movimientos que allí se producen, cfr. sólo NORBERG, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Towards Universal Abolition*, pp. 281 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁴ Vid. *supra* nota 1.

¹⁵ Vid. *supra* nota 2. En relación con la República Federal de Alemania —en cuya Constitución quedó abolida la pena de muerte después de los horrores del régimen nazi—, en sentido similar CARO JOHN, JuS 2/2007, p. 80.

muerte —es el caso, de modo destacado, de España—, pero practican una política criminal que es la misma que ha permitido estos planteamientos mortícolas peruanos. No se entiende (o se entiende demasiado) cómo puede elevarse la voz contra la pena de muerte, pero haber sido agente activo y decisivo de una degeneración legislativa que incluye la pena efectiva de cuarenta años de prisión, la criminalización masiva como única respuesta a todo problema real o imaginario, y, en general, la relajación de todo estándar de la legislación penal, que han conducido a España al triste lugar de ocupar el primer puesto en la tasa de encarcelamiento de toda Europa occidental, a pesar de que —conforme a todos los indicadores— los índices de delincuencia no son particularmente elevados¹⁶.

Ello debe hacerse en dos pasos, atendiendo a dos momentos: el momento de la génesis político-legislativa del *nuevo* Derecho penal, primero, y sus resultados jurídico-positivos, después. Entonces, partiendo de que la pena de muerte es hoy una carga de profundidad en un Estado que pretenda ser “de Derecho” —y no sólo “con” Derecho, en famosa expresión de *Elías Díaz*—, ha de plantearse, en primer lugar, la cuestión de cuál es la política criminal que hace posible la actual evolución, y de si, efectivamente —como antes se ha planteado—, pueden inscribirse los actuales proyectos de reforma constitucional y legislativa en el Perú en la común evolución político-criminal de los países de Occidente a la que antes se ha aludido (*infra* II.). En segundo lugar, debe intentarse caracterizar el ordenamiento jurídico-penal positivo que deriva de esa política criminal (*infra* III.).

Estas breves consideraciones¹⁷ se harán, ante todo, dejando hablar al (pre)legislador peruano de los Proyectos de Ley 164/2006-CR,

¹⁶ Compárese el apasionado alegato del actual presidente del Gobierno español, RODRÍGUEZ ZAPATERO, contra la pena de muerte (en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS [ed.]/MUÑOZ AUNIÓN [COORD.], *Towards Universal Abolition*, pp. 17 y ss.), con la política criminal expansionista y regresiva que ha liderado en los últimos años.

¹⁷ En las que no se abordará la cuestión que posiblemente mayor peso ha tenido en el debate público peruano a este respecto: la incompatibilidad de la reintroducción de la pena de muerte con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Esta incompatibilidad derivaría de los arts. 4.2 y 3 CADH, conforme a los cuales “...no se extenderá su aplicación [de la pena de muerte] a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”

281/2006-PE, 282/2006-CR (violación sexual de menores seguida de muerte) y 669/2006-PE (terrorismo), así como, en la actualidad, del PL 4205/2010-CR (delitos graves que causen la muerte de un menor de edad o de una persona adulta mayor).

2. El discurso político-criminal

Como antes se ha dicho, se aprecia con toda claridad un cambio del discurso político-criminal en las últimas décadas. Este cambio

y “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. La cuestión está en determinar, por tanto, si el Perú la había “abolido”, y/o si la aplicaba a las infracciones que ahora se han propuesto como presupuestos de su imposición (vid. sobre la CADH en este contexto sólo la exposición de GARCÍA RAMÍREZ, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS [ed.]/MUÑOZ AUNIÓN [coord.], *Towards Universal Abolition*, pp. 177 y ss., 185 y ss.; sobre el protocolo adicional para la abolición de la pena de muerte, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS [ed.]/MUÑOZ AUNIÓN [coord.], *Towards Universal Abolition*, pp. 225 y ss.).

En opinión del actual presidente, Alan García (APRA, *Alianza Popular Revolucionaria Americana*; impulsor de uno de los proyectos de establecimiento de la pena de muerte del año 2006), el Perú nunca habría abolido la pena de muerte, y la aplicaba para las infracciones en cuestión, pues la convención fue ratificada en 1978, momento en el cual la Constitución vigente (de 1933) permitía la pena de muerte para diversas infracciones (vid. la reproducción de una nota de prensa de la presidencia de la República en EM PL 4205/2010-CR, p. 6). En todo caso, esta posición parece ajena a los elementos básicos de cualquier interpretación razonable: está claro, en lo que se alcanza a ver, que la CADH se refiere a un mecanismo de no retorno; por ello, no es adecuado pretender invocar la Constitución de 1933. Además, en una cruel e inimaginable hipérbolo, que el presidente parece ignorar o no querer ver (vid. respecto de lo que sigue HURTADO POZO, en: ARROYO/BIGLINO/SCHABAS [ed.]/MUÑOZ AUNIÓN [coord.], *Towards Universal Abolition*, pp. 215 y ss.), la pena de muerte —que la Constitución de 1933 permitía, pero el CP no contemplaba originalmente— fue efectivamente reintroducida en 1949, por la dictadura militar de Dorian... precisamente para poder aplicarla a la disidencia política, y, de modo muy señalado, de los militantes de la APRA (y a los del Partido Comunista). Que el actual presidente, miembro de la APRA, reivindique esa regulación, manchada de sangre de militantes de su partido, da una idea del profundo deterioro del discurso político-criminal actual.

puede caracterizarse —muy sintéticamente— a través de tres tesis:

2.1. *La percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima*

Ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta —en el plano de la aplicación, por tanto— muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero *dilema victimológico*, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima¹⁸. Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno Derecho penal público tiene la posición de la víctima: Hassemer ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este Derecho penal a la “neutralización de la víctima”, a su disolución en el Estado como una especie de “víctima general”¹⁹. Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que ésta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político-criminal activista en el que se adopta la posición —compartida por casi toda la población— de posible víctima, de víctima potencial²⁰. Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la *prevención fáctica*; la víctima (potencial)

¹⁸ Vid. sólo CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, pp. 221 y ss., 229 y ss.

¹⁹ *Einführung...*, p. 70.

²⁰ El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social autónoma más que notable, hay que verlo en el “movimiento de defensa de los derechos de las víctimas” en los EE.UU., que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; vid. sólo DUBBER, “La víctima en el Derecho penal estadounidense: una sinopsis introductoria”, en: REYNA ALFARO (COORD.), *Victimología y Victimodogmática*, pp. 13 y ss.

—definida sólo como tal— lo que desea es no llegar a serlo²¹. Cabe detectar este rasgo en el discurso criminal también en los textos prelegislativos peruanos que pretenden la introducción de la pena de muerte. Como es sabido, las víctimas especialmente vulnerables —los niños, así como ahora con el vid. EM PL 4205/2010-CR, los ancianos— tienen una capacidad especialmente intensa de movili- zación; invocarlas es un argumento definitivo:

“Es hora de que hagamos algo. Debemos empezar por reconocer que las niñas, los niños y adolescentes, tienen derechos los que necesitan ser protegidos, reivindicados y respetados...”²²; con toda claridad: “Ante la intención abolicionista [¿?] de los grupos de derechos humanos que abogan por los derechos del violador, nos preguntamos ¿quiénes abogan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes víctimas de tan monstruosos crímenes?”²³; “Pero nuestra posición sobre este tema también tiene un principio constitucional [sic], que es el derecho a la defensa de la persona humana, a la vida, a la protección por parte del Estado al niño, al adolescente, al anciano y a la familia”²⁴.

2.2. Existe consenso político y social en el discurso político-criminal expansivo

Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político-criminal²⁵, parece que es esencial subrayar que es un verdadero lugar común afirmar que existe un amplísimo *consenso social* que respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unanimidad, en particular, en lo que se refiere a la regulación, precisamente, de las infrac-

²¹ Vid., por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 52 y ss.

²² EM PL 164/2006-CR (p. 5).

²³ EM PL 164/2006-CR (pp. 8 y s.).

²⁴ EM PL 4205/2010-CR (p. 3).

²⁵ Vid. CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 90 y ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político-criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: vid. sólo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT, *Making Crime Pay*, *passim*.

ciones en materia de terrorismo²⁶ y de los delitos sexuales dirigidos contra menores: puede afirmarse que este ámbito de regulación ha ejercido una función precursora en la evolución expansiva de las posiciones político-criminales. Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a “reacciones firmes”; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico-penales²⁷. En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, la televisión²⁸. En

²⁶ “Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto” (ALBRECHT, *ZStW* 117 [2005], p. 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; vid. sólo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 31 y ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso —como no podía ser de otro modo—, no técnico, que se agota normalmente en pedir una “respuesta contundente”; vid. a continuación en el texto.

²⁷ Las afirmaciones en este ámbito son de una enorme vaguedad: “...las normas responden a la realidad social en la que se ejercen” (EM PL 282/2006-CR, p. 3); “Como es de público conocimiento, los casos... vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad.” (sin ninguna referencia, EM PL 281/2006-PE, p. 2); en esta línea, también, ahora, vid. EM PL 4205/2010-CR, p. 3: “... incremento de los delitos de suma gravedad, tal como es el caso de la violación sexual seguida de la muerte a menores de edad, y también crímenes comunes contra la integridad de menores de edad y contra las personas adultas mayores, que son las más indefensas de la sociedad” (igualmente, sin ningún dato que avale la afirmación). En algún caso, se trata de afirmaciones manifiestamente falsas: así, por ejemplo, se afirma en la EM PL 164/2006-CR (p. 3) que existe “una fuerte corriente de opinión a favor de la aplicación de la pena de muerte como respuesta de la sociedad ante la alarmante proliferación de violadores de niños” entre otros países, en España. Eso es falso, como sabe cualquier conocedor de la realidad española. No existe tal corriente de opinión.

²⁸ La EM PL 164/2006-CR, p. 4, funda sus posiciones en “los medios de comunicación” —no hay día en que no presenten casos...— y en la revista *Caretas*, además de alguna tabla estadística (poco contextualizada), y, según parece, la fundamental instancia de la esposa del presidente de la República, que según parece habría declarado a una estación de radio que “la violencia sexual se ha convertido en deporte nacional” (p. 8); la EM PL 282/2006-CR, p. 5, por su parte, se limita a afirmar que “Es aberrante el incremento de casos de violación

todo caso, este supuesto consenso social fáctico —en una sorprendente abdicación del legislador— es elevado a instancia decisiva y fundamento suficiente y único para la adopción de medidas de legislación criminal en los textos prelegislativos peruanos que ahora pretenden la instauración de la pena de muerte²⁹.

En el plano del espectro político y sus posiciones sobre las reformas en este contexto, resulta especialmente llamativo el cambio de actitud de la izquierda política: de una línea —simplificando, claro está— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación³⁰ a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas³¹: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.³². Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser «conservador», sino igual de «progresista» (o más) que todos los demás grupos (= en este contexto: defensista). En este sentido, la derecha política ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos «progresistas». Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, “perteneciente” a la izquierda —una

y muerte de menores de edad en nuestro país, la prensa informa diariamente sobre estos casos”.

²⁹ Así, por ejemplo, se afirma (EM PL 282/2006-CR, p. 3) que “la razonabilidad implica lo que se tiene por correcto en un determinado contexto social”, sin más.

³⁰ Vid. la exposición de SILVA SÁNCHEZ (*La expansión...*, pp. 57 y ss.) acerca de este cambio de orientación; el movimiento paralelo en las ciencias penales podría ser identificado la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; vid. sólo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 18 y ss.

³¹ “Go and tell a worker robbed of his week’s wages or a raped woman that crime doesn’t exist”, frase significativa del criminólogo YOUNG citada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 23, nota 36.

³² Vid. sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 69 y ss., con ulteriores referencias.

situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y «más efectivas» penas ya no es un tabú político para nadie. Nada distinto cabe decir, en lo que se alcanza a ver, respecto de los planes de modificar la legislación penal peruana para introducir la pena de muerte: como señala *Hurtado Pozo*, “mortícolas y abolicionistas se encuentran en todas las tiendas políticas.”³³ En efecto, los diferentes proyectos de Ley del año provenían del Gobierno, del grupo parlamentario de la mayoría presidencial y de otro grupo político: sin embargo, no cabe apreciar diferencias esenciales en la fundamentación que se ofrece en ellos, hasta el punto de que los argumentos de los prelegisladores contra los opositores a la instauración de la pena de muerte no se dirigen —en absoluto— contra otras fuerzas políticas, sino que se centran en unos difusos “juristas y defensores de los derechos humanos”³⁴, usándose esta denominación a modo de calificación despreciativa³⁵. Por otra parte, aún para el observador extranjero no puede dejar de resultar sorprendente que estas iniciativas legislativas recuperen, punto por punto, la política y las argumentaciones llevada al debate público en 1993 por un gobernante —el hoy condenado *Fujimori*³⁶— del que todas las fuerzas políticas significativas (con excepción de la liderada por su hija Keiko, claro, que ha alcanzado una posición muy destacada en los últimos tiempos en cuanto a relevancia política) ahora reniegan al máximo (al menos verbalmente), a la hora de ampliar la dicción del art. 140 de la

³³ http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf, p. 3.

³⁴ EM PL 164/2006-CR, p. 7, “desoyendo el clamor de la sociedad”.

³⁵ No puede dejar de reseñarse aquí la sorprendente circunstancia de que las respectivas Exposiciones de Motivos de los Proyecto de Ley 281/2006-PE y 669/2006-PE, referidos, respectivamente, al caso del delito de violación de menor y a las infracciones de terrorismo, son en gran medida ¡idénticas! Parece que con la reproducción de unos folios cualesquiera se cumple un trámite cualquiera, no la justificación ante el Parlamento —ante la soberanía popular— de una decisión tan grave como la introducción de la pena de muerte.

³⁶ Sin que el hoy mayoritariamente considerado gobernante ilegítimo se atreviera a dar el paso de implementar realmente, a través de una ley penal, la pena de muerte para terroristas que anuncia, desde entonces, la Constitución. El actual gobierno, por lo tanto, supera al de Fujimori en este punto. Vid. también *supra* nota 16.

Constitución Política (dejando de lado la cuestión de la legitimidad que pueda corresponder a una Constitución dedicada a elaborar jurídicamente el *autogolpe* de 1992) al terrorismo.

2.3. El discurso político-criminal expansivo se globaliza

Como no podía ser de otro modo, el fenómeno de la globalización se manifiesta también en el mundo del Derecho³⁷, y ello no sólo en los segmentos de los ordenamientos que se ocupan de las relaciones comerciales internacionales, o en el plano del Derecho internacional, sino que también llega a lo que puede parecer la esencia de la soberanía del Estado: el Derecho penal³⁸. Este proceso de internacionalización se produce —y esto es lo que más llama la atención— sobre todo en dos ámbitos: por un lado, en el plano internacional, en la regulación de determinados sectores de regulación que materialmente forman parte de los fenómenos económicos de globalización (por ejemplo, el medio ambiente o el cohecho en transacciones internacionales); por otro, en lo que puede denominarse el plano supranacional —y de modo especialmente destacado, en el caso de la Unión Europea—, en el que la construcción de nuevas formas supranacionales de organización política plantea también —al menos— la necesidad de armonización de los ordenamientos penales. Sin embargo, también se percibe —con menos claridad, más bien en el trasfondo— que no sólo es que haya materias que necesitan de una aproximación penal global, sino que es la política criminal la que se está globalizando. Así, por ejemplo, el campo de la delincuencia sexual relacionada con menores ha adquirido una posición de preeminencia en las últimas décadas en los proyectos legislativos y en los medios de comunicación, no sólo del Perú, sino —al menos— de los EE.UU., España, Alemania o Francia³⁹. Estamos

³⁷ Cfr., por ejemplo, los trabajos reunidos en CANCIO MELIÁ (ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 9 (2005), *Globalización y Derecho*, 2006.

³⁸ Vid. sólo VOGEL, *AFDUAM* 9 (2005), pp. 113 y ss.

³⁹ Cfr. respecto de las normas de excepción surgidas últimamente en diversos países occidentales sólo la exposición de BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, pp. 212 y ss.

ante una política criminal globalizada bajo el mismo rótulo: el preventivismo fáctico.

3. “Derecho penal” del enemigo: la exclusión como fin (latente) de la pena

1. ¿Qué Derecho penal produce esta política criminal? Un modo de contestar a esta pregunta es el de someter a análisis el fin de la pena de las normas correspondientes. Se verá que éste se presenta en dos niveles: aunque predomina en el discurso expreso la constante referencia a la seguridad, es decir, a la prevención fáctico-policial como fin de la aprobación de normas, también cabe apreciar la existencia de otro fundamento (latente) en determinados mecanismos de constitución de la identidad social.

Como es sabido, en los últimos tiempos se ha venido desarrollando en la teoría del Derecho penal —con independencia que se plantee como una cuestión perteneciente a la definición del injusto o a la teoría de la pena— una intensa discusión acerca de la idea (introducida en el debate teórico más reciente sobre todo por *Jakobs*) de que en el Derecho penal positivo coexisten, en realidad, dos modelos de ordenamiento: por un lado, un segmento de regulación en el que se procede conforme —a grandes rasgos— al discurso de legitimación habitual, es decir, dicho en una frase, se reprimen las actuaciones erróneas (delictivas) de los ciudadanos. Por otro, existiría —de modo no explicitado— otro segmento de regulación —el “Derecho penal” del enemigo— en el que el marco de legitimación es completamente distinto, pues se trataría de normas destinadas ante todo a la prevención, suspendiendo muchos de los elementos de garantía que caracterizan al ordenamiento penal habitual (tanto en el plano material como en el procesal), supeditándolos a la obtención de los objetivos preventivos específicos. Aquí se trataría no de reprimir, sino de evitar por todos los medios.

En efecto: si algo ha mostrado el debate generado en los últimos años acerca del concepto (general) del “Derecho penal” del enemigo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los *enemigos* está —de modo paralelo

a lo que sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad— en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los delincuentes y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental⁴⁰, al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa⁴¹. Este discurso, como es sabido, alcanza desde el año 2001 su máxima intensidad en el ámbito del terrorismo. Dicho en las palabras del que fuera hasta hace algún tiempo Ministro federal del interior alemán:

“En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El Derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el Derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no sólo una vez que se hayan producido atentados”⁴².

El mismo discurso aparece en los textos prelegislativos peruanos, si bien aquí se trata de la pena de muerte y en Alemania, de la ampliación del delito de colaboración con una organización terrorista: en el proyecto del gobierno de 2006 respecto de determinadas infracciones terroristas⁴³, el tenor dominante es la prevención: la pena de muerte es necesaria “...dada la altísima peligrosidad que representan [los delincuentes terroristas] para la sociedad en su conjun-

⁴⁰ Vid. en Alemania sólo JAKOBS, en: IDEM/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, p. 42; también IDEM, ZStW 117 (2005), p. 847; en el mismo sentido ROELLECKE, JZ 2006, pp. 265 y ss., 269; SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT, ZStW 117 (2005), p. 855.

⁴¹ Cfr., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ (en: *La expansión...*, p. 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»; «reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (*ibid.*, p. 166).

⁴² SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71; este discurso es una verdadera apoteosis del llamado “Estado de prevención”; vid. por todos DENNINGER, KJ 1988, pp. 1 y ss.

⁴³ Otro tema —dogmático y de legalidad— es el de la muy deficiente formulación típica de las distintas figuras, vid. PL 669/2006-PE, art. 3. a) y b) respecto del terrorismo; en cuanto a la —igualmente: técnicamente muy deficiente— regulación de los delitos sexuales en el CP peruano, vid. sólo CANCIO MELIÁ, RPCP n° 11 (2002), pp. 175 y ss.

to”; “...en aras de garantizar la seguridad del país.”⁴⁴ También en el *pot pourri* filosófico que ofrece el PL 669/2006-PE —desde Platón hasta el catecismo de la Iglesia católica, pasando por Santo Tomás de Aquino y una innominada *doctrina* (“la doctrina”⁴⁵), todo ello, en un folio y medio— dominan con claridad los razonamientos preventivistas: “...una persona nociva y pernicioso”; “defender la salud de la sociedad”; “medio de legítima defensa para la sociedad”⁴⁶. Del mismo modo procede el último proyecto del año 2010: si bien se cita en unas líneas (concretamente: seis) a *Kant* y *Hegel*, el argumento esencial es preventivista, y recurre también a la legítima defensa⁴⁷.

Sobre todo en el ámbito del terrorismo⁴⁸, por lo tanto, queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse *terminal* en comparación con la utilización de esta argumentación en otros ámbitos, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peligrosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005⁴⁹, la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del

⁴⁴ EM PL 669/2006-PE, p. 1.

⁴⁵ Realmente produce intriga: ¿qué *doctrina* será esa que pretende citar, sin nombrarla, el ejecutivo del Perú? Dicho sea de paso —aunque éste es un argumento secundario, como todos los de autoridad— que no hay en Europa ni un solo penalista de nombre que apoye la pena de muerte.

⁴⁶ EM PL 669/2006-PE, p. 1.

⁴⁷ EM PL 4205/2010-CR, pp. 3 y s.

⁴⁸ Aunque no sólo aquí; vid. en relación con el delito de violación de menor seguido de muerte: “La defensa de la persona humana es el fin supremo del Estado, así también es obligación del Estado peruano la protección del menor” (EM PL 282/2006-CR, p. 4).

⁴⁹ Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992 (*Europe in Our Time. A History 1945-1992*, pp. 446 y ss.), llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*⁵⁰.

2. Sin embargo, en el plano empírico de la *eficacia preventiva* frente a esos riesgos terminales, la experiencia en otros países europeos respecto de organizaciones terroristas europeas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo XX muestra, según algunas voces en la discusión, que la aplicación de las infracciones específicamente terroristas —con regularidad, con procesos de reforma puestos en marcha en momentos de especial crisis por la comisión de hechos especialmente significativos— no ha conducido tanto a evitar delitos como, por ejemplo, ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión, retrasando en cierta medida el proceso de disolución endógeno⁵¹. Por otra parte, en lo que se refiere a la pena de muerte, es un lugar común la constatación de su inutilidad preventiva: como dice Ugaz Sánchez-Moreno, "...lo único científica y universalmente demostrado es que no existe relación alguna entre la vigencia de la pena de muerte y la reducción de la delincuencia"⁵²; compárense las tasas de delincuencia en países con y sin pena de muerte⁵³. ¿Carece, entonces, el argumento estrella⁵⁴ de la discusión en este ámbito en realidad de peso?

⁵⁰ Vid. sólo la formulación dramática de JAKOBS (en: JAKOBS/CANCIO MELIÀ, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 75 y s.): "...quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* debe convertirse en realidad, debería saber que aquel 'todo' en la realidad concreta se ve acompañado por un 'o nada'".

⁵¹ Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la "primera generación" de la "Fracción del Ejército Rojo" [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cfr., por ejemplo, DENCKER, StV 1987, pp. 117 y ss.; DÜX, ZRP 2003, pp. 191 y s.; respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA, *La perenne emergenza...*, pp. 53 y ss.

⁵² *Ius et Veritas* 7 (1993), p. 182.

⁵³ Por mucho que en las (idénticas) EM de los PL 669/2006-PE y PL 281/2006-PE se formule la petición de principio de que "genera" una "tremenda fuerza inhibitoria" (pp. 2 y 1, respectivamente); en contra de esta argumentación en el caso peruano CARO JOHN, JuS 2/2007, p. 78.

⁵⁴ Otro argumento utilizado en los textos prelegislativos peruanos (concretamente, en el PL 164/2006-CR, p. 10), el del coste del mantenimiento de los penados

Aquí el punto de partida ha de estar en el reconocimiento de que es muy difícil evaluar cuál ha sido el papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva⁵⁵): esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia⁵⁶. En última instancia, las argumentaciones que toman como base de su construcción exclusivamente elementos en clave de *protección*, de *eficiencia preventiva*, de *reacción frente a la peligrosidad* terminal de los fenómenos terroristas pide, tanto en el ámbito del Derecho penal antiterrorista como en otros, demasiado al Derecho penal.

De hecho, si observamos la realidad social en la que se aplican estas normas, se percibe con claridad que el carácter exacerbado del Derecho penal del enemigo puede tener incluso efectos contrarios a los perseguidos. Piénsese en el caso del terrorismo: el espacio ilegítimamente pretendido por las organizaciones terroristas no es territorial. Como es opinión común en las ciencias sociales que se han ocupado de este fenómeno, se trata de una estrategia de comunicación: no se trata de violencia sin más, sino de un lenguaje violento⁵⁷.

en prisión frente al ahorro que supone matarlos, es indigno. ¿Qué clase de legislador compensa soles con vidas?

⁵⁵ Vid. sólo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER (*Zukunft des Terrorismus*, pp. 67 y ss.) en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11.9.2001.

⁵⁶ Por supuesto, ésta es una constatación de *doble uso*: al igual que es habitual —como aquí se hace— subrayar que no hay evidencia acerca de cuál es la medida en la que una determinada exasperación de la severidad punitiva tiene efectos preventivo-fácticos, tampoco puede haberla respecto de que tal eficacia preventivo-fáctica de una elevación *no* exista; de hecho, ésta sería un caso claro de *probatio diabolica*. Esto no cambia en nada el hecho de que quien alega la necesidad de intervención en términos de prevención quizás tenga más razones para intentar fundamentar la eficacia de una determinada opción de incremento de la punibilidad.

⁵⁷ SCHMID/DE GRAAF, *Violence as Communication*, p. 1; vid. también, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus*. pp. 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como “propaganda a través del hecho”), 29 y ss., 56 y ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBAÑEZ, *La lógica del terrorismo*, pp. 42, 48 y s.

Se pretende atacar (más exactamente: provocar, desafiar) al poder del Estado como parte de una estrategia: la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su "propio campo" a través de la *espiral acción-reacción*⁵⁸. En lo que se refiere a la concreta orientación política de los actos, lo más indicado puede ser dejar hablar a los propios protagonistas:

"...ésta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante... la reacción del sistema, la escalada de la contrarrevolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción militar el enemigo de identifique,... y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria"⁵⁹.

Se observa que el Derecho penal del enemigo forma parte del plan terrorista⁶⁰.

3. Más allá de la inconsistencia de la obsesión por la eficacia preventiva, sin embargo, lo decisivo está en que este discurso, que domina las expresiones públicas en materia de política criminal como si fuera una evidencia, no explica el verdadero fundamento, las bases reales de la nueva política criminal. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del Derecho penal del enemigo. En este sentido, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo ("cárteles de la droga"; "criminalidad de la inmigración"; otras formas de "criminalidad organizada", determinados delitos sexuales, y, sobre todo, el terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados⁶¹. Se trata, por lo tanto, más de «enemi-

⁵⁸ Vid., por ejemplo, SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus*, pp. 34 y ss., 50 y ss.

⁵⁹ Texto de la RAF (1977), recogido en: WALDMANN, *Terrorismus*, p. 27.

⁶⁰ Vid. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 53 y ss.; IDEM, NCLR vol. 14 (2011), pp. 108 y ss., con ulteriores referencias.

⁶¹ Sin perder de vista que la legislación penal, como es sabido, es utilizada de modo masivo con fines de manipulación social en el discurso político. Sirva de ejemplo la siguiente consideración: en la EM PL 164/2006-CR (pp. 4 y s.)

gos» en este sentido pseudoreligioso que en la acepción tradicional-militar del término⁶².

Son muy significativas en este sentido las consideraciones de *Enzensberger* —hechas bajo la impresión de los atentados del 11.9.2001⁶³— en torno al carácter psicopatológico-autodestructivo de los autores de esos atentados: lo único que importa es el impulso de auto- y heterodestrucción; los motivos son intercambiables e irrelevantes:

“...no importa de qué fantasma se trate... un mandato divino cualquiera, una patria sagrada cualquiera, una revolución cualquiera”.

En varios de los textos prelegislativos peruanos que aquí interesa aparece este discurso de un modo aún mucho más descarnado y agresivo: [los autores de delitos sexuales gravísimos contra menores]

se recurre a un “caso emblemático” —extraído de la prensa— para “ilustrar el horror y la monstruosidad que significa una violación infantil”. Se relata brevemente la biografía del delincuente —un autor reincidente detenido tras violar y asesinar a dos niñas—, incluyendo el dato de que en el año “1993, cuando prestaba servicio militar en la Base Contrasubversiva de Chanchamayo” “violó por lo menos a 18 nativas”, siendo expulsado del ejército y “mandado al penal de Huamancaca” durante menos de dos años. ¿No parece razonable preguntarse —antes de reclamar la pena de muerte para “resolver” casos como éste— si el Estado peruano, el ejército, el aparato de persecución penal, la Administración de Justicia, obró bien con el autor? ¿Es razonable que un soldado que comete 18 violaciones esté menos de dos años en prisión (a no ser que influya el hecho de que se tratara de “nativas”, quizás incluso de “nativas subversivas”)? ¿Qué no conste tratamiento alguno?

⁶² Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER (*Zukunft des Terrorismus*, pp. 7 y ss., 13 y ss., con ulteriores referencias) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo. Hablaba ya de una “demonología política” y del fenómeno de la patologización en relación con el Derecho penal antiterrorista español TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, p. 18. Con carácter general sobre este fenómeno de “demonización”, en cuanto parte de un nuevo paradigma criminológico centrado en la noción de “exclusión”, vid. sólo el análisis de YOUNG, *La sociedad «excluyente»*, pp. 155 y ss., planteado con un amplio enfoque y con ulteriores referencias.

⁶³ En: HOFFMANN/SCHOELLER, *Wendepunkt 11. September 2001*, pp. 116 y ss.

“...no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores”⁶⁴; “¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su pervertido, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes?”⁶⁵, “seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir”⁶⁶. Dicho con toda la claridad deseable —aunque después de haber insistido en el argumento de la “legítima defensa” de la sociedad—: “El tema no es que la pena de muerte sea o no disuasiva. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores”⁶⁷.

En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal no es, en realidad, primordialmente una calificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar⁶⁸, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización (¡monstruo!) —y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? Así se comprende que el “Derecho penal” del enemigo —dedicado esencialmente a definir categorías de sujetos— es de modo estructural un Derecho penal de autor⁶⁹. Visto desde esta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse que en este ámbito, las cuestiones en torno a la defensa frente a riesgos —que es el denominador esencial de la agenda político-criminal explícita— es lo de menos⁷⁰. En este sentido, la

⁶⁴ EM PL 164/2006-CR (p. 3).

⁶⁵ EM PL 164/2006-CR (p. 5).

⁶⁶ EM PL 164/2006-CR (p. 7).

⁶⁷ EM PL 164/2006-CR (p. 11).

⁶⁸ Una cuestión —la peligrosidad *terminal* especialmente del terrorista— que continuamente se da por supuesta; vid., por ejemplo, ROELLECKE, JZ 2006, pp. 265 y ss., o EM PL 669/2006-PE, p. 1.

⁶⁹ Vid. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 137 y ss.; por su parte, CARO JOHN, JuS 2/2007, pp. 77 y ss., 78, basa su crítica a los proyectos legislativos peruanos en esta argumentación (principio del hecho).

⁷⁰ Decía ya, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 19 y s. que la regulación antiterrorista española era más simbólica que funcional.

carga genética del punitivismo⁷¹ (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico⁷² (la tipificación penal como mecanismo de *creación* de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo⁷³, o, dicho de otro modo, el Derecho penal del enemigo constituye una nueva fase evolutiva sintética de estas dos líneas de desarrollo. Una nueva fase que, si se consolida, hará desaparecer el Estado de Derecho⁷⁴.

4. Conclusión

Es poco lo que cabe concluir, pero —desde el punto de vista aquí adoptado— importante. El análisis del discurso político-criminal que está en la base de los proyectos legislativos que pretenden introducir la pena de muerte para algunos delitos no es muestra de elementos específicos del Perú, sino que se inscribe perfectamente en la orientación que cabe apreciar en todo Occidente en el tratamiento público del crimen. En este sentido, que se trate de la pena de muerte sólo es un elemento cuantitativo (aunque, como es obvio, muy relevante), no cualitativo. Una vez identificado el contenido de este discurso —expreso: reflexiones preventivo-fácticas; implícito: una construcción mendaz de la identidad social mediante la exclusión de determinadas categorías de criminales-enemigos—, el

⁷¹ Cfr. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, pp. 121 y ss., 131 y ss.; un potente concepto paralelo, proveniente del ámbito anglosajón —y, en particular, de cierto sector de la criminología en los EE.UU.— el del “populismo punitivo”, y que destaca los aspectos de comunicación política de esta evolución político-criminal, es descrito y desarrollado por LARRAURI PIJOAN, JpD 55 (2006), pp. 15 y ss.

⁷² Vid. las referencias en CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*, pp. 125 y ss.

⁷³ Cfr. sobre esta relación de parentesco CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 93 y ss., 107 y ss.

⁷⁴ CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 85 y ss.; respecto de la introducción de la pena de muerte en el Perú, es ésta también la tesis de CARO JOHN, JuS 2/2007, pp. 77 y ss.: la pena de muerte es incompatible con el Estado de Derecho en que se constituye el Perú.

diagnóstico es claro: se trata de un verdadero paroxismo de “Derecho penal” del enemigo. Si el ordenamiento jurídico del Perú da este paso habrá abierto una brecha mortal en el edificio del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis, “‘Krieg gegen den Terror’ – Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht”, en: ZStW 117 (2005), pp. 852 y ss.
- BECKETT, Katherine, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997 (cit.: Beckett, *Making Crime Pay*).
- BRANDARIZ GARCÍA, José Angel, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, 2007.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, 2000, pp. 121 y ss. (cit.: CANCIO MELIÁ, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias*).
- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., 2001.
- “Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano. Algunas consideraciones de política criminal y de Derecho comparado”, en: RCPD n° 11 (2002), pp. 175 y ss.
- “Feind’strafrecht?”, en: ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss.; “[De nuevo:] ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 1ª ed., 2003, pp. 57 y ss.; 2ª ed. [], 2006, pp. 85 y ss. (cit.: CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*^{1,2}).
- *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010.
- “Terrorism and Criminal Law: the Dream of Prevention, the Nightmare of the Rule of Law”, en: *New Criminal Law Review* vol. 14 n. 1 (2011), Buffalo, Nueva York, pp. 108 y ss.
- DE LA CORTE IBAÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, 2006.
- DENCKER, Frieder, “Das ‘Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus’”, en: StV 3/1987, pp. 117 y ss.
- DENNINGER, Erhard, “Der Präventions-Staat”, en: KJ 1988, pp. 1 y ss.
- DUBBER, Markus Dirk, “La víctima en el Derecho penal estadounidense: una sinopsis introductoria”, en: REYNA ALFARO (coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal*, 2003, pp. 13 y ss.

- DÜX, Heinz, "Globale Sicherheitsinteressen und weltweite Erosion von Grundrechten. Statt 'Feindstrafrecht' globaler Ausbau demokratischer Rechte", en: ZRP 2003, pp. 189 y ss.
- HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., 1990.
- HURTADO POZO, José, "Debate sobre la pena de muerte en el Perú y ahorcamiento de Sadam Hussein", en (8/2007): http://www.unifr.ch/derecho-penal/tribuna/Pmuerte_jhp.pdf
- JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en: ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss.
- "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", en: HRRS 3/2004.
- *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004 (cit.: JAKOBS, *Die staatliche Strafe*).
- "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en: Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen 2, 2006, pp. 93 y ss.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", en: JpD 55 (2006), pp. 15 y ss.
- MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., 1997 (cit.: MOCCIA, *La perenne emergenza*²).
- ROELLECKE, Gerd, "Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror", en: JZ 2006, pp. 265 y ss.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil. t. I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006 (cit.: ROXIN, *AT I*⁴).
- SCHÄUBLE, Wolfgang, y PRANTL, Heribert, "Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen bei terroristischen Handlungen?", en: ZRP 2006, p. 71.
- SCHEEERER, Sebastian, *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002 (cit.: SCHEERER, *Zukunft des Terrorismus*).
- SCHMID, Alex P., y DE GRAAF, Jenny, *Violence als Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media*, 1982.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001 (cit.: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*²).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988 (cit.: TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*).
- UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José C., "Muerte sin pena", en: *Ius et Veritas*, año IV n° 7 (1993), pp. 181 y ss.
- VV.AA., Luis ARROYO/Paloma BIGLINO CAMPOS/William A. SCHABAS (ed.)/MUÑOZ AUNIÓN (coord.), *Hacia la abolición universal de la pena de muerte/ Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, 2010.

VOGEL, Joachim, "Derecho penal y globalización", en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005), *Globalización y Derecho*, 2006, pp. 113 y ss.

WALDMANN, Peter, *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998.

EUROPA

Historia de la Pena capital en Rumanía

OLIVIAN MASTACAN Y LAVINIA MIHAELA VLĂDILĂ
Universidad "Valahia" de Târgoviste, Rumania¹

1. Los primeros años de la pena capital en Rumania. La Edad Media y la Edad Moderna

Es poco lo que se sabe sobre la pena de muerte en la Edad Antigua, dada las insuficientes fuentes escritas con respecto a los getodacios. De los relatos de Herodoto, Estrabon u Ovidio sabemos que los dacios se creían inmortales y por lo tanto "*Iban a la muerte más felices que a cualquier otro viaje*"². Así, las primeras notas y al mismo tiempo pruebas de la aplicación de la pena capital en el espacio intra y extra-carpatico los encontramos en la Edad Media temprana, en libros como serian: *El manuscrito de Hermenopol, Îndreptarea legii* o *Pravila Grande* (1474) descubierta en el Monasterio Neamț por el Obispo y el científico Melchisedec, escrita por el monje Ghervasie, *La ley del copista Damian* de Iași (1495), *Îndreptarea legii de Bisericani* del año 1512, *Îndreptarea legii de Putna* (1578), *Pravila Grande* del Obispo Teofan Metropolitan (1618), *Pravila Grande* del Alto Canciller elegido Eustache (1632), así como la *Pravila Grande de Govora* (1640)³.

No nos sorprende que la pena de muerte haya existido desde tiempos antiguos, dado las dificultades encontradas en la organización de la vida social y política de Valaquia y bajo la influencia de las leyes extranjeras de las cuales han sido adoptados muchos aspectos adaptadas a las necesidades específicas del tiempo. Pero, es significativo que a partir de los siglos XV-XVI sobre todo, los hechos y las

¹ Traducido, revisado y corrección de errores por parte de Dr. Antonio Muñoz Aunión. Investigador del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla La Mancha España. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240 E/JURI.

² GIURESCU C.C., GIURESCU C.D., *Historia de los rumanos de la antigüedad y hasta hoy*, Ed. Albatros, Bucuresti, 1971, p. 78.

³ IULIAN POENARU, *Pena con la muerte. Pro o Contra*, Ed. Lumina Lex, Bucuresti, 1994, p. 56.

penas aplicables estuvieran presentes en los denominados *Pravile*⁴ o libros reales. Entre los hechos por los cuales se aplicaba la pena capital en este periodo estaban: la herejía, el sacrilegio, alta traición, la falsificación de moneda, el homicidio, el parricidio, el robo, el hurto, el incendio premeditado, el secuestro de niñas y las mujeres, la sodomía, el incesto, el adulterio, la calumnia, la desobediencia y el falso testimonio⁵.

La Herejía era la desviación conciente del dogma de la Iglesia dominante por un hecho o convicción confesada que representaba una violación a la verdadera fe. El hecho era considerado como “pecado” por la Iglesia y castigado por la Pravila como infracción, después de su constatación en un “juicio de la iglesia”. La pena prevista por Pravila para la herejía era la “muerte en tormento”. Es de reseñar que todas las nuevas confesiones y todas las sectas religiosas en el momento de sus apariciones, han sido consideradas por la Iglesia e incluso por la sociedad como herejías⁶.

El Sacrilegio consistía en cualquier delito por lo cual el hombre chocaba con los dogmas de la iglesia: “*todos los tipos de errores con los que se topa el hombre con la iglesia*”.

Entre los frecuentes sacrilegios se encontraban las relaciones carnales en terrenos de la Iglesia o con una monja y robar cosas de un lugar santo santificado, y estaban previstas expresamente por las Pravilas y castigados por «*una muerte en tormento.*» Este delito era previsto y castigado en idéntica manera en la Sintagma de Matei Vlasteres. Parece que, aunque fueron numerosos casos de sacrilegio en la forma de las relaciones sexuales con monjas, en la práctica la mayoría de ellos no eran castigados por causa del clima general de indulgencia y laxitud existente en el alto Clero⁷.

⁴ *Pravila* es una fuente escrita del Derecho, es decir, un libro editado por el Rey en el cual estaban presentadas todas las leyes importantes del periodo. Las Pravilas se encuentran entre las primeras fuentes escritas del Derecho y fue el modo de codificar las costumbres.

⁵ OLIVIAN MASTACAN, *Pena capital en el derecho rumano. Origenes y evolucion*, Ed. Bibliotheca, Târgoviste, 2008, pp. 92-97.

⁶ I. CETERCHI ȘI COLAB., *Historia del derecho rumano*, vol. I., Ed. Academiei, Bucures-ti, 1980, p. 436.

⁷ D.R.H., A, tomo 1, paginas 197-198.

La Alta traición ha tenido la denominación de “traición” con las variantes de “astucia”, “crueldad” o “hainlâc” (este último más raro). Por Crueldad se denominaba, especialmente, la traición contra el Imperio Otomano. La más antigua mención documental aparece en Moldavia⁸ en 1435 y en el territorio rumano⁹, antes del año 1359. La infracción tuvo una gran importancia por el esfuerzo del Rey de realizar la centralización del Estado, teniendo una gran frecuencia debido a las luchas para la sucesión del trono, siendo por esto duramente castigada y apareciendo con gran frecuencia por la tendencia del rey de asimilar con la traición hechos de menor importancia¹⁰. La desconfianza con respecto al Rey y al país se presentaba bajo varias formas como: pretensión al trono, levantar las armas contra el reinante, no responder al llamamiento del reinante, el sostenimiento a un pretendiente al trono, correo de los servidores fuera del país (peregrinación), la última siendo la más frecuente forma de traición.

La pena por traición, según la costumbre y después según los dictados de la Pravila, era la muerte y la confiscación de los bienes privados. De hecho, el Vaivoda aplicaba la pena capital en la forma más severa: incluso los nobles eran ahorcados o empalados. Aunque, en general, el Vaivoda se dejaba aconsejar por los miembros del Tribunal en los juicios, el podía juzgar solo los hechos de traición. La pena, según la Pravila, era personal. Por abuso, a veces, el Vaivoda lo extendía también a los miembros de la familia del culpable.

La Calpuzănia o el falsificación de monedas. Teniendo el derecho en monopolio a acuñar monedas y, de hecho, teniendo sus propias fundiciones, los Monarcas tenían el interés y el derecho a reprimir la falsificación. El hecho de imitar una moneda se convirtió, por la voluntad del reinante, en un delito denominada con un termino de origen turco “calpuzănie”. Las Pravilas del siglo XVII han previsto para los falsificadores de monedas, penas tomadas de las Pravilas bizantinas: decapitación seguida por la quema del cadáver y la confiscación de los bienes. Sin embargo no existe documento alguno que ateste la aplicación de la pena así previstas por las Pravilas.

⁸ Idem, pp. 197-198.

⁹ A SACERDOȚEANU, *Primera pena de traicion en Pais Rumana*, București, p. 294.

¹⁰ I. CETERCHI ȘI COLAB., *tomo leído*, pagina 437.

El homicidio denominado especialmente como “muerte del hombre” y más tarde “homicidio”, era considerado un crimen y castigado penalmente justo antes de la creación de los estados feudales por la justicia comunal¹¹. En el estado feudal, siendo considerado un delito grave (“nivel alto de delincuencia”), su juicio fue tomado por el Rey, deviniendo “caso reinante”. Las Pravilas pedían, para la existencia de la infracción, además del hecho material también la intención de matar(dolo). Distinto de la concepción germánica en las que el hecho era suficiente, la Pravila decidía que la persona que mataba “por error y sin su voluntad, no estaba castigado como un caso de homicidio voluntario”. El homicidio de un esclavo era delito: el siervo era considerado hombre, no cosa. Conforme con una clasificación, el homicidio podría ser “rápido” es decir espontáneo o “vașnică” es decir con premeditación. Entre las penas previstas por las Pravilas por este delito estaba incluida también la pena capital, pero el asesino podía librarse de culpa pagando una suma a los familiares de la víctima y al dignitario, pago denominado *composición* o “pago de la cabeza”.

El Parricidio según las Pravilas incluía el asesinato de los padres, de los hijos, de los hermanos de la mujer o del esposo. La pena tradicional por el parricidio era la quema en hoguera¹². El Libro Rumano de Enseñanza¹³ y la Îndreptarea Legii¹⁴ prevenían la “muerte” por el parricidio, pero dejaban las modalidades a la estimación del juez. Esto podría elegir según la Pravila:

- ✓ “por parricidio la pena se aplicaba con la corta en piezas del cadáver del infractor”;
- ✓ “por parricidio y cuando el servidor vendía el capataz o el servidor de otro la pena capital se ejecutaba por ligadura a la cola de caballos”.

El Robo era el delito que constaba en un hurto con violencia y era conocido en el antiguo Derecho bajo las denominaciones de: pillaje, saqueo, “saco” u atraco. La pena prevista por las Pravilas era

¹¹ Idem, p. 438.

¹² Idem, p. 439.

¹³ PETRE IONESCU MUSCEL, *Historia del derecho Penal*, Editorial Revista pozitivă penală și penitenciară, București, 1931, paginas 85-87.

¹⁴ Ibidem.

la muerte por ahorcamiento tanto por los infractores cómo por las personas que los alojaban. Aunque parece inconcebible, *la composición* se aplicaba también en materia de robo. Tras la aparición de los boyardos, los infractores comprobados escapaban con vida con el *pago de la cabeza*.

El hurto (Receptación) era la infracción que constaba en adquisición injustamente y encubiertamente de un bien, propiedad de otro. Otra denominación era "*ratería*", y en Moldavia "*furtușag*"¹⁵. En el canon feudal el hurto era el delito más numeroso. Las Pravilas del siglo XVII han consagrado las normas del derecho consuetudinario de conformidad con los cuales, el infractor que se hacía culpable de un gran ratería era ahorcado. El robo era "grande" es decir más grave debito al valor, si se ejecutaba con violencia, si no era descubierto o si se cometía por tercera vez. El robo, sin importar el quantum del perjuicio, repetido por tres veces, era castigado con la horca. Así, "*por lo tanto el hurto era grande cuando el objeto del hurto era de gran significación, cuando este delito devenía un costumbre por el infractor, cuando el sujeto pasivo era un boyardo u otro hombre de gran importancia, cuando el objeto material del hurto era una tienda ambulante por el negocio, cuando se construían escaleras para subir en la Corte o en la casa de un noble, cuando se saqueaba la casa o se destruía el muro de la casa o cuando rompía los candados e otras cosas como estas ...*"¹⁶. La *Îndreptarea legii* y El Libro Rumano de Enseñanza no castigaban el robo de frutas si solo se tomaba lo necesario para comer.

Incendio, delito previsto en la Ley agraria bizantina, fue incluido en las Pravilas en el siglo XVII. Las últimas preveían las penas con la muerte solo cuando se incendiaban las casas, los sembrados o el heno o cuando el incendio se cometía por venganza.

El Secuestro de una niña o de una mujer constituía un grave delito en el derecho feudal rumano, como también en los pueblos vecinos. Basándose en la Pravila, el Vaivoda consideraba el secuestro un delito grave ("*gran hecho*"), por lo cual él era lo que lo juzgaba, el castigo siendo la pena capital. Las Pravilas del siglo XVII generalizaron la pena de muerte por este delito, y como pena complementa-

¹⁵ I. CETERCHI ȘI COLAB, *tomo leído*, p. 439.

¹⁶ PETRE IONESCU MUSCEL, *operas leídas*, pagina 85.

ria la riqueza del secuestrador se entregaba a la mujer secuestrada. La Pravila decidía que “*el secuestro*” era más grave cuando era secuestrada la hija de un gran noble. La misma Pravila exigía para la existencia del delito:

- ✓ El transporte de la mujer secuestrada de un lugar a otro;
- ✓ Su violación con violencia.

Según la *Glave* (capítulo IV): “*cualquier esclavo si va a secuestrar alguna mujer, no se castigaba solo con la muerte, si no también era quemado en el fuego*¹⁷”. Con respecto al mismo delito, la Pravila mencionaba que “*la persona que secuestrara una monja u otra persona dedicada al Dios era castigado con la pena capital y nada lo podría ayudar a no perder su vida*¹⁸”.

La *Sodomía* constaba en una relación sexual entre personas del mismo sexo (hombre con un hombre y mujer con una mujer). El delito era sancionado tanto por la Iglesia, por los códigos canónicos con la denominación general de “*cosa desagradable y fea*”, y también por el Estado con un castigo penal. El castigo previsto en Pravilas era la muerte. En los Países Rumanos, los casos de sodomía comprobados han sido raros. La Pravila preveía que “*a los sodomitas no se les sancionara solo con la muerte pero después de la muerte sus cuerpos se ponen en el fuego para quemarlos*¹⁹”.

El *Incesto* era una relación sexual entre personas de sexo diferentes pero entre los cuales el matrimonio estaba prohibido; es lo que se denominaba en el derecho feudal como “*la mezcla de sangre*” o “*sangre mezclada*”²⁰. Las Pravilas preveían para este delito la pena capital alternativa con el cercenamiento de la nariz o con una pena física.

El *adulterio*, denominado en aquel entonces como “*fornicación*”, era inicialmente el delito cometido por la mujer, y más tarde por el esposo, que tenían una relación sexual fuera del matrimonio. El delito era castigado tanto por el derecho canónico, como también por el derecho laico, tanto en el derecho escrito, en las Pravilas, como

¹⁷ Idem, p. 88.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Idem, p. 89.

²⁰ I. CETERCHI Y LOS COLAB., *tomo leído*. p. 442.

en los costumbres. Según la tradición, la mujer podría ser castigada con la muerte. Las Pravilas del siglo XVII preveían que el hombre que sorprendía a su mujer en flagrante delito de adulterio, si la mataba no era castigado por homicidio y tenía el derecho, sin dirigirse al juzgado de ponerla en cadenas o en la cárcel²¹.

La Difamación, equiparado a la denuncia calumniosa del derecho actual, se trataba del hecho de atribuirle a una persona, verbalmente o por escrito, de un delito falso, cual si era justificado, podría ser castigado. La denominación bajo cual aparece en Pravila es de "*gran denuesto*". El delito era considerado muy grave, porque muchos errores judiciales se debían a las denuncias calumniosas. Las Pravilas del siglo XVII, siguiendo la línea general del derecho bizantino, preveían para *grandes denuestos*, castigos que podrían llegar hasta pena capital. Los denuestos eran grandes cuando se cometían en circunstancias agravantes: por ejemplo, cuando las quejas o injurias fueron dirigidas a un dignatario, clérigo, o a una mujer o en escrito al Rey.

La Desobediencia constaba en el hecho de cualquier persona, sin importar su estado, de no suponerse a las ordenes del Vaivoda o a la decisión judicial o el hecho de los campesinos dependientes de no escuchar de sus dueños. Una característica de este delito era que no estaba reglamentado directamente por las Pravilas; pero ellas contenían disposiciones que suponían su existencia. El *Îndreptarea legii* (1652)²² y el *Libro Rumano de Enseñanza* (1646)²³ preveían que la persona que "*no escuchaba a su dueño..., sea un boyardo o cualquier otra persona, se castigaba del mismo modo*". La pena capital era a menudo anunciado en documento como un medio de asegurar la ejecución de la orden del Rey, como por ejemplo: "*en caso de desobediencia sabed que ordenare que seáis empalados ante vuestras propias puertas*". Cuando la desobediencia, por la gravedad de sus circunstancias, se acercaba a la traición o se pudiera confundir con ella, el dueño lo aplicaba implacablemente. Por ejemplo, Preda Brâncoveanu - Vel Ban fue

²¹ Idem, pag. 443.

²² Pravila "*Îndreptarea legii*", glava 367.

²³ Pravila "*El Libro Rumano de Enseñanza*", glava 62.

empalado por Mihnea Tercero, solo porque no estuvo de acuerdo con su plan de hacer guerra a los turcos²⁴.

Según la Pravila, la pena de muerte era prevista también por la persona que en la noche dejaba de acudir al establo de las ovejas y estas eran pasto de los lobos, para el seductor en la tercera realización del hecho y para los bígamos de edad madura. En todos estos casos el castigo se ejecutaba por horca²⁵.

La presentación de estos hechos releva que en el antiguo derecho rumano existía un número relativamente importante de delitos que se sancionaba con este castigo, pero la mayoría de ellos tenía un carácter grave. Algunos de ellos, como la traición, homicidio o robo han quedado incluso en nuestros días entre los delitos para los cuales se aplica la pena capital en diferentes países del mundo donde esta pena se aplica, todavía. Pero otras, como son los hechos contra la iglesia o al fe, la sodomía, el adulterio, la desobediencia se han quedado solo como hechos históricos, al menos en el mundo occidental.

Otras disposiciones de las Pravilas incluían, además de los hechos y sanciones, también causas que eximían de la ejecución de las penas, como la denominamos en la actualidad. Recordemos que el Juez tenía la posibilidad de rechazar aplicar la sentencia si estaba convencido de la inocencia del condenado, pero también cuando el reo era perdonado por el Rey por ruego del Obispo metropolitano (una forma antigua de perdón), caso en el cual este y todos sus herederos pasaban a ser "*vecinos*" o quedaban bajo tutela de la diócesis metropolitana; cuando la pena era comprada o cuando, por una vieja costumbre, el reo obtenía "el perdón" si una virgen lo tomaba por esposo²⁶.

En estas líneas pasamos ahora al asunto espinoso de poner en ejecución la pena capital, merece la pena recordar algunas de las formas bajo las cuales esta se hacía, tanto por uno de nuestros ve-

²⁴ I. CETERCHI ȘI COLAB., *tomo leído*, p. 444.

²⁵ THEODOR VEROIU, *Castigo con la muerte. Problema eterna de la represion*, Tiparul Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1939, p. 57.

²⁶ *Ibidem*, p. 57.

cinco geográficos, y compararlo, con los territorios de los antiguos estados rumanos.

Los modos de ejecución de la pena capital han sido diversos durante el tiempo, y sus prácticas varias de un país a otro. Se puede decir que, hasta se que llegó a los modos conocidos y que se aplican en el mundo, la ejecución de la pena capital tenía su propia historia, dado que hasta el siglo XIX los culpables de la comisión de los delitos graves no eran condenados simplemente a la muerte, si no a ser horcados, decapitados, quemados o enterrados vivos, etc., la pena máxima se confundía en crueldad con su modo de ejecución²⁷.

En nuestro territorio, la pena capital podría ser ejecutada, según las Pravilas del tiempo, por una de las siguientes modalidades²⁸:

- ✓ Horca;
- ✓ Decapitación;
- ✓ Empalamiento
- ✓ Quema en hoguera;
- ✓ La muerte por ahogamiento;
- ✓ Enterramiento en vida;
- ✓ Estrangulamiento.

La Horca (del latín Suspensión – Ahorcar) tenía otras denominaciones: “puesta en horquillas” u “horca en horquillas”. Era la más frecuente modalidad de ejecución de la pena capital. La horca se ejecutaba en un lugar destinado a las ferias denominado como “lugar de perdición”. La Pravila en ocasiones permitía que la pena se cumpliera en el mismo lugar del crimen.

La Decapitación denominada vulgarmente como “corte de la cabeza” era la modalidad reservada a los boyardos, por la menor causación de dolor y respeto de la dignidad del ejecutado, si bien, después la Pravila quedo establecida la regla de que los nobles culpables de traición serian ejecutados por horca.

²⁷ PETRE IONESCU MUSCEL, *opears leidas.*, p. 80.

²⁸ I. CETERCHI ŞI COLAB., *tomo leído*, p. 447.

Empalamiento denominado vulgarmente como “*picadura*” era la más cruel modalidad de ejecutar la pena capital y fue tomada en préstamo de los turcos y de los tártaros. A los rumanos fue aplicada, especialmente por Vlad Țepeș (Vlad el Empalador), y por determinados Reyes, por razones políticas o para aterrorizar a los ladrones, así lo sostiene el autor Radu Ștefan Vergatti²⁹.

La quema en la pira, también tiene un origen oriental, estaba prevista en las Pravilas para los delitos más graves: parricidio, sacrilegio, secuestro de una mujer y era denominada como “*la muerte más terrible*”. La quema en hoguera fue raramente aplicada en los Países Rumanos. Y la mención en crónicas y anales es prueba de que su aplicación representaba un evento fuera de lo común.

La muerte por ahogamiento fue la modalidad más frecuente aplicada por los turcos, pero fue muy raramente utilizada en la civilización rumana. En el País Rumano, según las crónicas del tiempo, el Rey que lo utilizó fue el Vaivoda Mihnea El Malo, (Vaivoda del País Rumana durante el periodo 1508-1509).

Enterramiento en vida, también, fue una modalidad muy raramente utilizada.

Estrangulamiento, más frecuentemente efectuada por los turcos, fue aplicada en el espacio extracarpático por traición a uno de los boyardos por el Rey Mihnea Radu Tercero³⁰ en 1659 y por Gheorghe Duca³¹ en 1674. El Estrangulamiento fue aplicado por otros reyes como Grigore Tercero y Alexandru Ghica³². También, por orden de Grigore Ghica fue estrangulado en el refectorio del monasterio Snagov el gran boyardo, Constantin Cantacuzino.

²⁹ R. Ș. VERGATTI, *Vlad Țepeș-Dracula. Vida y los hechos del Vaivoda Rumano y su eco en tiempo.*, Editura Minerva, București, 1996, p. 111 și urm.

³⁰ Vaivoda del País Rumana durante el periodo 1658-1659.

³¹ Vaivoda de Moldavia en tres veces: Septiembre 1665 - Mayo 1666, Noviembre 1668 - Agosto 1672, Noviembre 1678 -Diciembre 1683 y Voivoda de País Rumana durante el periodo 1674 -1678.

³² Voivoda de Moldavia en dos veces: Marzo 1764 - Enero 1767, Septiembre 1774 - Octubre 1777 y Voivoda de País Rumana durante el periodo Octubre 1768 - Noviembre 1769.

De los múltiples modos de ejecución de la pena capital utilizados en el pasado, los cuales han tenido una práctica de largo tiempo o más frecuente, han sido la quema en la hoguera y el tormento a morir en la rueda.

La Quema en la hoguera fue un modo de ejecución de la pena de muerte que se practico intensamente debido a la influencia de los preceptos religiosos. Los Tribunales eclesiásticos pronunciaban con predilección este castigo de la quema en la hoguera porque el suplicio se consumaba, como exigen las predicciones religiosas, sin derramar sangre³³. Los romanos han excluido de la quema en la hoguera a las mujeres condenadas a muerte, prefiriendo enterrarlas en vida, para no exponer ni el menor tiempo sus cuerpos desnudos a la mirada de los espectadores. La Inquisición abuso de esta modalidad de ejecución, sin hacer una distinción entre los hombres y las mujeres, y así esta pena³⁴ llego a significar la “*purificación por fuego*” de los condenados por los Tribunales inquisitoriales. Por ejemplo, el 30 de mayo de 1431 fue quemada en la hoguera Juana de Arco, la legendaria virgen de Orleans, heroína del pueblo francés, que dirigió la lucha contra los ingleses al final de la *Guerra de los 100 años*, juzgada y condenada a la muerte por un tribunal eclesiástico de Ruen. Antes que ella, fue quemado en la hoguera en 1415, cumpliendo una pena de herejía, el reformador religioso Jan Hus, ideólogo del movimiento popular antifeudal de los checos para la independencia y defensa de la cultura nacional. El mismo tipo de final tuvo el monje dominicano Giralomo Savonarola, excomulgado por el Papa tras el intento de reducir su autoridad y de imponer un régimen teocrático en Florencia entre 1494-1498, así como el filosofo italiano Giordano Bruno quien rechazo renegar de sus convicciones, siendo quemado en la hoguera en Roma, después de 8 años de torturas en las cárceles de la Inquisición.

El Tormento sobre la rueda —*supplicium rotae*— reservada exclusivamente a los hombres, se aplicaba de la siguiente forma: el con-

³³ Ecclesia abhoret a sanguine.

³⁴ Palabra de origen portugues cual, en traducción literal, significa “acto de fe”, A. FLOREA, *Tortura en Oeste Medieval*, en Revista Magazin istoric, București, 1968, nr. 12.

denado era atado con una soga a un caballo y tirado por este hasta el lugar de ejecución donde estaba ubicado un haz de maderas en cruz. En este momento recibía 11 golpes, aplicados por el verdugo con un barra metálica de forma cuadrada por todas las partes del cuerpo y después era pasado por los radios de una rueda de hierro colocada horizontal. La duración de la ejecución dependía de la resistencia física del condenado, de la eficacia de los golpes aplicados por el verdugo y del modo de ligadura del cuerpo a la rueda. La historia registró casos de supervivencia después de más de 20 horas de similar suplicio. En la historia de nuestro pueblo, este fue el castigo al cual fueron condenados en 1785 Horia y Cloșca, líderes, junto con Crișan, de la rebelión de 1784.

El mismo Montesquieu manifestó que este modo de ejecutar la pena capital era muy antiguo. En sus escritos, recuerda que a Hannon, el más ilustrado y rico ciudadano de Cartagena le fueron extraídos los ojos y los brazos, le fueron quebrados los muslos y las piernas, porque conspiró contra su país, siendo después expuesto sobre un poste en este estado, para que la gente lo viere.

Al tener un fuerte efecto intimidante, la ejecución en la Rueda fue conocida también por otros pueblos, siendo decretada, por ejemplo, en 1156 por el Emperador Federico Barbaroja para los delitos de homicidio realizados “*con vigilancia y premeditación*”. También, aparece en la ley Carolina.

Así, estos hechos por los cuales se aplicaba la pena capital y sus modalidades de ejecución se han mantenido con firmeza durante alrededor de tres o cuatro siglos, hasta llegar a inicios del siglo XIX cuando su número se vio reducido significativamente.

En el código Calimah de Octubre de 1817 en Moldavia³⁵ aparecían como hechos sancionados con la pena capital; el homicidio; el parricidio, el envenenamiento (dos formas de homicidio calificado, el primero por la calidad de los sujetos activos y pasivos, y el segundo por el modo de la ejecución) el robo, y el incendio intencionado

³⁵ Hacemos la mención que Moldavia, en estos tiempos, se extendía, en gran medida, por el territorio entre los Carpatos Orientales y la región de Nistru. (Nota de los autores).

(una forma antigua de destrucción cualificada). Un año más tarde, en La Ley Caragea de 01 de Septiembre de 1818 en el país rumano se preveían cuatro casos en lo cual este castigo cruel se podría aplicar: el homicidio con premeditación (hoy en día una forma del homicidio calificado), el homicidio efectuado con armas o con herramientas afiladas (también hoy una forma de homicidio calificado), el robo y la falsificación de moneda³⁶. En realidad, los hechos por los cuales se aplicaba la pena capital era el homicidio, cometido en varios modos, el robo, la destrucción en forma cualificada y la falsificación de dinero.

Después de siglos bastantes sangrientos llegó el momento en el cual algunas de las mentes más brillantes, tanto entre boyardos, como entre voivodas, comenzaron a pensar en eliminar esta pena tan cruel.

Por ejemplo, en una disertación con esta tema, publicada en el "Correo Rumano", Dumitru Moroni, un académico rumano, escribió en 1828: " ... *la pena capital no corresponde al fin de las penas, incluso en el caso del delito del homicidio, porque el reo culpable condenado a muerte, muriendo, no es más apto a mejorarse, la víctima no se puede recobrar por la matanza del culpable de cuanto ha perdido y tampoco el verdugo podría transformar, como un alquimista, la sangre del condenado en oro, o por su derramamiento de sangre insuflarse espíritu de vida y moralidad en el cuerpo del culpable*".

Otros hombres de letras, como Vasile Alecsandri, Alecu Russo y Cezar Bolliac han sostenido la idea de la abolición de la pena capital, tanto por sus obras como por las posiciones adoptadas en varias circunstancias.

Una etapa importante en el camino hacia la abolición de la pena capital fue completada por la adopción del Reglamento Orgánico de 1831 de aplicación en el País Rumano, en el cual el castigo deja de estar previsto. Pero, solo un año más tarde, la Constitución de Moldavia adoptada en 1832 mantenía el castigo capital, introduciendo nuevos delitos por los cuales esta pena podría ser decretada. Tampoco en Valaquia la situación se mantuvo mucho tiempo tras la

³⁶ IULIAN POENARU, *trabajos leídas*, pp. 59-60.

adopción de esta norma fundamental, porque, igual que en Moldavia, un año más tarde después de este primer paso en la abolición del castigo capital, las tropas de ocupación rusas lideradas por el Mariscal Kiseleff (general ruso) decidió su reintroducción. Sin embargo, en el periodo subsiguiente y hasta 1864, la pena capital fue ejecutada raramente. Por ejemplo, si bien el Código penal de diciembre de 1850 y después el Código penal de justicia militar de abril de 1852, elaborados bajo el reinado de Barbu Știrbei en el País Rumano, se prevé la aplicación de la pena capital y se establece que en la ejecución se debe hacer por corte de la cabeza o por fusilamiento. En la práctica, fue rara vez ejecutada, porque, así como escribía Jules Michelet: "nunca, durante el lapso de tiempo que fue aplicado este castigo se pudo encontrar entre los rumanos a un verdugo, siempre fue necesario traerse extranjeros" en un relato fechado en 1857 y V. Petroni, penalista rumano, indicara que "*el primer modo previsto para la ejecución de este castigo era imposible de aplicar, porque para nosotros no existe ni guillotina, ni verdugo*"³⁷.

2. La pena capital en la Edad Contemporánea

Todas estas corrientes de opiniones han hecho, que en el año 1864 con la elaboración del primer código moderno penal rumano, se aboliera la pena de muerte; por lo tanto la legislación rumana devenía una de las mas progresistas y humanitarias de la Europa de aquel entonces.

Asimismo, en 1866 con la adopción de la primera Constitución, el principio abolicionista fue alzado al grado de principio constitucional (artículo 18). Una disposición similar encontramos posteriormente en el artículo 16 de la Constitución de 1923.

La situación cambió bruscamente después de 1938, una vez producida la instauración de la dictadura de Carol II. Según el artículo 15 de la Constitución de 1938 (Constitución Carlista) se preveía la posibilidad para el gobierno de decidir la aplicación de la pena ca-

³⁷ Ibidem, p. 63.

pital para los atentados contra el Rey, contra los miembros de la familia real, contra los jefes de Estado extranjeros y contra los dignatarios y embajadores extranjeros, así como en casos de robo, que hubiera tenido como consecuencia la muerte de la víctima o en caso de asesinato político. Pero prever estas acciones en la Constitución significaba infringir gravemente el principio de la separación de los poderes en el Estado y del principio de la legalidad, hecho que ha determinado con el tiempo una cadena larga de abusos en esta materia.

Así, por ejemplo, por la Ley 24 de mayo de 1938 el gobierno introducía la pena capital para los hechos mencionados anteriormente. Para poner de acuerdo esta ley con el texto del código penal, cuál era el de 1864, el cual recordamos anteriormente, fue modificado el texto de este en Septiembre de 1938, así que la pena capital devenía una de las sanciones posiblemente aplicables en el derecho penal rumano. La situación fue mantenida hasta el 23 de Agosto de 1944, pero también después de esa fecha por razones ideológicas, siendo aplicable después de la fecha mencionada a los culpables del desastre producido al país después de la Segunda guerra mundial, a los criminales de guerra, así como a aquellos que decidieron continuar la guerra contra la antigua U.R.S.S. y las Naciones Unidas. Por el Decreto n.º. 199 de 12.08.1950 la pena capital fue prevista para los delitos contra la seguridad del Estado, contra "*el declive económico*" y por los hechos dirigidos contra la dotación del ejercito, estas disposiciones siendo abrogadas integral por otro Decreto n.º. 318 de 21.07.1958. En cualquier caso después de la publicación del código penal en 27 de febrero de 1948, la pena capital estaba prevista para los delitos comunes como el homicidio, el robo que tenía como resultado la muerte de la víctima, pero por un espacio de tiempo de tres años, desde septiembre de 1957 hasta junio de 1960, también por el delito de expolio en forma cualificada (cuando se producían daños más grande de 100.000 lei); la pena capital estaba prevista para delitos políticos como la traición o el espionaje, y para los delitos contra la paz y la humanidad³⁸.

³⁸ Ibidem, pp. 64-66.

Hasta el 1969, las estadísticas muestran que fueron condenados 66 reos, pero no se conoce cuantos de ellos fueron efectivamente ejecutados.

Incluso bajo la aplicación del Código penal que entró en vigor en 01.01.1969³⁹ la pena de muerte estaba prevista para una serie de delitos, aunque esta pena no formaba parte de la escala de los castigos, quedaba prevista en un texto especial (artículo 54) y se considerada una medida “excepcional”.

En el marco de este Código penal, hasta enero 1990, fueron condenadas a muerte y ejecutadas 96 personas, de las cuales 93 por homicidio muy grave⁴⁰. Durante el periodo 1977-1988 para otras 34 personas el castigo fue conmutado por una pena de prisión de 25 años. Sin embargo, si se toma el período de la mitad de siglo, período en el que esta pena ha subsistido en la legislación penal rumana no se ha registrado la ejecución de ninguna mujer condenada.

El último condenado a la muerte en Rumania del régimen comunista (salvo, por supuesto, la pareja Ceaușescu) fue el diplomático Mircea Răceanu acusado de espionaje en favor de los Estados Unidos. Se le aplicó la pena capital bajo la acusación de traición, pero la sentencia no fue aplicada. Tres meses antes de la Revolución de diciembre 1989, la sentencia fue conmutada a 20 años de cárcel. Pero la sentencia fue recurrida en casación que se juzgo en el año 2000, a 10 años de la abrogación definitiva de la pena capital, cuando Răceanu fue finalmente absuelto.

En la situación actual, la pena capital se abolió por Decreto-Ley nº. 6 de 07.01.1990, siendo sustituida con el castigo de la cadena perpetua⁴¹. En el preámbulo del Decreto el legislador invocaba, como razón de esta abolición, el carácter profundo humanista del nuevo

³⁹ El Código de 1969 es actualmente, a pesar de los numerosos intentos de elaboración de un nuevo código penal, el actual código penal de Rumania, siendo abrogados los textos relacionadas al castigo con la muerte.

⁴⁰ La forma más grave de homicidio, previsto en el art. 176 del código penal actual.

⁴¹ Según el art. 53 punto 1 del código penal, son castigos principales para la persona física: la reclusión perpetua, penas de cárcel entre 15 días a 30 años y multa con valor de Lei 100 a Lei 50.000.

régimen político, haciendo que Rumania, saliera de las rigores de la Dictadura, se inscribirá en el grupo de los estados abolicionistas ya fuese *de jure* o *de facto*. Ciertamente, en este momento y después han existido voces que desean el mantenimiento del castigo capital, por lo menos para los delitos más graves, como aquellos contra la seguridad del Estado o por delitos militares, pero, esta opinión no ha tenido nunca la fuerza de cambiar o de poner en discusión a nivel público el Decreto de abolición de 1990.

Como una expresión del humanismo del pueblo rumano, el principio es de nuevo consagrado a nivel constitucional por las disposiciones del artículo 22 párrafo 3 de la Constitución de 1991, revisada.

Rumania ha dado expresión de este principio en la esfera internacional y en la Ley nº 302 de 2004 sobre la cooperación judicial internacional en materia penal, donde se muestra en el artículo 29, de acuerdo con la Convención Europea de extradición, que esta no será concedida *“si el hecho por el cual se pide la extradición es castigado con la muerte por la ley del estado solicitante, se efectuará solo con la condición de que el Estado solicitante de seguras promesas que se consideren como suficientes por el Estado rumano, que el castigo no se pedirá, o en su caso que una vez declarado, pasara a ser conmutado”*.

Recientemente, la problemática de la pena capital esta de regreso, especialmente, tras la ratificación por Rumania del Tratado de Lisboa el cual, una vez que produzca sus efectos, tendrá prioridad sobre la legislación rumana. Así, según el artículo 6 apartado (1) del tratado, *“la Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios de carta de los derechos fundamentales de la unión europea del 7 de Diciembre de 2000, adoptada a Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007, el cual tendrá el mismo valor legal que los Tratados”*, que prevé en el artículo 2 el hecho que la pena capital queda prohibida en cualquier circunstancia.

Según el artículo 52 apartado (3) de la misma Carta, las previsiones de esta son completadas con los de la *Convención Europea de los Derechos del Hombre* (CEDH), actualizada ulteriormente: *“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamenta-*

les, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.

“Según el artículo 2 apartado (1) de la misma convención (CEDH), el derecho a vida de cualquier persona está protegido por la ley. La muerte no puede ser causada a cualquier persona intencionadamente, solo en la ejecución de una sentencia capital pronunciada por un tribunal en el caso en cual el delito es sancionado con este castigo por la ley. Hasta este punto, la legislación rumana es unívoca con respeto a la pena capital, porque, según el art. 22 párrafo (3) de la Constitución rumana, *“la pena de muerte está prohibida”* (así que, está prohibida en todas las circunstancias). Los asuntos especiales aparecerán cuando se trata del apartado (2) del artículo 2 de la CEDH: *“la muerte no es considerada como siendo causada por los delitos de este artículo, en los casos en cuales esta resultara por una apelación absolutamente necesaria a la fuerza:*

- ✓ *para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal;*
- ✓ *para efectuar un arresto legal o para impedir a escapar una persona legalmente detenida;*
- ✓ *para reprimir, según la ley, trastornos violentos o insurrección”.*

El problema que se pone en este caso es el de si el Tratado de Lisboa puede tener prioridad en relación con la legislación rumana y en relación con la Constitución, en las condiciones en que estas últimas son, sin duda, más favorables. ¿Podíamos considerar las disposiciones del artículo 6 apartado 1 del Tratado de Lisboa como una disposición que concierne los derechos del hombre y entonces serían aplicables las disposiciones del artículo 20 apartado 2 de la Constitución rumana que afirma que en caso de *“no concordancia entre los pactos y los tratados concerniendo los derechos fundamentales del hombre, a los cuales Rumania es parte y las leyes nacionales se darán prioridad los reglamentos internacionales, salvo el caso en lo cual la Constitución y las leyes nacionales contienen disposiciones más favorables”*, y, en conclusión una situación así deja de presentar un problema para nuestro ordenamiento jurídico? ¿O podemos considerar la referencia del ámbito del artículo 148 apartado 2 de la Constitución a las

“leyes interiores” como refiriéndose solo a las leyes de naturaleza ordinaria y orgánica u a las otras disposiciones legales, pero sin incluir en esta también las disposiciones y las leyes constitucionales? ¿Es posible tal interpretación, para suprimir tal tipo de interpretación anacrónica de las realidades rumanas? Nosotros consideramos que es posible.

Cuando era necesario para el legislador precisar, y la Constitución lo hacía en un modo expreso (ver el artículo 20 apartado 2 de la ley fundamental) junto de la sintagma “*leyes interiores*”, por una interpretación unitaria del texto, podemos considerar que en el artículo 148 apartado 2 la noción de “*leyes nacionales*” se refiere solo a los otros tipos de leyes, salvo las leyes constitucionales y la Constitución. Pero lo que resulta mas sorprendente en este laberinto legislativo es el hecho de que, según el artículo 11 apartado 3 de la Constitución, si un Tratado (sin precisar su naturaleza) en el que Rumania pasa a incluirse como parte contiene disposiciones contrarias a la Constitución, su ratificación puede tener lugar solo después de la revisión de la Constitución. En conclusión, o el texto del Tratado de Lisboa, si se refiere a las disposiciones constitucionales no podría haber sido ratificado, sólo después de la revisión de la Constitución, que no fue el caso, o, resulta, lo que hemos deducido antes, que el Tratado tiene prioridad en este caso solo en relación con las leyes nacionales, y no en relación con el texto de la Constitución. En cualquier caso, si alguna vez se plantea el problema de esta manera, lo que esperamos no sea el caso jamás. Resultara que sin un debate real público en un tema con serias implicaciones sociales, el Estado rumano podría optar por reintroducir la pena capital y, lo que es más grave, esta sería instituida en situaciones extremadamente ambiguas como es aquellas previstas por la letra (c) – *represión de los altercados graves y violentos*. Más esto implicaría que Rumania infringiese indirectamente otros compromisos internacionales, como serian por ejemplo, la ratificación del Protocolo no. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo que se refiere a la abolición de la pena capital para todos los tipos de delitos y en toda circunstancia.

3. Conclusiones

La moralidad intrínseca del castigo es totalmente independiente de su eventual efecto desmoralizante. Vale con ver que la pena capital aplicada extensamente mas bien agravo las costumbres y envileció al hombre. Se encuentra fuera de cualquier tema de discusión la cuestión concerniente a la posibilidad de conformar la pena capital a varias concepciones generales éticas y filosóficas. En la discusión sobre la pena capital, antes de todo, se plantea la pregunta de si la amenaza, la disposición o la ejecución de este castigo está permitida al Estado. Para responder, de forma afirmativa, a esta pregunta, no es suficiente el hecho de que otro Estado adoptase en su sistema de derecho penal la pena capital y, por eso, se apropiase mediante el instrumento del derecho positivo, a utilizar este castigo. Especialmente se pone el problema de ver si el Estado tiene legitimación transpositiva, es decir, el poder legal fundamentado en base a la ética, de utilizar la pena capital.

La respuesta a esta pregunta depende en modo decisivo de la concepción sobre la esencia y la función del Estado. Al Estado se le puede conceder el derecho de disponer la pena, si el Estado está visto como una organización social coherente, sobre lo individual, basada sobre tradiciones y el poder estatal se percibe como garante y preservador del principio del derecho y la armonía. Además de esto, es importante que el Estado mismo tenga esta percepción sobre sí, especialmente, si reconoce y aprueba su propia conexión con la ley moral natural subordinada a él y con los derechos del hombre fundamentadas sobre esta, pre-estatales, intangibles y inalienables.

Podremos afirmar que el Estado, en la ejecución de sus atribuciones esta endeudado con la ley moral, que es anterior a su propia concepción. La más alta carga del Estado es aquella de respetar y proteger la dignidad y los derechos del hombre mediante su defensa y por imponer la justicia.

Aquí entra en juego, el restablecimiento del orden de derecho en el caso de su violación. De este encargo fundamental del Estado resulta también su poder punitivo, es decir, poder de provocar un mal a las personas que violan la ley, como represalias y como modo de expurgar su hecho.

Según el principio clásico, un castigo es justo exclusivamente cuando una persona responsable realiza de un modo culpable un hecho prohibido por la Ley, sancionado con una pena, la dimensión justa del castigo siendo determinada, por una parte, por su adecuación al estado del hecho objetivo, especialmente al valor e importancia del bien legalmente violado, bien jurídico protegido, y a las circunstancias especiales y las consecuencias de la violación de la Ley. Por otra parte la dimensión justa del castigo se establece por la adecuación del castigo al estado del hecho subjetivo, es decir, a la dimensión de la culpa, en la cual un importante papel lo juega el grado de responsabilidad del reo que viola la ley, la intensidad de la voluntad criminal orientada a la violación del bien protegido, la falta de empatía, como también los razones del violador.

Pero el homicidio, es decir, la aniquilación de la existencia física de un hombre no culpable con intención y premeditado, especialmente por razones infames, es, de modo objetivo, la violación del más elemental e importante derecho de cual dispone una persona, el derecho a la vida. La vida es la base y la premisa para la posesión y utilización del resto de derechos y valores terrenales. Si la proporcionalidad entre el derecho violado por el reo y el mal que debe aplicarse como castigo es una petición para hacer justicia, entonces se podría decir, justamente, que el homicidio debe ser castigado con la muerte, especialmente presuponiendo que el reo es, en el aspecto subjetivo, responsable y culpable plenamente.

Pero, contra la pena de muerte se lleva ante de todo el siguiente argumento: en una argumentación de principios, el Estado no tiene el derecho a disponer de la vida de una persona, ni de la vida de un delincuente, porque no es el Estado quien concedió la vida a estos hombres, y por esto no lo es permitido de tomarla en ningún caso. La vida del hombre no viene del Estado, porque ella es de origen extra y pre-estatal, el Estado no puede apropiarse como forma política de aquellos que lo conforman. Contra la idea de pérdida por la propia culpa del derecho de vivir, los adversarios de la pena capital invocan la santidad de la vida la cual, el Estado debe respetarla aún en el caso de un criminal.

Otro argumento contra la pena capital, es que el ser humano, en sus juicios y estimaciones, está sometido al error, y el juez está

sometido al mismo condicionamiento humano – con otras palabras, este castigo no es una reversible. La aplicación y la ejecución de la pena capital hacen imposible la rectificación de un error así, existen en el plano nacional e internacional numerosos casos que han demostrado el carácter irracional de este castigo, y la condena de inocentes que se seguirá produciendo en los países retencionistas.

Por otra parte, desde un punto de vista extralegal, esto es, los planos de la moral y de la religión, existe la conciencia de que el derecho a la vida es la expresión de una realidad natural, el parto, el cual el legislador no lo puede crear por sí mismo, lo que hace que ni pueda ser justificado, ni reglamentar la pena capital. La ley no puede crear la vida, en circunstancias normales, de ahí que carezca del derecho a crear mecanismos judiciales para suprimirla.

La Sociología del derecho y la criminología han llegado también a una posición abolicionista con sus argumentos. Se mostró que, la reducción del fenómeno delictual, idea encontrada para la primera vez en los clásicos, no se encuentra en una relación directa con la aplicación de la pena capital. El factor de inhibición de esta medida no determina en muchos casos una reducción real del fenómeno delictual.

Los firmantes del presente estudio no aceptan la existencia y la aplicación de la pena capital, tanto de un punto de vista religioso como desde un punto de vista jurídico-penal-constitucional, como una política del Estado.

Desde la perspectiva religiosa, nuestra posición es fácil de entender. La vida es considerada un regalo para la sociedad, su objetivo es disfrutarla, y participar en el bien común, y llegado el caso decidir por sí mismo sobre su final, en toda esta línea temporal aparece un fractal al que denominamos destino.

Desde una perspectiva de ciencia política, afirmamos que cualquier persona que ostente plenos poderes de dirigir a los administrados no es lo suficientemente fuerte para detentar el derecho a una decisión sobre la vida de otros.

Justificada o no por una pléyade de motivos distintos, así como por las realidades sociales, políticas, económicas o religiosas, la pena capital fue y sigue siendo parte de nuestras vidas y no puede ser

omitida de la realidad histórica y contemporánea. Está en nuestro poder como individuos y colectividad influenciar hasta la abolición futura de la pena capital, siendo una batalla en la que las espadas siempre quedarán en alto.

Consideramos que, conforme con el desarrollo de la sociedad humana, se encontraran nuevos métodos ejemplares de castigar a los infractores, métodos más eficaces, que tendrán el poder de ejemplarizar y la posibilidad de reeducación, sustituyendo de este modo la supresión física. Es nuestro deseo que la ciencia y la técnica empleen mas técnicas e imaginación y que el esfuerzo de los hombres sirva no para encontrar las más adecuadas soluciones legales para eliminar la vida, si no para realizar investigaciones en tanatología o geriatría, ampliando esta y su calidad.

Trato Inhumano y Abolición de la Pena de Muerte en el Consejo de Europa¹

JON YORKE²

Universidad Ciudad de Birmingham

1. Introducción

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (de aquí en adelante “Convenio”) afirma que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”³. Los *travaux préparatoires* de los debates tendentes a su redacción de 1949-1950 no dejan claro sí al tiempo de redactar el Convenio, se consideró viable bajo la prohibición del artículo 3 utilizarlo para analizar el sistema judicial que acompaña a la pena capital y además no existen registros publicados que revelen discusión alguna sobre la compatibilidad de este artículo con la disposición que permite la pena de muerte del artículo 2 (1)⁴. Sin embargo, en los 60 años

¹ Traducción a cargo de Antonio Muñoz Aunión. Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM) y Axel Baldemar Tamez Cano. Investigador de la Unidad Académica Derecho Ciudad Victoria. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- 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 Prof. Dr. Jon Yorke. Facultad de Derecho Universidad de la Ciudad de Birmingham. Este artículo se ha beneficiado de las conversaciones mantenidas con William Schabas, Roger Hood, Carolyn Hoyle, Andrew Williams, Anne Oakes y Günter Schirmer, Secretaria del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, y Michelle Lafferty y Paul Harvey, Registro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los errores son del autor. Publicado con anterioridad en *European Public Law*. “Inhuman Punishment and Abolition of the Death Penalty in the Council of Europe” volume 16 Issue 1 (2010).

³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, CETS No. 5 (1953).

⁴ Véase, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, vol. 1- 5 (The Hague: Martinus Nijhoff Press, 1976). (De aquí en adelante, “TP” seguido por el número de volumen).

siguientes, el artículo 3 se convirtió en un componente integral de numerosos pronunciamientos contrarios a la pena capital del Consejo de Europa (de ahora en adelante “Consejo”), y los umbrales en continuo desarrollo de este artículo quedan fijados dentro de la jurisprudencia en materia de pena capital del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existiendo ahora una consolidada literatura de Derechos Humanos que ha contribuido a la creación y mantenimiento de la región como “una zona libre de pena de muerte”⁵ El Consejo ha dado publicidad a este exitoso desarrollo en su página web⁶, y más recientemente, en su página Facebook⁷, así como, la celebración del Día Europeo contra la Pena Capital, “todos los días 10 de octubre”⁸, que representa un foro adicional para que la soberanía popular europea se una al Consejo y se pronuncie contra esta pena. Esta aproximación multifacética se está mostrando hegemónica para el rechazo actual de la pena capital en el marco del derecho público de los Estados miembros, y tomando en préstamo la expresión de Roger Hood y Carolyn Hoyle, esto se debe a que el castigo ha demostrado no haber superado “la prueba de humanidad”⁹.

Este artículo analiza cómo el Artículo 3 ha evolucionado para contribuir al desmantelamiento de este castigo en el Consejo. En la Parte Segunda, se estudia la evolución de la literatura sobre tratos inhumanos tanto en el seno de la Asamblea Parlamentaria como en el Comité de Ministros y se ofrece una visión deconstructivista de los parámetros del artículo 3 como instrumento para el abolicionismo, y se analiza hasta qué punto esta literatura está entrelazada con

⁵ Declaración “Hacia una Zona libre de pena capital” adoptada por el Comité de Ministros, 107 th Sesión, 9 de noviembre de 2000.

⁶ Véase, en general, el archivo temático del Consejo de Europa sobre la Pena de Muerte, disponible en www.coe.int/TE/Com/Files/Themes/Death-penalty/default.asp

⁷ Consejo de Europa, “Europe Against the Death Penalty: Death is not Justice” 5 de noviembre 2008, en-gb.facebook.com/pages/council-of-Europe/42276542714 (último acceso 22 de abril de 2009).

⁸ Declaración conjunta de la Unión Europea y del Consejo de Europa que establece el Día Europeo contra la Pena Capital, 10 de octubre de 2008, véase, www.coe.int/t/dc/files/events/20007_death_penalty/default_En.asp

⁹ Roger Hood y Carolyn Hoyle, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 4 ed Oxford, Oxford University Press, 2008 p. 8.

la legislación del Protocolo n. 6¹⁰, que prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, y el Protocolo n. 13¹¹ que establece la abolición en toda circunstancia. El estado actual del artículo 3 en el diálogo con los Estados retencionistas con el estatuto de observador en el Consejo también es objeto de estudio con enfoque en la reprimenda dirigida por la Asamblea Parlamentaria a Japón y Estados Unidos por mantener la pena capital tras haber obtenido el estatus de observador en 1996; la más reciente, fue la producida tras las ejecuciones llevadas a cabo en ambos países en el 2009¹². En la Parte tercera, se presenta una visión crítica tanto de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos como del propio Tribunal. Las opiniones inicialmente timoratas de la Comisión se consideran y se contraponen a una cada vez más extensa jurisprudencia del Tribunal que engloba los distintos aspectos del sistema judicial en materia de pena capital, un punto central para estos análisis, es el de identificar si ha existido una aplicación consistente del artículo 3 a cada aspecto del sistema, o si algunas variaciones en la línea argumentativa analítica del artículo 3 han tenido más índice de éxito para algunas demandas pero no para todas. El capítulo termina por concluir con la recomendación de que el Consejo considere dar forma a las distintas opiniones de sus instituciones y formule unos estándares, en el marco de una política expresa de cómo el artículo 3 puede ser aplicado a los distintos aspectos del sistema judicial de la pena de muerte.

¹⁰ Protocolo n. 6 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, 28 de marzo de 1983, Estrasburgo, CETS No. 114.

¹¹ Protocolo n. 13 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, mayo 3, 2002, Vilna, CETS no. 187.

¹² Nota de Prensa – 071 (2009) Consejo de Europa. El Secretario General Terry Davis condena las ejecuciones en Japón y los Estados Unidos, Estrasburgo, 29 de enero de 2009.

2. La Expansión de los límites del artículo 3

2.1. 1950-1972 De la incertidumbre a una toma de posición limitada

Al repasar el reciente trabajo del Consejo, Frank Dowrick, afirmó que las distintas instituciones se encontraban “muy concienciadas sobre la necesidad de revisar y ampliar la doctrina base de los derechos humanos”¹³ Desde su etapa inicial aparecían voces que mostraban su profundo desencanto de que el artículo 2 (1) mantuviera la pena de muerte¹⁴, y en 1958 se crearon varios comités secundarios para estudiar las cuestiones más problemáticas de los Derechos Humanos en aquel entonces. Uno de ellos, fue el Comité Europeo sobre Problemas del Delito que a su vez dio origen a subcomités que incluía el Subcomité sobre la Pena de Muerte¹⁵. El Subcomité llegó a la conclusión de que la pena de muerte representaba efectivamente un “problema”¹⁶ lo que llevo a que Marc Ancel en 1961 iniciará un estudio que reunía información sobre la aplicación o su rechazo por parte de los Estados Miembros¹⁷. Ancel declaró que el objetivo del estudio era centrarse en la forma de aplicar el derecho penal a nivel nacional, y que cualquier otro aspecto del castigo se encontraba “fuera del alcance de este estudio”¹⁸. Añadió determinados aspectos penológicos que eran interesantes para su estudio, incluidas las formas de ejecución que ponían de manifiesto que “la pena capital en Europa en su conjunto, pone de relieve la eliminación gradual

¹³ Frank Dowrick, “Juristic Activity in the Council of Europe: 25 th Year” 23 ICLQ 3, 610 (1974) p. 616.

¹⁴ El artículo 2(1) del Convenio afirma: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena”. Sobre la interpretación del artículo 2(1), véase, Jon Yorke, “The Right to Life and Abolition of the Death penalty in the Council of Europe” E. L Rev. 34, 2 (2009), pp. 205-209.

¹⁵ A.H Robertson, “The Legal Work of the Council of Europe” 1 ICLQ 1, 143 (1961), pp. 159-160.

¹⁶ Ancel, M.; “The Problem of the Death Penalty” pp. 3-21, en T. Sellin (ed) Capital Punishment New York, Harper y Row, 1967.

¹⁷ Ancel, M.; *The Death Penalty in European Countries*, supra n. 14.

¹⁸ *Ibidem*, p. 3.

de ciertas formas adicionales de tortura física y moral que acompañaban los métodos de ejecución”¹⁹. Estos métodos que fueron utilizados en Europa occidental en aquel tiempo incluían, la horca, pelotón de fusilamiento, la guillotina y el garrote. Si bien, Ancel utilizó el término “tortura” mantuvo el análisis dentro de un marco criminológico y no entro en el ámbito de las primeras Convenciones de Derechos Humanos. Su estudio no trataba de demostrar si estos métodos de ejecución eran inhumanos según el artículo 3 pero esto no es igual a mantener que se mantenía al margen de todo humanismo inherente en consideraciones de Derechos Humanos, al conceder que, de los, en aquel entonces, países retencionistas no había habido “ningún esfuerzo oficial por (...) acabar con la crueldad en las ejecuciones”²⁰. Incluso así, con este malestar que mostró Ancel con el castigo, no se alcanzó impulso político significativo en el Consejo, y para 1966, sólo transcurridos 4 años desde la publicación del informe, el Comité decidió acabar con las investigaciones.

2.2. 1973-1980 Los inicios del Cambio

El problema de la pena no desapareció. En 1973, Astrid Berggren, una parlamentaria sueca, presentó una moción en la Asamblea Consultiva (la denominación política de Asamblea Parlamentaria se modificó en 1974²¹) para adoptar una Resolución sobre la Abolición de la pena capital, y el párrafo siete declaraba, “la pena capital debe considerarse hoy día como inhumana y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”²². Esta fue la primera vez que un parlamentario intentó, de manera oficial, ampliar la redacción del artículo 3 para cubrir, sin resquicio, la pena de muerte. Berggren pidió a la Asamblea que adoptase una posición

¹⁹ Ibidem, pp. 27-28.

²⁰ Ibidem, p. 28.

²¹ Florence Benoit – Rohmer y Heinrich Klebes, Council of Europe Law: Towards a pan – European Legal Area, (Estrasburgo – Ediciones del Consejo de Europa, 2005), p. 57. Si bien, no fue hasta 1994 que el Comité de Ministros formalmente aceptó esta modificación del nombre y el Estatuto todavía no ha sido revisado para registrar este cambio.

²² Moción para una Resolución sobre la Abolición de la pena capital, Doc. 3297, Asamblea Parlamentaria (octava sesión) 18 de mayo de 1973, para. 7.

firme y que diera lugar a un estándar de Derechos Humanos novedoso del Convenio, no obstante, la moción fue devuelta al Comité de Asuntos Jurídicos donde se archivó. Posteriormente, con la designación de un nuevo *rapporteur*, Bertil Lidgard, se intentó reiniciar el debate con un informe, lo que llevó a largas reuniones hasta que en 1975, el Comité de Asuntos Jurídicos, de nuevo evadió, el asunto y decidió “no presentar el informe a la Asamblea Parlamentaria”²³. Los parlamentarios suecos se mantuvieron en sus trece, y en abril de 1975, Lidgard presentó un informe —no publicado— en el que se identificaban las razones por las que el debate sobre la pena capital debía seguir abierto, y recalca “que se debía prestar atención tanto a las nuevas líneas de desarrollo como a determinados argumentos, de sobra conocidos, que coadyuvan a favor de la causa abolicionista”²⁴. De nuevo, este loable esfuerzo fue paralizado por el Comité de Asuntos Jurídicos en 1976 que mantuvo que la cuestión de la pena de muerte debía ser “diferida”²⁵. Esto llevó a la dimisión de Lidgard como *rapporteur*²⁶.

Posteriormente, en 1977 Amnistía Internacional celebró una reunión en Estocolmo y adoptó una Declaración que incluía la frase “la pena de muerte es el castigo más cruel, inhumano y degradante que se pueda concebir”²⁷. Tras esta Declaración, Christian Broda, el Ministro de Justicia austriaco invitó al Comité de Ministros a discutir si la pena de muerte era un castigo inhumano²⁸. En 1978, los Ministros europeos de justicia priorizaron este asunto para su

²³ Informe no publicado presentado al Comité de Asuntos Jurídicos en 1975, citado en el Informe sobre la Abolición de la Pena capital, Asamblea Parlamentaria, Doc. 4509 (2 y 3 sesiones) 22 de abril de 1980, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁵ *Ibidem*, ver también Asamblea Parlamentaria, Diario Oficial de Debates, 32 sesión ordinaria, Abolición de la Pena Capital, Debate sobre el informe del Comité de Asuntos Jurídicos. Doc. 4509 y enmiendas (2 y 3 reuniones), 22 de abril de 1980 palabras del debate, del Sr. Stoffelen de Holanda, p. 60.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Véase, Amnistía Internacional, “Report on the Ammesty International Conference on the Death Penalty. Estocolmo” Documento presentado a la reunión de los Coordinadores Europeos sobre Pena de muerte de Amnistía Internacional, Estocolmo, 30 de marzo de 1985, AI Index: EUR 01/0185.

²⁸ Véase, Christian Broda, “The Elimination of the Death Penalty in Europe” paper presentado en la reunión de los coordinadores europeos sobre pena de

próxima Conferencia que se celebraría en Copenhague, y Broda fue el impulsor de la Resolución n. 4 que recomendaba que el Comité de Ministros “refiriera las preguntas relativas a la pena de muerte a los órganos apropiados del Consejo de Europa para su estudio como parte del programa de trabajo del propio Consejo”²⁹ Siguiendo este llamamiento de Broda, el nuevo rapporteur, Carl Lidbom, presentó un informe al Comité en 1980 y afirmó que el debate sobre la pena de muerte debía continuar ya que este castigo “está siendo cuestionado ... desde una óptica de los derechos humanos”³⁰.

Durante la década de los setenta, España y Portugal abolieron este castigo para los delitos en tiempos de paz, y sólo Francia, en la región de Europa occidental, no era considerada como un país *de facto* abolicionista. Por lo tanto, existía, desde aquel entonces, un rechazo gubernamental casi uniforme de esta forma de castigo, dado que en esta región geopolítica, Dinamarca³¹ había abolido la pena de muerte de su legislación penal para crímenes ordinarios en tiempos de paz desde 1933, como Alemania (Occidental) (que había abolido este castigo para todos los crímenes en 1949, y la Alemania Oriental lo había hecho en 1978), Italia (1947), Holanda (1870), Noruega (1905), Portugal (1978), España (1976), Suecia (1921) y el Reino Unido (que la suspendió en 1965, y la confirmó en 1969)³². A medida que los Estados europeos occidentales le estaban dando la espalda a este castigo, y que la literatura contraria a la pena capital se hacía cada vez más presente, la Asamblea Parlamentaria encontraba una circunstancia políticamente más fértil para actuar. En 1980, la Asamblea Parlamentaria emitió su, hasta la fecha, más férrea proyección de derechos humanos en su Informe, Resolución

muerte de Amnistía Internacional, Estocolmo, 30 de marzo de 1985 AI Index EUR 01/01/85.

²⁹ Resolución No. 4 de la Reunión undécima de los Ministros europeos de Justicia sobre la pena de muerte Copenhague 21 – 22 de junio 1978.

³⁰ El informe no publicado de Bertil Lidgard fue reimpresso en el Informe, supra n. 22.

³¹ Dinamarca había ejecutado penas capitales para crímenes en tiempos de guerra en 1950.

³² Bélgica había mantenido la pena capital pero no la impuso durante este lapso, y era considerada *de facto* abolicionista. La última ejecución en Bélgica se realizó en 1950.

727 y Recomendación 891³³. El Informe específicamente identificaba la pena de muerte como inhumana³⁴ y Lidhom argumentaba que la pena capital era “indudablemente” una violación del artículo 3³⁵. Lidhom concluyó estableciendo, en términos absolutos, que “la pena capital debe ser abolida por la simple razón de que es inhumana y por ende incompatible con nuestro sistema de valores”. Al presentar este informe para el debate, Lidhom informó a sus compañeros parlamentarios que este era el “argumento crucial”³⁶ y varios colegas apoyaron este planteamiento³⁷. En consecuencia, la Asamblea Parlamentaria adoptó la Resolución 727 y anunció, sin reservas, que en su opinión, “la pena capital es inhumana”³⁸.

La Asamblea Parlamentaria pasó a aproximarse al Comité de Ministros y en su Recomendación 891 solicitó a su institución hermana que formulara estos principios abolicionistas en una nueva pieza legislativa³⁹. En 1981, el Comité de Ministros pidió al Comité Director de Derechos Humanos que preparase “un proyecto de Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos que aboliera la pena capital en tiempos de paz”⁴⁰. Por primera vez, se llevó a cabo un debate con posiciones enfrentadas entre el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria sobre lo que se convertiría el Protocolo

33 Informe, supra n. 22; Resolución 727 (1980) sobre la Abolición de la Pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria, (tercera reunión) 22 de abril de 1980; Recomendación 891 (1980) sobre la Abolición de la Pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria, (3 reunión) 22 de abril 1980.

34 Ibidem, Informe, pp. 2-3.

35 Ibidem, el Informe indicaba que la pena de muerte era “indudablemente” contraria al artículo 3 del Convenio, p. 14.

36 Véase, Asamblea Parlamentaria, Diario Oficial de Debates, 32 sesión ordinaria. Abolición de la Pena Capital. Debate sobre el Informe del Comité de Asuntos Jurídicos, Doc. 4509 y enmiendas, (2 y 3 reuniones), 22 de abril de 1980. Lidhom afirmó, “el argumento crucial es el que se contiene en el proyecto de resolución: la pena capital es inhumana y por tanto, incompatible con los derechos humanos” p. 54.

37 Ibidem, Sr. Flanagan de Irlanda, p. 56; Sr. Stoffelen de Holanda, p. 60; Sr. Meier de Suiza, p. 61; y Sr. Aasen de Noruega, p. 67.

38 Resolución 727, supra n. 33, para. 1.

39 Recomendación 891, supra n. 33.

40 Consejo de Europa “Introducción” en p. 5 Informe Aclaratorio sobre el Protocolo n. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, (1983).

n. 6 para la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, lo que sería el primer tratado regional de Derechos Humanos que pide restringir la pena de muerte a tiempos de guerra. En 1982, el Protocolo n. 6 fue adoptado, y el artículo 1 sencillamente declara:

“La pena de muerte debe ser abolida. Nadie debe ser condenado a dicha pena o ser ejecutado”

No obstante, el artículo 2 permite que los Estados “adopten medidas para aplicar la pena de muerte en relación a actos cometidos en tiempos de guerra o ante una amenaza inminente de guerra”. Ni en el Preámbulo del Protocolo ni en sus artículos se hizo referencia alguna a que la pena de muerte en tiempos de paz era una violación de la prohibición de tratos inhumanos. Una omisión que no satisfizo a la Asamblea Parlamentaria.

2.3. La Expansión del Consejo de Europa

Tras la Cumbre en Viena en 1993 y la adopción de la Declaración de Viena⁴¹, la posibilidad de que el Consejo se ampliara para incluir a Estados miembros de Europa central y oriental se hizo realidad. La Declaración de Viena, en su párrafo noveno, declaraba que ante los retos futuros a los que tendrá que hacer frente la organización ampliada, se tenía que formular “en el terreno jurídico cuáles eran los valores que definen nuestra identidad europea”⁴². La Asamblea Parlamentaria inmediatamente se puso a establecer que un componente intrínseco de dicha “identidad europea” se infería de su discurso contrario a la pena de muerte realizado en el marco del Convenio. De hecho, Hans Göran Frank, el siguiente *rapporteur* del Comité de Asuntos Jurídicos no perdió tiempo. En 1994 se propuso evaluar las normas relativas a la pena capital en todos los Estados miembros, ya que sí bien en aquel entonces, los Estados miembros occidentales habían denunciado la pena de muerte para crímenes ordinarios, el Protocolo n. 6 no había sido firmado y ratificado por

⁴¹ Declaración de Viena, Decl. – 09. 10.93 E, 9 de octubre de 1993.

⁴² *Ibidem*, noveno párrafo.

todos ellos⁴³, y era necesario que se consiguiera en orden a extender el abolicionismo con éxito en Europa central y oriental. Frank propugnó por incluir el requisito de que los futuros Estados miembros tuvieran que aceptar esta interpretación evolutiva de los Derechos Humanos⁴⁴, y proponía que un Consejo ampliado tuviera la posición firme de que la pena de muerte es “un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3”⁴⁵. Tomando este nuevo discurso, la Asamblea Parlamentaria reforzó la agenda abolicionista mediante la Resolución 1097 que fijaba que la abolición de la pena capital sería un requisito para nuevas adhesiones⁴⁶.

Con objeto de facilitar los procesos de abolición de los nuevos Estados miembros, la Asamblea Parlamentaria consultó a la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (más conocida como “Comisión Venecia”)⁴⁷. La Comisión Venecia identificó la existencia de “un paralelismo entre pena de muerte y la comisión de tortura y de tratos o penas inhumanas o degradantes”⁴⁸ que empezaba a ser generalmente aceptada en este proceso de expansión. Por ejemplo, la Constitución de Rumania en su artículo 22, sección

⁴³ Países que aparecen aquí con sus fechas de ratificación entre paréntesis: Bélgica (1998), Grecia (1998), Irlanda (1994), y Reino Unido (1999).

⁴⁴ Hans Göran Franck, *The Barbaric Punishment: Abolishing the Death Penalty* (The Hague: Martinus Nijhoff Press, 2003), p. 64.

⁴⁵ Informe sobre la Abolición de la Pena Capital, Doc. 7154, Asamblea Parlamentaria, 15 de septiembre 1994, para. 3.

⁴⁶ Resolución 1097 (1996) sobre la abolición de la pena de muerte en Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 1996 (24 reunión).

⁴⁷ Para una mayor información sobre la Comisión Venecia, véase, www.venice.coe.int/. Véase, Resolución (90) 6 sobre un acuerdo parcial estableciendo la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 1990 en su 86 sesión. El mandato actual de la Comisión Venecia se puede encontrar en la Resolución (2002) 3 que revisa el estatuto de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, adoptado por el Comité de Ministros el 21 de febrero de 2002 en la reunión número 748 de Representantes de los Ministros.

⁴⁸ Opinión sobre la Compatibilidad de la Pena de muerte con la Constitución de Albania adoptada por la Comisión en su reunión plenaria núm. 38 (Venecia, 22-23 de marzo 1999) sobre la base del informe presentado por el Sr. Giorgio Malinverni (Suiza) y la Sra. Hanna Suchocka (Polonia), CDL – INF (1999) 004 e. Estrasburgo, 24 de marzo de 1999.

2, declara que “nadie puede ser sometido a torturas o ningún tipo de trato o pena inhumano y degradante” y en la sección 3 se afirma “la pena de muerte esta prohibida”. Además, el artículo 25 de la Constitución albanesa copia el artículo 3 del Convenio⁴⁹. Se apuntó también que los Tribunales Constitucionales nacionales estaban adoptando esta posición en su jurisprudencia al anular sentencias con pena de muerte. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania de 1999 que mantenía que la pena capital era inhumana y violaba el artículo 28 de la Constitución del país. La Comisión Venecia observó:

Por tanto puede establecerse, y con confianza, que las dimensiones nacionales e internacionales del Derecho europeo tienden tanto de forma independiente como conjunta hacia la abolición de la pena capital. La evolución en esta dirección es clara y se está convirtiendo en un pilar central del orden público europeo⁵⁰.

La Comisión Venecia ayudó a guiar la legislación del nuevo Estado miembro y proporciono material de apoyo para las decisiones judiciales, así como prestó asistencia, y reforzó, la promoción de un nuevo Protocolo (Protocolo n. 13) que prevé la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia.

2.4. *Éxito agridulce del Protocolo n. 13*

Por todo lo anterior, se podía esperar que el contenido del texto del Protocolo n. 13 recalcase la importancia del artículo 3⁵¹. De hecho, en los debates de la Asamblea Parlamentaria sobre el texto del

⁴⁹ Ibidem, La Comisión declaró que “tanto el artículo 25 de la Constitución de Albania como el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que Albania es parte no dejan lugar para la ejecución de la pena capital” p. 6.

⁵⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho. Actividades de la Comisión Venecia relativas a la supresión de la pena capital por Mr. J. Klucka presentado en el Coloquio sobre “The Impact of the case – law of the European Court of Human Rights on the activity of the Constitutional Courts of Central and Eastern Europe” Universidad de Clermont – Ferrand, 15-16 de noviembre de 2002, CDL – JU (2002) 38, Estrasburgo, 20 de noviembre de 2002, sección 2.

⁵¹ Proyecto de Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, Asamblea Parlamentaria Doc. 9316, 15 de enero de 2002, I Proyecto de Opinión para.2.

Protocolo, y el informe presentado por Renate Wohlwend, la Sra. Auken de Dinamarca mantuvo, *inter alia*, que la “aplicación de la pena de muerte representa un trato inhumano y degradante”⁵². En el 2002, el Protocolo n. 13 que establece la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia fue adoptado y su Protocolo declara que la abolición de la pena de muerte resulta esencial para la protección del derecho a la vida y “para el reconocimiento absoluto de la dignidad inherente a todos los seres humanos”. Sin embargo, se sigue manteniendo la laguna del Protocolo n. 6, y el nuevo Protocolo no menciona la prohibición del artículo 3 en ninguno de sus artículos. El Protocolo n. 13, en su artículo 1, sólo declara: “la pena de muerte será abolida. Nadie será condenado a dicha pena, ni ejecutado”.

La calificación por parte de la Asamblea Parlamentaria de la inhumanidad inherente a esta forma de castigo no ha recibido apoyo legislativo por el Comité de Ministros. Al ser, éste el órgano responsable, en última instancia, de la redacción del texto de los Protocolos, al Comité de Ministros corresponde la responsabilidad de esta omisión. Tradicionalmente, el Comité se ha mostrado escéptico frente a las intenciones, más bien radicales, de la Asamblea Parlamentaria de adelantar las fronteras de los derechos humanos, y Danny Nicol ha observado que la Asamblea Parlamentaria puede considerarse como más “entusiasta” en su visión de la legislación en materia de Derechos Humanos, mientras que el Comité de Ministros adopta una perspectiva más “cauta”⁵³.

El Comité de Ministros reúne a los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de ahí que la legislación restrictiva sea quizás un indicio de que los gobiernos soberanos desean mantener para sí mismos los mecanismos para interpretar los límites de los Derechos Humanos y, de forma específica, el alcance del artículo 3. De hecho, el Comité de Ministros es aconsejado por sus grupos subsidiarios que incluye al Relator del Grupo de Derechos Humanos quien durante la redacción del Protocolo n. 13 recomendó omitir

⁵² *Ibíd*em, comentarios de la Sra. Auken de Dinamarca, p. 16.

⁵³ Danny Nicol, “Original Intent and the European Convention on Human Rights” PL 152 (2005), p. 154.

disposiciones que hubieran hecho desaparecer la mención a la pena de muerte de la segunda frase del artículo 2(1). El Grupo apuntó las recomendaciones hechas por Renate Wohlwend, para que el Comité de Ministros eliminara la pena de muerte del texto del Convenio mediante el Protocolo n. 13, pero declaró “si bien reconociendo su importante apoyo político” para las opiniones de la Asamblea, el Grupo “llegó a la conclusión de que no era recomendable adherirse a la Recomendación”⁵⁴. El Grupo indicó que uno de los motivos para su rechazo era que una enmienda “hubiera dado lugar a diversas cuestiones jurídicas, a lo que se añadirían declaraciones territoriales y reservas”⁵⁵.

Lo anterior viene a explicar por sí sólo porque aunque el artículo 3 tiene un gran volumen histórico en los archivos del Consejo, ha sido dejado al margen en los Protocolos. El hecho de que, *prima facie*, se permita el derecho de aplicar por parte de los Estados miembros la pena capital bajo el artículo 2(1) hubiera hecho difícil para el Comité situar correctamente el artículo 3 en el Protocolo. Nos parece que hasta que no se enmiende el artículo 2(1) no se dará la posibilidad de mantener la afirmación de que la pena de muerte resulta inhumana en toda circunstancia. Pero, recordando la historia del artículo 3, esto no puede significar que el contenido del Protocolo no puede tener una mención afirmando la importancia de esta prohibición. No existe razón alguna para que, al menos en su Preámbulo, se afirme (en la sintaxis del mismo, *Recordando ...*) las enconadas discusiones históricas. Tras el 2002, la Asamblea Parlamentaria, de manera coherente con este argumento, no ha retrocedido y ha seguido manteniendo abierto el debate del artículo 3. En el 2003, la Resolución 1349 repitió su firme apoyo a la posición absolutista de que la pena “no encontraba espacio legítimo alguno en los sistemas penales de las sociedades civilizadas modernas” y por tanto, era “un acto de tortura, y de trato inhumano y degradante, y en

⁵⁴ Relator del Grupo sobre Derechos Humanos, documentos de referencia: Convenio Europeo de Derechos Humanos, Proyecto de Protocolo No. 13 sobre la Abolición de la Pena de muerte en toda circunstancia, Reunión de los Representantes de los ministros n. 748, de 21 de febrero de 2002, párrafo sexto no numerado.

⁵⁵ *Ibidem*.

consecuencia, una grave violación de derechos humanos universalmente reconocidos”⁵⁶ Además, Wohlwend afirmó en 2006 que la Asamblea Parlamentaria había presentado numerosas resoluciones y recomendaciones sobre la abolición de la pena capital, y mantuvo que seguiría afirmando “su absoluta oposición a la pena capital, que considera como un acto de tortura y un trato inhumano y degradante, y sin duda, la más grave violación de los derechos humanos”⁵⁷. No todo ha sido en vano y se ha alcanzado algún progreso. En el 2007, el Comité de Ministros puso de manifiesto que sus sentimientos hacia el artículo 3 habían cambiado, y declaró, de forma muy semejante a la Asamblea Parlamentaria, que ahora promueve una “firme oposición a la pena de muerte que constituye un castigo inhumano en clara oposición con el derecho fundamental a la vida que todo individuo debe disfrutar”⁵⁸. Sin embargo, este nuevo lenguaje sigue estando, al día de hoy, fuera del texto del Convenio, del Protocolo n. 6 y del Protocolo n. 13. Por tanto, es razonable esperar que sí el artículo 2 (1) se revisa en el futuro y la segunda frase que, *prima facie*, permite la pena de muerte se elimina, el próximo Protocolo para alcanzar esta modificación legislativa incluirá una afirmación expresa de que la pena de muerte no es sólo una violación del derecho a la vida y la dignidad humana sino también una violación de la prohibición de penas inhumanas como se dispone en el artículo 3.

⁵⁶ Resolución 1349 (2003) Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (Reunión n. 30), para. 2.

⁵⁷ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y con estatuto de observador del Consejo de Europa que todavía no han abolido la pena de muerte. Doc. 10911, Asamblea Parlamentaria, 21 de abril 2006; B. Memorando de Explicación, de Sra. Renate Wohlwend, para.1.

⁵⁸ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y con estatuto de observador del Consejo de Europa que todavía no han abolido la pena de muerte, Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1760 (2006), Respuesta adoptada por el Comité de Ministros el 13 de enero de 2007 en la reunión n. 985 de los Representantes de los ministros, CM/ AS (2007) Rec. 1760 final, 2 de febrero de 2007, para. 2.

2.5. Estados con el estatuto de observadores en el Consejo de Europa y la Aplicación de la pena de muerte en Japón y Estados Unidos de América

En la actualidad, el Consejo cuenta con cinco Estados con estatuto de observador que son Canadá, Japón, México, la Santa Sede y Estados Unidos de América⁵⁹. En la Resolución estatutaria No. (93) 26 sobre Estados con rango de Observadores, el párrafo uno, indica que estos Estados deben aceptar los principios de Derechos Humanos y “cooperar con el Consejo de Europa”⁶⁰. Esta disposición ha sido interpretada por la Asamblea Parlamentaria como una prohibición de que los Estados observadores⁶¹ apliquen la pena de muerte, de ahí que su aplicación fuera de las fronteras del Consejo también sea un castigo inhumano y degradante⁶². Desde su participación en 1996, tanto Japón como Estados Unidos han conservado la pena capital y ambos han llevado a cabo ejecuciones en el 2009⁶³. El hecho de tener Estados con rango de observadores que apliquen la pena capital es una situación paradójica para el Consejo que se creó ya que el estatuto de observadores para estos Estados se les concedió en 1996 antes de que el requisito ineludible para los Estados miembros de ratificar el Protocolo no. 6 hubiera conseguido el impulso suficiente. La Asamblea Parlamentaria ha señalado esta anomalía y es de la opinión que ningún Estado retencionista debería de tener estatuto de observador en el futuro. Para que se conceda este, se

⁵⁹ Resolución estatutaria No. (93) 26, sobre Estados observadores, adoptada el 14 de mayo de 1993.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 1.

⁶¹ Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, Doc. 9115, Asamblea Parlamentaria 7 de junio de 2001: Recomendación 1627 (2003). Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (30 Sesión) y Resolución 1349 (2003) Abolición de la Pena de Muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003 (30 Sesión).

⁶² La Pena de Muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa y en sus Estados observadores – una violación inaceptable de los derechos humanos, Doc. 11675, Asamblea Parlamentaria, 1 de julio de 2008. Moción para una resolución presentada por la Señora Wohlwend y otros, para.1.

⁶³ Informe de Prensa – 071 (2009) *supra*, n. 10.

debe alcanzar, al menos, la abolición *de facto*, siendo deseable la *de iure*⁶⁴.

En un Informe de 2001, la Asamblea “deploro profundamente” los sistemas de pena capital en Japón y Estados Unidos⁶⁵. Cuestionando que pudieran seguir con sus estatutos de observadores si seguía sin haber “un progreso significativo en la implementación de esta Resolución antes del 1 de enero de 2003”⁶⁶. No obstante, no se ha alcanzado progreso alguno y tras la aplicación de la pena de muerte como manifestaciones del “excepcionalismo americano”⁶⁷ y del “excepcionalismo japonés”⁶⁸ el diálogo sigue abierto. Elemento central en las conversaciones de la Asamblea Parlamentaria con Japón y Estados Unidos es que la pena de muerte es una violación inaceptable de los Derechos Humanos⁶⁹, y ha reiterado a ambos que la pena de muerte “representa tortura y un trato inhumano y degradante”⁷⁰. La Asamblea ha “insistido” a Japón y los Estados Unidos que establezcan una moratoria y tomen medidas para abolir la pena de muerte⁷¹, y ha manifestado a ambos países que los asistirá “en sus esfuerzos, en particular, promoviendo el diálogo

⁶⁴ Recomendación 1760 (2006) Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena capital, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 2006 (Sesión n. 20); Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena de muerte, Doc. 10152, Asamblea Parlamentaria, 28 de abril de 2004.

⁶⁵ Resolución 1253 (2001) Abolición de la Pena Capital en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 25 de junio de 2001 (Reunión n. 17).

⁶⁶ Ibidem, Parte I, para. 10.

⁶⁷ Véase, Carol Steiker, “Capital Punishment and American Exceptionalism” pp. 57-89 en Michael Ignatieff (ed) *American Exceptionalism and Human Rights*, (Princeton: Princeton University Press, 2005).

⁶⁸ Véase, David T. Johnson y Franklin E. Zimring, *The Next Frontier: National Development, Political Change and the Death Penalty in Asia*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 82-3.

⁶⁹ *supra*, n. 63, para. 1.

⁷⁰ Abolición de la Pena de muerte en los Estados observadores del Consejo de Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2003, *supra*, n. 62.

⁷¹ Ibidem, para 4.

parlamentario en todas sus manifestaciones”⁷². La Asamblea ha señalado que ha tenido “éxito en la toma de contacto de diálogo con los parlamentarios japoneses”⁷³ en lo que denominó como “diálogo parlamentario transpacífico”⁷⁴. En claro contraste, ha fracasado ampliamente en sus esfuerzos para promover “un diálogo transatlántico parlamentario” con Estados Unidos⁷⁵. De ahí, que la Asamblea pidiera al Congreso norteamericano y a su gobierno, tanto a nivel federal como estatal, que entablase un diálogo más constructivo con el Consejo de Europa en este tema. Anima a los políticos estadounidenses a crear “lobbies” abolicionistas en sus respectivas asambleas parlamentarias, y a continuar invitando a los oponentes a participar en un debate bien informado⁷⁶. Estas recomendaciones no fueron tomadas en cuenta lo que llevo a la Asamblea Parlamentaria a declarar en 2004 que el diálogo con Japón y los Estados Unidos “debía reanudarse con carácter urgente”⁷⁷ y más recientemente, en 2008 la Asamblea pidió al Consejo de Ministros que “reiterase una posición de principios de que los Estados que disfrutaban de estatuto de observador (...) no aplicarán la pena de muerte”⁷⁸ lo que el Consejo hizo en enero de 2009⁷⁹. Esto demuestra que, si bien, tres de los Estados observadores han aceptado y se han unido, al Consejo en su discurso abolicionista, Japón y Estados Unidos son ejemplo de resistencia frente al actual proyecto de externalización. Con todo, el artículo 3

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, para 5.

⁷⁴ Ibidem, para 4.

⁷⁵ Ibidem, para 6.

⁷⁶ Ibidem, para 10.

⁷⁷ Posición de la Asamblea Parlamentaria respecto de los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa que no han abolido aún la pena de muerte, Doc. 10152, Asamblea Parlamentaria, 26 de abril de 2004, párrafo final no numerado.

⁷⁸ Recomendación 1827 (2008) el Consejo de Europa y sus Estados observadores: la situación actual y el camino hacia delante, Debate en la Asamblea Parlamentaria de 23 de enero de 2008 (Sexta reunión) confirmando las disposiciones de la Resolución 1600 (2008).

⁷⁹ El Consejo de Europa y sus Estados observadores – la situación actual. Respuesta del Comité de Ministros, adoptada en la reunión 1045 de los Representantes de los Ministros (14 de enero de 2009), Doc. 11791, de 16 de enero de 2009.

sigue siendo utilizado por la Asamblea Parlamentaria, de manera consistente, para manifestar a estos Estados que la utilización de la pena de muerte representa la causación de un trato inhumano. Esta situación no variará hasta que estos dos países renuncien a la pena capital.

3. La Interpretación judicial del artículo 3

3.1. *La ausencia de armonía entre el artículo 3 y el artículo 2(1)*

Los órganos judiciales de la (antigua) Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dedicaron a la difícil tarea de reconciliar el artículo 3 con la posibilidad de la pena de muerte como se incluye en la segunda frase del artículo 2(1). El principal asunto era el de considerar si el artículo 3 *per se* convierte a la pena de muerte en una violación del Convenio, o mantener que la prohibición queda restringida a analizar los distintos aspectos de los sistemas judiciales que permiten la pena capital. El primer razonamiento iría en consonancia con las opiniones de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros, pero el segundo reduciría los estándares que se han venido promoviendo. En *Kirkwood c. Reino Unido*⁸⁰, la Comisión Europea de Derechos Humanos por vez primera considero esta intrincada cuestión y sostuvo que:

Se puede observar cierta falta de armonía entre los artículos 2 y 3 del Convenio. Mientras que el artículo 3 prohíbe todas las formas de tratos y castigos inhumanos y degradantes sin ningún tipo de distinción, el derecho a la vida no queda protegido de idéntica manera. El Artículo 2(1) expresamente contempla la posibilidad de imponer la pena capital⁸¹.

Esta posición de la Comisión de 1984 contradecía la posición de la Asamblea Parlamentaria de 1980 y puede ser interpretada como reflejo de un elemento ambivalente, o al menos de un punto de des-

⁸⁰ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, (1984) 6 E.H.R.R. CD 373 p. 184.

⁸¹ *Ibidem*, p. 190

encuentro de los órganos del Consejo. La Comisión estableció la regla cardinal de que el derecho a la vida tiene ciertas características que en su sentido práctico significa que se interpreta que existen algunas circunstancias (inespecíficas) en las que la pena capital no se considera como una violación del artículo 3. Poco después, en el *Asunto Soering c. Reino Unido* de 1989, el Tribunal consideró la extradición de Jens Soering, ciudadano alemán, al estado de Virginia para enfrentarse a un juicio de pena capital por el asesinato de los padres de su novia. En el transcurso del proceso, Amnistía Internacional presentó una carta *amicus curiae* y sostuvo que la evolución de los estándares de interpretación significaba que la pena de muerte debía ser considerada, en la actualidad, como una violación del artículo 3, y que la extradición del procesado le produciría el padecimiento de un trato inhumano⁸². En aquel tiempo, el Protocolo n. 6 había sido ratificado por 13 Estados miembros y el Tribunal consideró apropiado valorar la importancia de esto para su interpretación de los artículos 2(1) y 3⁸³ Sostuvo:

[las] prácticas posteriores de las políticas nacionales en materia penal, en forma de una abolición generalizada de la pena capital, pueden ser evaluadas como propias de un acuerdo de los Estados partes de abrogar la excepción prevista en el artículo 2(1) y por tanto, eliminar un límite textual sobre el alcance de la interpretación evolutiva del artículo 3.... No obstante, el Protocolo n. 6 como un acuerdo escrito posterior, muestra que la intención de las partes, en una fecha tan reciente como 1983, era la de utilizar el método normal de revisión del texto en orden a introducir una nueva obligación para abolir la pena capital en tiempos de paz, y lo que es más, hacerlo mediante un instrumento opcional que permita a cada Estado elegir el momento en el que adoptar dicho acuerdo. A la luz de estas condiciones, y sin obviar, el carácter especial del Convenio... El artículo 3 no puede ser interpretado como una norma que prohíbe de forma general, la pena de muerte⁸⁴.

El Tribunal en el *Asunto Soering* siguió el razonamiento de la Comisión en *Kirkwood* y rechazó la posibilidad de que el artículo 3 pre-

⁸² *Asunto Soering c. Reino Unido*, (1989) 11 E.H.R.R. 439, para. 8.

⁸³ Los trece Estados miembros que habían ratificado el Protocolo No. 6 en 1989 eran: Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, (San Marino), España, Suecia y Suiza.

⁸⁴ *Ibidem*.

viese una prohibición *per se* contra la pena de muerte. Esta línea de interpretación no variará a menos que el texto del artículo 2(1) sea enmendado. La decisión *Soering* puede ser vista como la aceptación judicial del papel tradicional de la revisión de un Convenio a través de la técnica legislativa de los protocolos con los Estados miembros adjuntando sus ratificaciones, y el Tribunal interpretando sobre la aceptación o no del Protocolo⁸⁵.

Posteriormente, en el 2003, todos los Estados miembros, a excepción de Rusia, habían firmado y ratificado el Protocolo No. 6, y el Protocolo No. 13 estaba abierto para su firma y ratificación. Los Estados miembros empezaron a firmar y ratificar este nuevo Protocolo y a crear un consenso de que la pena de muerte debía ser abolida en toda circunstancia. Este giro colectivo en la política penal fue considerado por la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Öcalan v. Turquía*⁸⁶. Un asunto sobre la sentencia de muerte de Abdullah Öcalan, líder del PKK —Partido de los Trabajadores del Kurdistán— condenado por los levantamientos kurdos dirigidos a la destrucción de “la integridad del Estado turco”⁸⁷. Esta fue la primera vez que un asunto llegó al Tribunal en el que se trataba de la aplicación de esta forma de castigo en el territorio de un Estado miembro. La Sala, primero, resumió los principios de interpretación general sobre el artículo 3 consistentes con la decisión del asunto *Soering*⁸⁸, y mantuvo que el límite textual que prevalecía en la armonización de los artículos 2(1) y 3 la impedían a adoptar una “interpretación evolutiva”⁸⁹. A pesar de esto, la Sala si llegó a admitir ciertos puntos cuando paso a explicar que “los [E]stados han acordado modificar la segunda frase del artículo 2(1) dado que permite la aplicación de la pena de muerte en tiempos de paz”⁹⁰. De ahí que se puede sostener que en tiempos de paz “la implementación de la pena de muerte puede ser considerada como un trato inhumano y

⁸⁵ Véase, Estatuto del Consejo de Europa, artículo 15(a).

⁸⁶ *Asunto Öcalan c. Turquía* (2003) 37 E.H.R.R 10.

⁸⁷ Mirja Trilsh y Alexandra Rüth, “Case Comment: *Öcalan v. Turkey*” 100 AJIL 180 (2006), p. 180.

⁸⁸ *Öcalan v. Turkey*, *supra*, n. 88, para 189, citando *Soering*, para 103.

⁸⁹ *Ibidem*, para. 191.

⁹⁰ *Ibidem*, para 198.

degradante contrario al artículo 3⁹¹, y en la Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen se explicó en mayor detalle:

El artículo 2 todavía permite la pena de muerte en tiempos de guerra. La conclusión lógica sería entonces que la pena de muerte representa una violación del artículo 3 en tiempos de paz pero no en tiempos de guerra (al estar permitida en el artículo 2)⁹².

La representación de *Öcalan* recurrió esta posición restrictiva de la Sala⁹³. En el recurso a la Gran Sala se sostenía que había tenido lugar una evolución en la dogmática penal que iba más allá de lo que reconocía la Sala⁹⁴, y esta modificación de la política significaba que el artículo 3 debía ser interpretado, como denunciando explícitamente la pena de muerte en toda circunstancia y no sólo limitada a tiempos de paz⁹⁵.

Öcalan también sostenía que había habido una abolición de facto en todos los Estados miembros del Consejo, de ahí que en esencia, ninguna interpretación del artículo 2(1) debería permitir a un Estado miembro infringir un trato inhumano y degradante, y que la pena de muerte *per se* era constitutivo de dicho trato⁹⁶. A pesar de esto, la Gran Sala se mantuvo aferrada a sus anteriores decisiones. El Tribunal en el *Asunto Soering* dio preeminencia a las firmas y ratificaciones del Protocolo n. 6 por los Estados miembros y rehusó iniciar una revisión judicial hasta que no hubiera unanimidad en las ratificaciones. Tras la adopción del Protocolo No. 13, la Gran Sala aplicó los mismos principios interpretativos en *Öcalan* al identificar el Tribunal:

“En el momento actual, el hecho de que todavía haya un número importante de Estados que tienen aún que firmar o ratificar el Protocolo No. 13 puede impedir que el Tribunal establezca que es una práctica establecida de los Estados contratantes considerar la implementación de la pena de muerte como inhumana y degradante con-

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen, en 71.

⁹³ *Öcalan v. Turkey*, (2005) 41 E.H.R.R. 45, para. 157.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem, paras 157-158.

traría al artículo 3 del Convenio, ya que ninguna derogación se puede efectuar de dicha disposición, incluso en tiempos de guerra⁹⁷.

La Gran Sala era de la opinión de que sus manos estaban atadas a menos que se produjera la ratificación unánime del Protocolo n. 13. No obstante, al Juez Garlicki esta restricción no le satisfacía al parecerle que “se quedaba muy lejos de resolver el verdadero problema”⁹⁸. Declaró en términos absolutos que el Tribunal debía haber decidido que “el artículo 3 había sido violado porque toda imposición de la pena capital representa *per se* un trato inhumano y degradante prohibido por el Convenio”⁹⁹. Pero, no todos los jueces se mostraron de este parecer, como se contrasta en la Opinión Conjunta parcialmente disidente de los Jueces Costa, Caflisch, Türmen, y Borrego, que sostenía que el artículo 3 no establece *per se* una prohibición¹⁰⁰. En el asunto Öcalan, sostenían, “no hay violación del artículo 3 por la aplicación de la pena capital”¹⁰¹. Estos puntos de vista tan polarizados ponen de manifiesto el conflicto inherente en el Tribunal, y cuatro años después del fallo de la Gran Sala, ahora hay una mayoría de Estados miembros que han firmado y ratificado el Protocolo no. 13, sólo Armenia, Letonia, Polonia y España, quedan por ratificar, y Azerbaijan y Rusia por firmar. No obstante, los casos siguientes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se analizan *Infra*, no han determinado aún, de manera explícita, que el artículo 3 contemple *per se* una prohibición en toda circunstancia.

La Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han aplicado el artículo 3 a diversos aspectos del sistema de justicia capital, incluidos: (a) la fase de imputación de la pena y su sentencia, (b) la moratoria y las consecuencias de la suspensión de ejecuciones, (c) casos de extradición y deportación, (d) el impacto fisiológico y psicológico de las condiciones del encarcelamiento en el corredor de la muerte, (e) los distintos métodos de ejecución, y (f) el fenómeno del corredor de la muerte y

⁹⁷ Ibidem, para 165.

⁹⁸ Ibidem, Opinión parte concurrente y parte disidente del Juez Garlicki.

⁹⁹ Ibidem, paras 1-2.

¹⁰⁰ Ibidem, Opinión conjunta parcialmente disidente de Jueces Costa, Caflisch, Türmen y Borrego Borrego.

¹⁰¹ Ibidem.

la consideración jurisprudencial de los factores que lo acompañan. Estos aspectos se analizan a su vez, *Infra*.

3.2. *La imputación de la pena capital y su sentencia*

El Tribunal no ha analizado, de manera específica, aún en una opinión mayoritaria el tema aislado de la pena capital. Si bien, los jueces en la Opinión conjunta parcialmente disidente en el Asunto *Öcalan* (véase *supra*), mantuvieron que la pena capital en sí misma no era una violación del artículo 3, y la decisión de rechazar su competencia en el *Asunto Tarlan v. Turquía* se puede ver como que afirma esta posición¹⁰². Tarlan había sostenido que el proceso penal previo a la sentencia en su juicio capital era equivalente a una violación del artículo 3 porque “vivía con el temor de la pena de muerte”¹⁰³ pero el Tribunal apuntó que:

“Ante el mero hecho de que el demandante pudiera ser sentenciado a la pena capital y de que viviera con este temor, no lo consideraba suficientemente como equivalente a una violación dentro del significado del artículo 3 del Convenio. Por tanto, el Tribunal considera que [la aplicación] sea declarada inadmisibles en base a no estar bien fundamentada¹⁰⁴”.

Además, en el asunto *Güvec c. Turquía*, tuvo ocasión de considerar el proceso penal de un adolescente de 15 años que finalmente había sido liberado de la cárcel, pero que se enfrentó a un proceso de pena capital y a malos tratos durante su estancia en la misma¹⁰⁵. Había sido imputado por el antiguo Código penal turco, y el Tribunal sostuvo, que unido al trato inhumano que sufrió en prisión “durante un período de dieciocho meses fue juzgado por un delito que acarrearía la pena capital, lo que debía haber creado una absoluta incertidumbre al denunciante sobre su destino”¹⁰⁶. Una vez más, el Tribunal restringió su parecer al juicio pero no a la propia

¹⁰² Tarlan c. Turquía, Denuncia no. 31096/02, (Decisión parcial) 30 de marzo de 2006; (Decisión) 22 de marzo de 2007.

¹⁰³ *Ibidem*, para. 3.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Asunto Güvec c. Turquía*, Denuncia no. 70337/01, de 20 de enero de 2009

¹⁰⁶ *Ibidem*, para 91.

pena. Parecería que sí el Tribunal mantuviera que la imputación de la pena capital era en sí misma una violación del artículo 3, entonces el análisis del resto de aspectos del sistema de justicia capital sería un asunto irrelevante. No obstante, el Tribunal no ha aislado aún la pena capital en este sentido, de ahí que sea necesario revisar los distintos aspectos del sistema de justicia capital.

De la pena capital, la siguiente fase es el propio juicio y la sentencia. En *Öcalan*, el Tribunal afirmó que imponer la pena de muerte a una persona tras “un juicio parcial debe dar lugar a un grado significativo de angustia vital”¹⁰⁷ y que “la angustia no se puede disociar de la injusticia del proceso”¹⁰⁸. Al llegar a esta conclusión la Sala asoció el artículo 6 del Convenio sobre estándares de un juicio justo¹⁰⁹ con la imposición de tratos o penas inhumanas del artículo 3¹¹⁰. Esta sentencia observa, correctamente, la angustia que debe estar seguramente presente en el espíritu del acusado durante un proceso parcial de pena capital y la sentencia subsiguiente, y utilizo un examen objetivo para establecerla. *Öcalan* no presentó ningún argumento ni escrito ni oral de que, él hubiera experimentado esta angustia, pero el Tribunal si observo la presencia de un efecto cognitivo adverso que llevo al Juez Türman a una Opinión parcialmente disidente en la que declaró:

Los tratos inhumanos en el sentido del artículo 3 se basan en un concepto subjetivo, esto es, miedo y angustia sentida por el denunciante que alcanza el umbral que requiere el artículo 3. En ausencia de una denuncia en este sentido, no resulta posible para el Tribunal ponerse en el lugar del demandante y decidir *ex officio* que ha exis-

¹⁰⁷ Ibidem, para 207.

¹⁰⁸ Ibidem, para 169.

¹⁰⁹ Ibidem, paras. 111 y 169. El artículo 6(1) del Convenio afirma: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, ...”.

¹¹⁰ Stefano Manacorda, “Restraints on Death Penalty in Europe: A Circular Process” JICJ, 1 263 (2003) p. 281.

tido una violación del artículo 3 basándose en la asunción de que el demandante ha debido sentir dicho temor y angustia¹¹¹.

No obstante, el mecanismo objetivo para determinar los hechos se encuentra en el *Asunto Bader y otros c. Suecia*¹¹². Este caso se refería a la deportación de los denunciantes de Suecia para enfrentarse a la pena capital en Siria tras haber sido juzgados y condenados a muerte en un juicio *en ausencia*¹¹³. El Tribunal reiteró el análisis objetivo al declarar que la prueba de la inexistencia de juicios imparciales en Siria debe ocasionar un grado significativo de incertidumbre y agonía para los denunciantes “lo que llevaría a causarles inevitablemente a los denunciantes temor y angustia sobre su futuro si fueran llevados forzosamente a Siria” para enfrentarse a un juicio capital¹¹⁴.

Resulta conveniente cuestionarse este análisis objetivo y teorizar sobre cual sería la opinión de la Sala si considera que el demandante ha tenido un juicio imparcial, como parece fue el caso en *Tarlan*. Si una persona se enfrenta a la pena capital la “incertidumbre sobre el futuro” estará presente tras el proceso ya sea este parcial o imparcial. En *Soering* se sostuvo que la existencia de un proceso imparcial no paliaba los efectos de una posible sentencia a muerte, y se aceptaba que las disposiciones en los Códigos del estado de Virginia “sin lugar a dudas servían... para impedir una imposición de la pena de muerte caprichosa o arbitraria... si bien no anulaban el... fenómeno del corredor de la muerte para cualquier individuo una vez se produzca la condena a muerte”¹¹⁵.

Tanto, las sentencias *Tarlan* como *Öcalan* fallaron al no considerar el matiz de la posición *Soering* de que la equidad de un juicio capital no neutraliza la inhumanidad del castigo. Además, se sostiene que parece más lógico mantener que la percepción de un juicio de pena capital imparcial hace que la pena de muerte parezca más plausible y no menos. La certeza de una ausencia de las garantías del debido

¹¹¹ Opinión parcialmente disidente del Juez Türmen, en *Öcalan c. Turquía*, *supra*, n. 94.

¹¹² *Asunto Bader y otros c. Suecia*, (2008) 46 E.H.R.R. 13.

¹¹³ *Ibidem*, para. 17.

¹¹⁴ *Ibidem*, para. 47.

¹¹⁵ *Asunto Soering c. Reino Unido*, *supra* n. 83, para. 109.

proceso con mayor probabilidad llevaría a una condena a muerte y no a dudas sobre su aplicación. Si un Estado sortea las garantías del debido proceso en el marco del sistema de justicia capital lo hará con toda probabilidad para conseguir condenas capitales. En razón de esto, y para tener una jurisprudencia consistente de la Convención, sería más apropiado para el Tribunal sostener que el mismo inicio de un juicio capital representa un trato inhumano y esto, se sostiene, estaría en consonancia con la observación en *Soering* (supra). Toda vez que se presenten cargos por delitos capitales y se lleve a cabo el juicio en tiempos de paz, la judicialización de las debidas garantías u otras, de este específico proceso penal deben contemplarse como innecesarias, y sería siempre una violación automática.

3.3. *Moratorias de Ejecuciones*

El Tribunal ha considerado las complejas vicisitudes políticas y los parámetros de las moratorias de ejecuciones en los Estados miembros. Cuando Ucrania entró a formar parte del Consejo en 1995 se inició en este país una moratoria en las ejecuciones. Sin embargo, entre el 9 de noviembre de 1995 y el 11 de marzo de 1997, 212 personas fueron ejecutadas¹¹⁶. En el *asunto Poltoratskiy c. Ucrania*¹¹⁷, y otros casos con Ucrania como parte, decididos el mismo día¹¹⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apuntó que los denunciantes fueron condenados a muerte con anterioridad a que la moratoria entrase en vigor y citó los informes de la Asamblea Parlamentaria y las Resoluciones 1097, 1112 y 1179, y la Recomendación 1395 en la que constaba la violación de la moratoria por parte del

¹¹⁶ Resolución 1112 (1997) sobre el cumplimiento del compromiso realizado por Ucrania tras su adhesión al Consejo de Europa de poner en marcha una moratoria de ejecuciones, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 29 de enero de 1997 (5 reunión).

¹¹⁷ *Poltoratskiy c. Ucrania*, (2004) 39 E.H.R.R. 43.

¹¹⁸ Véase, *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, Denuncia no. 39042 /97, de 29 de abril de 2003, para 115; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, Denuncia no. 39483/98 de 29 de abril de 2003, para 129, *Asunto Dankevich c. Ucrania*, (2004) 38 E.H. R. R 25, para 126; *Asunto Aliev c. Ucrania*, Denuncia no. 41220/98, de 29 de abril de 2003, para 134; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, Denuncia no. 41707/98 de 29 de abril de 2003, para 167.

gobierno de Ucrania¹¹⁹. El denunciante fue condenado en diciembre de 1995, alrededor de 15 meses antes de que la moratoria entrase en vigor. No obstante, el Tribunal apuntó el riesgo de que la sentencia se llevara a cabo y que:

Los consecuentes sentimientos de miedo y ansiedad por parte de los condenados a muerte debían haber disminuido a medida que el tiempo pasaba y la moratoria *de facto* seguía estando en vigor¹²⁰.

Resulta difícil comprender cómo violar una moratoria puede disminuir el efecto psicológico de la pena capital y de su encarcelamiento en el corredor de la muerte en el estado de ánimo del denunciante. Si bien es cierto que las moratorias deben ser analizadas sobre una base casuística, parecería mucho más razonable pensar que conocer de la reanudación de las ejecuciones llevaría a una mayor concienciación de que el siguiente será “uno”. Sin embargo, el Tribunal aplicó un test de objetividad al caso y no consideró, de forma específica, el impacto adverso en el plano cognitivo subjetivo, y así la decisión de que la moratoria debía haber “disminuido el temor y la angustia del demandante, se aplicó a todas las denuncias en Ucrania¹²¹.- Este razonamiento no alteró el hecho de que el impacto acumulativo del corredor de la muerte en Ucrania era equiparable a una violación del artículo 3 pero muestra un ejemplo de cierta indulgencia con el gobierno ucraniano cuando intentó eliminar la pena de muerte de sus códigos mediante el proceso político de la moratoria, y posteriormente a través del proceso oficial de reforma constitucional. Se reconoce que este espacio de maniobra política contribuyó a una más amplia promoción de la abolición en Ucrania

¹¹⁹ Véase, Resolución 1097 (1996) sobre la abolición de la pena de muerte en Europa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 28 de junio de 1996 (24 reunión); Recomendación 1395 (1999) sobre el respeto de las obligaciones y compromisos por parte de Ucrania, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 27 de enero de 1999 (5 reunión).

¹²⁰ *Poltoratskiy c. Ucrania*, (2004) *supra* n. 119, para. 135.

¹²¹ Véase, *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, *supra* n. 120, para 115; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, *supra*, n. 120, para 129, *Asunto Dankevich c. Ucrania*, (2004) *supra* n. 120, para 126; *Asunto Aliev c. Ucrania*, *supra* n.120, para 134; *Asunto Khokhlich c. Ucrania*, *supra* n. 120 para 167.

en 1999 y que hoy haya ratificado el Protocolo No. 6 y el Protocolo No. 13.

Esta indulgencia judicial también se aplicó en el *Asunto G.B c. Bulgaria*¹²². Los informes médicos concluyeron que el denunciante temía por su vida durante la moratoria en Bulgaria lo que indicaría que se cumple con la diagnosis psicológica subjetiva que permite la determinación judicial de que el denunciante fue tratado de manera inhumana¹²³. Además, la Asamblea Parlamentaria sostuvo que había un elevado índice de delincuencia e inestabilidad política que podía cuestionar la moratoria en este país¹²⁴. No obstante, el Tribunal sostuvo que con la existencia de la moratoria, el temor del preso debía haber ido disminuyendo con el transcurso del tiempo¹²⁵. Incluso tomando en consideración los informes médicos y las observaciones de la Asamblea Parlamentaria, el Tribunal no dio razón alguna de por qué el temor y la ansiedad del demandante disminuirían. Sobre este punto, el Juez Tulkens emitió una Opinión concurrente particular, en la que se apartaba del razonamiento de la mayoría, en su análisis del artículo 3, al no incluir “el hecho de que durante largos años sufrió incertidumbre sobre sí la pena de muerte a la que había sido condenado le sería aplicada”¹²⁶. El Juez Tulkens halló fallos en la aceptación general de la solidez de la suspensión política del castigo, y señaló que las moratorias sólo pueden determinarse “en retrospectiva”¹²⁷ y no pueden ser jamás sucedáneos de reformas constitucionales. Del hecho de que las moratorias se dilaten en el tiempo puede ocurrir que se produzcan vicisitudes políticas que lleven a una reinstauración de la pena de muerte.

El Juez Tulkens, claramente, no se mostró cómodo con una sentencia a muerte suspendida durante 8 años, pero el voto de la ma-

¹²² *Asunto G. B c. Bulgaria*, Solicitud no. 42346/98, de 11 de marzo de 2004; véase también Iorgov c. Bulgaria (2005), 40 E.H.R.R. 7.

¹²³ *Ibidem*, *Asunto G. B. c. Bulgaria*, paras 45-48.

¹²⁴ Cumplimiento de Obligaciones y Compromisos por Bulgaria. Doc. 8180, Asamblea Parlamentaria, 2 de septiembre de 1998.

¹²⁵ *Asunto G. B. c. Bulgaria*, supra n. 124, para.76.

¹²⁶ *Asunto Iorgov c. Bulgaria*, y *Asunto G.B c. Bulgaria*, supra, n. 124, Opinión Particular concurrente del Juez Tulkens.

¹²⁷ *Ibidem*.

yoría no había identificado qué duración de la moratoria, en caso de que hubiera un plazo, sobrepasaría el umbral del artículo 3. En la actualidad no hay un criterio específico sobre qué duración de tiempo acarrearía una violación del artículo 3 o si un plazo indefinido sería una violación en su caso o no. Quizás esto sea debido a la persistente situación delicada de Rusia, que si bien no ha ratificado el Protocolo n. 6, si ha implementado una moratoria desde 1996. El Consejo no quiere distanciar a este Estado con exigencias en exceso duras y ha optado por presionar para su ratificación y la abolición a través del diálogo. Así funciona para Ucrania y es la esperanza del Consejo que Rusia le seguirá. Si bien la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros pidieron en repetidas ocasiones que Rusia presentara su instrumento de ratificación¹²⁸, su moratoria ha demostrado ser lo suficientemente firme como para impedir la ejecución de Nur – Pashi Kuylev por su participación en la masacre de la escuela de Belsan en 2004¹²⁹.

El gobierno turco no ha llevado a cabo ejecuciones desde 1984, en 1995, declaró que su política se limitaba a reducir el número de delitos castigados con pena de muerte, no a abolir la pena¹³⁰. Entre 1994 y el 2000 al menos se pronunciaron 100 condenas a muerte¹³¹. Analizando este período, Mehmet Gemalmaz sostuvo que la actividad legislativa en Turquía, principalmente, se ocupa de delitos anacrónicos castigados con pena de muerte y que “la verdadera vo-

¹²⁸ Por ejemplo, véase, la Resolución 1065 (1995) sobre procedimiento para una Opinión sobre la petición de adhesión al Consejo de Europa por parte de Rusia, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 26 de septiembre de 1995 (27 Sesión); Resolución 1455 (2005) sobre el respeto de las obligaciones y compromisos por parte de la Federación Rusa, texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 22 de junio de 2005 (21 Sesión); La Pena de Muerte en los Estados miembros y observadores del Consejo de Europa – una inaceptable violación de los derechos humanos, Doc. 11675, Asamblea Parlamentaria, 1 de julio de 2008; Abolición de la Pena de Muerte en todos los Estados miembros del Consejo de Europa CM/Del/Dec(2007) 1025/4.4 Reunión 1039, 22 de octubre de 2008.

¹²⁹ Véase, Noticias BBC “Beslan Attacker’s Sentence Stands” 26 de octubre de 2007 <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/Europe/7064234.stm>.

¹³⁰ Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide perspective* 3rd edn Oxford: Oxford University Press, 2002 p. 27.

¹³¹ Ibidem.

luntad política del poder legislativo en Turquía se dirige a mantener la pena de muerte y su aplicación regular e intensiva”¹³². En 1994, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró la moratoria de Turquía en el *Asunto Cinar c. Turquía* y observó que la moratoria había sido aplicada de manera consistente y que la amenaza de ejecución del denunciante era “ilusoria”¹³³. Al tiempo de esta decisión, la moratoria turca había estado en vigor durante 10 años y la Comisión Europea de Derechos Humanos la considero como “bien consolidada”¹³⁴.

Sin embargo, encontramos una excepción a este razonamiento en el asunto *Öcalan c. Turquía*¹³⁵ al tiempo en el que la moratoria ya había estado en vigor durante 19 años. La Sala consideró que el caso de Abdullah Öcalan se diferenciaba del Asunto Cinar en razón de las específicas circunstancias políticas. Öcalan era el fundador y líder político del Partido de los Trabajadores del Kurdistán y su milicia kurda había “llevado a cabo actos de violencia que ocasionaron miles de víctimas, lo que hacía de él, la persona más buscada de Turquía”¹³⁶. Como resultado, incluso con la moratoria que había durado hasta 2003, la Sala sostuvo: “en relación a la cuestión de si debía ser ejecutado, no queda lugar a duda que el riesgo de que la sentencia se ejecute es real”¹³⁷. Esta situación duro hasta que la moratoria se concluyó con una enmienda a la Constitución de Turquía en octubre de 2001, y la afirmación de la abolición de la pena de muerte por el Tribunal Constitucional de Turquía el 27 de diciembre de

¹³² Mehmet Gemalmaz, “The Death Penalty in Turkey (1920-2001): Facts, Truths and Illusions” 2002 13 Criminal Law Forum 91, p. 100.

¹³³ *Asunto Cinar c. Turquía*, Denuncia no. 17864/91, de 5 de septiembre de 1994, en p. 9, para. 5 Una percepción exagerada de que la pena de muerte pudiera ser aplicada también se planteó en el *Asunto Fedai Sahin c. Turquía*, Denuncia no. 21773/02 (final) donde el Tribunal sostuvo: “el riesgo de aplicación de la pena de muerte es prácticamente ilusorio” para. 29.

¹³⁴ *Ibidem*, para 5.

¹³⁵ *Asunto Öcalan c. Turquía*, *supra* n. 95.

¹³⁶ *Asunto Öcalan c. Turquía*, *supra* n.90, para. 210.

¹³⁷ *Ibidem*.

2002¹³⁸. En el recurso, la Gran Sala confirmó la decisión de la Sala y declaró que el caso Öcalan era una “circunstancia especial”¹³⁹

3.4. Extradición y Deportación

El Convenio Europeo, el Convenio Europeo multilateral sobre Extradición y sus Protocolos¹⁴⁰, y los acuerdos bilaterales¹⁴¹, regulan los procedimientos de extradición transfiriendo a los individuos desde Estados miembros del Consejo a los Estados receptores. En el marco del proceso de entrega de sospechosos que se enfrentan a cargos de pena capital ha habido una evolución en el escrutinio judicial. Un primer caso de 1963 puso de manifiesto que las extradiciones se producían incluso cuando existía la posibilidad de que se produjeran tratos inhumanos en el Estado requirente¹⁴². Sin embargo, en la década de los 70, la Comisión comenzó a aceptar que las circunstancias que rodean a la extradición podían llevar a una violación del Convenio¹⁴³. Ivan Shearer apuntó en 1971 que cada vez se hacía más frecuente, la inclusión de disposiciones, bajo determinadas circunstancias, en los acuerdos de extradición prohibiendo la pena de muerte¹⁴⁴. A continuación en 1983, la extradición de un sospechoso para enfrentar a un proceso capital fuera de las fronteras de un Estado miembro del Consejo se consideró en el *asunto*

¹³⁸ Ibidem, para. 47.

¹³⁹ *Asunto Öcalan c. Turquía*, supra n. 95, para.172.

¹⁴⁰ Convenio Europeo de Extradición, CETS No. 024 de 13 de diciembre de 1957; Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, CETS No. 086, Estrasburgo, 15 de octubre de 1975; Protocolo Adicional Segundo al Convenio Europeo de Extradición, CETS, No. 098, Estrasburgo, 17 de marzo de 1978.

¹⁴¹ Véase, Tratado de Extradición entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de los Estados Unidos de América (1977) 1049 UNTS 167.

¹⁴² Véase, *Asunto X c. República Federal de Alemania*. Denuncia no. 1802/62, de 26 de marzo de 1963 p. 462.

¹⁴³ Véase, *Asunto Kerkoub c. Bélgica*, Denuncia no. 5012/71 40 Colección de Decisiones 55 (1972).

¹⁴⁴ ---; *Extradition in International Law* Manchester: Manchester University Press, 1971 p. 149; véase, también William A. Schabas, “Indirect Abolition: Capital Punishment’s Role in Extradition Law and Practice” 25 *Loyola L. A Int’l and Comp. L. Rev.* 581 (2003).

*Kirkwood c. Reino Unido*¹⁴⁵. Kirkwood fue extraditado al estado de California para enfrentar un proceso capital y la Comisión fue de la opinión de que esto no era una violación del artículo 3 del Convenio¹⁴⁶, a lo que siguió el *Asunto Soering c. Reino Unido*¹⁴⁷, en el que el Tribunal consideró la posible extradición de Jens Soering desde el Reino Unido para enfrentar un proceso capital en el estado de Virginia. El Tribunal adoptó un razonamiento distinto al de la Comisión, al mantener la opinión que la extradición pudiera resultar en que el demandante fuera sentenciado a muerte, esperando que se produjera su ejecución en el corredor de la muerte transcurrido un tiempo de 6 a 8 años, y que sólo esto junto a la angustia mental que, consiguientemente, sufriría, era equiparable a una violación del artículo 3¹⁴⁸

Varios factores contribuyeron a la decisión del Tribunal de que la extradición le causaría a Soering un trato inhumano y degradante. El Tribunal consideró relevante que sólo tenía 18 años en el momento del crimen¹⁴⁹, que sufrió lo que los psiquiatras denominan un trastorno psicótico compartido “folie á deux”¹⁵⁰, que las condiciones en el corredor de la muerte a lo que se unía una detención prolongada contribuirían a su sufrimiento¹⁵¹, y finalmente, que Alemania había solicitado que como ciudadano alemán, Soering debía ser extraditado a su jurisdicción para ser juzgado allí¹⁵². Existía un acuerdo bilateral de extradición entre los gobiernos del Reino Unido y Estados Unidos¹⁵³, que permitía a cada gobierno rehusar la extradición de un sospechoso a menos que existieran “seguridades suficientes” de que la pena de muerte no sería impuesta¹⁵⁴. Durante la negociación de la extradición, el estado de Virginia varió el contenido de las garantías y el Fiscal del estado expresó que pediría la pena capital, pe-

¹⁴⁵ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, supra n. 81.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 181.

¹⁴⁷ *Asunto Soering c. Reino Unido*, supra, n. 83.

¹⁴⁸ *Ibidem*, para. 106.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ibidem*, para 111.

¹⁵³ *Ibidem*, para 36.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

ro que presentaría al jurado los deseos del gobierno británico de que no se administrase este tipo de castigo. Bajo estas circunstancias el Tribunal sostuvo que existían razones sustanciales para creer que el denunciante sería sentenciado a muerte¹⁵⁵. Esta garantía no reunía los requisitos del Tratado y se yuxtaponía a los efectos cumulativos del sistema de justicia capital del estado de Virginia, de ahí que se sostuviera que violaba el artículo 3 del Convenio. El Juez De Meyer afirmó en su Opinión concurrente que la extradición sólo sería legal “si los Estados Unidos ofrecieran garantías plenas de que el acusado no sería ejecutado”¹⁵⁶. La garantía sólo era una promesa de interpretación ante el jurado asignado para el proceso y no una garantía absoluta frente al juicio capital.

Como resultado los Estados miembros¹⁵⁷ pueden utilizar los procesos de extradición para restringir y prohibir la pena capital en los Estados receptores fuera del ámbito territorial del Consejo¹⁵⁸. Richard Lillich declaró que la decisión Soering fue lo que “destapó la caja de Pandora” y su resonancia se pudo sentir internacionalmente¹⁵⁹. En el *Asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*¹⁶⁰, el Tribunal adoptó el principio Soering cuando consideró la entrega de un Estado miembro a otro para posiblemente enfrentarse a la pena capital. El Tribunal mantuvo que existía una violación del artículo 3 cuando se extraditó a un grupo de chechenos desde Georgia a

¹⁵⁵ Ibidem, para. 98.

¹⁵⁶ Véase, *Soering c. Reino Unido*, supra n. 83. Opinión concurrente del Juez De Meyer.

¹⁵⁷ Existen casos registrados de Tribunales de Estados miembros que han aplicado el Convenio para impedir la extradición de acusados que podrían enfrentarse a procesos capitales en los Estados receptores, por ejemplo, véase, *Asunto Short c. Reino de Holanda* (1990) traducido en 29 ILM 1378; y *Asunto Venezia c. Ministero di Grazia e Giustizia*, (1996) 79 Rivista Di Diritto Internazionale 815.

¹⁵⁸ Véase, *Asunto Soering c. Reino Unido*, Resolución del Comité de Ministros, Resolución DH (90) 8.

¹⁵⁹ ---; “Harmonizing Human Rights Law Nationally and Internationally: The Death Row Phenomenon as a Case Study” 40 St Louis U. L. J 699 (1996), p. 704.

¹⁶⁰ *Asunto Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, Denuncia no. 36378/02, de 12 de abril 2005. Georgia se adhirió al Convenio Europeo de Extradición el 13 de septiembre de 2001, y Rusia el 9 de marzo de 2000, por tanto, la disposición sobre pena de muerte del artículo 11 era de aplicación.

Rusia. Los demandantes chechenos mantuvieron que la extradición (entre tanto otros denunciantes estaban a la espera de ser extraditados) violaba los artículos 2(1) y 3 en razón del riesgo de sufrir la pena capital en Rusia. El Tribunal señaló que el gobierno ruso había implementado “una gradual eliminación de la pena de muerte”¹⁶¹ a través de la moratoria en todo el país, pero sostuvo que aún existía “el riesgo real y personal de tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 3”¹⁶². Asuntos de extradición también se han presentado en casos de terrorismo en los que era posible que se produjeran subsiguientes actos de violencia en los Estados miembros. En el *Asunto Chabal c. Reino Unido*, el gobierno del Reino Unido mantuvo que las amenazas a la seguridad nacional podrían ser tomadas en consideración en su decisión de efectuar o no la extradición del demandante. El Tribunal sostuvo que no había lugar para “equilibrar el riesgo de malos tratos con las razones para la expulsión a la hora de determinar si un Estado era responsable bajo la aplicación del artículo 3”¹⁶³. Además, declaró que “las actividades de los individuos en cuestión, a pesar de lo indeseables o peligrosas que sean, no pueden servir como material de consideración”, de ahí, que la seguridad nacional:

“No pueda ser invocada para hacer caso omiso del interés del individuo cuando se presentan razones substantivas que hacen creer que estará sujeto a malos tratos si fuera expulsado”¹⁶⁴.

Por tanto, cuando un Estado requirente demuestra que la pena capital no será impuesta es cuando se puede permitir. En el *Asunto Aylor-Davis c. Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró el proceso de extradición de Joy Aylor-Davis que estaba

¹⁶¹ Ibidem, para 330.

¹⁶² Ibidem, para 353, Véanse también paras 368 y 386. Esta decisión puede ser interpretada como un intento de impulsar a Rusia a ratificar el Protocolo No. 6.

¹⁶³ *Asunto Chabal c. Reino Unido*, (1997) 23 EHRR 413, para. 81.

¹⁶⁴ Ibidem, paras 80 y 78. Esta sentencia fue confirmada en el *Asunto Ahmed c. Austria*, Denuncia no. 25964/94, de 17 de diciembre de 1996, para 41; véase, también, *Asunto Saadi c. Italia*, Denuncia no. 37201/06 de 28 de febrero de 2008; *Asunto NA c. Reino Unido*, 25904/07 de 17 de julio de 2008; *Asunto Ismoilov y otros c. Rusia*, 2947/06, de 24 de abril de 2008.

imputado por un crimen capital en Texas¹⁶⁵. El Fiscal del condado de Dallas garantizó que no pediría la pena de muerte, y la Comisión sostuvo que el Convenio no sería violado en estas circunstancias¹⁶⁶. Más aún, en el *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, las autoridades de Uzbekistan ofrecieron garantías de que no impondría la pena de muerte si el sospechoso era extraditado y esto se considero que no violaba el artículo 3¹⁶⁷, y en el *Asunto Ismaili c. Alemania*, el gobierno marroquí aseguró a Alemania que el delito del que estaba acusado el imputado no era sancionable con la pena capital, por tanto la demanda concreta de que la pena de muerte sería, con probabilidad, aplicada en violación del artículo 3 quedó anulada¹⁶⁸. Esta línea jurisprudencial está significativamente ayudando a crear una norma, según la cual, en aquellas circunstancias de extradiciones en países miembros en los que se encuentre el acusado, el Estado requirente no tiene, hoy, la opción de imponer la pena capital¹⁶⁹ Susan Marks observa que esto es así porque, “los Estados partes son ahora responsables de las violaciones del artículo 3 que sean consecuencia previsible de la extradición”¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Asunto Aylor-Davis c. Francia*, Denuncia no. 22742/93, de 20 de enero de 1994.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Asunto Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, (2005) 41 EHRR, 25 para. 62.

¹⁶⁸ *Asunto Ismaili c. Alemania*, Denuncia no. 58128/00, de 15 de marzo de 2001. En el *Asunto F. H c. Suecia*, Denuncia no. 32621/06, de 20 de enero de 2009 se sostuvo que no existía un riesgo real de pena de muerte para el denunciante tras la caída del régimen de Saddam Hussein. Sin embargo, véase, la Opinión disidente del Juez Power a la que se unió el Juez Zupancic quien abiertamente se mostró contrario a la decisión de la mayoría de que no había un riesgo real de violación de los artículos 2(1) y 3.

¹⁶⁹ Sobre la “creación normativa” en relación a la pena de muerte y al Derecho internacional, véase, Sonia Rosen y Stephen Journey, “Abolition of the Death Penalty: An emerging norm of International Law” (1993) *Hammline J. Pub. L & Pol’y* 163; Sangmin Bae, *When the State no Langer kills: International Hman Rights norms and abolition of the Death Penalty* (Albany: State University of New York Press, 2007) en pp. 1-12.

¹⁷⁰ Susan Marks, “Yes, Virginia, Extradition May Breach the European Convention on Human Rights” 49 *Cam. L. J.* 194 (1990), p. 196.

3.5. *El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y la Evaluación de las condiciones del corredor de la muerte*

En la evaluación de las condiciones, estructura y regímenes de reclusión de varios corredores de la muerte en distintas prisiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado informes y estudios llevados a cabo por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (de aquí en adelante “CPT”)¹⁷¹. Según el artículo 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos degradantes o inhumanos, la tarea del CPT es la de examinar “el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes”¹⁷²

Jim Murdoch, un experto del CPT, ha descrito a éste como un “elemento central” y que el Comité ha promovido los derechos humanos a través de un “diálogo continuo” con los gobiernos de los Estados miembros¹⁷³. El CPT también ha desarrollado su propio “sistema de estándares”¹⁷⁴ que se articulan en los informes que son de una

Importancia transcendental en las denuncias que se presentan en Estrasburgo tanto a la hora de ayudar a establecer las circunstancias fácticas de la detención como para fomentar la revisión de la jurisprudencia existente sobre el artículo 3¹⁷⁵

¹⁷¹ Véase, de manera general, Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, en www.cpt.coe.int

¹⁷² Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes, ETS No. 126, artículo 1. Texto enmendado según las disposiciones del Protocolo no. 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes, CETS No. 151 Estrasburgo, 4 de noviembre de 1993; y Protocolo No. 2 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura o penas o tratos degradantes CETS No. 152, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1993 que entró en vigor el 1 de marzo de 2002.

¹⁷³ Jim Murdoch, “The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: activities in 1996 and 1997” E. L. Rev. 23 Supp (Human Rights survey), 199 (1998), pp. 199-200.

¹⁷⁴ Jim Murdoch, “The European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: activities in 2001” E. L. Rev. 27 Supp. (Human Rights survey 2002), 47 (2002), p. 55.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 59.

La Dirección General de Derechos Humanos ha apuntado que la función del CPT es la de “visitar todo lugar donde los individuos se encuentren privados de su libertad y asegurar que estas personas estén retenidas en condiciones humanas”¹⁷⁶. La opinión de Murdoch sobre el impacto de los informes del CPT se demuestra del hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya basado en estos en los casos de 2003 sobre el corredor de la muerte en Ucrania. El Informe del CPT al gobierno ucraniano de 1998 hacía la observación de que los prisioneros condenados a muerte pasaban las 24 horas del día encarcelados en celdas que “sólo ofrecían una cantidad, extremadamente limitada, de espacio vital y que carecían de acceso a luz natural, y en ocasiones sólo a una penumbrosa luz artificial”, y además, encontró que existía un insatisfactorio alto grado de aislamiento con contacto humano mínimo durante períodos que iban de diez meses a dos años, y que:

Dicha situación puede ser plenamente consistente con las disposiciones legales actualmente en vigor en Ucrania relativas al trato de condenados a muerte. Esto, no obstante, no cambia en opinión del CPT, que el hecho sea equiparable a un trato inhumano y degradante¹⁷⁷ (énfasis añadido).

Resulta significativo que si bien el CPT entiende que las condiciones del corredor de la muerte pudieran estar en conformidad con la legislación ucraniana existente, esto no le impedía pronunciar que representaban un trato inhumano y degradante. Esta averiguación de hechos fue posteriormente traducida a la jurisprudencia del Convenio por el Tribunal que mantuvo que las condiciones del corredor de la muerte en las prisiones era una violación concreta del artículo 3¹⁷⁸. Desde Soering, la jurisprudencia relativa a las condiciones en el corredor de la muerte ha progresado, y esto parece haberse

¹⁷⁶ Consejo de Europa, *Death is not Justice: The Council of Europe and the Death Penalty*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2007) pp. 23- 24.

¹⁷⁷ Informe al Gobierno de Ucrania sobre la visita realizada a dicho país por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos y penas degradantes o inhumanas (CPT) los días 8 a 24 de febrero de 1998.

¹⁷⁸ Véanse, *Asuntos Poltoratsky c. Ucrania*, *supra* n. 119, para. 109-117; *Asunto Kuznetsov c. Ucrania*, *supra* n. 120, para 89-96; *Asunto Nazarenko c. Ucrania*, *supra* n. 120, paras 94-102; *Asunto Dankievich c. Ucrania*, *supra*, n. 120, paras 94-102;

beneficiado, en gran parte, por los informes del CPT. Lo que el Tribunal considera, en la actualidad, son las circunstancias personales del solicitante incluido la edad, sexo, estado mental y físico tanto antes como durante su reclusión en el corredor de la muerte¹⁷⁹. Las condiciones materiales de las prisiones se analizan poniendo el énfasis en el acceso a la luz natural, aire fresco, y condiciones de vida adecuadas¹⁸⁰. El régimen de la prisión se evalúa en atención a las posibilidades de acceso a cuidados médicos, al suficiente ejercicio físico al exterior, y a una razonable cantidad de alimentos¹⁸¹, y también se valora el plazo de reclusión pero hasta la fecha no se ha definido qué plazo alcanza el umbral del artículo 3. Por último, el Tribunal ha afirmado que situaciones económicas desfavorables no son, *prima facie*, una excusa para permitir que las condiciones arriba descritas se mantengan¹⁸².

Siguiendo estos parámetros en los *Asuntos Iorgov c. Bulgaria y G.B c. Bulgaria*, el Tribunal mantuvo que se había producido una violación del artículo 3 debido a las condiciones de detención en la prisión de Sofía que comprendían el aislamiento en celdas durante 23 horas al día y contactos mínimos con otros presos o con la familia¹⁸³. El Tribunal se basó en el informe de la CPT de 1995 que registró el resultado de una visita a la prisión Stara Zagora, y utilizó los estudios de la CPT para un análisis comparativo¹⁸⁴. Además, en el *Asunto Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia*¹⁸⁵, el Tribunal mantuvo que

Asunto Aliev c. Ucrania, supra n. 120, paras 92-100; *Asunto Khokhlich c. Ucrania, supra* n. 120, paras. 133.141.

¹⁷⁹ Por ejemplo, véase, *Asunto Soering c. Reino Unido, supra* n. 83, para. 64.

¹⁸⁰ Véanse, *asuntos, supra*, n. 180.

¹⁸¹ Véase, *Asunto Soering c. Reino Unido, supra* n. 83.

¹⁸² *Asunto Poltoratskiy c. Ucrania, supra* n. 119, para. 148; *Kuznetsov c. Ucrania, supra*, n. 120, para 128; *Asunto Nazarenko c. Ucrania, supra* n. 120, para 144; *Asunto Dankievich c. Ucrania, supra*, n. 120, para 144; *Asunto Aliev c. Ucrania, supra* n. 120, para 151; *Asunto Khokhlich c. Ucrania, supra* n. 120, para. 181.

¹⁸³ *Asunto Iorgov c. Bulgaria, supra* n. 124, paras 48-50; *Asunto G. B c. Bulgaria, supra*, n. 124, paras. 49-50.

¹⁸⁴ El Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos o penas inhumanas o degradantes de 26 de marzo a 7 de abril de 1995, CPT/Inf (97) 1.

¹⁸⁵ *Asunto Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia*, Denuncia no. 48787/99 de 8 de julio de 2004.

el aislamiento absoluto en el corredor de la muerte durante ocho años y la ansiedad sobre una sentencia a muerte en la República Moldava de Transdniestria eran actos de torturas en el sentido del artículo 3¹⁸⁶. El Tribunal utilizó el informe del CPT sobre Moldavia que incluía una visita a la región de Transdniestria. Los doctores del CPT examinaron a Ilascu y a otros demandantes que habían sido reclusos durante ocho años y afirmaron que “el confinamiento en solitario podía, en determinadas circunstancias, ser equiparable a un trato inhumano y degradante”¹⁸⁷

3.6. Métodos de Ejecución

Los métodos de ejecución han recibido una mínima atención judicial. La horca, método habitual empleado en el Reino Unido, no fue recurrida en la Comisión entre 1950 y 1964¹⁸⁸ al no admitir el Reino Unido hasta 1966 las peticiones individuales ante la Comisión y el Tribunal. De igual forma, como apuntan Caroline Ravaud y Stephan Trechsel la guillotina en Francia no fue cuestionada a nivel regional cuando las ejecuciones fueron reanudadas en la década de los 70, y se debió a que Francia no aceptó las peticiones individuales hasta el año de abolición de la pena en 1981¹⁸⁹. La Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión del asunto *Soering* examinó la aplicación de la silla eléctrica¹⁹⁰ pero en el texto del recurso al Tribunal no se pronunció de forma específica sobre los métodos de ejecución, y limitó su participación a declarar que los efectos acumulativos del corredor de la muerte constituían un trato inhumano,

¹⁸⁶ *Ibidem*, paras 429, 430 y 440.

¹⁸⁷ El Informe de la visita del 27 al 30 de noviembre de 2000 por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos o penas inhumanas o degradantes en la región del Transdieper CPT/Inf (2002) 35, para. 289.

¹⁸⁸ Peter Anthony Allen y Gwynne Owen Evans fueron las dos últimas personas en ser ejecutadas en Inglaterra en 1964.

¹⁸⁹ Caroline Ravaud y Stephen Trechsel, “The Death Penalty and case – law of the institutions of the European Convention of Human Rights” en Consejo de Europa, *The Death Penalty: Beyond Abolition* (Estrasburgo: Ediciones del Consejo de Europa 2004, p. 85.

¹⁹⁰ *Asunto Soering c. Reino Unido*, Denuncia no. 14038/88 de 19 de enero de 1989, paras 141-143 donde la Comisión mantuvo que la electrocución no alcanzaba “un grado suficiente de gravedad contrario al artículo 3”.

y no se hizo referencia separada a la electrocución. En el *Asunto N.E c. Reino Unido*, el denunciante se enfrentaba a un proceso de extradición para su entrega al estado de Florida para hacer frente a un juicio capital y en el caso de que fuera sentenciado, sería ejecutado con la silla eléctrica, pero antes de que la Comisión pudiera valorar este Asunto, el denunciante retiró su petición¹⁹¹

No obstante, parecería quijotesco para el Tribunal argumentar que algún método de ejecución satisficiera el espíritu del Convenio, del Protocolo no. 6, del Protocolo no. 13 y del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. En orden a convertir una técnica de ejecución en aceptable según los términos del artículo 3, el Tribunal se vería obligado a rebatir la profusión de argumentos de la Asamblea Parlamentaria que a decir de Jonathan Glover indica que “subyace algo tan cruel sobre la forma de morir en la pena capital que excluye categóricamente toda posibilidad de justificación”¹⁹². Por ejemplo, Lidbom afirmó en su Informe de 1980 que:

Ninguno de los métodos de ejecución empleados hoy día logra acabar por completo con el sufrimiento físico que necesariamente acompaña una muerte violenta, dado que la muerte no puede ser instantánea. A esto se le debe añadir el sufrimiento moral y mental causado por largos períodos de espera y la incertidumbre.... La pena capital ciertamente representa “una pena o trato inhumano y degradante”, tanto por su propia naturaleza como por su impacto y, más aún, por el repudio inherente a toda ejecución, cualquiera sea el procedimiento elegido¹⁹³

En 1994, Hans Göran Franck amplió el argumento sobre las deficiencias en el marco de las técnicas y tecnologías de los distintos métodos de ejecución, y declaró:

Errores en el juicio del verdugo pueden llevar a estrangulamientos con graves padecimientos cuando es la horca el mecanismo de ejecución, y a un grado extremo de dolor y sufrimiento cuando el

¹⁹¹ *Asunto N. E c. Reino Unido*, Denuncia no. 10308/83, (1985) 37 DR 158 p. 184.

¹⁹² ---.; *Causing Death and Saving Lives*, London: Penguin Press, 1990 p. 231.

¹⁹³ Informe, *supra* n. 22, paras 2 y 13.

método es el pelotón de fusilamiento, la electrocución, la inyección letal o la cámara de gas, la decapitación o la lapidación¹⁹⁴.

En esencia, el lema abolicionista de la Asamblea Parlamentaria es el que ningún método de ejecución puede ser humano y que el castigo por tanto no puede justificarse de manera alguna.

3.7. El Fenómeno del Corredor de la Muerte

Los aspectos arriba señalados del sistema de justicia capital han sido valorados, en forma colectiva, bajo la etiqueta jurisprudencial del “fenómeno del corredor de la muerte”. Esto fue por primera vez reconocido en el *Asunto Kirkwood* como las circunstancias que rodean la detención prolongada de un preso en el corredor de la muerte antes de su ejecución¹⁹⁵. Kirkwood sostuvo que el artículo 3 prohibiendo los tratos inhumanos se violó por el “retraso injustificado en llevar a término las ejecuciones en California” y que “tras haber completado todos los recursos viables ... en el intervalo estará expuesto a la crueldad del fenómeno del corredor de la muerte”¹⁹⁶. El Tribunal en *Soering* confirmó que el fenómeno “puede describirse como consistente en una combinación de circunstancias a las que el denunciante se vería expuesto sí, tras haber sido extraditado al estado de Virginia, para enfrentarse a un cargo de pena capital, él fuera sentenciado a muerte”¹⁹⁷. William Schabas ha observado que “con la sentencia del Tribunal Europeo en el *Asunto Soering*, el término ‘fenómeno del corredor de la muerte’ ha entrado en la terminología dominante de derechos humanos¹⁹⁸ En consecuencia, la Asamblea Parlamentaria ha utilizado esta ideología del fenómeno para cuestionar la pena de muerte tanto en el marco de la región como externamente, en Japón y Estados Unidos¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Informe, *supra*, n. 46, para. 9.

¹⁹⁵ *Asunto Kirkwood c. Reino Unido*, *supra*, n. 81, p. 165.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 166.

¹⁹⁷ *Asunto Soering c. Reino Unido*, *supra* n. 83 para. 81.

¹⁹⁸ William A. Schabas, *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture: Capital Punishment in the World's Court*, Boston: Northeastern University Press, 1996, p. 115.

¹⁹⁹ Resolución 1253, *supra*, n. 66, para 8 (ii).

Lo que resulta significativo es que las circunstancias materiales de este fenómeno se encuentran ahora intrínsecamente conectadas con el artículo 3, y que son conceptos permeables que varían de un caso a otro. En efecto, los factores que pueden ser relevantes pueden ser una suma de todos o bien una selección de aspectos que se han expuesto en este artículo. Resulta claro que el artículo 3 ha sido utilizado para abrir una plétora de puertas judiciales para denunciar la pena capital. De hecho, el análisis efectuado, *supra*, revela que el Tribunal ha adoptado razonamientos judiciales intrincados y, en muchas ocasiones, cruciales en su denuncia de la pena capital. No obstante, si bien las sentencias relativas a juicios en violación de garantías del proceso debido, extradiciones, y las condiciones del corredor de la muerte han servido para dilucidar el artículo 3, se sostiene que todavía hay campo para una mayor claridad sobre la propia pena capital, la cuestión de las moratorias, y las formas de ejecución. Pero este hecho no demerita la observación de que el Tribunal está avanzando en su jurisprudencia de derechos humanos que en el fondo se dirige hacia la restricción y erradicación de la pena capital.

4. Conclusión

Manfred Nowak, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, argumentó que la aceptación original de que la Pena de Muerte no es una violación de la prohibición de trato inhumano, ha sido sustituida por una interpretación dinámica de estos términos jurídicos a la luz de las modernas experiencias criminológicas y de la evolución socio-política²⁰⁰. Este artículo se ha ocupado de la forma en que el Consejo ha contribuido de manera significativa a esta evolución dinámica de los Derechos Humanos, y que como ha observado Nowbray ahora muestra un “rechazo europeo contemporáneo de

²⁰⁰ Manfred Nowak, “Is the Death Penalty an Inhuman Punishment?” p.42, T. Orlin, A. Rosas y M. Scheinin (eds) *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach* Abo: Abo Akademi University Press, 2000).

la Pena de Muerte"²⁰¹. A raíz de los esfuerzos incondicionales de la Asamblea Parlamentaria, el artículo 3, es ahora un artículo principal de la Convención para lograr y mantener la completa abolición en el Consejo, y para promover la denuncia de esta pena en los Estados observadores. Sin embargo, todavía queda un largo camino por recorrer, antes de que el discurso del Consejo refleje sin reservas que la Pena de Muerte es inhumana en todas las circunstancias. A pesar de que el Protocolo número 13, prevé la completa abolición, no cabe textualmente la posibilidad de eliminar la Pena de Muerte, en la segunda frase del artículo 2 (1), y por lo tanto, el artículo 3, ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, en el sentido de no proporcionar una prohibición completa. Este obstáculo judicial no debe ser visto como una formulación poco razonable por los Jueces expertos en Derechos Humanos, pero quizás, más correctamente, debe ser visto, como el producto de la historia de la laguna legislativa. Es el Comité de Ministros, según lo apuntado por el grupo ponente sobre los Derechos Humanos, el que rehúsa específicamente proporcionar la modificación del artículo 2, y por lo tanto, sus representantes no quisieron dejar constancia de la importancia del artículo 3 dentro del Protocolo n° 6, o del Protocolo n° 13. Pero este hecho, no debe, hacernos olvidar que sin la hegemonía del artículo 3, hubiera sido dudosa la propia existencia del Protocolo n° 13, y el Protocolo n° 6, si bien no se refiere al artículo 3 sin duda, se benefició del debate sobre los Derechos Humanos auspiciado por la Asamblea Parlamentaria entre 1980 y 1982.

Sin embargo, el reciente cambio en el discurso del Comité de Ministros, parece haber proporcionado nuevas oportunidades. Tras la aquiescencia aparente del Comité con la Asamblea Parlamentaria, a medida que avanza el artículo 3, ahora podría ser el momento oportuno en la historia de la abolición de la Pena de Muerte en el Consejo para que la Asamblea Parlamentaria, reúna sus razonamientos válidos de recomendaciones y resoluciones anteriores, y formule una resolución específica sobre el artículo 3 del Convenio.

²⁰¹ Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*. 2ª Ed. (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 128.

Ahora se puede delimitar cómo cada aspecto, singularizado, del sistema judicial sobre la Pena Capital es equivalente a castigos inhumanos, y no sólo de estos; (a) La imputación de la pena capital, (b) el propio juicio de pena capital (ya sea justo o injusto), (c) la extradición y deportación de un sospechoso a un tercer país para afrontar un juicio de pena capital, (d) Las moratorias, que son un paso positivo en la eliminación de la Pena de Muerte, y que no neutralizan la inhumanidad de la ejecución pendiente y posible, (e) La estructura del corredor de la muerte siempre será inhumana porque no puede disociarse del impacto psicológico de saber que se está en el corredor de la muerte, (f) todos los métodos de ejecución son inhumanos porque aplican la tortura física y ningún método puede neutralizar los efectos cognitivos negativos de saber que se está a punto de ser ejecutado, (g) uno o varios de los aspectos arriba mencionados del sistema judicial de la pena capital constituye un castigo inhumano y, de hecho, también una manifestación del fenómeno del corredor de la muerte. Una Resolución específica destinada a presentar cómo cada aspecto del sistema judicial de la pena capital, es una violación del artículo 3, sería adecuada para proporcionar el impulso necesario para preparar una Recomendación dirigida al Comité de Ministros que respalde esta posición mayoritaria en la normativa. Consideramos que esto puede ocurrir, de la manera más apropiada, a través de un Protocolo adicional que los Estados Miembros pueden pasar a firmar y ratificar. Una vez logrado esto, la puerta se abrirá, para que el Consejo exprese de una manera uniforme, que la pena de muerte, es, y en todas circunstancias, inhumana y degradante.

ORIENTE MEDIO

El Islam y la pena de muerte¹

WILLIAM A. SCHABAS²
Universidad de Galway

1. Introducción

La Pena Capital no es aplicada por la mayoría de los Estados del mundo. Las políticas nacionales contrarias a la pena de muerte han llevado a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que de forma enfática prohíbe los tratos crueles e inhumanos. El interés internacional por abolir la pena capital ha llevado a los Estados islámicos que aún defienden y aplican la pena de muerte a responder de manera equivalente sobre la base de los principios de la ley Islámica. El Profesor William A. Schabas sugiere que los Estados islámicos valoran la pena capital según los principios expresados en el Corán. La ley islámica funciona sobre la creencia de que todas las personas tienen el derecho a la vida a menos que un determinado precepto determine lo contrario. El Profesor Schabas expresa que la pena capital existe en el derecho nacional de todos los países islámicos, pero las formas en que los Estados aplican este castigo son muy variadas e inconsistentes. Si bien el Profesor Schabas reconoce que los países islámicos, correctamente defienden que la pena capital es un elemento del derecho islámico, sostiene que estos no reconocen el papel más limitado de la pena de muerte que se articula en la religión islámica.

El debate sobre la imposición de la pena capital resulta ser tan antiguo como la misma pena. Las circunstancias que rodean a su

¹ Traducción a cargo de Antonio Muñoz Auniún. Instituto de Derecho penal europeo e internacional (UCLM). Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI.

² William Schabas, Director del Centro Irlandés de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Galway Irlanda. Director Ejecutivo REPECAP. Publicado originalmente en *William and Mary Bill of Rights Journal* 9:1 (December 2000) pp. 223-237. El autor agradece la labor científica de Barbara Ann Reiffer en la preparación de este artículo.

imposición y administración, así como su propia conveniencia han preocupado tanto a juristas, académicos, filósofos y teólogos desde siglos atrás. Este debate se ha visto transformado, en la última mitad del siglo veinte, con la aparición de un nuevo elemento, el derecho internacional de los derechos humanos. En un primer momento, refiriéndose al tema de manera implícita, con la proclamación del derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles, degradantes e inhumanos, que se encuentran respectivamente en los artículos 3 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³ adoptada en 1948, para que posteriormente la norma haya evolucionado, de manera constante e inexorable en este ámbito⁴. A finales del siglo veinte, alrededor de 60 países habían ratificado tratados internacionales que prohibían la pena capital y esta cuestión paso a ocupar un lugar destacado en los debates que se llevaron a cabo en foros internacionales tan relevantes como la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Conferencia de Roma para el establecimiento del Tribunal Penal Internacional. Evidentemente, los desarrollos legales en el plano internacional no eran más que el reflejo de las modificaciones en la práctica nacional. De conformidad con el último informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre pena capital publicado en marzo de 2000, setenta y cuatro Estados son, en la actualidad, completamente abolicionistas; treinta y ocho, abolicionistas *de facto*, y once, abolicionistas para delitos comunes. Un total de ciento veintitrés Estados se incluyen en una u otra de estas tres categorías. Por el contrario, sólo setenta y un Estados aparecen en la lista del Secretario General como retencionistas. Según datos de la Secretaría General, cuarenta y seis Estados han abolido la pena capital desde 1985⁵. A finales de 1990, enfrentados a un movimiento creciente dirigido a la abolición y al deseo de muchos Estados de insistir en que las políticas nacionales en esta materia se habían convertido en un asunto de una preocupación internacional legítima,

³ Véase, Res. A.G. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, art. 3, 5 (1948).

⁴ Véase, WILLIAM A. SCHABAS, *THE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN INTERNATIONAL LAW* (2d ed., 1997)

⁵ Véase, *Crime Prevention and Criminal Justice: Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty; Report of the Secretary General, U.N. ESCOR, U.N. Doc. E/2000/3 (2000)* [de aquí en adelante, Report].

alguno de los cada vez mas menguante lista de países retencionistas, desencadenó una agresiva campaña de contraofensiva; y si bien fracasaron en su intento de impedir la exclusión de la pena capital del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, si consiguieron dejar su marca en el resultado final⁶. El debate de la Asamblea General de 1999 fue, de forma bastante efectiva, bloqueado por esta coalición de Estados favorable a la pena de muerte⁷. Parece prácticamente imposible que no se produzcan, en breve, nuevos y enconados enfrentamientos sobre los mismos argumentos. En el plano internacional, los Estados que han adoptado iniciativas para defender la pena capital no se caracterizan por ser un todo homogéneo. En el grupo se incluyen Estados como Singapur y Malasia que invocan “valores asiáticos” y cuya preocupación básica en este asunto se encuentra estrechamente vinculada a la lucha contra el tráfico de estupefacientes. Otro participante activo es Ruanda, un país en el que la pena de muerte se encuentra en desuso, con la excepción del punto muy específico de su aplicación como castigo apropiado para los autores de Genocidio. También se encuentran en este grupo varios miembros de la *Commonwealth* así como del Caribe de habla inglesa: generalmente, vienen justificando su interés en el tema en un estado de la opinión pública muy agitado, y en algunas instancias, en tasas elevadas de delitos violentos. Pero, sin duda, el núcleo de la campaña que lucha frente a ulteriores progresos en el Derecho internacional en el área de la abolición de la pena de muerte se encuentra en los denominados Estados islámicos⁸. Geográficamente, estos Estados se encuentran situados en el Oriente medio, el Estado con la mayor población musulmana del mundo, Indonesia, no desempeña

⁶ Véase, U.N. GAOR, U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998). El artículo 80 se incluyó como formula de compromiso para tranquilizar a los Estados favorables a la pena de muerte: “El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte. Sobre el debate de la pena capital, véase, William A. Schabas, *Life, Death and the Crime of Crimes: Supreme Penalties and the ICC Statute*, 2 PUNISHMENT & Soc’Y 263 (2000).

⁷ Véase, Ilias Bantekas & Peter Hodgkinson, *Capital Punishment at the United Nations: Recent Developments*, 1 CRIM. L.F. 23 (2000).

⁸ Véase, Informe, supra nota 3, p. 129.

papel alguno en el debate, caracterizados todos por tener gobiernos represivos, con políticas antidemocráticas en una variedad amplia de campos. A este grupo pertenecen dos de los líderes mundiales en la práctica de la pena capital, en un sentido cuantitativo, nos referimos a Irak e Irán. Este grupo de Estados islámicos, con regularidad y con estridencias, insisten en que su posición es una consecuencia inexorable del Derecho musulmán. Este artículo examina la utilización de argumentos “religiosos” por los Estados islámicos en los debates internacionales, y pasa luego a considerar si existe una razón legítima que los ampare según la doctrina musulmana.

2. Los Estados islámicos y el Debate Internacional

Los Estados islámicos sólo aparecieron como una fuerza significativa para influenciar el debate en la década de los ochenta, al tiempo que los servicios de las Naciones Unidas preparaban un proyecto de protocolo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para la abolición de la pena de muerte. El Pacto, en sí, redactado en las décadas de los 50 y 60 no prohíbe la pena capital, lo que es fuente de desencanto para muchos países cuyas legislaciones nacionales han evolucionado de manera palpable en este tema. El artículo 6 del Pacto reconoce el derecho a la vida y pasa inmediatamente a delimitar su excepción principal “en países en los que no se ha abolido la pena de muerte” Estas limitaciones incluyen la restricción de la pena capital a los “crímenes más graves”, su prohibición rotunda en los supuestos de mujeres embarazadas y menores delincuentes., y una proclama progresiva y optimista: “Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”⁹.

Cuando el artículo 6 del Pacto estaba siendo redactado por el Tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los países árabes e islámicos desempeñaron un papel relativamente discreto en los debates. Cuando algunos países latinoamericanos

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo, 1976 art. 6 999 U.N.T.S 171.

insistieron en que la disposición “derecho a la vida” del proyecto de Pacto contuviera una condena explícita del castigo capital, el representante de Arabia Saudita respondió que no todos los países eran tan afortunados como Uruguay y Colombia, y que muchos Estados no habían encontrado posible abolir la pena capital, y en cualquier caso, era un asunto en extremo complejo, para que el Comité pudiera examinarlo¹⁰. Los representantes latinoamericanos insistieron en que su texto abolicionista fuera sometido a votación¹¹, pero fue rechazada, con facilidad, en una votación nominal, de cincuenta y un votos contra nueve, con doce abstenciones. Los países árabes e islámicos en aquel entonces presentes en la Asamblea General Irán, Irak, Jordania, Marruecos, Arabia Saudita, Sudan, Siria, Túnez, Yemen, votaron todos en contra de la resolución si bien en ningún momento se sugirió que la ley islámica tuviera papel alguno en su posicionamiento sobre el tema.

Una vez que el texto del artículo 6 quedo terminado por el Tercer Comité de la Asamblea General en 1957, el debate sobre el asunto de la pena capital se trasladó a otras instancias de las Naciones Unidas. Una resolución de 1959, relativamente inicua, de la Asamblea General, patrocinada por Pakistán¹², invitaba al Consejo Económico y Social a iniciar un estudio sobre la cuestión de la pena capital. La oposición a la petición del estudio vino principalmente de la Unión Soviética y de Polonia que insistieron en que la pena capital era una cuestión de jurisdicción nacional y que no estaba sujeta a estudios de Naciones Unidas. Este mismo razonamiento resulta familiar a los países árabes e islámicos pero no lo esgrimieron en 1959. Durante las siguientes dos décadas, estos países sólo jugaron un papel marginal en los debates de las Naciones Unidas sobre la pena de muerte, algo que sugiere que el tema estaba alejado de sus principales preocupaciones.

¹⁰ Véase, NN.UU GAOR U.N. Doc. A/C.3 / SR. 81. 1 p. 20.

¹¹ Véase, NN. UU GAOR U.N Doc. A/C.3 /SR.817, p. 29.

¹² Véase, NN.UU GAOR. U.N Doc. A/C.3/L.767. La idea de un estudio como este ya había sido sugerida por vez primera por Suecia en el transcurso del debate de 1957 sobre el artículo 6 del proyecto de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, NN. UU GAOR, U.N Doc. A/C.3/SR.813.

La primera señal de que las cosas iban cambiando se produjo durante el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y tratamiento de los delincuentes que tuvo lugar en Caracas en 1980. La pena capital fue uno de los aspectos centrales que se examinaron en el Congreso¹³. Un proyecto de resolución pidió la restricción y eventual abolición de la pena capital y añadía que la abolición sería “una contribución relevante para el fortalecimiento de los derechos humanos, en particular, el derecho a la vida”¹⁴.

Una disposición controvertida instaba a los Estados que no hubieran abolido la pena capital a “considerar el establecimiento de una moratoria en su aplicación, o a crear otras condiciones bajo las cuales la pena capital no se impusiera o no fuera ejecutada, permitiendo de tal forma a los Estados que estudiaran los efectos de la abolición sobre una base provisional”. Con anterioridad, la oposición a estos desarrollos abolicionistas había tomado, básicamente, la forma de declaraciones en las que los Estados venían a expresar que no se encontraban “preparados aún” para adoptar medidas progresivas. Sin embargo, y por vez primera, desde que el tema fuera considerado por los órganos de Naciones Unidas, se alzaron voces abiertamente favorables a la pena capital¹⁵. Egipto se destacó presentando una “enmienda” al proyecto de resolución que añadía párrafos al preámbulo en los que se recalca la importancia de la prevención general a la hora de establecer penas, incluida la pena capital, y destacando la “importancia de contar con el instrumento de la pena capital en orden a infundir el necesario temor en el espíritu de las personas. ...”¹⁶ Enfrentados a una feroz oposición y a la

¹³ Véanse, Comentarios de la División Principal de Prevención del Delito y de la Justicia Penal, NN.UU GAOR, U. N Doc. A/C.3/35/SR74, § 40.

¹⁴ U.N.Doc A/CONF.87/C.1/L.1 Impulsada por Austria, Ecuador, la República Federal de Alemania, Suecia. Fue revisada tras discusiones informales. Véase, U.N. Doc A/CONF.87/14/Rev. 1, §111; U.N. Doc A/CONF.87/C.I/L.I/Rev. I. La Resolución se reproduce como anexo al Informe del Congreso. Véase U.N. Doc A/CONF.87/14/Rev. I, en 58-60.

¹⁵ Véase, NN. UU Doc. A/CONF. 87/14/Rev. 1, §§.

¹⁶ NN. UU Doc. A/CONF. 87/C.1/L.9. La enmienda se reproduce como un Anexo al texto NN. UU Doc. A/CONF.87/14/Rev. 1, p. 60.

falta de tiempo para finalizar los debates, los patrocinadores retiraron la propuesta revisada de resolución¹⁷.

La frustrante sesión del Congreso en 1980 estimuló nuevas iniciativas abolicionistas. Algunos Estados europeos, liderados por Alemania, empezaron a considerar la idea de un protocolo abolicionista anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal instrumento, sugerían, permitiría a los Estados que ya se hubieran adherido o ratificado el texto, ir más allá de las limitaciones sobre pena capital previstas en el artículo 6 y prever su total abolición. En 1981, la Asamblea General decidió pedir propuestas de los Estados miembros con vista a un debate profundo sobre esta cuestión en su sesión de 1982¹⁸. Uno de los países cuestionados, Pakistán, apuntó, de manera bastante inquietante, que la abolición de la pena de muerte era inconsistente con el derecho islámico¹⁹. Este representa, según mi análisis, el primer indicio de retórica religiosa en los debates internacionales sobre pena de muerte, y pronto este punto se convierte en señal inequívoca de los debates. En la reunión de la Asamblea General en 1982 que trató sobre la cuestión de un protocolo opcional, varios países con mayoría de población musulmana votaron contra la resolución, y en la mayoría de casos, citaron el hecho de que la ley islámica permitía la pena de muerte como justificación de sus votos²⁰, y algunos se abstuvieron por la misma

¹⁷ Véase, NN. UU Doc. A/CONF.87/14/Rev. 1, 111; véase, también, ROGER S. CLARK, THE UNITED NATIONS CRIME PREVENTION AND CRIMINAL JUSTICE PROGRAM, FORMULATION OF STANDARDS AND EFFORTS AT THEIR IMPLEMENTATION 75 (1994).

¹⁸ Véase, NN. UU Doc. A/C.3/36/L.33/Rev. 1, patrocinada por Austria, Costa Rica, Republica Dominicana, Ecuador, la Republica Federal de Alemania, Italia, Holanda, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Portugal, Suecia, y Uruguay.

¹⁹ Véase, NN. UU Doc. A/37/407, Add.1.

²⁰ Afganistán (NN. UU Doc. A/C.3/37/SR.37, § 59); Irán (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 49); Iraq (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 53); Jordania (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 48); Kuwait (U.N. Doc. A/C.3/37/SR.67, § 47); República Árabe Libia (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 52); Omán (U.N. Doc. A/C.3/37/SR.67, § 45); Somalia (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 50); Sudan (U.N. Doc. A/C.3/37/SR.67, § 46).

razón²¹. Mauritania llegó a explicar su voto afirmativo como propio de un error, ya que “era bien sabido que la República Islámica de Mauritania estaba a favor de la pena capital”²². Por su parte, Kuwait apuntó que de ninguna manera podía ser abolida la pena capital al ser parte de la religión en Kuwait²³. Dos años más tarde, cuando el tema volvió a ser discutido en la Asamblea General, Arabia Saudita, los Emiratos Unidos Árabes, Yemen, Kuwait y Marruecos manifestaron su apoyo a la pena capital²⁴. En 1985, Arabia Saudita se unió al consenso existente en la Comisión de Derechos Humanos en relación a la redacción del protocolo, pero al mismo tiempo, declaró que mantendría el derecho de no abolir la pena capital, ya que de lo contrario se infringirían los preceptos del Derecho islámico²⁵.

Los trabajos del Protocolo continuaron avanzando, si bien, nunca se consideró que fuera algo más que un instrumento básicamente opcional, disponible para aquellos Estados que eligieran dar el paso adelante abolicionista. Pero los defensores de la pena capital cada vez fueron incrementando sus manifestaciones de apoyo al castigo definitivo y mostrando su hostilidad a todo desarrollo normativo en esta dirección. En 1988, el debate sobre un proyecto definitivo llegó a la Asamblea General donde fue considerado por el Tercer Comité. Varios Estados, partidarios de la pena capital, casi todos ellos países con una población musulmana representativa, se manifestaron en contra²⁶. Varios delegados realizaron referencias explícitas a la ley islámica y al Corán. Arabia Saudita sostenía que la pena de muerte era la única sanción adecuada para aquellos que acababan con una vida como se preveía en la ley islámica²⁷. Jordania mantenía que la

²¹ Pakistán (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 67); Túnez (NN.UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 67).

²² NN. UU Doc. A/C.3/37/SR.67, § 84.

²³ Véase, id.

²⁴ Véase, NN. UU Doc. A/C.3/SR.44-52, 56, 57, 60.

²⁵ Véase, NN. UU Doc. E/1985/95, Corr.1 (en el Segundo Comité).

²⁶ Egipto (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 7), Afganistán (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 19), Somalia (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 20), Pakistán (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 21), Omán (NN. UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 18), Irán (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 13), Indonesia (NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 14).

²⁷ Véase, NN.UU Doc. A/C.3/44/SR.52, 12.

pena de muerte tenía un efecto de prevención general positivo²⁸. Irak y Marruecos dejaban entrever que existía una agenda velada detrás tras el Protocolo, y que se dirigía a dejar en evidencia o a presionar a aquellos Estados que no habían abolido la pena de muerte, apresurándose en decir que estos Estados representaban a la mayoría de los miembros de la Comunidad internacional, representados en las Naciones Unidas²⁹. Unos pocos Estados islámicos optaron por abstenerse³⁰.

El Segundo Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dirigido a la abolición de la pena de muerte fue adoptado por la Asamblea General el 29 de diciembre de 1989, con cincuenta y nueve votos a favor, veintiséis en contra, y cuarenta y ocho abstenciones. La práctica totalidad de países árabes e islámicos voto en contra del texto, y de hecho, eran los principales representantes del núcleo de la oposición³¹. Resulta interesante apuntar que, no obstante, alguno de ellos se abstuvieron: Argelia, Líbano, y la República Árabe de Libia. El Protocolo entró en vigor el 11 de julio de 1991 tras su décima ratificación. A fecha de septiembre de 2000, tenía más de cuarenta ratificaciones.

En 1994, Italia propuso un proyecto de Resolución sobre la pena de muerte en la Asamblea General de las Naciones Unidas³². Entre los países que se pronunciaron en contra de la resolución se encontraban Malasia³³, Bangladesh³⁴, Sudán³⁵, Arabia Saudita³⁶, Libia³⁷,

²⁸ Véase, id.en § 16.

²⁹ Véase, id. en § II (Irak), § 17 (Marruecos).

³⁰ Argelia, en el Tercer Comité (NN. UU Doc. A/C.3/44/SR.52, § 10); República Democrática del Yemen, en la Asamblea General (NN.UU Doc. A/44/PV.82).

³¹ Véase, A.G. Res. 44/128; U.N. Doc. A/44/824; U.N. Doc. A/44/PV.82, en 11.

³² Véase, Doc. NN.UU A/49/234, Add. 1, Add. 2 (1994), posteriormente revisado por Doc. NN. UU 3/49 L. 32 / Rev. I (1994).

³³ Véase, idem. en §§ 34-36.

³⁴ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 34 §§ 47-49.

³⁵ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 36 §§ 57-59.

³⁶ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 43 §§ 43-44.

³⁷ Véase, Doc. NN.UU A/C. 3 /49/SR. 43 § 53.

Egipto³⁸, Irán³⁹ y Jordania⁴⁰ Durante el debate, el representante de Sudán describió la pena capital como “un derecho divino para determinadas religiones, especialmente, el Islam”⁴¹. Poco antes, ese mismo año, durante la sesión anual de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el Relator especial sobre Sudan, Gaspar Biro, afirmó que “algunas, así llamadas penas islámicas, como la condena a muerte por lapidación por el crimen de adulterio, eran contrarias a la prohibición de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes que aparece en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁴². Fue criticado vehementemente por el representante de Sudán, Abdelaziz Shidfo, que lo acusó de insultar los valores religiosos en un “párrafo satánico” de su informe, añadiendo que “debía asumir responsabilidad” por sus comentarios. El informe, proseguido por el Embajador Shidfo, era “una flagrante blasfemia y un insulto deliberado a la religión islámica”⁴³. Con toda seguridad, el debate internacional más enconado se haya producido durante la Conferencia Diplomática de Roma en 1998, en esta ocasión, los Estados islámicos se aliaron con los países de la Comunidad del Caribe para revertir la exclusión de la pena capital de la propuesta de Estatuto de Roma para el Tribunal Penal Internacional. En el transcurso de los años de trabajo que llevaron al establecimiento de la Conferencia, el tema de la pena capital no ha tenido una gran importancia, si bien de manera ocasional algún que otro Estado islámico ha hecho constar su desacuerdo en relación a la tendencia creciente al abolicionismo. Por ejemplo, en 1996, citando el código legal islámico de la Sharia, el representante de Egipto manifestó que la pena de muerte debía ser mantenida como opción,

³⁸ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 43 §§ 57-60.

³⁹ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 43 §§ 61-62.

⁴⁰ Véase, Doc. NN. UU A/C.3/49/SR. 43 §§ 70-71.

⁴¹ Doc. NN. UU A/BUR/49/SR.5, § 13.

⁴² Véase, Doc. NN. UU E/CN.4/1994/48.

⁴³ Declaración del Representante Abdelaziz Shidfo, Ministro de Justicia y Fiscal General de la República de Sudán y líder de la Delegación sudanesa ante la 50 Sesión de la Comisión de Derechos Humanos, Comentarios al informe del Dr. Gaspar Biro. Representante Especial sobre la situación de los derechos humanos en el orden del día de la Agenda (12). Ginebra, 25 de febrero de 1994, véase también, Doc. NN. UU. E/CN. 4/1994/122, § 58-64.

aunque fuera para situaciones en las que se presentarán circunstancias agravantes⁴⁴. Se hicieron frecuentes menciones al derecho islámico en el curso de los debates en la Conferencia de Roma y varios Estados apuntaron que países del “Norte” estaban intentando imponer sus propios valores en materia de justicia penal. Los países árabes e islámicos presentaron una propuesta específica que hubiera permitido al tribunal internacional imponer condenas capitales⁴⁵. No obstante, no fue más que una minoría de Estados los que se mostraban partidarios de incluir la pena capital en el Estatuto de Roma. Incluso muchos Estados que, de manera entusiasta y cínica, utilizan este tipo de castigo en sus sistemas nacionales, como es el caso de los Estados Unidos, de buena gana, admitían que dado el amplio sentimiento abolicionista sería imposible incluir la pena capital en el esquema de sanciones del Tribunal.

3. Doctrina jurídica islámica sobre la Pena capital

Una presentación estereotipada del Islam sugiere que es una religión conservadora, misógina y retributiva. Por supuesto, aquellos que tienen un conocimiento, aún sea superficial del tema, opinan de distinta manera. Como en todas las religiones, existen corrientes de pensamiento progresistas y reaccionarias. Incluso, los denominados países “islámicos” no son homogéneos por cuando a muchos aspectos de la doctrina religiosa. De ahí que en los debates internacionales resulte preocupante oír aseveraciones rotundas que afirman que “el Islam es partidario de la pena capital” como si esta opinión fuera apoyada de forma unánime y sin matizaciones a lo largo del mundo musulmán.

La sugerencia por parte de varios países islámicos de que la religión impide la abolición de la pena capital constituye un obstáculo

⁴⁴ Véase, Doc. NN. UU L/2805.

⁴⁵ Véase, propuesta presentada por Argelia, Bahrain, islas Comores, Egipto, la República islámica de Irán. Irak, Kuwait, la República Árabe de Libia, Nigeria, Omán, Qatar, Arabia Saudita, Sudán, la República Árabe de Siria, los Emiratos Árabes Unidos, y Yemen, Doc. NN. UU A/CONF.183/C. 1/WGP/L.II (1998), revisado por Doc. NN. UU, A/CONF.183 /C. 1/WGP/L.II/Corr.2(1998).

importante para la abolición universal. Los abolicionistas basan sus esperanzas en ser capaces de acudir a las tendencias humanitarias presentes en todas las religiones del mundo para aunar los apoyos para su causa. De hecho, estas justificaciones también se pueden encontrar en los textos islámicos. A pesar de las creencias populares que afirman justamente lo contrario, el derecho penal musulmán se caracteriza por un fuerte transfondo de clemencia y simpatía para el condenado. El castigo debe quedar libre de todo ánimo de venganza o tortura⁴⁶.

El Islam promulga el principio básico de que todo ser humano tiene derecho a la vida. No obstante, este principio, que aparece en el Corán, permite una excepción. La muerte se encuentra permitida cuando un tribunal autorizado la exige: “no mataras un alma que Ala ha hecho sagrada con excepción de la aplicación del debido proceso” Por tanto, esta excepción autoriza la ejecución de la pena capital cuando así lo ordene la ley islámica. De forma sorprendente, la posición de la ley islámica parecería ser la misma que la que se encuentra en la Quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y en instrumentos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁷.

La ley islámica se origina de distintas fuentes, pero más específicamente de las enseñanzas del Profeta Mahoma, se desarrolló de manera formal durante los siglos séptimo y octavo (670-720 D.C.)⁴⁸. Sus dos elementos más importantes son la Sharia y el Fiqh. La Sharia se refiere a las leyes sagradas y a modos de vida prescritos por Alá, se compone tanto del Corán como de las Sunas que se consideran como las fuentes más importantes del derecho islámico, siendo el Corán la primera fuente de consejos ya que se considera la pa-

⁴⁶ Véase, N. Hosni, *La Peine de Mort en Droit Egyptien et en Droit Islamique*, 58 *Revue Internationale de Droit Penal* 407, 416 (1987).

⁴⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Bel – Den – Fr. Art. 2 § 1, 213 UNTS, 221, 224 (entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953).

⁴⁸ Véase, Joseph Schacht, *Problems of Modern Islamic Legislation*, 12 *Studia Islamica* 99 (1960) reimpresso en *Islamic Law and Legal Theory* 515 (Ian Edge ed. 1996).

labra hablada de Alá⁴⁹. Las Sunas se refieren a las palabras y actos del Profeta⁵⁰. La Sharia se entiende trata la ideología y fe, el comportamiento y las formas, y los temas cotidianos, resultando en un cuerpo amplio de normas que cubren “todas las facetas de la vida, tanto a nivel internacional, constitucional, administrativo, penal, civil familiar, así como la religiosidad”⁵¹. La Fiqh, o jurisprudencia islámica, por otro lado, se refiere a “las decisiones judiciales emitidas por estudiosos musulmanes derivadas de la Sharia”⁵². Representa una importante fuente secundaria de orientación para el derecho islámico.

El derecho penal islámico se compone de cuatro sistemas o categorías. En la primera, conocida como Haad o Houdoud, los crímenes graves que se consideran amenazan la misma existencia del Islam son castigados por penas que establece el propio Corán, o por las Sunas. Los juristas islámicos consideran que estas sanciones son fijas e inmutables y concluyen que el juez no tiene margen alguno de discrecionalidad. Los crímenes Houdoud consisten en adulterio, difamación, hurto, robo, rebelión, ebriedad y apostasía. Algunos de estos crímenes son castigados con la muerte, en concreto, el robo, adulterio, y la apostasía.

En el segundo sistema, la *Quissas*, se refiere a los delitos dolosos cometidos contra las personas, su premisa principal es la *lex talionis*, esto es “ojo por ojo, diente por diente” y se enuncia en el Corán, en el versículo 5.32 (más desarrollada en el versículo 17.33). En realidad, la *lex talionis* ya aparece en el Código de Hammurabi⁵³. Incluso entonces, fue una reforma penal progresista dirigida a consolidar el principio de proporcionalidad, si bien hoy se considera como la

⁴⁹ Véase, J.N.D Anderson, Las as a Social Force in Islamic Culture and History, 20 Bulletin of Soas 13-40 (1957) (afirmando que el objetivo de los castigos como establece Alá es el de prevención general).

⁵⁰ Véase, A.J. Wensinck, The Importance of Tradition for the Study of Islam, 11 The Moslem World 239 (1921), reimpresso en Islamic Law and Legal Theory, nota supra, 46.

⁵¹ Anderson, nota supra, 47.

⁵² Ibidem.

⁵³ Véase, Paul Savey – Casard, La Peine de Mort: Esquisse Historique et Juridique 4-14 (1968).

base de la justicia retributiva. Según el Corán, es la víctima o sus herederos /as los que se encuentran legitimados para infringir el castigo, si bien lo realizan bajo la supervisión de las autoridades públicas. Las víctimas de tales crímenes pueden perdonar al ofensor, en cuyo caso, la pena fijada en la *Quissas* no será impuesta. Para estos supuestos, otros dos sistemas de delitos y penas pasan a ser relevantes, estos son la *Diya* que establece la restitución o compensación para la víctima, y la *Tazir* en la que las autoridades públicas establecen su propio castigo y para su aplicación el juez tiene una amplia libertad. Según el *Tazir*, las autoridades públicas pueden disponer de la pena capital, pero los textos religiosos no hacen mención alguna al respecto.

Según la ley islámica, las ejecuciones deben ser públicas con objeto de aumentar su presunta eficacia de prevención general⁵⁴. Se llevan a cabo con espada, como regla general, excepto en los casos de adulterio, en los que se emplea la lapidación⁵⁵.

Si bien, prácticamente todos los países musulmanes o islámicos mantienen la pena de muerte en sus leyes nacionales, la práctica varía considerablemente de unos a otros. Algunos, como Irán e Irak, son fervientes practicantes⁵⁶, mientras que otros, por ejemplo Túnez, sólo llevan a cabo ejecuciones en contadas ocasiones. El argu-

⁵⁴ Véase, Hosni, nota supra, 44 en 420; véase también Libro del Éxodo 21:14, 22:18.

⁵⁵ Véase, A. Wazir, *Quelques Aspects de la Peine de Mort en Droit Penal islamique*, 58 *Revue Internationale de Droit Penal* 421, 428 (1987).

⁵⁶ Véase, Informe preliminar sobre la situación de los derechos humanos en la República islámica de Irán preparado por el Representante especial de la Comisión de Derechos Humanos de conformidad con la Resolución de la Asamblea General 51/107 y la Decisión del Consejo Económico y Social 1997/264, Sesión n- 52, Tarea del orden del día 112(c) Doc. NN. UU A/52/472, 19 (2000); Informe de la Situación de los derechos humanos en la República islámica de Irán, preparado por el representante de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. Maurice Copithorne, según la Resolución de la Comisión 1996/84 y la Decisión del Consejo Económico y Social 1996/287, Sesión n. 50, Agenda Provisional Hem 12 §§ 27-29, Doc. NN. UU E/CN.4/1997/63 (1997); Informe del Relator Especial, Sr. Bacre Waly Ndiaye, presentada con base en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1993/71, Sesión n. 53. Tarea del orden del día n. 10 en la Agenda Provisional Doc. NN. UU E/CN.4/1994/7, 77 369-70 (1993).

mento religioso se invoca con frecuencia, si bien la diversidad de prácticas parece indicar que existe poco consenso incluso entre los propios musulmanes en lo relativo al alcance de la pena capital. Por ejemplo, Sudán sostiene la posición de que los culpables deben ser ejecutados por crímenes cometidos incluso cuando sean menores de edad, “de conformidad con las disposiciones de la ley islámica”⁵⁷. Por su parte, Yemen recientemente, prohibió la pena de muerte de menores, si bien se discutió que este avance se hacía “a pesar del derecho islámico”⁵⁸. La República árabe de Libia últimamente informó al Relator especial de las Naciones Unidas sobre Ejecuciones arbitrarias, extrajudiciales y sumarias, la Señora Asma Jahangir, que “el objetivo de la sociedad Libia es abolir la pena de muerte”⁵⁹.

En 1981, el Consejo Islámico adoptó una Declaración Islámica universal de los derechos humanos que declara: “a) La vida humana es sagrada e inviolable y todos los esfuerzos deben ser dirigidos a protegerla. Particularmente, nadie debe ser expuesto a lesiones ni a la muerte, salvo con la autorización de la Ley”⁶⁰. La última frase parece permitir la pena capital y en todo caso resulta consistente con la práctica en todos los países islámicos. La Conferencia islámica preparó un documento sobre derechos humanos e Islam, en cuyo artículo 2 se garantiza el derecho a la vida de “todo ser humano” y se añade: “il appartient aux individus, sociétés et États de protéger ce droit contre toute violation éventuelle, et il est interdit de mettre fin à une vie quelconque, sauf lorsque cela est en accord avec la Chari’a”⁶¹.

⁵⁷ El Informe inicial de los Estados partes estaba previsto para 1992; Sudán, Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Menor, en § 166, Doc. NN. UU. CRC/C/3/Add.3 (1992).

⁵⁸ Scott Peterson, *Despite Islamic Law Yemen Bans Teen Death Penalty*, *Christian Science Monitor*, 2 de febrero de 2000 p. 7.

⁵⁹ Informe del Relator Especial, Sra. Asma Jahangir presentado en base a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/35, Sesión n. 56, Tarea del orden del día n. 11(b) de la Agenda Provisional § 72, Doc. NN. UU. E/CN.4/2000/3 (2000).

⁶⁰ Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos, 4 *European Human Rights Reports* 433 (1982).

⁶¹ Organización de la Conferencia Islámica. Secretario General, doc. OIC/POL/MD/82 -83/7, Djeddah, 25 de abril de 1982.

La Carta Árabe de Derechos Humanos, adoptada el 15 de septiembre de 1994 pero aún no ratificada por ningún miembro de la Liga de Estados árabes proclama el derecho a la vida de igual manera que el resto de instrumentos internacionales, sin embargo, en tres disposiciones distintas, artículos 10, 11 y 12, se reconoce la legitimidad de la pena capital en el supuesto de "serias violaciones de la ley común" y se prohíbe la pena capital para los delitos políticos, y se excluye para los crímenes cometidos por menores de 18 años de edad, y tanto para las mujeres embarazadas como para las madres lactantes por un período de hasta 2 años tras el nacimiento⁶².

Reynaldo Galindo Pohl, antiguo Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos en Irán, observó que "existen grupos de académicos legales islámicos y juristas que recomiendan la abolición de la pena capital para crímenes políticos sobre la base de que resulta contrario al derecho islámico. Afirman que el número de crímenes castigados con la muerte es limitado⁶³". En octubre de 1995, activistas de derechos humanos provenientes de todo el mundo árabe se reunieron en Túnez para considerar el tema de la pena capital. La reunión, que englobaba a especialistas en religión, filosofía y derecho penal de los Estados árabes, fue una iniciativa conjunta del Instituto árabe de Derechos humanos y de la Liga de Ciudadanos y Parlamentarios para la abolición de la pena capital "Hands off Cain" con el patrocinio de la Comunidad Europea. En una declaración adoptada a la conclusión de la reunión, los participantes afirmaron su común "compromiso para abolir la pena capital como un movimiento estratégico". También afirmaron "que en el marco del contexto cultural y de la civilización árabe no existen impedimentos reales que puedan obstruir la evolución de legislaciones seculares en el proceso de establecer límites a la pena de muerte y a su abolición". La declaración concluye con una llamada a los Estados árabes

⁶² Véase, Carta Árabe de Derechos Humanos 7 *Revue Universelle des Droits de l'homme* 212 (1995).

⁶³ Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República islámica de Irán por el Representante especial de la Comisión de Derechos Humanos, Sr. Reynoldo Galindo Pohl con base en la Resolución de la Comisión 1988/69 NN. UU ESCOR, Comité de Derechos Humanos, Sesión n. 45 Reunión 26 § 36, en 12, NN. UU Doc. E/CN.4/1989/26 (1989).

para que adoptaran el Segundo Protocolo Opcional al Pacto Internacional sobre Derechos civiles y políticos que representa un compromiso jurídico internacional para no imponer la pena capital⁶⁴.

4. ¿Conclusión: Puede el Derecho Islámico evolucionar?

Los Estados islámicos conservadores que luchan por mantener la pena capital utilizan argumentos religiosos en orden a plantear el debate en uno de normas culturales o religiosas, en el que parezca que un conjunto de valores morales prevalezca sobre otro a modo de imperialismo filosófico o cultural. El argumento resulta desalentador para aquellos que se oponen a la pena capital en el “Norte” y demagógicamente seductivo para aquellos que se oponen a la misma en el “Sur”. Por supuesto, la Biblia también contempla la pena capital para crímenes como la magia, la violación del descanso del sábado, la blasfemia, el adulterio, la homosexualidad, la zoofilia, el incesto y la violación⁶⁵. No obstante, los juristas judeo cristianos de forma muy ocasional sostendrían que este antiguo texto debe dictar la práctica legal contemporánea. Sin duda, existe cierta razón en sostener que la pena capital es parte del derecho islámico. Su alcance, sin embargo, es considerablemente más limitado, de lo que a ciertos países islámicos les interesa defender en los encuentros internacionales. La pena capital sólo resulta una pena obligatoria, según la Sharia, para una limitada categoría de crímenes. Resultando completamente incorrecto mantener, como algunos países islámicos intentaron hacer durante las negociaciones que llevaron a la adopción del Estatuto de Roma, que era una cuestión de principios la que estaba en liza, ya que el derecho islámico bajo ningún concepto prescribe la pena capital para los crímenes que caen bajo la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, esto es, genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra.

⁶⁴ Véase, Sourcebook on the Abolition of the Death Penalty pp. 233-238 William A. Schabas ed. 1997.

⁶⁵ Véase, Éxodo 21:14, 22:18; Levítico 20:15, 24:13; Deuteronomio 21:21, 22:11, 22:25, 29:13; Números 13:5, 17:7, 19:19, 22:23, 33:14, 33:37, véase también Jean Imbert, La Peine de Mort 7-8 (1989).

Nos resulta indiscutible que los crímenes para los que la ley islámica prescribe la pena capital, como el adulterio y la apostasía, no pueden ser incluso en una interpretación forzada, considerados como “los crímenes más graves” para los que la pena capital puede ser impuesta según el artículo 6 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al interpretar esta disposición, el Comité de Derechos Humanos ha mantenido que la aplicación de la pena capital para crímenes que no resulten en la pérdida de la vida humana resulta contraria al Pacto⁶⁶. Durante la valoración del informe periódico presentado por Irán, el Comité expresamente declaró que la imposición de la pena de muerte por actos de adulterio resultaba incompatible con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos⁶⁷, y sin embargo, la mayoría de los países islámicos más rigurosos en este apartado han ratificado este documento sin reservas en lo referido al contenido del artículo 6(2). En otras palabras, parecen haber aceptado normas internacionales que difieren del derecho islámico en su estado actual. Por consiguiente, el argumento de que precisan obstruir la evolución de las normas internacionales en materia de pena capital por motivos religiosos resulta inconsistente con su propia práctica en materia de protección internacional de derechos humanos. A lo largo del desarrollo del Islam y del derecho islámico, han existido épocas en las que la teoría y la práctica no han coincidido, así a pesar de que se ha sostenido que la ley islámica regula el orden social de las sociedades islámicas, esto no ha impedido que la Sharia haya sido enmendada o ignorada cuando el entorno lo ha requerido, proceso que se ha denominado *darara*, a modo de una doctrina de la necesidad, que dispensa a los creyentes de la observación de las leyes religiosas cuando la situación o el entorno no permite otra opción⁶⁸.

Como ejemplo de este fenómeno se puede apuntar al terreno de las relaciones internacionales, el Islam no reconoce a otros sistemas jurídicos no islámicos ya que uno de sus objetivos declarados es extender la fe musulmana. Sin embargo, la realidad del sistema in-

⁶⁶ Véase, Doc. NN. UU CCPR/C/79/Add.25, § 8.

⁶⁷ Véase, *ibídem*.

⁶⁸ Véase, Schacht, nota supra, 46 en 101, *Islamic Law and Legal Theory*, en 517.

ternacional contemporáneo de naciones con derechos soberanos ha impedido que esta premisa se aplique de forma puntillosa. Como consecuencia, se ha llevado a cabo una aproximación secular en “la dirección de relaciones internacionales ha sido aceptada por la mayoría de Estados islámicos, ya sean completamente seculares en su estructura legal interna, como es el caso de Turquía, o que reconozcan a la Sharia como su norma fundamental, como es la situación en Arabia Saudita y Yemen”⁶⁹. Alguno de los mismos conservadores que han objetado a cualquier desviación en el derecho interno del Islam no han puesto ningún reparo en aceptar claros distanciamientos de la ley musulmana tradicional que gobierna las relaciones con países terceros⁷⁰. También se debe apuntar que los líderes islámicos, en ocasiones, han optado por cooperar con gobiernos extranjeros a la hora de firmar acuerdos en materia de tecnología militar⁷¹. Incluso el concepto de guerra santa o *jihād*, según el cual, la religión justifica la guerra de agresión dirigida contra los “infieles” y los “enemigos de la fe” resulta claramente contraria al texto del artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas. Resultando llamativo que en la Conferencia Diplomática de Roma, los Estados árabes e islámicos fueran los que pidieran con más insistencia la inclusión del crimen de agresión dentro del ámbito material de jurisdicción del Tribunal Penal Internacional. Sin embargo, siguiendo la misma línea argumentativa por la que sostienen que la pena capital es un aspecto inherente a su religión, se podría defender que toda definición de crimen de agresión debería, por ende, reconocer la legalidad de la guerra santa. Argumento que difícilmente va a ser expresado en foro alguno. De igual forma, el Derecho de Familia nos ofrece un ejemplo adicional de que la realidad social reemplaza el derecho islámico. Según algunos expertos, “la poligamia, el matrimonio entre menores, el derecho del padre a entregar a sus hijos en matrimonio sin su consentimiento, el derecho de los maridos a rechazar a sus

⁶⁹ Majid Khadduri, *Islam and Modern Law of Nations*, 50 Am. J. Int. L. 358, 370 (1956).

⁷⁰ Véase, *ibídem*.

⁷¹ Véase, *ibídem* en 368.

mujeres de formar unilateral y arbitraria, se considera inapropiado y poco práctico”⁷².

Todos los países islámicos han demostrado cierto grado de flexibilidad en la interpretación del derecho islámico en estas u otras áreas, y sin embargo, de manera obstinada, rechazan reconocer que esta misma aproximación puede ser la adoptada en relación a la pena capital. Se infiere que la cuestión religiosa no es más que un pretexto para justificar el recurso a penas rigurosas impelidas por actitudes represoras e involucionistas en el campo del derecho penal.

⁷² Schacht, nota supra 46, en 106, *Islamic Law and Legal Theory*, en 522.

IV

Pena de muerte y derecho internacional

La exigencia de la abolición de la pena de la muerte. Cuestión de presiones políticas y económicas¹

NADIA BERNAZ
Universidad de Middlessex

Introducción

En la búsqueda de ejemplos de acciones concretas en favor de la abolición de la pena de muerte, por parte de las organizaciones internacionales, parecería lógico encontrar gran cantidad de documentos sobre los intentos de imponer a los Estados, mediante negociación o de forma más enérgica, legislaciones abolicionistas, o, al menos, que limiten los casos en los que se prevea la pena de muerte. Ahora bien, en realidad, existen pocos ejemplos de una imposición de ese tipo, los cuales serán analizados en el siguiente artículo. La mayoría de las veces, esta imposición no ha sido posible. No obstante, las ocasiones para integrar la exigencia de la abolición de la pena de muerte en el seno de acciones concretas, o de sobrepasar la fase del discurso, se revelan numerosas, muy particularmente, dentro de las operaciones de mantenimiento de la paz llevadas a cabo por Naciones Unidas (Punto 3) o, dentro de los acuerdos comerciales negociados por la Comunidad Europea con sus socios en vía de desarrollo (Punto 4).

¹ Traducción a cargo de Aurelia Richard Rodríguez, Instituto de Derecho Penal europeo e internacional (UCLM). Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI.

Publicado originalmente en *Le droit international et la peine de mort*, La Documentation Française, 2008.

1. La acción de Naciones Unidas sobre el terreno: consentimiento del estado a las operaciones y mantenimiento de la pena de muerte

Desde la creación de las Naciones Unidas, se han venido desarrollando operaciones de mantenimiento de la paz, creadas por la Asamblea General, o, más frecuentemente, por el Consejo de Seguridad. Algunas de ellas, además de su componente militar, poseen un componente civil en misiones muy diversas, que pueden traducirse en la implantación sobre el terreno de una auténtica administración provisional que actúe en el corazón del aparato estatal. Más modestamente, la mayoría de estas misiones se han contentado con proporcionar ayuda a la reconstrucción de un Estado de derecho, democrático, y respetuoso con los derechos humanos. De forma paralela, se han organizado, igualmente, misiones específicamente políticas, dirigidas por el departamento de asuntos políticos de la Organización de Naciones Unidas, misiones que, en realidad, poseen numerosas características comunes con los componentes civiles, y no exclusivamente militares, de las operaciones de mantenimiento de paz.

La ONU, en consecuencia, ha sido llamada a intervenir, concretamente, en numerosos Estados: sea en el marco de una reconstrucción, sea proporcionando ayuda técnica, en ocasiones sustancial. Emplazada de este modo, disfruta *a priori* de un lugar privilegiado para observar, influir, e incluso, sustituir la acción del Estado, según los mandatos que disponga. En esas condiciones, es fundamental, para este estudio, preguntarse sobre el lugar que ocupa la pena de muerte en esos programas. ¿Exige la ONU la abolición? ¿Tiene los medios para imponerla? En defecto, ¿Es posible, al menos, examinando los mandatos y los resultados de estas misiones de campo, descubrir algunos signos de una voluntad de limitar las ejecuciones capitales? ¿En qué medida la presencia de la ONU puede influir en las opciones políticas del Estado que acoge una operación?

A estas preguntas habrá que responder centrándose en una cuestión básica surgida al hilo de las investigaciones: el consentimiento del Estado a esas operaciones de reconstrucción. La mayoría de ellas dependen de ese consentimiento, y ese ejercicio de soberanía por parte del Estado se traduce, generalmente, en el mantenimiento

de la pena capital². La actividad de campo de la ONU, independientemente de su acción militar, se ejerce en dos marcos diferentes: en operaciones de mantenimiento de la paz, y, en misiones políticas para la consolidación de la paz. Desde hace una quincena de años, la ONU, en ocasiones, se ha extralimitado al hacerse cargo de los Estados afectados, con la finalidad de influir profundamente en que su funcionamiento ulterior sea de tipo democrático (&1). Con todo, la abolición de la pena de muerte no parece que haya sido objeto de negociaciones específicas con esos Estados, aún cuando la Organización gozaría, no obstante, de una posición privilegiada para hacerlo. Los casos de Timor-Leste y de Kosovo deben quedar fuera, ya que no se trata de reconstrucción de Estados, sino de misiones para la administración del territorio, apoyándose, en un primer momento, en una administración provisional de la ONU que detenta la práctica totalidad de los poderes³. En su gran mayoría, los Estados que acogieron una o varias misiones de la ONU, y que con anterioridad no eran abolicionistas, tampoco lo fueron después. Los Estados reconstruidos por Naciones Unidas, o simplemente estimulados en la vía de una reconstrucción, han permanecido “retencionistas”. Esta constante, que manifiesta un completo desfase con relación a los compromisos claros en favor de la abolición, tomados por los órganos de la ONU especializados en derechos humanos, estudiados anteriormente, conducirá *in fine* a preguntarse sobre los vínculos entre, por un lado, democracia y derechos humanos, ambos prometidos con energía por las Naciones Unidas —principalmente en el marco de su acción sobre el terreno— y, por otro lado, pena de muerte (&2).

² Por el contrario, cuando la Organización de las Naciones Unidas se encuentra en una posición de autoridad, cuando el consentimiento del Estado, o, mejor de falta de consentimiento, deja de poner trabas a su acción, puede entonces imponer directamente o mediante negociación, la abolición de la pena capital en ese Estado, vid. Capítulo 2. De le Droit International et la peine de mort.

³ Vid. Capítulo 2.

2. El objetivo de reconstrucción de los estados democráticos

Las operaciones de la ONU, en las que la Organización interviene en un Estado determinado, han experimentado grandes cambios desde la creación de la ONU e implican unos aspectos técnicos que conviene aclarar (A), en primer lugar, antes de analizar, más concretamente, la inclusión en las mismas del objetivo democrático (B).

2.1. Aspectos técnicos de las misiones

Las operaciones de mantenimiento de la paz deben diferenciarse de las acciones entabladas sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que señala, en sus artículos 39 a 42, el procedimiento a seguir en una acción unilateral y coercitiva en caso de amenaza contra la paz, ruptura de la paz, o un acto de agresión. A la inversa, estas operaciones están marcadas por un fuerte consensualismo, puesto que, la regla es que el Estado, sobre el territorio del cual tiene lugar la operación, lo ha aceptado expresamente en todos sus aspectos, ya sean militares —observación o intervención entre grupos armados—, o civiles. Estas operaciones se basan generalmente en el Capítulo VI de la Carta, incluso aunque no las prevea expresamente. Algunas operaciones de mantenimiento de la paz han sido creadas sobre la base del Capítulo VII⁴, o, han nacido como operaciones clásicas, y, a continuación, han cambiado de estatuto después de la adopción de resoluciones sobre la base del Capítulo VII. Sin embargo, la distinción sigue siendo ampliamente pertinente, ya que, incluso en las crisis que hayan desencadenado los dos tipos de acciones, se puede distinguir entre las misiones, lo que deriva del Capítulo VI, y, lo que deriva del Capítulo VII.

En su gran mayoría, las operaciones de mantenimiento de la paz han sido creadas por el Consejo de Seguridad, no obstante, la utilización por parte de la Asamblea General de la conocida y controver-

⁴ Este fue el caso por ejemplo de la ONUSOM (Operación de las Naciones Unidas en Somalia II), creada por la resolución 814 (1993), 26 de marzo de 1993 y de la MONUIK (Misión de Observación de las Naciones Unidas para Irak y Kuwait), creada por la resolución 686 (1991) de 3 de abril 1991.

tida resolución Acheson⁵, con el fin de alcanzar una solución en el asunto de Suez. De todas formas, las operaciones de mantenimiento de la paz que no dependan del Capítulo VII, se ponen en marcha a través de recomendaciones, y no de decisiones, lo que testifica, una vez más, su carácter consensual. Jurídicamente, los órganos creados para asegurar estas operaciones tienen el estatuto de órganos subsidiarios de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. Estos dos organismos tienen poder para crearlos en virtud del artículo 7. 2 de la Carta, según el cual “los órganos subsidiarios que se consideren necesarios podrán ser creados conforme a la presente Carta” y, más específicamente, en virtud de los artículos 22 y 29 de la Carta, respectivamente. Según este último “El Consejo de Seguridad puede crear los órganos subsidiarios que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones”. El Consejo de Seguridad ha hecho uso ampliamente de esta posibilidad, al crear a la vez órganos internos y órganos externos, alguno de los cuales tienen competencias propias, este es el caso de las operaciones de mantenimientos de la paz⁶.

Las operaciones de mantenimiento de la paz, en sus aspectos civiles y militares, son programadas por la Secretaría General, que actúa conforme a las instrucciones generales del Consejo de Seguridad, expuestas en la resolución que autoriza el despliegue de la misión. La formulación exacta del mandato proviene de reuniones y de negociaciones entre las partes en el conflicto: los Estados que suministran los contingentes, el Secretario General, y los Estados miembros del Consejo de Seguridad —muy particularmente, los cinco miembros permanentes—⁷. Concretamente, el Secretario General de las Naciones Unidas negocia los aspectos prácticos de la operación, frecuentemente ayudado por su oficina de asuntos jurídicos.

⁵ Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 377 (V), “La unión para el mantenimiento de la paz”, 3 de noviembre 1950. Más recientemente, la Asamblea General ha creado la MINUGUA (Misión de verificación de las Naciones Unidas en Guatemala), A/RES/48/267, 28 septiembre 1994.

⁶ DECAUX(E.), “Commentaire de l’article 29 de la Charte”, en COT (J.P.), PELLET(A.), FORTEAU (M.) (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, op. cit., p. 987.

⁷ Rapport du Corps commun d’inspection. Élément militaire des opérations de maintien de la paix, Genève, 1995, JIU/REP/95/11, p. 12 (47p.).

En su origen, las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU sólo incluían aspectos militares, en lo sucesivo, contienen, igualmente, algunos aspectos civiles. Con objeto de coordinar estas nuevas misiones, la organización creó, en 1992, un departamento de operaciones de mantenimiento de la paz (DOMP). Estos cambios, que afectan al tipo de misiones en el que las Naciones Unidas han comenzado a implicarse, fueron descritos y analizados por el Secretario General de la Organización en su *Agenda para la paz*, en 1992, en la cual, aclara las nociones de diplomacia preventiva, de *Peace Making*, de *Peace Keeping*, traza un balance de las acciones entabladas y, sobre todo, propone algunas mejoras, tal como se lo había solicitado el Consejo de Seguridad al comienzo de ese mismo año. Además, creó el término de *Peace Building* (consolidación de la paz), que fue presentado como la continuación de la diplomacia preventiva: “*la diplomacia preventiva tiende a evitar una crisis; la consolidación de la paz después del conflicto tiende a evitar que no se reproduzca*”⁸. La Asamblea General tomó nota de este informe en su resolución 47/71, titulada solemnemente “*Estudio de conjunto de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos*”⁹. Así es como la ONU adopta una definición amplia del mantenimiento de la paz, que ya no significa únicamente evitar materialmente los combates armados entre grupos rivales. Por supuesto este último objetivo debe seguir existiendo, puesto que sólo se puede construir la paz si los combates han cesado, pero la Organización abraza en el futuro otras ambiciones.

El segundo estudio de envergadura sobre las operaciones de mantenimiento de la paz, llevado a cabo en el seno de la organización es el de Ladkhdar Brahini, en el año 2000. Da la siguiente definición de la consolidación de la paz (*Peace Building*):

“La consolidación de la paz (...) se refiere a las actividades realizadas al final del conflicto para restablecer las bases para consolidar la paz y proporcionar los instrumentos para construir sobre ellas algo más que la mera ausencia de la guerra. Por lo tanto, la consolidación de la paz incluye, entre otras cosas, la reincorporación de excombatientes a la sociedad civil, el fortalecimiento

⁸ Naciones Unidas, Asamblea General, Relación del Secretario general, Una Agenda para la paz, A/47/277, 17 junio 1992, &57.

⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 47/71, 12 febrero 1993.

*del estado de derecho (por ejemplo, mediante la formación y la reestructuración de la policía local y la reforma del sistema judicial y penal); la mejora del respeto de los derechos humanos mediante la vigilancia, la educación, la investigación de los atropellos pasados y presentes; la prestación de asistencia técnica para un desarrollo democrático (especialmente la asistencia electoral y el apoyo a la libertad de prensa); y la promoción del empleo de técnicas de solución de conflictos y de reconciliación*¹⁰.

Las operaciones de mantenimiento de la paz se han enriquecido, por tanto, considerablemente: ya no se trata sólo de observar, o, incluso, de garantizar un alto al fuego efectivo, sino de asentar las bases para una paz duradera en el Estado intervenido, mediante la reconstrucción y saneamiento de las estructuras existentes, especialmente el aparato judicial y la policía. Tal como indica el informe Brahimi, el papel de las Naciones Unidas no debe limitarse simplemente a observar, ni a disuadir los comportamientos policiales abusivos, por la simple presencia del personal sobre el terreno. Ese personal debe ayudar a la formación y a la reestructuración de las fuerzas de policía, de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El sistema penal debe garantizarse su propia imparcialidad, sin presión ni amenaza¹¹. El informe insiste igualmente, sobre el lugar relevante que debe reservarse a los derechos humanos durante las operaciones *de peace bulding*¹².

Este fortalecimiento de las acciones civiles de las Naciones Unidas ha ido acompañado, a menudo, de un desasimiento de la visión militar, al no vacilar ya en confiar la carga de la seguridad a un grupo de Estados, mientras ella misma se ocupa de los aspectos civiles, encaminados generalmente a crear las condiciones para una paz duradera en un Estado democrático.

¹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, Relación del grupo de estudio sobre las operaciones de paz de las Naciones Unidas, A/55/305, & 13.

¹¹ *Ibid.*, & 39.

¹² *Ibid.* & 41. Ver *infra*.

2.2. La inclusión del ideal democrático en el seno de las operaciones

Rasgo común de todas estas misiones es su objetivo final: poner en pie estructuras democráticas, respetuosas con los derechos humanos, que permitirán, al término, garantizar la paz. Esto puede considerarse como una inserción del objetivo democrático, en teoría transportable a cada Estado, en el corazón de la acción de la Organización de las Naciones Unidas, cuya Carta prevé, no obstante, el principio de la independencia política de sus miembros (I). A pesar de este principio, las Naciones Unidas se han lanzado a una auténtica promoción de la democracia (2).

2.2.1. La cuestión de la competencia nacional de los Estados

El artículo 2. 7 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que: *“Ninguna disposición de esta Carta autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que dependan esencialmente de la competencia nacional de un Estado (...); no obstante, este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas previstas en el capítulo VII”*¹³. La elección de la expresión *“asuntos que dependan esencialmente de la competencia nacional de un Estado”* por parte de los artífices de este artículo, no es fruto del azar. El artículo 15. 8 del Pacto de la Sociedad de Naciones, considerado tradicionalmente como el precursor del artículo 2. 7 disponía: *“Si una de las partes pide y si el Consejo reconoce que el litigio versa sobre una cuestión que el derecho internacional deja a **la competencia exclusiva** de esta parte, el Consejo lo hará constar en un informe pero sin recomendar ninguna solución”*¹⁴. Para que la organización no pudiera encargarse de un litigio, era necesario, pues, que versara sobre una materia que afectara *exclusivamente* a la competencia estatal, lo que, finalmente, suponía excluir del campo de intervención de la organización únicamente muy pocos asuntos. Esta interpretación fue la adoptada por la Corte permanente en su dictamen consultivo sobre los *Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, dictamen en el cual precisa que el dominio exclusivo de un Esta-

¹³ Carta de las Naciones Unidas, *op. cit.*, artículo 2 &7.

¹⁴ El subrayado es nuestro.

do correspondía a “materias que (...) no estén en principio reguladas por el derecho internacional»¹⁵, y respecto a las cuales el propio Estado no haya restringido su libertad “por compromisos adquiridos con otros Estados”¹⁶. Por esto, el solo hecho de haberse comprometido en un asunto en el que la competencia es, no obstante, exclusiva del Estado, por principio, le priva de la posibilidad de invocar esa competencia exclusiva para evitar la intervención del Consejo de las Naciones Unidas. La sustitución de la expresión “competencia exclusiva” por la de “asuntos de la competencia nacional de un Estado” ha sido aceptada con objeto de que se puedan “evitar las intervenciones de la Organización en asuntos que puedan presentar algunos aspectos internacionales, pero en los que la competencia nacional sería preponderante”¹⁷.

Existe, pues, una gran diferencia entre la formulación del artículo 15 & 8, del Pacto de la Sociedad de Naciones, y el artículo 2. 7, de la Carta de Naciones Unidas. Fue adoptada y reflejada en el artículo 2. 7 de la Carta una concepción muy protectora de los derechos de los Estados y de su competencia nacional. No obstante, la Carta “al mismo tiempo que reservaba expresamente la competencia nacional, daba poder a la Organización para tratar diversos asuntos, tales como los derechos humanos, que según el derecho internacional clásica, dependían de la sola competencia de los Estados”¹⁸. Si sigue siendo controvertida la cuestión de la delimitación entre las materias estrictamente internas, y aquellas que pueden, según el artículo 2. 7, ser objeto de acciones internacionales, es porque, a pesar del artículo 2. 7, la Organización de Naciones Unidas se preocupa cada vez más de la organización política en el seno de los Estados miembros. Esto es una realidad, independientemente de la cuestión de saber si esas materias dependen esencialmente de la competencia de los Estados.

Por otro lado, el artículo 13. 1 (b) de la Carta dispone también que “la Asamblea general promoverá estudios y hará recomendaciones

¹⁵ CPJI, *Décrets de nationalités promulgués en Tunisie y au Maroc*, 1923, dictamen consultivo, Rec. Serie B, n°4, pp. 23-24.

¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹⁷ GUILLAUME (G.), “Commentaire de l’article 2 & 7”, en COT (J.P.), PELLET (A.), FORTEAU (M.) (dir.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article pour article*, op. cit., p. 498.

¹⁸ *Ibid.*, Hace referencia a los artículos 1, 55 y 56 de la Carta.

para (...) desarrollar la cooperación internacional en asuntos económicos, sociales, culturales, educativos y salud pública, y hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Se puede ver en este artículo “un catalogo de las enormes posibilidades de cambios estructurales que encierra la Carta”¹⁹, que contiene, pues, en su seno los mecanismos tendentes a superar la visión estricta de la soberanía que se desprende del artículo 2.7. Ese artículo “resalta el hecho de que los redactores de la Carta han querido ampliar sensiblemente el horizonte de la nueva organización incrementando el número de competencias accesibles a su intervención”²⁰. En virtud de este precepto, la Asamblea General se encuentra, pues, en disposición de hacer recomendaciones, ciertamente no obligatorias, pero en ámbitos muy variados. Así es como, cuestiones que tradicionalmente se encontraban fuera del campo del derecho internacional, tales como la promoción de la democracia, se van integrando en él progresivamente.

2.2.2. La promoción de la democracia

Entre las cuestiones recientemente aprehendidas por el derecho internacional figura la de encaminar a los Estados hacia la vía democrática: “the newly emerging “law” —which requires democracy to validate governance— is not merely the law of a particular state (...). It is also becoming a requirement of international law, applicable to all and implemented through global standards, with the help of regional and international organizations”²¹. El profesor Sicilianos califica este cambio, de la indiferencia de la ONU frente a los regímenes políticos de sus miembros, hacia el objetivo democrático, de “cambio conceptual”²², y habla, a este respecto, de la “universalización progresiva del “imperativo democrático”²³”. Este cambio conceptual ha generado una “evolu-

¹⁹ MEHDI(R.), “Commentaire de l’article 13 & 1 (b) de la Charte”, *p. cit.*, p. 723.

²⁰ *Ibid.*, p. 724.

²¹ FRANCK (T.M.), “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, 1992, p. 47.

²² SICILIANOS (L.A.), *La ONU y la démocratisation de l’Etat, Systèmes régionaux et ordre juridique universel*, Paris, Pedone, 2000, p. 23.

²³ *Ibid.*

ción de las actividades operacionales"²⁴ de la Organización, que sitúa a la democracia en el centro de su actividad. Algunos explican este cambio por una especie de adaptación de las organizaciones internacionales, especialmente Naciones Unidas, a los cambios sobrevenidos a nivel nacional con motivo del fin de la guerra fría, incluso si eso no fuera necesariamente evidente²⁵.

Este cambio no significa que hasta los años 1990, las Naciones Unidas no se hayan comprometido nunca con la ayuda a la (re)construcción. Por ejemplo, en el periodo inmediatamente después de la descolonización²⁶ se desarrolló una verdadera cooperación, entre la Organización de las Naciones Unidas y algunos Estados recientemente independizados. No obstante, esta forma de asistencia desapareció rápidamente, al temer inmiscuirse, las Naciones Unidas, en las estructuras internas de esos nuevos Estados, particularmente susceptibles en el tema de su autonomía²⁷. La renovación de la ayuda de las Naciones Unidas a la (re)construcción en los años 1990, difiere de esas experiencias anteriores, puesto que ya no se trata sólo de ayudar a la construcción de un Estado recién independizado, liberado del yugo colonial, sino de construir un Estado de derecho, democrático, y respetuoso con los derechos humanos, muchas veces, a partir de un Estado existente²⁸. Conviene señalar que el objetivo de establecer estructuras democráticas constituye en realidad, un ideal en *sí mismo*, independientemente de que exista un conflicto. Así, la creación de la ATNUTO (Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental, después del referéndum de autodeterminación en Timor oriental, había sido proyectada antes incluso de que estallaran las violencias: "*The original reason for UN administration had nothing to do with post conflict; rather, it concerned*

²⁴ *Ibid.*, p. 157.

²⁵ FOX (G.), Intervención oral en el seno del panel "Implementing Democratization: What Role for International Organizations?", American Society of International Law, Proceedings of the 91^o Annual Meeting, April 9-12, 1997, Washington, DC, ASIL, 1998, p. 358.

²⁶ MENEMENIS (A.), "L'assistance constitutionnelle et administrative comme condition de la restauration de l'Etat", en DAUDET (Y.) (dir.), *Les Nations Unies et la restauration de l'État*, Paris, Pedone, 1995, p. 42.

²⁷ *Ibid.*, pp. 42-43.

²⁸ *Ibid.*, p. 45.

the perceived inability of the East Timorese.in the short term, to govern themselves once Indonesia withdrew"²⁹. Igualmente, el despliegue de la MINUK (Misión de Naciones Unidas en Kosovo), después de la retirada de la administración serbia del Kosovo, formaba parte de un plan general, cuya primera etapa era precisamente esa retirada. No se trataba, pues, de ocupar el sitio de las autoridades salientes, por azar o con motivo de un conflicto, sino simplemente "*to replace an administration committed to the disenfranchisement of the osovvar Albanians with another administration committed to the enfranchisement of that population*"³⁰. De esta manera, el objetivo de establecer estructuras democráticas no sobreviene necesaria, ni exclusivamente, después de un conflicto. Puede ser fraguado en calidad de tal, lo que muestra hasta qué punto este ideal se encuentra arraigado en la práctica de las Naciones Unidas.

La (re)construcción de los Estados democráticos, o la creación de estructuras democráticas, se desarrolla en dos etapas sucesivas. El profesor Sicilianos distingue entre la acción de la ONU para instaurar o restaurar la democracia, y, la acción para consolidar la democracia³¹. Según su opinión, actuar para instaurar la democracia significa favorecer elecciones libres y condenar firmemente los golpes de Estado³². Consolidar la democracia constituye un fin más ambicioso, ya que se puede hablar entonces de verdaderas operaciones de reconstrucción de un aparato público, o incluso de Estados, que "*deben desarrollarse en varios niveles: asistencia humanitaria; desarme, desmovilización y reintegración de los excombatientes, de los refugiados y de las personas trasladadas; ayuda a la reconstrucción y al desarrollo; fortalecimiento de la protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y de las estructuras democráticas*"³³. Este aspecto de la consolidación de la democracia tiene un interés especial para este estudio, ya que la abolición, o incluso, la limitación de la pena de muerte, no tiene

²⁹ WILDE (R.), *Representing International Territorial Administration: A Critique of Some Approaches*, *EJIL*, 2004, p. 84.

³⁰ *Ibid.*, p. 85.

³¹ SICILIANOS (L.A.), *L'ONU et la démocratisation de l'État, Systèmes régionaux et ordre juridique universal*, *op. cit.*, p. 160.

³² *Ibid.*, p. 161.

³³ *Ibid.*, p. 218.

relación directa con la organización de elecciones libres y periódicas, ni con la reacción de la ONU frente a los golpes de Estado. En cambio, la abolición, o al menos la limitación de las ejecuciones capitales, podrían ser abordadas en el marco de las actividades de reconstrucción del sistema judicial y de la protección de los derechos humanos en general. No obstante, la mayoría de los Estados, que han sido objeto de misiones de reconstrucción por la Organización de Naciones Unidas, y que tenían la pena de muerte en su arsenal de represión penal antes de dicha intervención, la han mantenido. Se trata ahora de explicar las razones de ello.

3. La reconstrucción de los estados “retencionistas”: compatibilidad entre el mantenimiento de la pena de muerte y las estructuras democráticas

En primer lugar, deben quedar fuera de este estudio las numerosas operaciones de mantenimiento de la paz exclusivamente militares que la Organización de las Naciones Unidas ha llevado a cabo en diversos países del globo. Sin pasar a enjuiciar su valor o su eficacia, el objetivo de esas misiones era simplemente garantizar un cese el fuego mediante la vigilancia de las líneas del frente y la interposición entre grupos rivales. Es evidente, que este tipo de misión se realizó sin influir sobre la abolición o limitación de la pena de muerte, lo cual no debe sorprender. Se trata aquí de simples operaciones de mantenimiento de la paz “complejas”, o de misiones de consolidación y restablecimiento de la paz.

Deben también dejarse fuera las acciones de reconstrucción democrática de Estados que habían abolido la pena de muerte *antes* de la intervención de la ONU. La reconstrucción acabó bien, con el advenimiento de un Estado democrático y abolicionista, pero la ONU no tuvo nada que ver con este último resultado (A). A continuación, se indicara que las operaciones llevadas a cabo en Estados “retencionistas” se liquidaron, en la mayoría de las ocasiones, con el mantenimiento de la pena de muerte (B), lo que conducirá, por último, a analizar los lazos existentes entre la democracia, los derechos humanos y el mantenimiento de la pena capital (C).

3.1. Operaciones de reconstrucción que afectan a Estados ya abolicionistas

Entre estos Estados se encuentra Camboya, ya que la primera misión, la UNAMIC (*United Nations Advance Mission in Cambodia*) que precedió a la APRONUC (Autoridad provisional de las Naciones Unidas en Camboya), se instituyó en octubre de 1991. Mientras que, Camboya había abolido la pena de muerte en 1989. En el Salvador, la ONUSAL (Misión de observación de las Naciones Unidas en el Salvador) se puso en marcha en 1991, mientras que la abolición de la pena de muerte para tiempo de paz remontaba a 1983. En Haití, la primera misión de la ONU, la MINUAH (Misión de Naciones Unidas en Haití) se creó en 1993, cuando la pena de muerte había sido ya abolida, en 1987. Igualmente, cuando se creó la UNTAES (Administración de transición de las Naciones Unidas en Eslovenia Oriental, Baranda y Srijem occidental), Croacia había ya abolido la pena capital en 1990. Por último, la ONUCI (Operación de Naciones Unidas en Costa de Marfil, 2004) interviene actualmente en un Estado abolicionista desde el año 2000. En lo que respecta a las misiones de consolidación y de restablecimiento de la paz, la UNOGBIS (Oficina de las Naciones Unidas para la Consolidación de la paz en Guinea —Bissau) se puso en marcha en marzo de 1999, cuando este Estado había abolido la pena de muerte en 1993. Hay que dejar fuera, igualmente, a la MONUB (Misión de observación de las Naciones Unidas en Buganvilla, creada en 2004) ya que, aunque Papúa Nueva Guinea sigue siendo un Estado “retencionista”, no ha habido ninguna ejecución desde 1950, lo que parece constituir una explicación satisfactoria del desinterés de la Organización frente a la abolición de la pena de muerte en este Estado.

Los dos únicos casos en los que se puede establecer un claro vínculo entre la acción de reconstrucción, o más bien, del establecimiento de una administración transitoria por parte de las Naciones Unidas, y la abolición de la pena de muerte, son los de Timor-Leste, antiguo Timor oriental, y Kosovo, aunque se trata de casos peculiares puesto que las Naciones Unidas ejercían allí todos los poderes³⁴.

³⁴ Ver *infra*.

Caso aparte es el de Bosnia- y Herzegovina, en el sentido de que, si la abolición de la pena de muerte se ha producido cuando estaba en curso una misión de la ONU que implicaba aspectos de reconstrucción, esta decisión no puede estar directamente relacionada con la presencia de la ONU sobre el terreno. Por el artículo VII del acuerdo-marco general para la paz en Bosnia y Herzegovina, el acuerdo de Dayton, firmado, el 14 de diciembre de 1995, entre Croacia, Bosnia-Herzegovina y la República federal de Yugoslavia³⁵, las partes se comprometían a respetar el Anexo 6 del acuerdo, dedicado a los derechos humanos. El artículo 1º del Anexo 6, establece lo siguiente: “*The Parties shall secure to all persons within their jurisdiction the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the rights and freedoms provided in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols*”³⁶. Esta última indicación significaba, pues, que las partes se comprometían a no aplicar la pena de muerte en tiempo de paz, aun cuando no hubieran ratificado todavía el Protocolo nº 6 de la CEDH, que abole la pena de muerte en tiempo de paz. Las consecuencias de este compromiso fueron acogidas en el derecho interno por la Cámara de los derechos humanos de la Comisión de derechos humanos para Bosnia y Herzegovina, en la sentencia *Damjanovic* en 1997³⁷. Es la consecuencia lógica de la aceptación por parte de Bosnia y Herzegovina del acuerdo Dayton. En ese contexto, la UNMIB (Misión de las Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina), creada en diciembre de 1995, no tuvo una influencia directa sobre la abolición, aunque esta decisión jurisdiccional de abolir se produjera cuando su mandato no había acabado todavía.

Las demás operaciones de las Naciones Unidas comportando aspectos de reconstrucción —y no únicamente militares *stricto sensu*— y que se llevaron a cabo en Estados “retencionistas”, ya sean operaciones de mantenimiento de paz, o misiones políticas y de apoyo

35 El texto integro del acuerdo y sus anexos (14 diciembre 1995) está disponible en el sitio de Internet del Alto representante para Bosnia-Herzegovina.

36 *Ibid.*, el subrayado es nuestro.

37 Sitio Internet *La peine de mort dans le monde*, “La Bosnie abolit la peine de mort pour les crimes de droit común”, despacho de 5 septiembre 1997.

para la consolidación de la paz, no tuvieron incidencia alguna sobre la abolición de la pena de muerte.

3.2. *Operaciones sin efecto sobre la pena capital*

En primer lugar, la MINUGUA (Misión de verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, 1994), cuyo principal mandato era verificar la aplicación de los acuerdos sobre los derechos humanos³⁸. Seguidamente, debe citarse a la UNPOS (Oficina Política de las Naciones Unidas en Somalia, 1995), con sede en Nairobi, cuya misión consistía principalmente en coordinar la ayuda financiera, con vistas a estimular el proceso de reconciliación nacional. Así mismo, la UNOMSIL (*United Nations Observer Mission in Sierra Leone*, 1998) y la UNAMSIL (*United Nations Mission in Sierra Leone*, 1999), no tuvieron influencia sobre la pena de muerte en Sierra Leona, a pesar de los mandatos dirigidos a la formación de la policía según los estándares internacionales, en materia de protección de los derechos humanos. La UNTOP (Oficina de apoyo de las Naciones Unidas para la consolidación de la paz en Tayikistan, 2000) y la BONUCA (Oficina de apoyo de las Naciones Unidas para la consolidación de la paz en República centroafricana, creada en el año 2000), dos oficinas administradas por el departamento de asuntos políticos, no han llevado a esos Estados a abolir la pena de muerte. No obstante, allí todavía, el mandato de la UNTOP es bastante amplio y tiende a la reconstrucción nacional y al desarrollo de prácticas de buen gobierno³⁹. La NANUA (Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán, 2002), goza de prerrogativas muy importantes en Afganistán, donde no menos de diecinueve órganos de la ONU trabajan en colaboración con el gobierno afgano, mientras que dieciséis órganos de la ONU están coordinados por la MANUI (Misión de Asistencia de

³⁸ Naciones Unidas, Asamblea general, A/RES/48/267, 28 de septiembre 1994. Para un estudio más detallado de esta misión, ver GROTE(R.), "The United Nations and the Establishment of a New model of Governance for Central America: the Case of Guatemala", in FROWEIN (J.A.), WOLFRUM (R.), (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 2, Londres, Boston, La Haye, Kluwer Law International, 1998, pp. 239-286.

³⁹ El mandato de la BONUCA, por el contrario, es más bien reducido.

las Naciones Unidas para Irak, 2003). Igualmente, hay que mencionar a la ONUB (Operación de Naciones Unidas en Burundi, 2004), que tiende a facilitar el establecimiento de los cese el fuego, pero también, algunas acciones en favor de los derechos humanos, y por último, la MINUS (Misión de las Naciones Unidas en Sudan, creada el 24 de mayo de 2005), cuyo mandato consiste, principalmente, en vigilar la aplicación del acuerdo de paz, pero también, el respeto a los derechos humanos en el país. Ninguno de esos dos Estados africanos han, por el momento, abolido la pena capital.

La excepción significativa de esta lista es la MINUL (Misión de las Naciones Unidas en Liberia, 2003) ya que trabaja para hacer respetar el cese el fuego y contribuir a un mayor respeto de los derechos humanos en Liberia, que finalmente abolió la pena capital para todos los delitos, en septiembre de 2005. En todos los demás Estados, en los que están desplegadas las misiones acabadas de mencionar, la pena de muerte sigue siendo una de las penas aplicables.

A la inversa, aún cuando la MINUGUA estaba actuando en Guatemala, este Estado amplió la lista de los delitos punibles con pena de muerte a las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales realizadas por los miembros de las fuerzas de seguridad (ejército y policía)⁴⁰, violando el Aviso consultivo de la Corte interamericana de los derechos humanos de 1983⁴¹. Las autoridades de la MINUGUA condenaron enérgicamente esta decisión, y lo hicieron “*en estricta ejecución de (su) mandato*”, ya que la propia Constitución guatemalteca establece la prevalencia de las normas internacionales sobre las nacionales⁴². Además, la MINUGUA señaló públicamente que el hecho de poner a dos hombres frente al pelotón de ejecución,

⁴⁰ Site Internet d'Amnesty International, “The Return of the Death Penalty, Guatemala”, 9 mai 1997.

⁴¹ Ver *supra*.

⁴² Naciones Unidas, Sexta relación del director de la Misión de las Naciones Unidas para la verificación de los derechos humanos y del respeto a los compromisos tomados en los términos del acuerdo general relativo a los derechos humanos en Guatemala, anexo a la nota del Secretario general, “La situación en América central: proceso de establecimiento de una paz firme y duradera y progreso realizado en la estructuración de una región de paz, libertad, democracia y desarrollo”, A/51/790, 31 janvier 1997, &59.

muerte retransmitida por la televisión guatemalteca, en cuanto que no se habían podido beneficiar de todas las garantías de un proceso justo, era contrario al Acuerdo global sobre los derechos humanos, del cual esta misión debía verificar su aplicación⁴³. No obstante, ahí acaba la libertad de acción de las autoridades de estas misiones: la MINUGUA no tenía por mandato conseguir de Guatemala la abolición. Esta es la causa por la que no se puede hablar realmente de ineficacia de las operaciones de las Naciones Unidas en el ámbito de la abolición, o de la simple limitación de las ejecuciones capitales, en el sentido de que no podemos juzgarlas en relación a elementos que no están contemplados en su mandato. Así mismo, como reacción a la condena a muerte, por el Tribunal Supremo de Tayikistán, de tres hombres acusados de haber asesinado a miembros de la MONUT⁴⁴, el Secretario General de Naciones Unidas pidió que la pena de muerte no les fuera aplicada y que se revisara la pena⁴⁵. Una iniciativa similar tomó respecto a unos condenados a muerte en Sierra Leona. Los intentos de las Naciones Unidas, relativos a la abolición, o a la simple limitación de la pena capital, se tradujeron, en la República Centroafricana, en la organización por la BONUCA de un seminario nacional sobre la pena de muerte, que, sin embargo, no ha generado (todavía) la decisión de la abolición⁴⁶.

Estas acciones puntuales, pero concretas, demuestran que las Naciones Unidas tienen predisposición, cuando eso es posible, a preocuparse de la pena capital en el marco de sus operaciones sobre el terreno. Sin embargo, salvo en casos excepcionales, como el de Timor-Leste y el de Kosovo, no puede haber en ellas una imposición de la abolición: la misión puede, como mucho, procurar que el Estado respete un límite mínimo de algunas ejecuciones, cuando ello esté relacionado con su mandato.

⁴³ The Return of the Death Penalty, Guatemala", *op. cit.*

⁴⁴ La Misión de observación de las Naciones Unidas en Tadjikistan duró de 1994 a 2000 y fue una misión destinada a alentar el respeto del cese el fuego.

⁴⁵ Naciones Unidas, relación del Secretaria general sobre la situación en Tadjikistan, S/1999/514, 6 mayo 1999, &21.

⁴⁶ Naciones Unidas, Consejo de seguridad. Tercera relación interina del Secretario general sobre la Misión de observación de las Naciones Unidas en Sierra Leona, S/1998/1176, 16 diciembre 1998, &40.

En Afganistán, a pesar del lugar que ocupan los derechos humanos en los acuerdos de Bonn, y que las Naciones Unidas deben ayudar a que se apliquen, la nueva Constitución afgana, de 4 de enero de 2004, prevé indirectamente la pena de muerte, ya que el artículo 129 dispone que *"All specific decisions of the courts are enforceable, except for capital punishment, which is conditional upon approval of the President"*⁴⁷. El Secretario General constata en su relación de 2004 sobre Afganistán, la reanudación de las ejecuciones ese mismo año, así como el llamamiento realizado, por la ponente especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extra judiciales, sumarias y arbitrarias, para la puesta en marcha de una moratoria sobre las ejecuciones capitales en Afganistán, en razón de las disfunciones del sistema judicial, que no permite que los acusados tengan aseguradas todas las garantías procesales necesarias⁴⁸. Esto demuestra la impotencia de las Naciones Unidas para imponer su punto de vista, aún estando ampliamente implicadas en el proceso de reconstrucción.

En Irak, Paul Bremer, el administrador americano, había suspendido la pena capital en el año 2003. Fue reinstalada por el gobierno interino en agosto de 2004, y parece evidente que las autoridades iraquíes tienen la intención de conservarla, con el fin de reprimir las violencias terroristas⁴⁹. Es interesante constatar, que la principal razón fundamentando la decisión de Paul Bremer fue que el régimen de Saddam Hussein *"used certain provisions of the penal code as a means of oppression, in violation of internationally acknowledged human rights"*⁵⁰. No obstante, Estados Unidos se muestra, en lo sucesivo, favorable al mantenimiento de la pena capital en Irak, puesto que esa decisión emana del gobierno libremente elegido por el pueblo. Esta postura es algo ambigua, porque no hay duda que ese nuevo

⁴⁷ Sobre el sitio en Internet del gobierno afgano, Texto integro de la Constitución afgana de 4 de enero de 2004.

⁴⁸ Naciones Unidas, Relación del Secretario general, "La situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales", S/2004/634, 12 de agosto de 2004, & 48.

⁴⁹ FINER (J.), NOURI (N.), "Capital Punishment Returns to Iraq, Public Welcomes Practice Suspended After U.S. Invasion", *Washington Post*, 26 mayo 2005.

⁵⁰ *Ibid.*

gobierno tiene igualmente la intención, como el anterior, de utilizar la pena de muerte con fines políticos⁵¹. En todo caso, las Naciones Unidas no han tenido nada que decir sobre esta decisión.

Hay que recordar aquí la importancia capital del consentimiento del Estado a las misiones de la ONU. Constituye la piedra angular de estas misiones, aún cuando no se puede considerar que constituya su base jurídica, ya que ésta es fijada por la propia Organización al crear la misión, no siendo el consentimiento del Estado más que una “condición del despliegue”⁵². Por otra parte, el mandato de la misión generalmente es puesto a punto por el Secretario General, haciéndolo suyo después el Consejo de Seguridad de forma unilateral. Si la condición del consentimiento del Estado no es suficiente, tampoco es necesaria desde un punto de vista jurídico, ni sobre todo, desde un punto de vista operacional⁵³. Ciertamente, algunas OMP fueron desplegadas sobre la base del Capítulo VII, son pues coercitivas, pero esto “no significa, ni mucho menos, que todos los aspectos del mandato de la operación creada tengan naturaleza coercitiva”⁵⁴. En particular, los aspectos vinculados al proceso de democratización y de reconstrucción del país mantienen un carácter consensual, por oposición, por ejemplo, al proceso de desarme, que puede ser impuesto al Estado. Sin embargo, este último punto no impidió a las Naciones Unidas imponer la abolición a Timor-Leste y a Kosovo porque, en esos dos grupos, había una ausencia total de Estado de quien obtener un eventual consentimiento, gozando la ONU concretamente de todos los poderes.

De esta manera, el análisis de la mayoría de estas misiones de la ONU dirigidas a la democratización de los Estados evidencia claramente que la pena de muerte no se considera una prioridad, ni mucho menos. Se podría pensar que, al negociar con los Estados

⁵¹ *Ibid.*

⁵² LAGRANGE (E.), *Les opérations de maintien de la paix et el chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 24.

⁵³ LIÉGEOIS (M), *Maintien de la paix et diplomatie coercitive. L'Organisation des Nations Unies á l'épreuve des conflits de l'après-guerre froide*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 55.

⁵⁴ SICILIANOS (L.A.), *L'Onu et la démocratisation de l'État, Systèmes régionaux et ordre juridique universal*, op. cit., p. 231.

los mandatos específicos de cada misión, el Secretario General precisara que la pena de muerte debería ser abolida. Es dudoso que una tal exigencia pusiera en cuestión el consentimiento del Estado al despliegue de una operación encargada de aportar estabilidad, paz y en definitiva, riqueza para el Estado. La realidad es muy otra: cuando el personal civil de las Naciones Unidas tiene algún poder en materia de derechos humanos, eso sólo incluye el control del respeto a la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, no parece ilusorio pensar que la presencia de las Naciones Unidas en un Estado podría influir sobre las opciones de este Estado en lo relativo de pena capital, en sentido favorable a la abolición, o al menos, a una limitación estricta de las ejecuciones. En efecto, las Naciones Unidas tienen responsabilidades en estos Estados en el ámbito de los derechos humanos, ámbito ligado a la implantación de la democracia.

3.3. *Democracia, derechos humanos y abolición de la pena de muerte*

La conexión entre democracia y derechos humanos ya ha sido demostrada y ha sido confirmada en numerosas ocasiones, especialmente en la Declaración final de la Conferencia de Viena sobre derechos humanos en 1995: *“La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio sistema político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deberán ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero”*⁵⁵.

⁵⁵ Naciones Unidas, Relación de la Conferencia mundial sobre los derechos humanos, Declaración y programa de acción de Viena, A/CONF.157/24 (Parte I), 13 de octubre de 1993, & 8. Ver igualmente SICILIANOS (L.A.), “Les Nations Unies et la démocratisation de l’État, nouvelles tendances”, in MEHDI (R.) (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l’État*, Decimos

Igualmente, la promoción de los derechos humanos es reafirmada como uno de los fines de las Naciones Unidas, a pesar del principio de no intervención del artículo 2.7 de la Carta. En estas condiciones, podemos preguntarnos sobre el silencio en los mandatos de las operaciones sobre el terreno de la ONU de temas, que afectan a la abolición de la pena de muerte y a su limitación. La respuesta a este legítimo interrogante radica en el hecho de que la abolición de la pena de muerte no es un tema que tenga relación con los derechos humanos, porque la pena de muerte no es considerada, en derecho internacional, como una violación del derecho positivo a la vida⁵⁶. Incluso, si se acoge un concepto más bien amplio del artículo 2 &7, teniendo en cuenta que la protección de los derechos humanos, al estar recogida en los artículos 1º y 55 de la Carta como uno de los objetivos de la Organización, no puede considerarse que “dependa esencialmente de la competencia de cada uno de los Estados” (según los términos del artículo 2 &7), resulta forzoso constatar que la pena de muerte es compatible con el derecho internacional general, a pesar del intento del Secretario general de hacer de la abolición de la pena de muerte una norma internacional. En su informe titulado “Restablecimiento del Estado y administración de la justicia durante el periodo de transición en las sociedades presas en un conflicto o saliendo de él”⁵⁷, el Secretario General explica que las Naciones Unidas deben basar sus programas de asistencia en los estándares internacionales relativos a los derechos humanos. Insiste en el hecho de que estas normas son reconocidas por todos los Estados del mundo, sea cual sea su cultura, y que no pueden ser consideradas como manifestaciones del dominio político de los Estados que las establecen. Continúa afirmando que estas normas “definen además el marco normativo del compromiso de la ONU, por ejemplo, que sus tribunales no pueden en ningún caso imponer la pena capital⁵⁸”. Por tanto, convierte la elimi-

encuentros internacionales de Aix-en Provence. Coloquio 14 et 15 de diciembre de 2001, París, pedone, 2002, p. 15.

⁵⁶ Ver *supra*.

⁵⁷ Naciones Unidas, relación del Secretario general sobre el “Restablecimiento del Estado de derecho y administración de la justicia durante el periodo de transición en las sociedades presas en un conflicto o saliendo de él”, S/2004/616, 23 de agosto 2004.

⁵⁸ *Ibid.*, & 10.

nación de la pena de muerte de la lista de las penas aplicables por los tribunales en una cuestión relativa a los derechos humanos, que derivaría de una norma ampliamente aceptada. Más todavía, entre las recomendaciones, que dirige al Consejo de Seguridad, con el fin de ayudarlo en la definición de los mandatos de las operaciones sobre el terreno, se encuentra la siguiente: los acuerdos de paz y las resoluciones deben ser negociadas de forma que *“la ONU no establezca tribunales que puedan, entre otras sanciones, aplicar la pena capital o no participe directamente en las actividades de un tribunal semejante”*⁵⁹. Su intento de que la pena capital sea una práctica incompatible con las normas internacionales de protección de los derechos humanos no se corresponde, sin embargo, con la realidad. En efecto, se ha demostrado a lo largo de la primera parte de este estudio que la pena de muerte es legítima en derecho internacional convencional. Esta postura se ve confirmada por la reacción de los Estados Unidos frente al informe del Secretario General. Si Brasil y Francia se adhirieron a sus puntos de vista, para Estados Unidos *“el informe no respeta correctamente las decisiones nacionales en materia de justicia penal, en particular las penas que una determinada sociedad puede considerar convenientes”*⁶⁰. De nuevo, se ve que la pena de muerte y su abolición no son consideradas cuestiones que conciernen a los derechos humanos, sino que responden a opciones propias de cada Estado en materia de política penal.

En el estado actual del derecho positivo, un Estado puede ser incontestablemente democrático, garantizar un alto grado de protección de los derechos humanos, respetar los artículos pertinentes de los tratados sobre protección de los derechos humanos y continuar aplicando la pena de muerte. La abolición de la pena de muerte es, pues, una medida, la mayor parte de las veces, tomada por un Estado —con excepción de Timor-Leste y Kosovo— en el marco de su propia política penal. En efecto, está basada sobre la idea de protección del ser humano, pero no se trata de una medida que reclame la protección de los derechos humanos, tal como se conci-

⁵⁹ *Ibid.*, & 64, el subrayado es nuestro.

⁶⁰ Naciones Unidas, Consejo de seguridad, documentos oficiales, 5052^o sesión, S/PV. 5052, 6 de octubre 2004, p. 20. Las tomas de posesión de los representantes brasileño y francés aparecen respectivamente en las páginas 16 y 23.

ben en derecho internacional. Las misiones de las Naciones Unidas permanecen, por tanto, acantonadas dentro del marco que se les ha asignado, que a menudo, es el de controlar el nivel de protección de los derechos humanos en esos Estados, lo que puede incluir el control del desarrollo de las condenas a muerte y de las ejecuciones. Sin embargo, su función no puede sobrepasar este marco, en razón a la soberanía de los Estados, que siguen siendo los únicos dueños de su política penal. Las resoluciones del Consejo de Seguridad creando estas misiones, incluso si fueran adoptadas sobre la base del Capítulo VII, no mencionan la pena capital, ni tampoco —y esto es lo más importante— proporcionan los medios a las misiones desplegadas para preocuparse de este punto de manera sistemática. La abolición de la pena de muerte se sitúa por tanto, fuera del campo de acción de las operaciones, lo cual se traduce concretamente en la persistencia de la pena de muerte en los Estados que acogen dichas operaciones.

Igualmente, la Unión europea, aún cuando existen instrumentos jurídicos que le permiten imponer la abolición de la pena de muerte a algunos de sus socios comerciales, no ha llegado a hacerlo.

4. Los acuerdos entre la Unión Europea y los estados en desarrollo: la exclusión del objetivo abolicionista

La primera vez que se mencionó la cuestión de los derechos humanos y la democracia en un Tratado comunitario, como objetivo de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la Unión europea, fue en el Tratado de Maastricht en 1992. Así, el artículo J.1 y 2 integra entre los objetivos *“el desarrollo y el fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*. También el artículo 177 TCE, relativo a la cooperación al desarrollo, proclama el principio según el cual *“la política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho así como al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”*.

Para ello, la Comunidad ha implantado mecanismos de condicionalidad, con el fin de dirigir a sus socios comerciales por la vía de la protección de los derechos humanos. Tales mecanismos supeditan la concesión de ayudas, o el desarrollo de relaciones comerciales, a algunas exigencias relativas al respeto de los derechos humanos. Ahora bien, ese respeto de los derechos humanos por los Estados en desarrollo, estimulado por la Comunidad europea, no incluye la abolición de la pena de muerte.

Es interesante ver cómo los derechos humanos han conseguido un lugar preferente en el marco de las relaciones exteriores de la Comunidad, principalmente con los Estados en vías desarrollo (&1). Hay que subrayar, sin embargo, que si los derechos humanos son objeto de mecanismos de condicionalidad estructurados, el tema de la abolición de la pena de muerte no aparece en los acuerdos (&2), lo cual constituye un contratiempo para la Comunidad europea (&3).

4.1. Inclusión de cláusulas de derechos humanos en los acuerdos

En primer lugar, hay que subrayar el papel pionero del Parlamento europeo en la materia, puesto que desde la resolución sobre los derechos humanos en el mundo, de 17 de mayo de 1983, invitó a la Comisión *"a elaborar proposiciones para incluir consideraciones relativas a los derechos humanos en el marco de las relaciones exteriores y de las políticas de desarrollo de la comunidad, con la perspectiva del establecimiento progresivo de una política comunitaria de los derechos humanos"*⁶¹ y a la Comisión y al Consejo a *"insistir en la medida de lo posible, durante las negociaciones para renovar el Convenio de Lomé, para que el respeto de los derechos humanos sea incluido en el texto del nuevo convenio"*⁶².

Por otra parte, la primera mención al respeto de los derechos humanos en el marco del desarrollo aparece en el preámbulo del acuerdo de Lomé III de 1984, en el cual los Estados afirmaban *"su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y valor de la perso-*

⁶¹ Resolución del Parlamento europeo sobre los derechos humanos en el mundo, 17 de mayo 1983, &9.

⁶² *Ibid.*, &9.

na humana, en la igualdad de los derechos de los hombres y de las mujeres, así como de las naciones grandes o pequeñas⁶³". Esto fue el resultado de un compromiso, ya que los Estados ACP no deseaban que se mencionara a los derechos humanos en la Convención. Ya se habían opuesto en 1979, cuando la primera renovación de la Convención⁶⁴, esgrimiendo tres argumentos sucesivos. En primer lugar, los Estados de la CEE no estarían en condiciones de defender los derechos humanos en el plano internacional, debido esencialmente a sus relaciones con África del Sur. En segundo lugar, los Estados ACP habrían demostrado, sin ambigüedad, su adhesión a los derechos humanos, sin que fuera necesario imponerles que así sea. Por último, temían que la introducción de los derechos humanos conllevaría un atentado a su soberanía⁶⁵. Por su parte, los Estados miembros de la CEE deseaban vivamente que se incluyera dentro del Convenio una cláusula sobre el respeto de los derechos humanos. La mención de los derechos humanos en el preámbulo constituye, pues, una solución intermedia. La resistencia de los Estados ACP se explica fácilmente por su voluntad de preservar el ejercicio de su soberanía, lo que les lleva a invocar el principio de no-injerencia cuando la Comunidad europea —o cualquier otra organización internacional— intenta influir en la elección de sus políticas internas, en particular, en lo tocante al tratamiento de su propio pueblo.

Se vieron, sin embargo, obligados a ceder, aunque, por supuesto, dentro del marco de la obligación política. En 1986, los ministros de Asuntos Exteriores evocaron, en su *Declaración sobre cooperación política europea*, "la inscripción de cláusulas relativas a los derechos humanos en los acuerdos económicos y de cooperación con terceros países" y, desde 1989, se incorporó en la Convención de Lomé IV un artículo 5, según el cual, especialmente, "las acciones de cooperación se inscriben en esta perspectiva positiva, en la que el respeto de los derechos humanos es reconocido como un elemento fundamental de un verdadero desarrollo y donde la propia cooperación es percibida como una contribución a la promoción de

63 Tercera Convención APC-CEE, firmada en Lomé el 8 d diciembre 1984, JOCE. N°L 86/1, 31 marzo 1986.

64 BUIRETTE-MAURAU (P.), "Les difficultés de l' internationalisation des droits de l' homme à propos de la Convention de Lomé", *RTDE*, 1985, p. 463.

65 *Ibid.*, p. 465.

esos derechos⁶⁶". Este artículo es considerado generalmente como un "esbozo de la condicionalidad⁶⁷". En los años siguientes aumentaron de manera significativa las referencias a los derechos humanos en los acuerdos de cooperación con los Estados en desarrollo⁶⁸.

El artículo 5 de la Convención de Lomé IV, sin embargo, planteó muy pronto problemas, ya que no podía, en realidad, fundamentar legalmente una eventual denuncia de un acuerdo concluido en virtud de esta Convención. En efecto, si nos atenemos a las condiciones para denunciar los tratados, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, esta disposición, que reconocía el respeto de los derechos humanos como un "elemento fundamental", no permitía denunciar un acuerdo en caso de no-respeto de los derechos humanos. En base al artículo 60 de la Convención de Viena, "la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado" permite su suspensión, incluso su extinción. Igualmente, un cambio en las circunstancias puede fundamentar una decisión de suspensión (artículo 62). Por otro lado, una vez tomada la decisión de suspensión, o de denuncia, deberá notificarse, y no surtirá efecto hasta tres meses más tarde, como mínimo (artículo 65). Por consiguiente, el artículo 5 de la Convención de Lomé IV no constituía una base jurídica válida, porque la promoción de los derechos humanos, aunque presentada como un objetivo importante, no constituía una *disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado*, al no ser el objeto, ni tampoco el fin, de la Convención de Lomé IV, la promoción de los derechos humanos, sino el desarrollo de las relaciones comerciales.

Para paliar este fallo jurídico, el 28 de noviembre de 1991, el Consejo y los Estados miembros adoptaron una resolución sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo, que se ha convertido en uno de los documentos referentes de la condicionalidad políti-

66 Cuarta Convención APC-CEE, firmada en Lomé el 15 de diciembre 1989, JO-CE, n° L 229/1, 17 agosto 1991.

67 RIDEAU (J.), *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 388.

68 Unión europea. Comunicación de la Comisión europea, "Prise en compte du respect des principes démocratiques et des droits de l'homme dans les accords entre la Communauté et les pays tiers", COM (95) 216 final, 23 mai 1995, p. 2.

ca. Esa resolución preveía que se incluyeran cláusulas de *derechos humanos* en todos los futuros acuerdos de cooperación concertados entre la Comunidad y los Estados en desarrollo⁶⁹. Se recoge la posibilidad de imponer sanciones en caso de no-respeto de los derechos humanos⁷⁰. Esta resolución marca el inicio de la inclusión de las cláusulas denominadas *elemento esencial* en los acuerdos que vinculan a la Comunidad y a los Estados en desarrollo o en transición. Se entiende que se trataba de adecuar el sistema a las prescripciones de la Convención de Viena, de hacer de los derechos humanos, aunque de forma artificial, es cierto, un *elemento esencial* del acuerdo, cuyo no-respeto podría válidamente llevar consigo la denuncia de dicho acuerdo. La cláusula *elemento esencial*, generalmente, es expresada así: “*El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos, así como los principios de la economía de mercado inspiran las políticas internas e internacionales de la Comunidad y de (tal o cual Estado) (tercer país), y constituyen un elemento esencial del presente acuerdo*”⁷¹. Esta formulación permite pues, la suspensión o la denuncia, en aplicación del artículo 60 de la Convención de Viena.

Desde los años 1991-1992, la cláusula de condicionalidad *elemento esencial* se encuentra en todos los acuerdos concertados por la comunidad, hasta el punto que se puede decir que “*The generalization of the use of the clause in the Community’s external relations has been truly extraordinary*”⁷². Con motivo de la renegociación de Lome IV, se introdujeron algunas modificaciones en el texto que tuvieron en cuenta estos cambios. El artículo 5 introduce un párrafo en el que se establece que “*el respeto de los derechos humanos, de los principios democráticos y del Estado de derecho, sobre el cual se basan las relaciones entre los Estados ACP y la Comunidad, así como de todas las disposiciones de la presente convención, y que inspira las políticas internas e*

⁶⁹ Comunidad europea, “Resolución del Consejo y de los Estados Miembros en el seno del Consejo sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo”, 28 de noviembre 1991, &10.

⁷⁰ *Ibid.*, &6.

⁷¹ RIDEAU (J.), *Le rôle de l’Union européenne en matière de protection des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 393.

⁷² LIÑAN NOGUERAS (D.J.), HINOJOSA MARTINEZ (L.M.), “Human Rights Conditionality in the External Trade of the European Union: Legal and Legitimacy Problems”. *Columbia Journal of European Law*, 2001, p. 319.

internacionales de las partes contratantes, constituye un elemento esencial de la presente convención"⁷³.

Señalamos también la introducción del artículo 366 bis, que establece el procedimiento a seguir en caso de infracción "de una obligación concerniente a uno de los elementos esenciales recogidos en el artículo 5"⁷⁴. Este procedimiento se fundamenta más bien sobre las consultas que sobre la eventual suspensión del acuerdo. El modelo, recogido en Lomé IV revisado, se ha generalizado desde entonces y se ha convertido en estándar en los acuerdos entre la Comunidad y los terceros Países⁷⁵.

Que el respeto a los derechos humanos haya adquirido el estatus de criterio de condicionalidad en el marco de las relaciones entre la Comunidad Europea y sus socios comerciales menos desarrollados, no significa que la abolición de la pena de muerte se haya convertido ella misma en una apuesta en esas relaciones. Por el contrario, parece estar olvidada, casi totalmente, en las negociaciones europeas.

4.2. La determinación del contenido de los acuerdos

El artículo 300 del TCE es el que recoge las grandes líneas del procedimiento comunitario en la conclusión de los acuerdos. La Comisión los negocia, con arreglo a las directivas de negociaciones que le han sido dirigidas por el Consejo. Con frecuencia, incluso antes de la apertura de negociaciones para un acuerdo concreto, la Comunidad Europea evoca el tema de los derechos humanos, con ocasión de contactos que pueden ser únicamente oficiosos⁷⁶. Después de la negociación, el Consejo de la Unión Europea concluye los acuerdos

⁷³ Acuerdo relativo a la modificación de la cuarta Convención ACP-CEE de Lomé, firmado en Mauricio el 4 de noviembre 1995, JOCE n° L 156/1, 29 de mayo 1998, artículo 5 & 1, El subrayado es nuestro.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo 366 bis.

⁷⁵ RIEDEL (E.), WILL (M.), "Human Rights Clauses in External Agreements of the EC", in ALSTON (P) (ed.), *the EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 731-732.

⁷⁶ RIDEAU (J.), *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 363.

según las propuestas de la Comisión. En las negociaciones con los países en vías de desarrollo, la Comisión está obligada a incluir en sus proposiciones disposiciones relativas a los derechos humanos, en virtud del artículo 177. 2 del TCE. Ahora bien, este artículo no precisa cuales son los textos de referencia en materia de protección de los derechos humanos, dejando a la Comisión libertad para determinarlos ella misma, lo cual provoca ciertos problemas (A) y, especialmente, tiene como consecuencia la ausencia total de mención de la pena de muerte en los acuerdos concluidos (B).

4.2.1. La elección de los textos de referencia por la Comisión europea

Los textos, a la medida de los cuales deben ser elaboradas las disposiciones, son los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Europea de los derechos humanos, el Plan de acción de Viena (1993), el Acta final de Helsinki y la Carta de París para una nueva Europa⁷⁷. Estos textos constituyen, efectivamente, referentes en materia de protección internacional de los derechos humanos, pero, esta elección por parte de la Comisión provoca serios problemas de legitimidad. En efecto: *“there can be no objection to the use of these universal and regional instruments as the regulatory framework of reference for the Union’s legitimacy. However, what can be criticized is the lack of definition that weighs on the concrete identification of the normative contents, and, above all, absence of any legal connection of the EU with those instruments or, even, of some of its Member States”*⁷⁸.

⁷⁷ Comunidad europea, comunicación de la Comisión sobre “L’ Unión européenne et les aspects extérieurs de la politique des droits de l’homme”, COM (95) 567 in fine, 22 de noviembre 1995, p. 5.

⁷⁸ LIÑAN NOGUERAS (D.), HINOJOSA MARTÍNEZ (L.), “Human Rights Conditionality in the External Trade of the European Union: Legal and Legitimacy Problems”, *op. cit.*, p. 333.

Por ello, este acopio de textos de referencia es calificado de “*cumulative process indicative of a certain improvisation*”⁷⁹. Esta impresión queda más patente por el hecho de que la Comisión, poco después de la promulgación de la Carta de derechos fundamentales, se manifestara a favor de utilizarla como referencia en las negociaciones de los acuerdos con terceros países. En una Comunicación de mayo de 2001, afirmó que su acción “*en el ámbito de las relaciones exteriores se guiará por el respeto a los derechos y a los principios contenidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamados oficialmente en la cumbre de Niza en diciembre de 2000, lo que tendrá como efecto reforzar la coherencia entre los contactos internos y externos de la Unión europea*”⁸⁰.

Esta iniciativa de la Comisión perseguía dos objetivos: de un lado, legitimar su acción, utilizando como principal referencia un texto negociado en el entorno comunitario, y, de otro lado, racionalizarla, con la introducción de una única fuente de inspiración para la negociación de los acuerdos⁸¹. Esta iniciativa plantea, sin embargo, problemas, ya que la Carta de derechos fundamentales sólo dispone, por el momento, de valor declaratorio, a pesar de su integración en el tratado que establece una Constitución para Europa. En resumen, este punto de vista parecía compartido por el TJCE, que rehusó remitirse a ella en un asunto de derecho interno comunitario, cuando el TPICE no había dudado en hacerlo para el mismo asunto⁸². Es imaginable, *a fortiori*, la resistencia del Tribunal

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Unión europea, Comisión europea. Comunicación sobre “*Le rôle de l’Union européenne dans la promotion des droits de l’homme et de la démocratisation dans les apys tiers*”, COM (2001) 252 final, 8 mayo 2001, p. 3.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Si el TPICE hizo rápidamente referencia a este texto (Tribunal de primera instancia, T-177/01, *Jégo-Quééré et Cie SA c. Commission*, 3 de mayo 2002. *Rec.* 2002, p. II-2365), El TJCE no acogió inmediatamente este punto (Corte de justicia de las Comunidades europeas, C-263/02 P, *Commission c. Jégo-Quééré et Cie SA*, 1º abril 2004, *Rec.* 2004, p. I-3425). No obstante, el 27 de junio 2006, el Tribunal de Luxemburgo afirmó que “*si la Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha (...) decidido reconocer su importancia*” (CJCE, C-540/03, *Parlamento c. Consejo*, 27 de junio 2006 inédito, & 38), En este punto, ver Comisión europea, Secretaría general, Comunicación del presidente de la Comisión sobre la “*Aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de*

a referirse a ella en un asunto, que hubiera afectado a las relaciones exteriores⁸³. El deseo de la Comisión de hacer de la Carta de los derechos fundamentales un referente en el marco de las relaciones exteriores, totalmente fundado a priori, no deja de plantear algunos interrogantes. En el fondo, este referente sería favorable desde el punto de vista abolicionista, puesto que el texto declara fuera de la ley a la pena de muerte en su artículo 2. 2: “*Nadie puede ser condenado a la pena de muerte, ni ejecutado*”. Si la Comisión tomara como texto de referencia la Carta de derechos fundamentales, es posible imaginar que la pena de muerte en los Estados socios, sin llegar a convertirse formalmente en una condición de conclusión de un acuerdo, ya que la Comisión tampoco se ha manifestado a favor de una pura y simple aplicación extraterritorial de la Carta, fuera, sin embargo, objeto de una atención más especial.

Hasta que la Carta de los derechos fundamentales llegue a ser el modelo estándar único, para la negociación del contenido de los acuerdos, no es sólo uno, sino varios, los textos que se utilizan. Esta falta de claridad en los textos de referencia, o más exactamente de legitimidad de la Comunidad para convertirlos en referentes, resulta perjudicial, porque finalmente la Comisión promueve un sistema en el que son posibles las sanciones, mientras que el contenido de los derechos que se quieren proteger o desarrollar no está claramente determinado. Por ejemplo, en lo que concierne a la pena de muerte, el artículo 6, del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, y el artículo 2, de la Convención Europea de los derechos humanos, establecen reglas muy diferentes, como ya se vio en la primera parte. Los textos en los que ha de inspirarse la Comisión se revelan, por tanto, poco homogéneos. Si imaginamos que hubiera que dar prioridad los textos legítimos, sobre las simples declara-

la Unión europea”, SEC 2001 380/3, 13 de marzo 2001 y la Comunicación de la Comisión europea, “El respeto de la Carta de los derechos fundamentales en las proposiciones legislativas de la Comisión, metodología para un control sistemático y riguroso” COM (2005) 172 in fine, 27 de abril 2005.

⁸³ Las reticencias de la Corte de justicia a referirse a ella deben ser subrayadas aún más porque la Corte europea de derechos humanos lo ha hecho en varias ocasiones, mucho antes la CJCE, lo que resulta un poco paradójico (Corte EDH, J.c. *Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, &&41 y 80 y *Chhristine Goodwin c. Royaume Uni*, 11 juillet 2002, &&58 y 100.

raciones, el derecho internacional no establece, en compensación, ninguna jerarquía entre los tratados, aparte de la prioridad que ha de reconocérsele a la Carta de las Naciones Unidas⁸⁴. Parece, pues, imposible para la Comisión alegar argumentos jurídicos para fundamentar la referencia a un tratado más que a otro, únicamente, podrían alegarse argumentos de oportunidad.

En consecuencia, la falta de referencia jurídica clara implica falta de precisión en lo que concierne a los derechos que se han de promover, lo cual se traduce, concretamente, en la ausencia de referencias a la pena de muerte y a su abolición en los acuerdos, e, indirectamente, en la persistencia de la pena de muerte en una gran mayoría de los Estados ACP.

4.2.2. La pena de muerte ausente en los acuerdos: Los Estados de África- Caribe- Pacífico mayoritariamente “retencionistas”

Desde la resolución de 12 de junio de 1997, el Parlamento *“considera que la abolición de la pena de muerte debe tenerse en cuenta en toda negociación de acuerdos de asociación y de cooperación”*⁸⁵. Reitera esta petición de forma más precisa en la Resolución de 17 de diciembre de 1998, puesto que *“invita a la Comisión y al Consejo a que promuevan la abolición de la pena de muerte en el marco de sus relaciones con los terceros países, inclusive en la negociación de los acuerdos con ellos”*⁸⁶. El 18 de noviembre de 1999 pide *“al Consejo que examine, en las negociaciones sobre los acuerdos con los terceros países, la posibilidad de incluir la abolición de la pena de muerte en la cláusula sobre los derechos humanos”*⁸⁷. El 26 de diciembre de 2000, pide *“a la Comisión que considere la abolición de la pena de muerte y la moratoria universal sobre las ejecuciones capitales como un elemento esencial de las relaciones entre la Unión Europea y*

⁸⁴ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 103.

⁸⁵ Unión europea. Parlamento europeo. Resolución sobre la abolición de la pena de muerte, 12 de junio 1997, &8.

⁸⁶ Unión europea, Parlamento europeo, Resolución sobre la abolición de la pena de muerte, 17 de diciembre 1998, &5.

⁸⁷ Unión europea, Parlamento europeo, resolución sobre la abolición de la pena de muerte, 18 de noviembre 1999, &9.

los terceros países, y que tenga en cuenta esta cuestión en el momento de la conclusión de acuerdos con los terceros países”⁸⁸.

Evidentemente, el Parlamento Europeo no fue atendido, puesto que de los setenta y nueve Estados ACP, veintiocho son “retencionistas”⁸⁹ y veintitrés son abolicionistas sólo *de facto*, concepto jurídicamente frágil⁹⁰, y no se han comprometido internacionalmente a dejar de aplicar la pena de muerte. Incluso, entre los veintiséis Estados abolicionistas para todos los delitos⁹¹, sólo ocho forman parte del segundo Protocolo opcional al PIDCP⁹², que abole la pena de muerte en tiempo de paz. Los veintitrés Estados abolicionistas *de facto*, evidentemente tampoco forman parte del mismo, ni tampoco, los dos Estados abolicionistas únicamente para delitos comunes⁹³. Por consiguiente, sólo ocho Estados ACP, de los setenta y nueve, se han comprometido internacionalmente en favor de la abolición, y sólo veintiocho Estados (veintiséis y dos), ya no prevén la pena de muerte en su derecho interno. Estos resultados se muestran poco favorables para el terreno abolicionista, hasta el punto de preguntarse sobre cuáles serían los resultados si la Unión Europea

⁸⁸ Unión europea, parlamento europeo, resolución sobre la abolición de la pena de muerte, 26 de octubre 2000, & 5.

⁸⁹ Antigua y Barbados, Bahamas, barbados, Belice, Bostwana, Burundi, Camerún, Comoras, Cuba, Dominica, Etiopia, guinea, Guinea ecuatorial, Guayana, Jamaica, Lesoto, Nigeria, Uganda, república democrática del Congo, San Kits y Neváis, Santa Lucía, San Vicente y granadinas, Sierra Leona, Somalia, Sudan, Chad, Trinidad y Tobago y Zimbabue.

⁹⁰ HOOD (R.). *The Death Penalty, A Worldwide Perspective*, op. cit., p. 13. No haber ejecutado durante un periodo de diez años no significa nada desde un punto de vista jurídica y no impide retomar las ejecuciones, ver, por ejemplo, el sitio de *La peine de mort dans le monde*, “Première exécution depuis près de dix ans en Inde”, noticia de 14 de agosto 2004. Estos Estados son: Benín, Burkina Faso, Congo, Eritrea, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Kenia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauritania, Nauru, Níger, Papúa Nueva Guinea, República centroafricana, Surinam, Swazilandia, Tanzania, Tongo y Zimbabue.

⁹¹ África del Sur, Angola, Cabo Verde, Costa de Marfil, Djibuti, Guinea-Bissau, Haití, Islas Marshall, Islas Salomón, Kiribati, Liberia, Mauricio, Micronesia, Mozambique, Namibia, Niue, Palaos, República Dominicana, Ruanda, Samoa, San Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Timor-Leste, Tuvalu y Vanuatu.

⁹² Se trata de África del Sur, Cabo Verde, Djibuti, Liberia, Mozambique, Namibia, Seychelles y Timor-Leste.

⁹³ Se trata de las Islas Cook y Fidji.

no hubiera hecho de la abolición de la pena de muerte un objetivo a alcanzar, especialmente en sus *“Orientaciones para la política de la UE con respecto a los Terceros Países en lo que afecta a la pena de muerte”*⁹⁴.

El tener en cuenta la abolición de la pena de muerte, por parte de la Comunidad europea, dentro del marco de las negociaciones comerciales con los Estados mediterráneos, no parece que se extienda más. El proceso de Barcelona, o asociación euro-mediterránea, se inició, durante la Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores, el 28 de noviembre de 1995, con la adopción de la Declaración de Barcelona, en la cual no hay ninguna referencia a la pena de muerte. La financiación de las diversas acciones está asegurada por el programa MEDA. Si en la estrategia común del Consejo europeo relativa a la región mediterránea adoptada en el Consejo europeo de Santa María de Feira (Portugal), los días 19 y 20 de junio de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea se comprometieron a convencer a sus socios mediterráneos para que abolieran la pena de muerte⁹⁵, ninguna referencia a la abolición se hizo en la relación final, adoptada por el Consejo europeo de junio de 2004, sobre la asociación estratégica de la Unión Europea con la región mediterránea y Oriente Medio⁹⁶. Es preciso, sin embargo, señalar la adopción, el 21 de noviembre de 2005, de una resolución (no obligatoria) de la Asamblea parlamentaria euro-mediterránea, compuesta por parlamentarios de los Estados miembros de la Unión, de los Estados socios y del Parlamento Europeo, en la cual se *“invita a los Estados*

⁹⁴ Además, hay que señalar la adopción, en 1996 y 1997, por parte de la Asamblea paritaria ACP/CE, de resoluciones dirigidas a incitar a los Estados miembros de la Comunidad europea y a los Estados ACP a abolir la pena capital, resoluciones de alcance manifiestamente reducidas (Resoluciones de 26 septiembre 1996 y 20 de marzo 1997).

⁹⁵ Unión europea Consejo europeo, *“Strategie commune à l’égard de la région méditerranéenne”*, 19 juin 2000, JOCE L 183, 22 juillet 2000, p. 5.

⁹⁶ Unión europea, Consejo europeo, *“Rapport final sur le partenariat stratégique avec la région méditerranéenne et le Moyen-Orient”*, junio 2004, Sin embargo, a finales del año 2003, el Parlamento europeo había lanzado *“un llamamiento a los países mediterráneos asociados para que procedan a una moratoria sobre las ejecuciones capitales”* y exhorta a *“la Comisión a emprender iniciativas para sostener las campañas dirigidas a imponer una moratoria sobre las ejecuciones capitales”*, Resolución del Parlamento europeo sobre Euromed, 20 de noviembre 2003, &9.

*euro-mediterráneos a considerar la posibilidad*⁹⁷ de una moratoria sobre la pena de muerte.

En definitiva, se puede afirmar que a pesar de las declaraciones de buenas intenciones sobre la abolición de la pena de muerte, que debería ser una prioridad de la Unión, el lugar realmente reservado a este objetivo se revela, en definitiva, más bien reducido. La Comunidad Europea está ligada a los Estados “retencionistas” por numerosos acuerdos de cooperación al desarrollo, lo que constituye un contratiempo para esta organización.

4.3. Un contratiempo para la Comunidad europea

El hecho de que la abolición, no sea, en realidad, tratada como una prioridad necesita algunos comentarios. Se podría comparar esta situación real a los resultados obtenidos en el marco de las operaciones de democratización llevadas a cabo por Naciones Unidas. En los dos casos, cuando la protección de los derechos humanos se presenta como un objetivo prioritario, la abolición no es objeto de una especial atención y los resultados obtenidos no pueden más que defraudar a los defensores del abolicionismo. Sin embargo, los dos casos son muy diferentes. El fracaso de la Comunidad Europea resulta tanto más notable en cuanto que la abolición de la pena de muerte en los terceros Países es señalada, abiertamente, como un objetivo a alcanzar, inscrito en el tema más amplio de la protección de los derechos humanos, mientras que, en el marco de la ONU, los derechos humanos y la abolición de la pena de muerte se presentan como temas distintos. La coexistencia entre los avances positivos en favor de la protección de los derechos humanos, y la persistencia de la pena de muerte en los Estados en los cuales las Naciones Unidas están comprometidas, aunque lamentable para los partidarios de la abolición, no deja de ser lógica, ya que, según la visión de la ONU, la pena de muerte sigue siendo, ante todo, un instrumento de política criminal, y no una violación de los derechos humanos. Por el contrario, en el marco europeo, la pena de muerte se considera una

⁹⁷ Asamblea parlamentaria euro-mediterránea, Resolución sobre el futuro del proceso de Barcelona, 21 de noviembre 2005, &31.

violación grave de los derechos humanos, y por tanto, su utilización regularizada en una gran mayoría de los Estados socios, se revela mucho más problemática.

Siendo esto así ¿cuál debería ser la reacción europea? ¿Debería imponer la abolición a sus socios, amenazándoles con no llevar a cabo programas de cooperación al desarrollo, o, mantener relaciones comerciales sólo con los Estados abolicionistas? Expuesta de este modo, esta manera de actuar parece un poco drástica. Un rápido examen de las realidades de la condicionalidad de los derechos humanos, en términos de costes financieros y estructurales para los terceros Estados, puede, sin embargo, conducir a variar de opinión. Precisemos de entrada, que este tipo de condicionalidad plantea, por principio, un problema al jurista internacional. En el seno de un derecho que afirma con energía la igualdad soberana entre sus sujetos principales —los Estados—, como mínimo, tiene que sorprender la utilización de unos métodos que implican la intrusión de una organización internacional, o sea, otros Estados reunidos en torno a un mismo ideal, aún guiados por su propio interés⁹⁸, en el corazón mismo de las estructuras estatales de un Estado, cuyo nivel de protección de los derechos garantizados, es considerado insuficiente. ¿Qué ocurre, entonces, con el sacrosanto principio de no injerencia? ¿No ha afirmado el Tribunal Internacional de Justicia que este principio “*forma parte integrante del derecho internacional consuetudinario*”⁹⁹ y “*prohíbe a cualquier Estado o grupo de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado*”¹⁰⁰? Ciertamente. Sin embargo, en el marco de la condicionalidad de los derechos humanos, no se trata de intervenciones unilaterales, es decir, armadas, en los asuntos internos del Estado, sino de intervenciones de tipo indirecto. Es el Estado intervenido el que introduce reformas en su derecho. De esta manera “*mal que le pese a sus detractores, los aspectos*

⁹⁸ Ver STANGOS (P.N.), “La conditionalité politique, en termes de protection des droits de l’homme, de démocratie, et d’Etat de droit, des relations économiques extérieures de la Communauté et de l’Union européenne”, *op. cit.* pp. 275-276.

⁹⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. Etats-Unis d’Amérique, Arrêt au fond, Rec. 1986 & 202.

¹⁰⁰ *Ibid.*, & 205.

*jurídicos de la condicionalidad no suscitan apenas críticas si se atiende a un análisis puramente positivista que ignora, por arriba las fuentes materiales este fenómeno, y por abajo sus consecuencias económicas y sociales*¹⁰¹. Jurídicamente, la condicionalidad no plantea un problema especial y la organización que actúa puede utilizar “*la pantalla de la aceptación del Estado*”¹⁰². Sólo que el Estado intervenido actúa bajo coacción, incluso sí ésta es, únicamente, de tipo político. Hay que señalar aquí el estrecho margen de maniobra del que gozan los Estados que se encuentran en situaciones económicas, en ocasiones, desesperadas. Por ello, no parece exagerado afirmar que la condicionalidad de derechos humanos constituye un desgarró para el principio de no injerencia, entendido en su acepción estricta. Christian Joly señala por esto, que “*la condicionalidad política, por su naturaleza, supone que un Estado, o, una organización internacional, busca imponer a otro Estado un comportamiento o una política*”¹⁰³. Sobre esta base puede ser criticada, pero esto no tiene nada que ver con el problema de su legitimidad.

¿Es aceptable, desde un punto de vista moral, impeler a algunos Estados hacia el camino de reformas profundas, que impliquen, al término, una mayor protección de los derechos humanos? Si nos atenemos a un discurso general, habrá que responder afirmativamente a esta pregunta. Sin embargo, la realidad es más compleja: “*la línea que separa una política comprometida en la defensa de algunos valores por un lado, y una política imperialista o neocolonialista por otro, es muy fina*”¹⁰⁴, tanto que la condicionalidad política se fundamenta en la desigualdad de las partes interesadas¹⁰⁵, desigualdad que “*se encuentra en el corazón mismo de la noción de condicionalidad*”¹⁰⁶.

¹⁰¹ SOREL (J.M.), “Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences”, EJIL, 1996, p. 60.

¹⁰² *Ibid.*, p. 61.

¹⁰³ JOLY (Ch.) “La conditionnalité politique”, in MEHDI (R.) (dir.), *La contribution des Nations Unies à la démocratisation de l’Etat. Dixièmes rencontres internationales d’Aix-en-Provence, 14 et 15 décembre 2001, op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁴ CANDELA-SORIANO (M.), “L’Union européenne et la protection des droits de l’homme dans la coopération au développement: le rôle de la conditionnalité politique”, RTDH, 2002, p. 878.

¹⁰⁵ JOLY (Ch.), “La conditionnalité politique”, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁶ *Ibid.*

Por esto, incluso si se acepta el *principio* de una condicionalidad de derechos humanos, no queda zanjada la cuestión del *contenido* de las reformas en las que se desea ver comprometerse al Estado afectado. La abolición de la pena de muerte ¿debe ser considerada una medida política demasiado delicada para que sea impuesta por la vía de la condicionalidad en materia de derechos humanos? En teoría sí, debido al carácter totalmente simbólico de la utilización de la pena capital por los Estados, utilización que hace ilustre, a la vez, su poder y su seria consideración de la criminalidad. Sin embargo, la práctica contradice esta afirmación. La amplitud de las reformas emprendidas por algunos Estados, para acomodarse a las exigencias de Europa, es tal, que la abolición de la pena de muerte puede ser considerada como una medida menor. No se trata aquí de tomar postura sobre la legitimidad de la manera en que la Comunidad Europea trata de imponer sus opciones a sus socios, sino de comprobar la materialidad de esas tentativas. La cuestión ya no está, por tanto, en determinar el carácter aceptable o no de la intromisión, ciertamente indirecta, de la Comunidad Europea en los asuntos internos de los Estados socios. Esta es la realidad de su acción. Con todo, visto los esfuerzos ya realizados por esos Estados, en términos financieros y estructurales, parece que exigir la abolición de la pena de muerte no sería, en un último término, una opción irreal. Los costes financieros y estructurales de la abolición se revelan irrisorios con relación al esfuerzo *ya* realizado por esos Estados. Como indica la Comisión " *en pocos años un número importante de Estados ACP ha realizado progresos sensibles en la puesta en marcha de reformas, que implican una reorganización profunda de los modos de transmisión y de ejercicio del poder político, así como de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Estas reformas han modificado especialmente de manera radical el paisaje institucional y la práctica política, en el sentido de un aumento de la participación de los gobernados en la gestión de asuntos públicos, y en el ejercicio efectivo de las libertades civiles fundamentales. Estos avances han sido realizados en condiciones socioeconómicas a menudo difíciles, cuando además los gobiernos de los países interesados llevaban políticas de ajuste estructural*¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Union Europea. Comisión Europea, Comunicación sobre "Démocratisation, État de droit, respect des Droits de l'Homme et bonne gestion des affaires pu-

Desde un punto de vista financiero, el coste de la abolición de la pena de muerte es casi nulo. Permite a las autoridades conservar el dominio sobre sus detenidos, una función política completamente simbólica, y no implica ninguna reforma de envergadura del código penal. Si estos Estados aceptan lanzarse a fuertes reformas que supongan una intrusión extranjera —ciertamente indirecta— en sus asuntos internos, *a fortiori*, la abolición de la pena de muerte no debería plantear mayor problema. La abolición no constituye más que un detalle en el abanico de las reformas que deben abordar. No sólo es una medida desatendida, sino que además sería preciso que la Comunidad Europea la exigiera.

¿Por qué no lo hace? Las *“Orientations pour la politique de l’UE à l’égard des Pays Tiers en ce qui concerne la peine de mort”* prevén que la UE integre la pena de muerte entre los objetivos a alcanzar, a través de diferentes tipos de acción, principalmente *“abordar la cuestión en el marco del dialogo con los terceros países”*. Hay que señalar que en este documento no se trata de la condicionalidad en sentido estricto: sólo están previstas simples acciones de incitación. Se trata simplemente de provocar discusiones sobre el tema de la pena de muerte en el marco de las relaciones de la Unión con los terceros países, lo que finalmente da a estas *“orientations”* aires de recordatorio. En cierto modo, la Unión Europea se compromete a no olvidar que la abolición debe ser deseable, y que las discusiones sobre este punto con los terceros Países sólo han de facilitar la realización del objetivo abolicionista. Dicho esto, nada impide que la Comunidad Europea, en el marco de sus relaciones con los terceros Países, haga de la abolición de la pena de muerte, a corto o medio plazo, una condición para el desarrollo de relaciones privilegiadas.

Aunque es un asunto de importancia para la Unión, sería ignorar las realidades internacionales pensar que la persistencia de la pena de muerte podría justificar una ruptura de las relaciones con todos los Estados *“retencionistas”* del mundo, en particular, con los más poderosos de entre ellos, Estados Unidos y Japón. Más modestamente, sin embargo, se podría pensar en imponer la abolición de la

pena de muerte a Estados política y económicamente más débiles. Si esta proposición puede parecer abrupta, hay que recordar que, en un último término, las Naciones Unidas no hacen otra cosa cuando ejercen todos los poderes en una zona fragilizada (Timor oriental y Kosovo) y cuando aprovechan esa ocasión para abolir la pena capital, como se verá en el siguiente capítulo siguiente.

Por tanto, a pesar de los avances considerables del derecho comunitario, en materia de protección de los derechos humanos, para poner en marcha mecanismos de condicionalidad muy elaborados, la abolición de la pena de muerte no constituye en este momento un *"elemento esencial"* de los acuerdos.

En este artículo se ha visto que, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones, las realidades políticas y económicas impiden concretamente que la exigencia de la abolición de la pena de muerte se convierta en realidad. Abolir la pena de muerte sigue siendo, en la mayoría de los casos, una decisión tomada por el propio Estado dentro de un ámbito, el de la política criminal, en el que resulta muy simbólico para los Estados conservar su plena autoridad. Para las organizaciones internacionales, comprometerse sobre este terreno se revela más bien arriesgado.

Sin embargo, en algunos casos están obligadas a imponer esta exigencia, en primer lugar, en lo que concierne a las organizaciones europeas, afirmando que la abolición de la pena debe ser en lo sucesivo una condición de adhesión a estas organizaciones, y después, en lo que concierne a las Naciones Unidas, imponiendo la abolición sobre el terreno.

La condena a muerte de Saddam Hussein

Reflexiones sobre la prohibición de pena capital y sobre la “necesaria desproporción” de la pena en las *gross violations*¹

MASSIMO DONINI
Universidad de Modena

1. Distintas reacciones a la condena a muerte de Saddam Hussein

Seamos sinceros: si observamos los delitos que se supone, y en buena medida se sabe, que ha cometido (o provocado, ordenado, organizado etc.) Saddam Hussein, y los recorremos seriamente a través de sus miles de víctimas y de la crueldad que ha causado, la única pena que parece “merecida” ante tales hechos, la que más se acerca a una “proporción” respecto a éstas, es la pena de muerte. Proporcionada en cualquier caso por defecto. Cualquier otra reacción mental o psicológica a la sentencia de condena a la pena capital que la primera sección del Tribunal penal Supremo de Iraq pronunció el 5 de noviembre de 2006 contra Saddam Hussein y otros coimputados, y cuya ejecución se produjo el 30 de diciembre de 2006, apenas unos días después de ser confirmada en rapidísima apelación, obedece a un riguroso autocontrol, a un controimpulso racional que descende de un imperativo jurídico, ético o religioso, a una autolimitación que se nos ha impuesto: no surge en nosotros de modo “natural”. O bien, depende de valoraciones exclusivamente procesales, debidas a algunos vicios de procedimiento que, a la luz de normativas internacionales o prácticas aplicativas occidentales de éstas, han constelado la conducción y el desarrollo del proceso (hay que ver, sin embargo, hasta que punto estos vicios han tenido eficacia “causal” respecto al resultado del juicio).

¹ Traducción de la Prof. Dra. María José Pifarré de Moner, Universitat Oberta de Catalunya. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009-08240- E/JURI.

La ejecución de Saddam Hussein es paradigmática porque pone en crisis nuestras certezas, dado que nadie jamás podrá decir: no había que castigarlo en absoluto; ni que, en la historia de la pena de muerte, haya muchas personas que hayan cometido hechos más graves, más comprensiblemente “adecuados” a ésta sanción. En Iraq la pena de muerte había sido “suspendida” por parte de la Autoridad provisional de la Coalición en junio de 2003, para ser reintroducida por el Gobierno iraquí *ad interim* el 8 de agosto. Se reintrodujo para el tráfico de drogas, el secuestro y el homicidio. Bajo el régimen de Saddam, se condenaba a muerte a quien desarrollase una actividad política al margen del partido Baath, y a las prostitutas simplemente se las decapitaba (de derecho o de hecho). La pena de muerte estaba prevista, entre otros delitos, para el hurto de vehículos y para su exportación ilegal, para la corrupción, la falsificación de documentos, el tráfico ilegal de objetos antiguos, además de para el homicidio y otros delitos graves, incluidos algunos de naturaleza política o militar². La Shari’a, que el régimen de Saddam no aplicó rigurosamente a las leyes civiles y penales (dejando a las mujeres una cierta independencia jurídica y laboral), contempla la lapidación para los adúlteros: este método se sigue utilizando en el sur de Iraq de la mano de grupos civiles que “se hacen justicia ellos mismos” con la letra del Corán. Estos episodios, se sobreentiende, van evidentemente más allá del límite de la eximente de la “causa de honor” en caso de homicidio prevista en esa sede.

Si partimos del sincero reconocimiento de esta realidad histórico-jurídica y de la percepción de los delitos atribuibles a Saddam Hussein, deberemos convenir en que lo último que puede inducir a pensar la lectura de la sentencia de primer grado es que la ejecución indujese, incluso a profundos conocedores de la realidad internacional, a interpretar la condena de Saddam Hussein como una ma-

² Acerca de los delitos que preveían y prevén, bajo “Saddam”, la pena de muerte en Iraq, v. el informe de la ONG “Nessuno tocchi Caino” en la página web http://www.radicalparty.org/iraq/dossier_iraq_ntc_it.pdf. Como recuerda el Alto Tribunal Iraquí, el lema frecuentemente repetido durante el régimen de Saddam, a este respecto, era: Better to separate one’s head than to separate him from making his living.

nifestación de venganza por parte de sus adversarios políticos o de los Estados Unidos³, o como una “piedra basilar del odio”⁴.

Lo último que se podía pensar ante la ejecución de Saddam, transmitida *de facto* en videos oficiales y no oficiales durante los días inmediatamente posteriores, era que alguien se sintiera provocado a recriminar a Italia —como Estado o como Pueblo— la ejecución de Mussolini (que es lo que ha hecho, por reacción, el primer ministro iraquí Nouri al-Maliki), y que nuestra prensa se ocupara de defender ese gesto, culminado con la posterior “Justicia de Plaza” con el vilipendio y exposición pública del cadáver, proclamando incluso la superioridad respecto a la “ejecución bárbara de Saddam”⁵.

Lo último que se podía pensar era que este hecho histórico pudiera constituir un momento de agregación para retomar a nivel internacional la discusión *contra* la pena de muerte, y que Italia —inaugurando así su ingreso entre los quince miembros del Consejo de Seguridad, en uno de sus puestos no permanentes— sostuviera esta reapertura del debate en el seno de las Naciones Unidas, obviamente cuando la ejecución ya había sido llevada a cabo.

La razón de esta triple sorpresa es muy simple: los delitos imputados a Saddam Hussein tras lo que fue un proceso dramático —preñado de sucesos inusitados y de inequívocas violaciones de varios derechos de la defensa (v. § seg.)— y los demás delitos aún más graves que se le hubieran podido adscribir en ulteriores y posibles procedimientos penales (había previstos otros once procesos), son de una tal gravedad, amplitud y crueldad, que someten en todo caso a prueba la idea de que la pena de muerte se deba prohibir (opción, por tanto, deontológica) sin posibilidad de excepción alguna, en cualquier contexto y por parte de toda cultura contemporánea o futura, porque ninguna pena humana parece comparable a tales horrores, y cualquier Justicia ordinaria parece un acto de clemencia.

³ Recientemente, A. CASSESE, artículo en el diario *Repubblica*, 31 diciembre 2006, retomando numerosas intervenciones anteriores.

⁴ Así D. ZOLO, *La pena di morte a Saddam pietra miliare dell'odio, Il Manifesto*, 29 dicembre 2006.

⁵ En este sentido G. BOCCA, de nuevo en el diario *Repubblica*, de 3 de enero 2007 (“Mussolini e Saddam, due giustizie diverse”).

Más allá de las violaciones de la ley procesal, que luego trataremos (v. el § sig.), nos hallamos ante una ocasión histórica para reconsiderar a fondo el porqué de una prohibición absoluta, intentando ir más allá de una aquiescencia no meditada a la opinión que es la dominante en los Gobiernos de Europa y que sin embargo no comparten las mayores potencias extraeuropeas (Estados Unidos, China, Japón, mayoría de los Países Árabes). No deben ser los vicios que se puedan encontrar en el proceso los que absorban nuestra atención, impidiéndonos de ese modo la reflexión sobre la cosa en sí misma.

Efectivamente, pretender que en el país más peligroso del mundo, donde la vida humana hoy no tiene ya valor alguno, una sentencia de condena por atroces delitos contra la vida y el género humano se pudiera concluir con una pena inferior a la de muerte —que allí se contempla incluso para un solo homicidio y donde desde hace décadas tienen lugar muchas ejecuciones al año (salvo el brevísimo paréntesis antes recordado, tras la caída de Saddam)— sería como exigir a ese Estado que entrase en la “iglesia” de los derechos fundamentales de *matriz europea*, más que occidental, dada la posición no abolicionista, por ej., de los propios Estados Unidos, que actualmente controlan las instituciones públicas de Iraq. Una Europa que ha vendido a Iraq armas químicas (y no químicas) con las que se ha producido la muerte de miles de chiitas, kurdos e iraníes⁶, y que ha sido en parte aliada de los Estados Unidos y de la Gran Bretaña en la guerra “contra” Iraq y ahora en la guerra “en” Iraq, no puede ciertamente vanagloriarse de poseer el necesario *pedigree* para erigirse en juez de un País que

⁶ V. la detallada reconstrucción de R. FISK, *Cronache mediorientali* (trad. italiana del original. *The Great War for Civilization: The Conquest of the Middle East*), Il Saggiatore, Milano, 2005, 265-274. A pesar de que se haya tratado, a menudo, de armas o sustancias “de doble uso” (tanto civil como militar), de proveniencia americana o europea, alemana, francesa etc., no es posible invocar la buena fe de los vendedores. Baste leer (además del comentario) los impresionantes datos sobre los suministros de armamento en que se encuentran implicadas numerosísimas empresas de la República Federal Alemana, hasta 1990, elencadas en nada menos que 9 páginas en la revista pacifista *Tatort* de 6 de noviembre de 1990. *Iraq. Deutsche Waffenlieferungen für Saddam Hussein*, Kommunikationsszentrum Idstein, 1990, pp. 15-23. Entre los datos elencados, que mencionan el tipo de armamento, las cantidades, las sociedades suministradoras y las fuentes de la prensa, aparecen numerosos suministros de productos químicos y biológicos para armamento.

es además su víctima. En cualquier caso, esta pretensión no sería ni exigible ni políticamente de recibo más que como consejo, ya por la sola consideración de que constituye una interferencia indebida en la jurisdicción de un Estado (formalmente) soberano.

En el contexto iraquí, y dado el peso específico de las imputaciones, la única alternativa a la pena de muerte eran la absolución o la no celebración del proceso.

Antes de poder pensar en imponer la abolición de la pena de muerte, o su no aplicación, mediante una resolución de la ONU, es necesaria una auténtica "fe" en una específica declinación de los derechos del hombre. Esta fe no se hereda *iure sanguinis* o *iure soli*: hay que reconquistarla, a veces dolorosamente, a cada generación. En consecuencia, todos tenemos todavía razones para reflexionar acerca de tal adhesión cultural y política, y en las páginas que vienen a continuación me dedicaré esencialmente a este objetivo principal.

Las sorprendentes reacciones italianas antes citadas al hecho final comentado, son testimonio de la gran carga emotiva con la que argumentos de este tipo se discuten en Italia, cuya "coherencia" en la gestión de los derechos fundamentales *ajenos* (primero mueres, luego hacemos penitencia) no será aquí objeto de comentarios específicos, ya que no es mi intención lanzar polémicas que verosíblemente nadie tendría ganas de recoger, y que podrían conducirnos muy lejos, incluso hasta discutir acerca del valor eminentemente político (aunque se conduzca según "formas jurídicas") de la justicia penal internacional en su conjunto.

En este contexto, la lectura "jurídica" que se reserva al penalista, e *in primis* al sustancialista, corre el riesgo de parecer objetivamente secundaria.

Intentemos en cualquier caso explicar porqué podría no ser así.

2. La imposibilidad de una "venganza" a través del proceso a Saddam Hussein

Como introducción general al tema diré que *no* tengo intención de ocuparme *de modo específico* de los aspectos procesales del suceso,

a pesar de que se trate de *cuestiones no secundarias*, porque toda pena justa se convierte en injusta si se aplica en modo ilegítimo.

Se trata, en cualquier caso, de una injusticia relativa, que afecta al destino procesal de una acusación y no a su sustancia (el fundamento de la acusación, al menos en hipótesis), y es más, frente a un hecho consumado y ejecutado no podemos eximirnos de realizar valoraciones “de fondo”, que se atengan a la sustancia de las cosas, y también a la Historia.

Baste, acerca del proceso, recordar cuanto sigue.

Durante meses se ha discutido casi únicamente sobre la legitimidad *del proceso* a Saddam Hussein, dado que acerca de su sustancia existía el convencimiento de que no había muchísimo que decir, más allá de algún discurso “técnico” de abogado defensor.

Las víctimas de la aldea de Dujail, 149 personas, fueron causadas por la reacción que siguió a un atentado contra Saddam ocurrido el 8 de julio de 1982 (la acusación, en realidad, decía que el atentado había sido totalmente insubsistente y un simple pretexto). El atentado fue llevado a cabo por pocas personas, que dispararon sólo 15 balas contra el convoy de Saddam, sin provocar herido alguno. Conllevó la muerte posterior, a manos del ejército de Saddam, de 9 habitantes de la aldea en las horas que siguieron a los atentados, así como la devastación total de ésta —constituida por muchas personas que no eran fieles al partido Baath—, y con la subsiguiente deportación de sus habitantes, que en número de 400 fueron torturados y detenidos en primer lugar en los cuarteles generales de los servicios de seguridad en Bagdad y después en la cárcel de Abu Grahib. En parte (unas ochenta familias, con ancianos y niños) fueron transferidos a una aldea de Beduinos del desierto de Leya durante cuatro años, donde fueron sometidos a enormes privaciones higiénico-sanitarias y alimentarias (la sentencia recuerda que los cuerpos de los que murieron tras estos hechos se dejaron a la merced de las hienas y otros animales salvajes del desierto, que los devoraron), con la paralela destrucción de los campos de cultivo de Dujail durante años, antes de consentir el regreso de la población deportada a esos lugares.

Los 148 procesados fueron formalmente condenados a muerte por una decisión del Tribunal revolucionario (Revolutionary

Court), presidido por el juez Awad Hamad Al-Bandar tras un proceso-relámpago celebrado entre finales de mayo y el 14 de junio de 1984 (según algunos el proceso duró una hora, pero la sentencia señala una duración más amplia). Una parte de los 148, además, no murieron tras la sentencia (tres o cuatro sobrevivieron a la misma), sino que un tercio de los torturados (46 para ser exactos) murieron como consecuencia de las lesiones sufridas ya antes del juicio penal que sufrieron los 148: un tercio, por tanto, no murió a causa de la sentencia que en 1984 sancionó la condena a muerte por la imputación los 148 procesados (v. *infra*, § 5).

Aunque no sería posible, en sede de juicio sobre una condena, hacer un discurso verdaderamente “separado” (en lugar de sólo distinto) que afecte a la sustancia de la acusación por un lado y que afecte a la forma del proceso del otro, al contrario de cuanto sucede a nivel de análisis académico con las dos disciplinas (derecho penal sustancial y derecho procesal penal), y aún conociendo las críticas al Tribunal iraquí porque la justicia ejercitada por parte del Alto Tribunal Iraquí habría sido un ejemplo de “Justicia política”, o “doméstica”, o “de los vencedores”⁷, prescindiré de propósito de un análisis estrictamente procesal para rehabilitar así el valor del derecho sustancial frente a la actual discusión sobre la pena de muerte, en lugar de anular tales facetas en el proceso, porque de otro modo se podría vanificar el propio análisis del significado penal de un juicio de responsabilidad, incluso prescindiendo de la sanción efectivamente impuesta.

Poco importa si hubiera sido mejor, como algunos querían, instituir un Tribunal penal internacional que sometiese a su valoración “jurídica” treinta años de Historia del Medio Oriente: confiando de este modo al órgano judicial “externo” (más que tercero), y en territorio quizá también occidental, una tarea ingente, jurídica y políticamente ingestionable, con una sobreexposición política grotesca durante un conflicto armado en acto en Iraq. Excluida la competencia del Tribunal Penal Internacional (por falta de suscripción de Iraq, pero aún antes por la prohibición de retroactividad que el pro-

⁷ Por ej. D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari, 2006, 160 ss.

pio tratado introduce respecto a sus “nuevas” incriminaciones), la opción de un Tribunal penal iraquí —aunque se haya instituido *ad hoc* para este proceso y con un estatuto especial de derecho sustancial y procesal a imagen de los modelos de los Tribunales internacionales constituidos en el seno de las Naciones Unidas, junto con las reglas de procedimiento vigentes en Iraq— ha producido una forma de jurisdicción por crímenes contra la humanidad, ya que se trata de tipos penales en que el asesinato, la tortura, la deportación etc. se juzgan en cuanto cometidos “in the context of a widespread or systematic attack against a group of civilian population and with knowledge of such an attack”⁸.

Se ha tratado de un juez más “natural” que el elegido en casos análogos de institución de Tribunales Internacionales, dado su contacto verdadero con el territorio en que se han cometido los hechos, con la cultura y la nacionalidad de los autores y las víctimas; “tercerero” respecto al partido Baath, pero también exento, según consta, de componentes en posición de conflicto⁹; “preconstituido” por la ley en medida no inferior a cuanto haya sucedido en procesos penales por delitos internacionales anteriores al tratado de Roma, desde Tokio y Nurenberg en adelante, donde se trató de tribunales establecidos por los vencedores o de tribunales *ad hoc*.

Este Tribunal ha llevado a cabo su tarea juzgadora aplicando un código de procedimiento y una ley de institución del Alto Tribunal Iraquí¹⁰ modelados sobre el Estatuto de Roma y coordinados con el Derecho procesal iraquí preexistente, además de con el Derecho penal en materia de sanciones. La ley fundacional es iraquí, los jueces son iraquíes, el fiscal es iraquí y la sede: Bagdad.

El mayor problema lo constituye la “imparcialidad” *in action* del Tribunal respecto de los acusados y por tanto, el respeto efectivo de

⁸ Me remito, en especial, a M. BOHLANDER, *Can the Iraqi Special Tribunal Sentence Saddam Hussein to Death?*, en *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, 463 ss.; S. ZAPPALA', *The Iraqi Special Tribunal's Draft Rules of Procedure and Evidence*, *ibidem*, 2, 2004, 855 ss.

⁹ Acerca de la recusación del juez Ra'ouf y las razones de su rechazo cfr. M.P. SHARF-M.A. NEWTON, *The Iraqi High Tribunal's Dujail Trial Opinion*, cit.

¹⁰ La Law No. (10) 2005 of the Iraqi Special Tribunal.

las reglas procesales vigentes (no de todas las vigentes en el resto del mundo, sino quizá sólo en occidente).

El modo en que se ha conducido y desarrollado el proceso ha dado motivo a considerar que ha existido una múltiple violación de garantías procesales imprescindibles, aunque no todas estas garantías sean patrimonio común del procedimiento penal iraquí aplicado.

El juicio ha venido acompañado de sucesos anormales: homicidio de defensores, amenazas, recusaciones, abstenciones y sustituciones, con repetidos cambios del órgano colegial juzgador mediante sustitutos que no siempre habían estado plenamente presentes en toda la precedente producción de la prueba, con huelgas de hambre, lesiones de algunas "garantías" relativas sobre todo a los plazos para preparar la defensa. O el descubrimiento tardío de una parte de las pruebas de la acusación, que no se mostraron a la defensa hasta la fase de debate. Se ha lesionado el derecho a asistir por entero a las deposiciones testimoniales "protegidas". Se ha desarrollado en un "clima" general de guerra y por tanto, en cierta medida también en el seno del proceso este clima se ha visto reproducido, con manifestaciones de ira, burla y desprecio por parte del Presidente del órgano colegial que ha llegado al punto de no "aparecer" imparcial frente a algunos imputados. Ha habido formas de boicot del Tribunal por parte de defensores de confianza de Saddam, sustitutos de los defensores de oficio, etc.¹¹, por no hablar de los plazos

¹¹ El informe del Human Rights Watch, *Judging Dujail. The First Trial Before the Iraqi High Tribunal*, Vol. 18, Nr. 9, November 2006, considera "unfair" el proceso, y se basa en la violación, más que de la ley iraquí aplicada por el Tribunal, del Pacto sobre los derechos civiles y políticos que vincula a Iraq (firmante desde 1976) a un proceso penal "fair", según el art. 14 del Pacto (calificación articulada en una serie de requisitos derivados de la interpretación occidental de la equidad garantizada del proceso penal). La sentencia publicada, por otra parte, motiva ampliamente numerosas censuras vertidas contra las instituciones del Tribunal, en especial en materia de irretroactividad de las normas sustanciales aplicadas que afectan a las penas por delitos comunes de homicidio previstos desde siempre en el código penal iraquí y "contenidas" en las sólo aparentemente nuevas disposiciones sobre crímenes contra la humanidad introducidas en 2005 con la institución del Tribunal especial; lo mismo ocurre con los plazos reservados a los defensores para la preparación del proceso, a

imposibles de la apelación, de la falta de transcripción en acta del juicio de primer grado, por otra parte grabado en video, que ha impedido de hecho el ejercicio formalmente correcto de los derechos de la defensa en la segunda instancia, hasta el punto de configurar una apelación ahogada.

A pesar de todo ello, la defensa “de fondo” de Saddam Hussein, en lo que se refiere al derecho sustancial, se había basado en el juicio de primer grado además de en el rechazo de la acusación de organización y participación moral en la ejecución (y crueldades conexas: v. *infra*) de 148 ciudadanos de Dujail presuntos cómplices de atentado al dictador, además de basarse también en la legitimidad política y jurídica de ese tipo de respuesta militar contra el terrorismo interno, que produjo la eliminación física de una aldea como consecuencia de 15 disparos contra un convoy presidencial por parte de pocas personas.

Los dos puntos de vista, en realidad, se contradicen.

La defensa, efectivamente, afirmaba el derecho —en base a la ley iraquí aplicable en el momento de los hechos— a reacciones de una tal desproporción que sólo podían aparecer naturales bajo un régimen que había fundamentado en tales conductas de terrorismo de Estado una parte considerable de su poder y estilo de gobierno. Estas reacciones podían ser desconocidas al Jefe del Estado, del Gobierno y del ejército sólo en caso de que se tratase de sucesos ordinarios o de detalles, pero no en el caso de hechos directamente relacionados con la gestión de la respuesta a un atentado a su persona.

Quien habla de venganza —quizá sin haber leído la motivación de la sentencia de primera instancia, disponible en inglés, de 298 pá-

las incorrecciones del colegio defensivo de Saddam Hussein, que boicoteaba las vistas orales, a las intentadas e injustificadas recusaciones del juez, al “clima” en que la defensa, la acusación y los juzgadores han tenido que operar. Para una útil reconstrucción de estas censuras y de la motivación de la sentencia a este respecto, M.P. SHARF-M.A. NEWTON, *The Iraqi High Tribunal's Dujail Trial Opinion*, publicado en *ASIL Insight*, consultable en <http://www.asil.org/insights/2006/12/insights061218.html> página web de la American Society of International Law, December 18, 2006, Volume 10, Issue 34.

ginas¹²— parece olvidar lo que significaría una auténtica venganza en comparación con las acusaciones vertidas contra el ex-dictador iraquí.

Ello por el simple motivo de que contra los delitos imputados a Saddam Hussein —tanto los que fueron juzgados como el resto de los que se le pueden imputar— no es posible “venganza” alguna, en la misma medida en que no lo son mediante un proceso penal efectivo o aparente.

Efectivamente: si la venganza, a diferencia de la Justicia, no tiene que ser proporcionada y puede perfectamente superar en gravedad al hecho frente al que reacciona, en el caso que estamos tratando ni siquiera matando a toda la familia de Saddam, excepto si se piensa en destruir físicamente el partido Baath, se podría compensar lo que éste ha llevado a cabo, o ha hecho llevar a cabo, o ha tolerado, en veinte años de régimen, desde las deportaciones en masa a las torturas sistemáticas con descargas eléctricas, flagelaciones, privaciones del sueño, quemaduras, extracciones de uñas y dientes, perforación de huesos con el taladro eléctrico, amenazas de violación y apertura del vientre, hasta el homicidio directo, a las deportaciones y a las eliminaciones sistemáticas de aldeas, militares o enemigos mediante el uso de napalm y de gases (nervino, gas mostaza) capaces de destruir los tejidos internos y externos hasta producir la muerte o lesiones para toda la vida, incluso a los descendientes. La venganza, por tanto, nunca se podría ver auténticamente satisfecha con su condena a muerte.

Pero ni siquiera la “justicia”, reductivamente entendida como proporción, podría jamás encontrar una satisfacción proporcionada si se considera la pobreza de los medios legítimos de respuesta que tiene a disposición un órgano jurisdiccional respetuoso con los derechos fundamentales, y se compara con los miles de vidas que las distintas acusaciones atribuyen a Saddam Hussein.

¹² A espacio 1 en formato A4. La traducción inglesa (no oficial) de las motivaciones de la sentencia se puede leer en la página web <http://law.case.edu/saddamtrial/dujail/opinion.asp>

Si bien las víctimas comprobadas (dejando aparte los torturados, deportados, mutilados de por vida) de las que se en la sentencia ejecutada se refieren sólo a una primera decisión judicial de entre las varias a su cargo —ya que había otros procedimientos en programación—, en cualquier caso, incluso circunscribiendo el juicio de “proporción” a la medición de una pena imponible a un hombre por los episodios relativos al atentado de 1982, ninguna de las sanciones posibles aparece proporcionada a la entidad de las ofensas cometidas, así como ninguna proporción hubo entre el atentado y la reacción que le siguió.

3. La paradoja retributiva de los crímenes más graves: la necesaria “desproporción” de toda pena impuesta por crímenes “a gran escala” y “de especial gravedad”

La valoración que se acaba de hacer, por lo demás, afecta a la totalidad de los mayores crímenes de que se ocupa el Derecho penal internacional. Ninguna de las *gross violations*, realizadas a gran escala en su forma consumada, se puede compensar con una pena verdaderamente “proporcionada” a los hechos cometidos e impuesta a una única persona responsable. Toda Justicia retributiva, a nivel de los grandes crímenes del Derecho penal Internacional, aparece como desproporcionada por defecto, si la comparamos con los bienes susceptibles de agresión por parte de la ley a cada responsable individual.

La finalidad de esta “justicia”, por tanto, no se puede reducir al de una proporcionada retribución individual, dado que ni siquiera la venganza (a menudo desproporcionada por exceso) conseguiría resultar compensativa.

En estos pocos datos se contiene una auténtica paradoja. Lo podemos llamar *la paradoja retributiva de los crímenes más graves* (las *gross violations*)¹³.

¹³ Esta paradoja apareció evidente durante el proceso a Eichmann, especialmente cuando se discutió sobre la ejecución de su condena a muerte. Lo refiere H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem* (1963), trad. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, [1964], 2000, 257.

La justicia como tal no existe sin una proporción comparativa entre la pena aplicada y la gravedad del delito cometido.

Este criterio de proporción, heredero de las viejas teorías retributivas de la pena, sostiene aún hoy las concepciones finalistas de la sanción penal, aquéllas que la orientan hacia la prevención especial, a la reeducación, a la resocialización del reo, además de —sobre todo en la fase de la amenaza— a la prevención general de los delitos y a la implementación de los valores protegidos. Es decir, esas proyecciones finalistas que “relativizan” la pena aparecen proporcionadas si conservan en todo caso una relación de proporción con el hecho que las delimita, sobre todo in *bonam partem*, marcando una especie de frontera última más allá de la cual las razones de finalidad no pueden ir, pudiendo sólo, en su caso, descender por debajo del nivel objetivamente proporcionado.

Sabemos, sin embargo, que a la pena proporcionada se puede siempre renunciar, ya que motivos de prevención especial, de paz social, de falta de prevención general, pueden imponer o aconsejar atenuaciones e incluso renunciadas a la pena que en cualquier caso sería adecuada bajo el punto de vista de la compensación de la culpabilidad y de la comparación con la ofensa.

El problema se agudiza en los casos de algunos delitos que, de modo constitutivo, deberían llevar aparejada *una pena necesariamente desproporcionada por defecto*.

Ni siquiera la muerte del culpable sería proporcionada a un genocidio consumado, aun conservando una especie de equiparabilidad con el tipo de ofensa, más “equivalente” que cualquier otra pena hoy admisible.

Pues bien, la paradoja de una justicia necesariamente desproporcionada por defecto representa un límite de la justicia penal en general y no puede provocar escándalo o obstáculo a su legitimación.

Más bien al contrario: precisamente esta paradoja legítima y fundamenta la humanidad de la justicia penal, que no se deja desviar hacia atrocidades o hacia reacciones que superan las responsabilidades individuales y los límites de la dignidad del hombre.

4. (sigue). La imposibilidad de comparar el valor de una persona con un “hecho” cometido

Este límite axiológico que acabamos de indicar se encuentra en la base de la identidad humanista del Derecho penal. Mientras podamos conservarla, esta identidad humanista basada en la autolimitación realiza un derecho penal más deseable.

El fundamento de tal límite reside en el principio de la *incommensurabilidad entre persona y hecho cometido*: ninguna pena impuesta a una persona privándola de los bienes fundamentales (como la vida o la libertad) puede ser verdaderamente comparable a un *hecho* que haya cometido¹⁴. Ello porque no hay hecho negativo ya cometido que absorba el valor de la persona, o en el que ésta se exprese íntegra y definitivamente para “anularse” en ese hecho. El valor de la persona es por ello necesariamente incomparable respecto al significado de los hechos específicos que esta persona ha llevado a cabo. La consecuencia es que no hay hecho cometido que determine la pérdida de humanidad de su autor, de su dignidad, de su valor.

Tomarse “en serio” este postulado significa comenzar a comprender la extrema relatividad de todas nuestras penas, de nuestros catálogos sancionadores y “decálogos” codicísticos¹⁵. Pero no tengo

¹⁴ Se me consienta remitir, para una profundización de tales consideraciones en el marco del tema de la determinación de la pena en general, a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, 269-279. Mientras que el resarcimiento civil es siempre auténtica y racionalmente “conmensurable” (v. de nuevo, para una comparación, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 49-57), la sanción punitiva sigue caminos mucho más difíciles y de compleja racionalización.

¹⁵ Nadie puede decir, por ej., que el hurto se castiga con la reclusión de 6 meses a 10 años, más la multa (art. 624-625 CP), o que el homicidio culposo se castiga con la reclusión de 6 meses a 5 años (art. 589.1 CP). Ninguno de estos hechos es verdaderamente “conmensurable” a la pérdida de la libertad y aún menos a su evidente cuantificación. En consecuencia, todo tendrá que ser repensado, justificado, explicado y *motivado* (la existencia de un catálogo de bienes lesionados dispuestos en una ordenada jerarquía, y de penas “correspondientes”, sin consideraciones de finalidad) o bien de una sobrevaloración de la politicidad “incuestionable” de la pena, tanto cuanto, precisamente, la pena de muerte ... para los Estados que la aplican.

intención de ir tan lejos y profundizar aquí estas cuestiones más generales de la justicia penal.

Cuando el principio ahora definido choca con crímenes “enormes”, donde una vida (la del autor) se pone frente a la de muchísimas otras (las de las víctimas), renueva su valor incluso en estos casos: y es que no es posible comparar hecho y persona del reo, es imposible “hacer un trueque” entre su vida y la de las víctimas, ya que su vida no se anula en el hecho cometido y ninguna vida es sacrificable a otras vidas, prescindiendo del número de éstas. Un tal sacrificio, según el Derecho, se puede “justificar” o “excusar” solo en situaciones de necesidad y con finalidades de “defensa” (v. el § seg.), y puede presentarse “de hecho” en el ámbito de acción del Estado, en contextos bélicos y de emergencia que han perdido el nivel de humanismo penal y de “juricidad” que fundamenta el principio de no conmensurabilidad entre persona y hecho.

De este modo hemos llegado a los umbrales del “Derecho” de guerra y del de enemigo.

5. La defensa de Saddam, entre emergencia y derecho penal del enemigo. El realismo político del Derecho penal en contextos realmente “de necesidad” y de “guerra”

En el proceso a Saddam Hussein, la tesis principal de la defensa ha consistido en asumir que en el caso de la “represalia” contra los habitantes de Dujail que el dictador iraquí ordenó, se trataba de una emergencia consecuencia de la lucha contra el terrorismo interno que se anidaba en Dujail, y que se había aliado con los enemigos iraníes de los tiempos de la guerra Iraq-Irán. La motivación de la sentencia expone ágilmente, en sentido contrario, que no existió *ninguna necesidad, ni hubo proporción alguna* en el tipo de reacción contra una entera aldea, reacción que se quiso con finalidad de venganza indiscriminada y de prevención general ante posibles posteriores atentados. Así lo había admitido el propio Saddam públicamente en grabaciones “no sospechosas” por ser anteriores al proceso *de quo*.

Saddam Hussein ha admitido además ante el Tribunal que los disparos provenían de pocas personas, que utilizaron sólo dos Kalashnikov: es decir, da espacio a la conclusión del Tribunal acerca de su plena conciencia del enorme exceso en la reacción represiva contra terceros jurídicamente extraños al atentado.

Los argumentos de la sentencia acerca de su responsabilidad de jefe, que por querer tratar todo posible argumento van hasta el punto de subrayar inoportunamente incluso eventuales responsabilidades derivadas de una omisión por defecto de control (y en este caso las “definiciones” del Estatuto del Tribunal verdaderamente recepcionan un derecho nuevo, que no podría tener valor retroactivo, a diferencia de la sustancia de los crímenes de parte especial que justifican la pena por hechos pacíficamente punibles antes de 1982, incluso a la luz de la normativa penal interna iraquí y de los Principios consuetudinarios y de los Pactos del derecho internacional que vinculan a Iraq), se basan especialmente en el poder absoluto del dictador iraquí, en la fundamental atención que éste no puede no haber dedicado en primera persona a la reacción provocada por el atentado a su persona, y en su plena, consciente implicación activa y voluntaria en las actividades llevadas a cabo por sus subordinados, jueces “revolucionarios” incluidos. Él mismo, a lo largo del *trial*, no ha abandonado su rol de jefe, y como recuerda la sentencia de primera instancia, ostentosamente ha lanzado el desafío: “It is not my habit to rely on others”.

La lógica del enemigo gobernó completamente la acción gubernativa y militar, que no tuvo ningún apoyo jurídico: se llegó, al contrario, a inventar una decisión del Tribunal Revolucionario (Revolutionary Court), presidida por el juez Awad Hamaq Al-Bandar, que escenografió un proceso-relámpago por el atentado a Saddam, proceso hoy considerado “illusionary” por parte del Tribunal Criminal Supremo de Bagdad, y que tuvo lugar entre finales de mayo y el 14 de junio de 1984 (testigos de la acusación manifestaron que se celebró en una sola hora), para justificar la orden de condenar a muerte por ahorcamiento a 148 habitantes de la aldea, entre los cuales figuraban veinte de menores de edad (entre los 12 y 17 años) en el momento del atentado, otra parte de los cuales (cuarenta y seis), en realidad, habían muerto ya antes del juicio a causa de las tortu-

ras sufridas en los cuarteles generales de los Servicios secretos iraquíes. Ello además de otras pruebas testimoniales y documentales, y de audiograbaciones de confesión del propio Saddam sobre el uso político del “ejemplo” dado con la represión de los habitantes de Dujail¹⁶. El dictador iraquí ratificó la sentencia, dos días después de ser pronunciada, que condenó a muerte a 148 presuntos atentadores contra su vida, cuando bien al contrario él sabía que los verdaderos atentadores no habían sido más de una decena¹⁷. El Tribunal, por lo demás, no verificó tan siquiera sus nombres. De haberlo hecho se hubiera dado cuenta de que había 20 menores de edad que no podían ser sometidos a juicio penal, además de tener que darse cuenta de que 46 del total de los imputados ya estaban muertos. De aquí, la conclusión insuperable sobre la sustancial apariencia y sobre la instrumentalidad homicida del proceso.

Al-Bandar, por tanto, también ha sido condenado a muerte por haber cometido un homicidio plúrimo realizado mediante un proceso penal ficticio, usado como mera arma política: el proceso como arma política: el proceso como arma, y en consecuencia, como una *forma pura de derecho penal del enemigo*¹⁸. Mientras en Europa algunos

¹⁶ Como motiva la sentencia de primer grado sobre este punto: “These documents and files whose authenticity this tribunal has verified and arrived at a conviction regarding them, proves that the trial was illusionary, in the sense that there was no trial for the rest of the (148) individuals of Al Dujail citizens who were alive at the time of issuing the referral order, since it has been proven in these documents that there were (46) individuals from among those whose names were set forth in the decision were liquidated (killed) during the investigation and their names were sent with the names of the others to be tried, or more accurately to be sentenced to death by hanging at a time when they were already dead, but actually they were sentenced to death along with others by hanging until dead!”.

¹⁷ En realidad, como emerge de la motivación de la sentencia de primer grado del Tribunal Supremo iraquí, la acusación contra los presuntos atentadores condenados en la sentencia de 1984 era más amplio y preveía hechos distintos del atentado, que afectaban a “sabotage, threatening security of the country, and being agents of a foreign power”.

¹⁸ Se consienta la remisión, para la tematización de este asunto, a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, en *Cass. pen.*, 2006, 273 ss.; y sobre todo sobre los aspectos procesales y “jurisdiccionales” del fenómeno, a ID., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, en AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, R.E. KOSTORIS y R. ORLANDI (coord.), Giappichelli, 2006. Sobre

teorizan acerca de la legitimidad del derecho penal del enemigo para luchar especialmente (pero no sólo) contra el terrorismo¹⁹, nos encontramos aquí, ampliamente desplegada, ante una manifestación contemporánea de éste. También la pena de muerte que ha sancionado su ilicitud jurídica obedece, por desgracia, a la misma lógica del enemigo.

Las *formas* de su realización, por otra parte, resultan en línea con lógicas procesales y sustanciales más acostumbradas y aceptadas por las jurisdicciones de muchísimos Estados contemporáneos, y prácticamente por todos los Estados hasta la primera mitad del siglo XX. Nadie comprende, por tanto, porqué la ONU debe intimar a Iraq a suspender estas ejecuciones, si no lo piden directamente, por ejemplo, los Estados Unidos, China²⁰ o Japón (China y Estados Unidos, como es sabido, tienen derecho de veto indiscutible de las resoluciones de las Naciones Unidas).

La propia cultura jurídica occidental, si miramos bien, continúa reconociendo a los individuos un poder de muerte que hoy no otorga al Estado: en la legítima defensa y en el estado de necesidad. A los individuos, efectivamente, se les da la autorización a matar si se ven “obligados por la necesidad” (por repetir la expresión del código penal italiano de los artículos 52 y 54) de salvar un bien co-

el tema v. también la colección antológica AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, M. DONINI y M. PAPA (coord.), Giuffrè, Milano, 2007; CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda., Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006, vol. I, pp. XXIII-1111; vol. II, pp. XXI-1173.

¹⁹ Sobre la posición de G. JAKOBS, en especial, v. ampliamente todas las contribuciones cit. en la nota anterior.

²⁰ China, como se sabe, es el Estado que cuenta, sin comparación posible, con el número más alto de condenas a muerte ejecutadas: piénsese que en 2001, de las 4.643 ejecuciones realizadas en el mundo, al menos 3.500, es decir, el 74'5 % del total, habían tenido lugar en China. El dato contenido en Nessuno tocchi Caino, *La pena di morte nel mondo. Rapporto 2001* (Informe 2001), Marsilio, Venezia, 2002, 9. Posteriormente, la tendencia se ha acentuado. En 2005 las ejecuciones en el mundo han sido al menos 5.494 (y 5.530 en 2004), de las que alrededor de 5.000 en China. Estas son las cifras llamadas oficiales, aunque según algunas fuentes las ejecuciones en China se elevarían a algunas miles más. Cfr. de nuevo Nessuno tocchi Caino, *La pena di morte nel mondo. Rapporto 2006*, Marsilio, Venezia, 2006, 15 s., 17 s.

rrespondiente, bajo las condiciones previstas en las mencionadas eximentes.

A Saddam Hussein, por ejemplo, se le podría haber matado “legítimamente” muchas veces (en hipótesis teórica, tantas cuantas fueron las víctimas potenciales de la imputación que se le dirigió), aplicando la eximente común de la *legítima defensa*, y ello mucho antes de la ejecución de la condena que se le impuso, si ello lo hubiese realizado alguien (incluso distinto de las víctimas “adscritas” a Saddam, siempre que tuviese la finalidad de salvar a alguna de ellas) que hubiese llevado a cabo la acción en el momento en que hubiera sido útil *para salvar* a las personas ofendidas por la inminencia de las acciones criminales ordenadas por el Jefe de Estado iraquí.

En Europa sólo a posteriori se prohíbe a los individuos realizar esta acción, y también al Estado. Está permitido tantas veces *antes* de los crímenes cometidos (sólo para impedirlos), nunca *después*, tratándose en este último caso de “venganza”, o en cualquier caso, de pena, hoy prohibida (por razones análogas).

Por otra parte, incluso cuando el Estado reconoce al individuo el poder de matar en situaciones de necesidad, una buena parte de los ordenamientos excluye que pueda haber una “justa proporción” entre la amenaza a la vida de una persona y la vida de otra persona *inocente*, distinta por tanto de la del *agresor*.

Esto es lo que distingue la proporción en la *legítima defensa* respecto al *estado de necesidad*.

Cuando, en el estado de necesidad, quien actúa se ve “obligado” a sacrificar a un tercero inocente en favor propio (*mors tua vita mea*), o bien, cuando quien socorre a una tercera persona que está en peligro (el llamado auxilio necesario) y sacrifica para ello a un tercero inocente, la necesidad no “justifica” el sacrificio de un inocente, aunque el código penal italiano no haya recepcionado este principio y continúe siendo un código utilitarista y cínico a este respecto²¹. En

21 La colocación y aplicación constante y tradicional del estado de necesidad del art. 54 CP prevé de todos modos la función de causa de justificación, incluso si se utiliza como el auxilio necesario (no del sujeto agente), e incluso en el caso de sacrificio del bien-vida, ponderando igualmente una vida salvada con varias vidas sacrificadas. Sólo lecturas más recientes —con valor sobre todo de

estos casos se habla más bien de estado de necesidad sólo “excusante”, no justificante (se trata del modelo alemán, no recepcionado por el código penal italiano más que en los proyecto de reforma), y los sistemas de *common law*, a su vez, niegan que la *duress* (necesidad que opera en el plano psicológico que tiene origen en una amenaza humana o de circunstancias de hecho) o la *necessity* (constricción debida a hechos naturales y fundada en una mera ponderación de intereses) se apliquen a los casos de homicidio, y por tanto que se pueda ponderar “vida contra vida”.

Ni siquiera la necesidad de salvar muchas más personas, por tanto, puede “justificar”, autorizándolo, el sacrificio de una vida inocente²². Por estas razones, la necesidad presenta, en este tipo de casos, un mero valor de “excusante”, que opera en el plano subjetivo o de la culpabilidad: en este sentido la *necessity* se prevé con eficacia excusante en el art. 31 d) del Estatuto de Roma para los crímenes internacionales de competencia del TPI²³.

Es fácil comprender, sin embargo, que a pesar de que se niegue (como hacen muchos) que la eximente del estado de necesidad se aplique al Estado y a sus órganos²⁴, éstos puedan actuar de hecho en situaciones de necesidad adoptando, en base a esa *ratio*, normativas *legales* de emergencia, que autoricen acciones armadas y de guerra: no es posible invocar el estado de necesidad jurídico (la eximente

lege ferenda— distinguen un estado de necesidad justificante de uno excusante.

²² Para una rigurosa enunciación de tal principio, en el derecho penal alemán, cfr. H. WELZEL, *Zum Notstandsproblem*, en *ZStW*, Bd. 63, 1951, 51, además de lo observado en M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 769 s., a propósito de la sentencia de ilegitimidad constitucional del Tribunal Supremo alemán de 1 de enero de 2005 (1 BvR 357/05) sobre el § 14 Abs. 3 del *Luftverkehrsgesetz* de 11 de enero de 2005, y ss., que prevenía “la intervención inmediata con las armas ...sólo cuando, según las circunstancias, se deba esperar que el avión se utilizará contra la vida de seres humanos, y que el uso de las armas represente el único medio de protección contra este peligro actual”.

²³ Me remito a V. CACCAMO, *Lo stato di necessità*, en E. AMATI, V. CACCAMO, M. COSTI, E. FRONZA, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, 247 s., 263 ss.

²⁴ Cfr. a las remisiones contenidas en M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., 274, nota 126.

común) para actuar sin leyes, pero si es posible invocar el estado de necesidad político para justificar normativas de excepción.

Ahora bien, a la luz de cuanto hasta aquí se ha descrito, el Tribunal Especial iraquí resalta haber comprobado claramente la absoluta desproporción entre la acción del Gobierno, de los Servicios secretos, de los órganos del Estado de Saddam Hussein y el atentado de julio de 1982. Sobre este juicio, a la luz de las pruebas testimoniales producidas en el proceso y de los conocimientos de que hoy disponemos, no pueden subsistir dudas, aunque se hayan lesionado derechos de la defensa tales que de todos modos quede justificada la invalidación de la condena.

El “estilo” de esa ejecución en masa, por otra parte, responde al de innumerables otras acciones histórica y notoriamente imputadas al régimen del dictador iraquí.

Se mantiene, por tanto —a los fines y en el límite de nuestra intervención, de derecho sustancial— el problema de la pena de muerte como forma de sanción típica del derecho penal del enemigo, porque se dirige a la pura eliminación de un adversario.

En la valoración de muchos ordenamientos, incluso occidentales, se reputa que en el plano más general de acción del Estado en materia penal, no nos podamos permitir siempre una autolimitación construida sobre el postulado de la inconmensurabilidad de la vida humana con otras vidas más allá de los casos de legítima defensa individual en sentido estricto.

Efectivamente, es necesario reconocer esta posibilidad histórica y temer su realización, dada la politicidad (y no simplemente la deseable “moralidad”) del Derecho, y de la “fuerza” que el Derecho disciplina y limita. La superioridad del estándar del respeto de los derechos fundamentales por parte de una posición como la que aquí se mantiene es por tanto consciente de una cierta relatividad histórica propia.

La lesión de los derechos fundamentales de los demás, en ocasiones, se puede obviar solo mediante el sacrificio de los propios, y esto no es siempre exigible, como cualquier persona comprende. Así como existe la legítima defensa individual, existe la defensa del Estado y de la colectividad. Sin embargo, para las situaciones de

emergencia siempre es posible el empleo de auténticos instrumentos de guerra en lugar del empleo del derecho penal en funciones de guerra para aniquilar al “enemigo”.

Cuando interviene la jurisdicción, cesa la lucha política, y si no cesa, es la jurisdicción la que viene a faltar²⁵ emblemáticamente. Precisamente el falso proceso de mayo-junio de 1984 imputado a su presidente Awad Hamad Al-Bandar supone el origen de la condena de Saddam Hussein, y constituye un ejemplo extremo de este concepto, *el paradigma del derecho procesal penal del enemigo*.

La *pena de muerte*, por el contrario, representa, en el plano del derecho penal *sustancial*, la expresión sancionadora más clara del derecho penal del enemigo, porque se dirige más al aniquilamiento de un adversario que a su mera neutralización.

El proceso-fantasma sostenido en 1984 ante el Alto Tribunal iraquí y el proceso que éste ha sostenido contra Saddam (“el proceso sobre el proceso”) son, quizá, las dos caras de una misma realidad, pero no son situaciones equivalentes, como algún crítico querría sugerir implícitamente.

No son dos juicios que se puedan sobreponer como podrían hacerlo las tesis doctrinales y los personajes de los dos teólogos antagonistas (uno herético y otro ortodoxo, en vida) de la novela de Borges, que también tiene relación con la pena de muerte, pero por culpas de heterodoxia²⁶: sí que los dos teólogos, uno muerto en la hoguera por herejía (*poena civilis*) y el otro, que era acusación en el proceso contra el primero, muerto en un incendio (*poena naturalis*), se reencuentran ante el Creador, que parece confundir uno con el otro, porque en realidad *juntos* son una sola persona.

En este caso se ha tratado de un *proceso efectivo* —a pesar de que presente el vicio de no haber respetado numerosas garantías— que ha juzgado una masacre realizada a través de un *proceso falso*.

²⁵ Para una visión completa del asunto, v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., § 8 y *passim*.

²⁶ J.L. BORGES, *Los teólogos*, en italiano en *I teologi*, en *L’Aleph*, Feltrinelli, Milano, 1982, 34 ss.

Ambos se sitúan en una posición de *derecho del enemigo*²⁷, solo que la finalidad de aniquilación se declina en medida profundamente distinta: también la pena de muerte es “Derecho” allí donde está vigente, hasta que fuentes superiores que declaren su invalidez no se eleven al rango de principios de *ius cogens*. Del mismo modo, la violación concreta de reglas procesales (vigentes) hace que el proceso o su resultado sean ilegítimos, pero es necesario distinguir entre aquellos casos en que haya tenido lugar un proceso, y aquellos en que éste haya faltado sustancialmente²⁸.

La motivación de la sentencia —hay que decirlo— podía ser más detallada en algunos puntos específicos de la reconstrucción de los elementos que personalizan la responsabilidad, y más clara en lo que se refiere al elemento subjetivo, sobre todo en cuanto al respecto a las imputaciones (*sic*) “menores” (torturas, deportaciones etc.) adscritas a un Jefe de Estado en forma de complicidad moral, pero las tentaciones de asimilación de los juristas occidentales deben mantener el sentido de la proporción. Lo cierto es que una parte de Occidente quería celebrarse a través de una gran comprobación de lo sucedido (durante treinta años de historia), más que con una condena (y una ejecución) ignominiosa que quita legitimación conclusiva al “esfuerzo constructivo” de los internacionalistas de la pena que han acudido a Bagdad.

En este clima, el mero hecho de “pretender” (*sic*) una solución distinta a la prevista por la propia legislación ordinaria iraquí aplicada el tipo penal —habiéndose impuesto la pena ordinariamente prevista por delitos de homicidio voluntario— ha tenido el valor de

²⁷ En especial, el proceso a Saddam reproduce los esquemas del “enemigo derrotado”, paradigma típico del derecho penal internacional “del enemigo”: V. E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, (§ 2).

²⁸ Como se recuerda en los trabajos citados en la nota 17, el llamado derecho del enemigo se realiza sobre todo a nivel pre-procesal (además de extrapenal), mientras que cuando interviene la jurisdicción, ésta cesa de serlo y se convierte en un instrumento de neutralización o aniquilación, de guerra etc. y por tanto las formas estrictamente procesales de este fenómeno aparecen más sutiles, más disfrazadas. No obstante, aún pudiendo enmarcar los dos procesos que estamos tratando en la dimensión de la guerra, y no simplemente de la lucha, creo que las diferencias —como pone de relieve el texto— no pueden ser niveladas en un juicio extremista de indistinta ilegitimidad.

una petición política de no celebrar el proceso en modo alguno, o de juicio sobre la pena de muerte en general, que no implica de manera específica “el proceso Saddam”.

Precisamente por estos motivos actualmente se hace difícil, o si se quiere, ambiguo, imponer desde arriba “nuestra” política de los derechos del hombre en el infierno de Bagdad y de Bassora evitando que parezca una especie de pretensión europea extraña, externa, ajena y por añadido hipócritamente doctoral, porque enseña o reclama el bien tras haber practicado el mal. Las censuras europeas son expresión, si no de un complejo de culpa, sin duda alguna de un nivel de paz social, de un sistema político-institucional que para criticar la justicia de los vencedores, especialmente de los Estados Unidos, desconoce la propia justicia penal de los vencidos y de las víctimas (aunque allí, actualmente, nadie es un verdadero vencedor), y se corre el peligro de que perciban una condena distinta de la pena capital como una derrota más de su autonomía, de su cultura y de su política.

El reconocimiento del *valor ético* de una condena a una pena no capital incluso en un caso de este tipo —y por tanto siempre, sin excepciones— presupone, por el contrario, que su normativización madure *previamente* en la legislación, y por tanto en la cultura de un pueblo. Por esta razón las peticiones que hoy provienen de Europa parecen dirigirse, o que se tendrían que dirigir, más a los Estados Unidos que al mundo árabe o Chino: la superioridad del sistema de valores que se propone, efectivamente, exige una presentación distinta, y sobre todo, exige que se empiece a solicitar la abolición de la pena capital a aquéllos que condividen los postulados de la laicidad del Estado, de la democracia y del Estado de Derecho, en lugar de exigirla *in primis* a un Estado musulmán cuya legislación y administración de la justicia ha recommenzado, tras la caída de Saddam, a conocer conexiones cada vez más claras con la Shari’a²⁹.

²⁹ Sobre el posterior empeoramiento de las condiciones de los derechos civiles de las mujeres, en especial, tras la caída de Saddam, cfr. D. JAMAIL / Ali AL-FADHILY, *IRAQ: It's Hard Being a Woman*, 5.12.2006, Inter Press Service New Agency; para una útil aunque un poco antigua introducción jurídica al tema de la Shari’a cfr. *Dossier Mondo Islamico 1. Dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Ed. Fondazione Gianni Agnelli, Torino, 1995.

6. La posición Europea, entre multiculturalismo y culpa colectiva

Paradójicamente, es mucho más grave, más radicalmente nihilista, la pena de muerte prevista en un Estado occidental y laico que la pena de muerte impuesta por parte de un Estado confesional o de base religiosa, donde la sentencia penal se pronuncia, no “en nombre del pueblo”, sino —como en el caso del Alto Tribunal iraquí— “en nombre de Allah”.

Existen culturas en que la vida en cuanto tal es un valor subordinado No subordinado a la calidad de la propia vida, sino todo lo contrario, subordinado a valores más altos y trascendentes. En contextos de este tipo la muerte no representa una mera aniquilación³⁰.

Las culturas religiosas no son las que han abolido la pena de muerte, que ha prosperado mucho bajo éstas³¹, porque los Estados y

³⁰ Una reflexión sociológica clásica constituye el esqueleto que mantiene en pie esta cuestión se puede encontrar en las conocidas tesis de E. DURKHEIM, *Deux lois de l'évolution pénale*, en *L'année sociologique*, IV, 1901, tr. it. en E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004, 185 ss., que reconoce una relación inversa entre sociedades religiosas y sociedades secularizadas en cuanto a dureza y crueldad de las penas, ya que en las sociedades de base religiosa los sentimientos que ofenden los delitos son “doblemente colectivos”, porque ofenden a la sociedad civil y a la religiosa, es decir, son actos de lesa divinidad. Por el contrario, en el Estado secularizado emergen sólo los derechos individuales, además del sentimiento colectivo (social) que el delito de todos modos ofende. Un enfoque tal se resiente de una observación circunscrita a cuanto históricamente ocurrido en el pasado en los Estados de base confesional o con una fuerte componente religiosa de referencia, y ciertamente no puede prejuzgar evoluciones de barbarización penal también en los Estados laicos (v. sobre este punto las reflexiones de nuevo de E. DURKHEIM, *Deux lois de l'évolution pénale*, en *L'année sociologique*, IV, 1901, tr. it. en E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004, 185 ss.), así como una distinta declinación del patrimonio de la fe hacia sociedades más orientadas al perdón y a la inclusión que a la justicia-venganza: para un útil debate reciente sobre este punto me remito al n. 2/2004 de *Humanitas*, y en particular al forum sobre “Perdono e giustizia nelle religioni”, coordinado por A. ACERBI y L. EUSEBI, *ivi*, 261 ss. Con específica referencia al derecho islámico v. en esa sede la contribución de D. BOUBAKEUR, *Colpevolezza e punizione nell'Islam*, 287 ss.

³¹ En general, sobre el “retraso” con que las religiones han acogido la cultura de los derechos fundamentales y sobre la exigencia de superar una visión “occi-

los jueces se han considerado siempre “libres de pecado”³², y porque en esa cultura la destrucción de una vida no era un juicio final sobre el alma. Han sido necesarios siglos de suplicios para que empezase a desarrollarse una sensibilidad distinta, capaz de distinguir entre el horizonte finito del delito y del hecho cometido de aquél que de todos modos, ya en una dimensión existencial, lo trasciende.

Obviamente, el encuentro entre la fe y la cultura laica ha sido capaz de producir resultados extraordinariamente positivos cuando las dos visiones han valorizado, a través del diálogo y las sinergias, un nuevo humanismo³³.

Entre estas sinergias se encuentra la afirmación del principio político de la tolerancia, dentro de los límites (para nosotros) del respeto de los derechos fundamentales, incluidos sin duda alguna los religiosos.

Esta tolerancia actualmente asume otras formas, se define con varias etiquetas, desde el multiculturalismo al principio de laicidad, precisamente. Sin embargo, no se trata de sinónimos, porque el multiculturalismo es un fenómeno transnacional y global, mientras que la laicidad es objeto de una declinación sobre todo nacional, estatal, y solo posteriormente, transnacional³⁴. Si la laicidad, por tanto, sobre todo en su versión de laicismo, presenta motivos de dialéctica y

dental” de los derechos del hombre, cfr. K. HILPERT, *Die Menschenrechte. Geschichte, Theologie, Aktualität*, Patmos, Düsseldorf, 1991, *passim*; H. BIELEFELDT, “Westliche” versus “islamische” Menschenrechte? Zur Kritik an kulturalistischen Vereinnahmungen der Menschenrechtsidee, en M. RUMPF (Hrsg.), *Facetten islamischer Welten: Geschlechterordnungen, Frauen- und Menschenrechte in der Diskussion, Internationale Konferenz “Facetten Islamischer Welten - Geschlechterordnungen und Interkultureller Dialog”* (Frankfurt/M., 17-19 ottobre 2002), Transcript-Verlag, Bielefeld, 2003, 123 ss.

³² Cfr. *Giovanni*, 8,7.

³³ De especial interés, el *Dibattito sul laicismo*, E. SCALFARI (coord.), La biblioteca di Repubblica, Roma, 2005 y, en el debate penal más reciente, el artículo de D. PULITANO, *Laicità e diritto penale*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss., con muchas referencias.

³⁴ Para una amplia clasificación de las tipologías de laicidad que conciernen a la dialéctica interna del Estado, desde el punto de vista penal, v. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, en *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, 2006, 139 ss.

oposición respecto a instancias que tradicionalmente tienen (han tenido) raíces religiosas, no se puede decir lo mismo del espíritu y de la condición histórica del multiculturalismo, que afronta problemas transversales a esa dialéctica, que tienen que ser valorizados cuando de una vez por todas se salga —como es inevitable en un contexto verdaderamente internacional y nacional— multicultural— de la dimensión cerrada (y un poco sofocante) de la relación entre poder temporal y poder espiritual declinado según las lógicas laicos-católicos o católicos-protestantes³⁵.

Más que la laicidad, por tanto, es el multiculturalismo el que puede vehicular una estrategia de comunicación persuasiva hacia perspectivas más universales de la penalidad misma, teniendo presente la existencia de concepciones del Estado y del hombre que se colocan en la huella de una historia donde el peso de la religión es profundamente distinto, como lo es el valor de la vida terrena.

Para no alimentar tentaciones de choque de civilizaciones tras el hecho de que los Estados Unidos y la Gran Bretaña hayan incrementado de hecho la resistencia al diálogo a través de una exportación coactiva de la democracia mediante la guerra (“*compelle intrare!*” era antiguamente el lema de acción de la iglesia hacia los paganos y los herejes), no aparece adecuado a la finalidad de fundamentar el valor universal —como verdadero derecho del hombre— de la prohibición de la pena capital, el modo arrogante con el que se manifiesta

³⁵ Para una reflexión clásica sobre la imposibilidad del Estado seglar de garantizar los presupuestos normativos sobre los que se fundamenta, y por tanto, evidenciando la “paradoja” de un Estado secularizado cuya estructura sociológica y existencial se fundamente necesariamente en los presupuestos culturales, religiosos etc. (a veces con una gran “carga”, sean confesionales o laicos) presentes en la sociedad civil, aunque suponga que puede “prescindir” de ellos en su acción legislativa de gobierno, en la medida en que esos presupuestos sean específicamente religiosos o arreligiosos y el Estado por el contrario pretenda —como Estado de libertad— asegurar a todos la expresión y el ejercicio de las libertades que éste pretende garantizar, cfr. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, en *Säkularisation und Utopie. Fest. Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, 75 ss., tr. it. *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006, 68 ss.; y ahora, en el sentido de superar una visión laicista de la secularización, el importante escrito de HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, en *Humanitas*, 2/2004, 239 ss.

el boceto de algunos observadores y políticos occidentales que querían ahora llevar al infierno de Bagdad y Bassora su “absoluto”³⁶. Aunque solo sea porque la más grande potencial occidental y del mundo, la que más ha impuesto y construido el proceso a Saddam Hussein, es decir, los Estados Unidos, comparte con su adversario la “cultura” de la pena de muerte, además de la de la guerra.

La posición de Europa a este respecto se sitúa en una especie de equidistancia crítica, pero se hace activa, pide la exportación a nivel mundial del valor del respeto en todo caso de la vida humana por parte del derecho penal. Si esto es verdaderamente así, el diálogo necesita de puentes y la neutralidad no basta: incluso los derechos han de ser motivados para convertirse en “fundamentales”.

De este modo, por tanto, el punto de vista del penalista a este respecto ya no es secundario como nos lo podía parecer al principio de estas reflexiones: su “cultura” forma parte de un diálogo de alcance mundial³⁷.

Quien pide a los demás la abolición de la pena muerte no debería haber contribuido a los delitos que merecen la muerte en el ordenamiento jurídico criticado. Por esta razón Europa no tiene todos los papeles en regla respecto a Iraq³⁸. Quien, tras haber proporcionado armas durante años al “masacrador” Saddam, asiste complacido a

³⁶ Sobre algunas cuestiones problemáticas de la exportación del modo occidental de declinar los derechos fundamentales baste aquí la remisión a F. VIOLA, *Diritti fondamentali e multiculturalismo*, en AA.VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, A. BERNARDI (coord.), Giuffrè, Milano, 2006, spec. 50 ss.; F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Clueb, Bologna, 2000, 9 ss., 23 ss.

³⁷ Sobre el tema de la lectura islámica de los derechos del hombre me remito a AA.VV., *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, A. PACINI (coord.), Ed. Fondazione Giovanni Agnelli, 1998, *passim*; M. BORRMANS, *Convergenze e divergenze tra la dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e le recenti dichiarazioni dei diritti dell'uomo nell'Isalm*, en *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 44 ss.; O. GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, 39 ss.; AA.VV., *Tradizioni culturali, sistemi giuridici e diritti umani nell'area del Mediterraneo*, V. COLOMBO, G. GOZZI (coords.), Il Mulino, Bologna, 2003, además de los ya citados escritos de H. BIELEFELDT, “Westliche” versus “islamische” Menschenrechte?, cit.; y F. HORCHANI, D. ZOLO (coord.), *Mediterraneo. Un dialogo fra le due sponde*, donde se encuentra (p. 175 ss.) una bibliografía razonada a cargo de O. GIOLO.

³⁸ V. también las referencias hechas *ante*, en la nota 5.

su proceso (a uno de los tantos posibles procesos, al primero y en el fondo "menor" de los posibles) y comienza a protestar únicamente tras su ejecución, no es inocente, sino más bien, en una cierta medida, corresponsable. Pero se trata sólo de una *argumentum ad hominem*, que no desplaza el posible valor objetivo de la instancia.

Existe un perfil más elevado e ideal. La dificultad de sentirse completamente inocentes ante lo sucedido ayuda a admitir una corresponsabilidad humana más general, que trasciende, se entiende, a esa implicación y a los acontecimientos históricos de las últimas décadas. Efectivamente. Existe una posición que puede legitimar *en cualquier caso* la petición: y es la confesión de corresponsabilidad humana, es la implicación en la *propia* humanidad³⁹.

En este sentimiento de corresponsabilidad, pensamiento laico y pensamiento religioso se pueden reencontrar, al menos en Occidente, en la construcción del fundamento de una prohibición sin excepciones de la pena de muerte que pueda ser exportado a culturas distintas: esa misma humanidad que fundamenta el principio de la inconmensurabilidad entre persona y hecho cometido (*ante*, § 4). Comporta la consecuencia de la imposibilidad de una sanción definitiva respecto a la propia condición humana, cualquier que sea, precisamente, la imputación penal. En consecuencia, la necesaria relación entre *pena* y *hecho* encuentra un "límite insuperable" en el *valor de la persona*, que no conoce comparación y compensación con ningún hecho que pueda haber cometido.

Ha sido muy útil, para entenderlo, constatar la necesaria desproporción entre hecho y pena en las *gross violations* relativas a los derechos humanos, lo que hoy impone una nueva reflexión acerca de la propia cultura penal, que ha gestionado durante milenios el criterio de proporción retributiva en general, y pide un fundamento distinto.

³⁹ Sobre la "Mitverantwortung" como fundamento de una declinación sea laica que cristiana de la pena, cfr. por todos P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübingen, 1962, y también en ID., *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Pendo, Zürich, 1985, 88 ss.

La pena de muerte: Los caminos para su abolición¹

Hans-Joerg Albrecht

1. Introducción: una convincente iniciativa política en Mongolia

El presidente de Mongolia, Tsakhia Elbegdorj, manifestó el 14 de enero de 2010 su intención de abolir la pena de muerte en su país, a la vez que presentó las razones que le habían llevado a defender esa decisión². Las razones obedecen al tenor fundamental del actual discurso sobre la pena de muerte. Este anuncio de abolición acelera la dinámica global de una política a favor de la completa abolición. El presidente subrayó la clara tendencia internacional orientada a la supresión de la pena capital y resaltó el riesgo de los juicios erróneos y el peligro de ejecutar a inocentes. Además, mencionó alternativas verosímiles a la pena de muerte que tienen, al menos, la misma fuerza disuasiva y la misma seguridad, a la vez que se pronunció sobre los estándares humanitarios de las sociedades desarrolladas que hablan del abandono de la pena de muerte. La posición adoptada por el presidente de Mongolia se corresponde totalmente, en este sentido, con el movimiento internacional que se refleja en la Resolución de Naciones Unidas para una moratoria universal del año 2007³, y con la destacada tendencia general, global, de los últimos cinco años, de las Naciones Unidas sobre la abolición de la pena capital⁴. El anuncio del presidente, apuntando que desde ese

¹ Traducido del texto alemán por Demelsa Benito Sánchez.

² www.president.mn, The Office of the President of Mongolia, Public relations & Communications Division "The Path of Democratic Mongolia Must be Clean and Bloodless", 2010-01-14.

³ Resolution 62/149, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2007 (104 votos a favor, 54 votos en contra y 29 abstenciones).

⁴ Report of the Secretary-General: Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty. Nueva York, 28. 6.-23. 7. 2010; cfr. también el Annual report of the Uni-

momento serían indultados los condenados a muerte, tiene también seguidores en EE.UU.⁵ La plasmación en los medios de comunicación de que este anuncio del presidente sobre su política relativa a la pena de muerte no arrancó ningún aplauso en el Parlamento⁶, denota que la abolición de la pena capital será difícil. Esta primera evidente postura de rechazo del Parlamento puede deberse a que la opinión pública aún apoya la pena de muerte como respuesta, en todo caso, a los delitos de oficio más graves.

En este sentido, la situación en Mongolia se remite a los procesos políticos que en Europa están ya en gran medida concluidos. Las siguientes consideraciones deber servir para diseñar los diferentes caminos para la abolición de la pena de muerte, a la vez que apuntan problemas emergentes y representan argumentos controvertidos.

El proceso por la abolición de la pena de muerte comienza en Europa con la Ilustración. Fue principalmente Beccaria quien señaló en su primordial obra, "De los delitos y de las penas" (1764), planteamientos generales contra la pena capital. La crítica a la pena de muerte está, en parte, relacionada con la crítica al tormento, y recoge un debate sobre las penas crueles, que todavía existen en Estados

ted Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Question of the death penalty. United Nations, A/HRC/15/1916, Julio 2010; Arroyo, L., Biglino, P., Schabas, W.: *Hacia la Abolición Universal de la pena capital*. Valencia 2010.

⁵ El 31 de enero del año 2000, el gobernador de Illinois, George H. Ryan, promulgó una moratoria general sobre las ejecuciones que se mantiene en vigor hasta hoy. En el momento actual existe un Proyecto de Ley en el Parlamento de Illinois a través del cual se derogaría formalmente la pena de muerte. En Nebraska se adoptó una moratoria "informal" después de que en el año 1999 el gobernador hubiera interpuesto un veto contra una ley formal sobre la introducción de la moratoria. Después de que la Corte Suprema de Nebraska fallara en 2008 que la electrocución es contraria a la constitución, ya no se prescribe la pena de muerte (hasta que se convenga la reforma por parte del legislador). En Nueva York, la resolución de la Corte Suprema de 2004 declaró, igualmente, la contrariedad constitucional de la pena de muerte en aquella forma. El legislador no ha hecho hasta hoy además de introducir en el código penal la pena de muerte en una forma que sea compatible con la constitución.

⁶ Times Online, January 15, 2010, Mongolia to abolish the death penalty.

de Norteamérica en los que la pena capital se sigue aplicando. El argumento central de Beccaria hacía referencia, sin embargo, a la necesidad de las sanciones penales. Su opinión, de que solamente las sanciones penales racionales están legitimadas y de que cada pena que exceda lo absolutamente necesario debe ser considerada excesiva y, por tanto, tiránica, tiene que ver con la idea de que la pena encuentra su fundamento en la protección de bienes jurídicos.

El proceso de abolición de la pena de muerte en Europa puede dividirse, *grosso modo*, en cuatro fases:

La Ilustración trajo consigo, junto a la Declaración de Derechos del Hombre, un nuevo punto de vista en relación con la sanción penal. En algunos Estados europeos condujo a la abolición de la pena de muerte⁷. En la mayoría, sin embargo, no se logró la abolición, pero se exteriorizaron reformas significativas, pues el ámbito de aplicación de la pena de muerte comenzó a restringirse a los delitos de asesinato.

Inmediatamente después de la II Guerra Mundial, algunos países europeos abolieron la pena de muerte en el proceso de reconstrucción de estructuras democráticas. Otros implementaron una moratoria que conduciría al fin de las ejecuciones.

Entre 1960 y 1980, todos los países de la Europa occidental eliminaron de sus códigos penales la pena de muerte (para tiempos de paz). Justo después de los cambios políticos y sociales en Europa central y del este, la pena de muerte fue abolida, prácticamente, en todos esos Estados⁸ debido al considerable empeño tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa.

Mientras que en Rusia la pena capital se mantiene todavía sobre el papel y en el Código penal, el Tribunal Constitucional ruso ha prorrogado recientemente una moratoria del año 1997⁹. Este Tribunal manifestó en esa resolución que la moratoria terminará no antes

⁷ Cfr. Suter, S.: Guillotine oder Zuchthaus? Die Abschaffung der Todesstrafe in der Schweiz. Basel 1997; Boulanger, C., Heyes, V., Hanfling, P. (eds.): Zur Aktualität der Todesstrafe. Interdisziplinäre und globale Perspektiven. 2. Auflage, Berlín 2002; Hood, R.: Introduction - The importance of abolishing the death penalty. En: Council of Europe (ed.): The Death Penalty - Beyond Abolition. Estrasburgo 2004, p. 13-23.

⁸ Cfr. el resumen en OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights: The Death Penalty in the OSCE Area. Background Paper. Varsovia 2009.

⁹ www.ksrf.ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=734.

del momento en el que la pena de muerte sea abolida formalmente en Rusia a través de una reforma del Código penal. Bielorrusia es hoy el único país europeo en el que aún existe la pena capital y no sólo se impone sino que también se aplica¹⁰. Sin embargo, también en Bielorrusia se ha iniciado un debate sobre la abolición¹¹. Desde 2009 se delibera un moratoria en ese sentido. De hecho, se anunció una moratoria¹², influida, obviamente, por el deseo de ingresar en el Consejo de Europa.

Una mirada a los acontecimientos en Europa nos muestra los diferentes caminos para la abolición de la pena capital. La abolición de la pena de muerte en la legislación trajo como consecuencia, en algunos países, una larga moratoria (Inglaterra/Gales, Bélgica y Chipre). En otros, la abolición acarrió significativos cambios de gobierno. Así, en Francia, la abolición de la pena capital aconteció junto con la victoria del Partido Socialista en 1980. En el gobierno, Badinter, ministro de justicia y enemigo declarado de la pena de muerte, tramitó su inmediata supresión; hecho que debía marcar el cambio fundamental de una política conservadora a una política progresista. En España, la abolición de la pena de muerte tuvo lugar durante la transición de un régimen autoritario a uno democrático, en los años setenta. En ocasiones aisladas, la abolición de la pena de muerte tuvo su causa en decisiones de los Tribunales Constitucionales. Así, en Hungría, su Tribunal Constitucional se ocupó de la pena de muerte en 1990 y declaró su inconstitucionalidad por ser una infracción contra el derecho a la vida¹³. Pero sobre todo, el proceso de abolición de la pena de muerte se produjo en los Parlamentos. En parte, estuvo relacionado con reformas constituyentes y simbolizó la transición de regímenes fascistas y autoritarios a gobiernos de-

¹⁰ Detalladamente, cfr. OSCE Parliamentary Assembly: Resolution on a Moratorium on the Death Penalty and Towards its Abolition Adopted at the Eighteenth OSCE PA Annual Session en Vilna, 29 de junio al 3 de julio de 2009.

¹¹ OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights: The Death Penalty in the OSCE Area. Background Paper. Varsovia 2009, p. 8.

¹² Parlamento Europeo: Annual report on human rights in the world 2009. Estrasburgo, 10. 11. 2010.

¹³ Decisión n.º 23/1990 (X.31).

mocráticos ¹⁴ (Austria 1950, Alemania 1945, España 1976, los países Europa central y del este hacia 1989/1990).

La postura de rechazo a la pena de muerte en Europa puede ser explicada a través de una mezcla de argumentos normativos y empíricos cuyo origen se remonta al siglo XVIII. Bajo el influjo de la Ilustración y, especialmente, de los trabajos de Beccaria y Voltaire, la abolición de la pena capital formó parte del movimiento de reforma del Derecho penal europeo¹⁵.

2. Europa, la pena de muerte y la búsqueda de una identidad europea

La Unión Europea y el Consejo de Europa han exteriorizado su consolidada posición contra la pena de muerte en diversos documentos¹⁶. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su art. 2 el derecho a la vida, así como el principio de que nadie podrá ser condenado a pena de muerte ni ejecutado. La Unión adopta así una política de abolición global y completa de la pena de muerte. Además, en aquellos Estados miembros en los que aún se mantiene, la Unión Europea apunta hacia una limitación

¹⁴ Schabas, W.: Presentation of the Quinquennial Report on Capital Punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty, 2010. Cahiers de Defense Sociale 2009-2010, pp. 76-74, p. 68.

¹⁵ Cfr. Jescheck, H.-H.: La Peine de Mort. La Position de l' Association Internationale de Droit Pénal. *Revue Internationale de Droit Pénal. La Peine de Mort. The Death Penalty. Travaux de la Conférence Internationale tenue à l' Institut Supérieur International de Sciences Criminelles Syracuse-Italie. 17 au 22 mai 1988.* 58(1987), pp. 331-340, pp. 331-332; cfr. también las posiciones unívocas de la *Société Internationale de Défense Sociale*, así como de la *International Penal and Penitentiary Foundation*, plasmadas en la *Revue Internationale de Droit Penal. La Peine de Mort. The Death Penalty. Travaux de la Conférence Internationale tenue à l' Institut Supérieur International de Sciences Criminelles Syracuse-Italie. 17 au 22 mai 1988.* 58(1987), pp. 331-360.

¹⁶ Consejo de Asuntos Generales: Directrices de la UE sobre la pena de muerte, Bruselas, 16 de junio de 2008; cfr. la resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2010 sobre el informe anual sobre los derechos humanos en el mundo (2009) y la política de la UE al respecto (2010/2202(INI).

de su ámbito de aplicación, a un estricto cumplimiento de las condiciones de los instrumentos internacionales para el caso de que se aplique, así como a la introducción de una moratoria orientada a la completa abolición. La Unión Europea subraya, además, el rechazo a la pena de muerte, especialmente, para aquellas personas que todavía no han alcanzado los 18 años de edad en el momento de cometer el delito.

El enfoque de la Unión Europea deja ver una política que proyecta en toda Europa no sólo la completa abolición de la pena de muerte en tiempos de paz y de guerra, sino también el rechazo a la implementación de estándares jurídicos sobre un restablecimiento de la pena capital. Este punto de vista encuentra su fundamento en dos convicciones fundamentales:

1. La pena de muerte se rechaza por razones de derechos humanos. Esto es, se prohíbe por ser una pena cruel, inhumana y degradante, y porque es contraria al derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.
2. La pena de muerte no es necesaria porque las penas están orientadas a la prevención, que es, al menos, igual de eficaz.

El fuerte compromiso europeo contra la pena de muerte se plasma también en una serie de requisitos que se exigen para entrar a formar parte del Consejo de Europa. Así, la afiliación requiere no sólo una completa moratoria de las ejecuciones, sino también una abolición formal, en la ley, de la pena de muerte. De hecho, el rechazo a esta pena como sanción penal legítima expresa el convencimiento de que el poder estatal sobre los ciudadanos debe tener un límite infranqueable en la intervención en su vida a través de la pena de muerte.

En 1998, la Unión Europea presentó sus directrices sobre la pena de muerte¹⁷, a través de las cuales se materializó su política por la abolición universal de la pena capital. Con ello, la Unión pone de relieve la importancia del estricto cumplimiento de las obligaciones

¹⁷ Consejo de la Unión Europea, 3 de junio de 1998, Directrices sobre la pena de muerte, revisadas el 16 de junio de 2008.

recogidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, así como del catálogo de normas mínimas para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte adoptadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas¹⁹. La Unión Europea relaciona, de este modo, la pena de muerte con un progresivo desarrollo de los derechos humanos, en especial, con la dignidad del ser humano, y manifiesta que el objetivo de su política contra la pena de muerte se orienta a:

- la abolición universal de la pena de muerte,
- y allí donde la pena de muerte todavía se aplica, a la reducción progresiva de su aplicación, así como a la implementación de estándares mínimos, especialmente en el ámbito de procedimiento.

Esos objetivos forman parte de la política de derechos humanos y de la política exterior de la Unión Europea y deben materializarse para influir en casos aislados de aplicación de pena de muerte, así como en su abolición total. Esto implica, sin duda, que en las relaciones internacionales pueda existir una presión en relación con la pena de muerte y las moratorias²⁰, lo cual no es cuestión baladí, como en el caso de la ayuda financiera de la Unión Europea a Bielorrusia (que ascendió entre 1991 y 2005 a 221 millones de euros)²¹.

Como manifestación de la fuerte aceptación de la abolición universal de la pena de muerte en Europa (y a través de la Unión Europea) y de su ubicación en el diálogo sobre los derechos humanos, así como en las relaciones políticas exteriores, puede mencionarse el intento de recurrir a los derechos humanos y a la abolición de la

¹⁸ Cfr. también el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, que prevé la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz (UN General Assembly Resolution 44/128, 15 de diciembre de 1989; en vigor desde el 11 de julio de 1991).

¹⁹ Medidas de salvaguardia de Naciones Unidas para garantizar la protección de los derechos de los condenados a pena de muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social a través de la resolución 1984/50 de 25 de mayo de 1984.

²⁰ Dura, G.: *The EU's Limited Response to Belarus' Pseudo 'New Foreign Policy'*. CEPS Policy Brief, febrero 2008, p. 9.

²¹ Dura, G.: *The EU's Limited Response to Belarus' Pseudo 'New Foreign Policy'*. CEPS Policy Brief, febrero 2008, p. 2.

pena capital para construir una identidad europea²². La abolición de la pena de muerte se entiende, claramente, como un símbolo destacado tanto para una nueva Europa como para una especial identidad europea²³. Otras propuestas identitarias son poco viables. Así, la cristiandad lastró históricamente con la continuada violencia de las guerras de religión. Las controversias y el rechazo final a la inclusión del cristianismo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Constitución Europea han demostrado, al igual que el actual debate sobre el islam en Europa, cómo de conflictiva puede ser una alusión a la religión²⁴. La industrialización, así como la referencia al desarrollo económico, especialmente a la unidad económica de Europa, encierra, por su parte, potenciales conflictos (como muestra claramente la crisis de la deuda de los países europeos) y además, teniendo en cuenta las encuestas a nivel europeo, poco material para la creación de una identidad europea. Enraizada sobre la cultura griega y romana, hay algunas similitudes con el pasado que, sin embargo, no dejan ver, en la identidad europea actual, ningún punto de apoyo convincente. Por el contrario,

²² Cfr. en este sentido, Sedelmeier, U.: *EU Enlargement, Identity and the Analysis of European Foreign Policy: Identity Formation Through Policy Practice*. European University Institute, Florenz, Robert Schuman Centre for Advanced Studies RSC No. 2003/13, S. 5f, en cuyo eje central se hallan los derechos humanos y los principios democráticos.

²³ Heinen, A.: *Das "neue Europa" und das "alte Amerika"*. Die Geschichte der Todesstrafe in Deutschland, Frankreich und den USA und die Erfindung der zivilisatorischen Tradition Europas. En: Metzger, C., Kaelble, H. (ed.): *Deutschland - Frankreich - Nordamerika: Transfers, Imaginationen, Beziehungen*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2006, pp. 209-227, p. 225; Devienne, E.: *Comparing Exceptionalism in France and the USA. A Transatlantic Approach to the Death Penalty Abolition Debate (1972-1977)*. *European journal of American studies* [Online], 1 | 2010, document 1, Online since 29 January 2010, connection on 19 April 2011. URL : <http://ejas.revues.org/7745>

²⁴ *European Charter of Fundamental Rights Is Approved for Presentation to E.U. Heads of State.*, 1 *German Law Journal* (2000), available at <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=4>; Heyward, M.: *What Constitutes Europe?: Religion, Law and Identity in the Draft Constitution for the European Union*. *Hanse Law Review* 1(2005), pp. 227-235; al respecto, las encuestas en los países de la Unión Europea muestran que la religión como valor en Europa únicamente desempeña un papel subordinado, Eurobarometer 69, *Values of the Europeans*. Bruselas 2008, p. 22.

está la historia de la abolición de la pena de muerte en Europa, extraída de un intercambio de experiencias y lecciones comunes. Esas experiencias tienen que ver con los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX, en especial, con el número de muertos que muchos países sufrieron por causa del fascismo alemán. Esas experiencias encierran graves y negativos recuerdos²⁵ que, sin embargo, pueden desembocar en un “mito fundacional positivo”²⁶. La historia de la abolición de la pena de muerte en Europa y la historia de un especial énfasis en los derechos humanos describen y manifiestan la creación de una Europa orientada a la paz y asentada sobre los derechos fundamentales del hombre. Parte de esa historia son también el entendimiento secular del mundo y la desconfianza frente a la violencia estatal, simbolizada en la pena capital. Con motivo del primer “Día europeo contra la pena de muerte”, el secretario general del Consejo de Europa se pronunció, sin rodeos, en ese sentido. Así, señaló: “La abolición de la pena de muerte es la culminación de un avance en la defensa de la dignidad y de los derechos humanos. Y simboliza el progreso que se ha logrado bajo la forma de humanidad y civilización en Europa. También por esto, el día europeo contra la pena de muerte es el comienzo de un abordaje conjunto del Consejo de Europa y de la Unión Europea”²⁷.

3. La pena de muerte y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contiene aún una limitación al derecho a la vida ya que permite el ataque a la misma fundamentado en una sentencia dictada por un tribunal.

²⁵ Leggewie, C.: *A Tour of the Battleground: The Seven Circles of Pan-European Memory*. *social research* 75(2008), pp. 217-234, p. 219.

²⁶ Fassbender, B.: *The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations*. *The European Journal of International Law* 15(2004), pp. 857-884.

²⁷ Terry Davis, Secretary General of the Council of Europe, con motivo del primer “Día europeo contra la pena de muerte”, Lisboa, 9. Oktober 2007, www.coe.int/t/dc/press/news/20071009_disc_sg_EN.asp.

Hoy, sin embargo, dos Protocolos Adicionales a ese Convenio rechazan que la pena de muerte se pueda imponer y aplicar. Así, el Protocolo Adicional n.º. 6 del año 1982 prescribe la completa abolición de la pena capital en tiempos de paz. Y en 1982, la Asamblea General del Consejo de Europa recomendó la adopción del Protocolo Adicional n.º. 13, el cual prevé la abolición, también, en tiempos de guerra. El Protocolo Adicional n.º. 13 entró en vigor el 1 de julio de 2003 y simboliza el día en el que la pena de muerte se abolió en Europa en cualquier circunstancia. El Protocolo Adicional n.º. 13 no permite reservas, al igual que tampoco permite una derogación temporal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupó de la pena de muerte, por primera vez, en el caso Soering²⁸. Sin embargo, en esa sentencia no se pronunció sobre la compatibilidad de la pena de muerte con el derecho a la vida (art. 2) y no contestó a la pregunta de si la pena de muerte es en sí misma una pena cruel e inhumana. Más bien, la pregunta fue si y en qué medida las circunstancias de la ejecución, especialmente, los años de espera en el corredor de la muerte, son compatibles con el art. 3 del Convenio²⁹. En el caso Soering, el Tribunal declaró que el “síndrome del corredor de la muerte” (es decir, la larga espera de la muerte en las celdas del corredor) es un tratamiento cruel que infringe el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰. Se hace referencia, especialmente, a la larga duración de la estancia media en el corredor de la muerte en EE.UU. Así, el tiempo entre la condena y la ejecución en EE.UU. para los ejecutados en el año 2007 ascendió a 153 meses³¹, lo que parece corresponderse con la interpretación usual del concepto de crueldad, que se manifiesta especialmente en un aplazamiento de la muerte y en la causación de un considerable tormento físico y psíquico. Ya

²⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989, Serie A, Vol. 161.

²⁹ Cfr. también el fallo del Tribunal Constitucional sudafricano, *The State v. Makwanyane and Mchunu*, sentencia de 6 de junio de 1995, Case No CCT/3/94, en el que se declara que la pena de muerte es un ataque a la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes.

³⁰ Cfr. también Hermann, J.: *Gedanken zur Todesstrafe in Japan. Eine Antwort auf Nishihara*. En: Eser, A. (ed.): *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden 1998, pp. 401-418, p. 414.

³¹ <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/html/cp/2007/tables/cp07st11.cfm>

que no es posible un procedimiento abreviado para la ejecución de la pena de muerte debido a las exigencias del Estado de Derecho relacionadas con el sistema de recursos y el procedimiento de indulto, en la práctica está completamente descartado un proceso que se dirija a estancias cortas en los corredores de la muerte. Y con ello, a esa perspectiva no cruel de la ejecución de la pena de muerte³².

En la sentencia *Öcalan contra Turquía* del año 2003³³, la pregunta sustancial relativa a si la pena de muerte es en sí misma una infracción del derecho a la vida o si es una pena cruel e inhumana, no fue debatida. Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que esa pregunta no tendría que ser abordada (aunque sólo fuera porque Turquía había abolido ya la pena de muerte). El Tribunal señaló, sin embargo, que en la praxis de los Estados europeos podía interpretarse que la limitación del derecho a la vida a través de la pena de muerte contenida en el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ya había sido abandonada. Teniendo en cuenta la conmutación de la pena de muerte por una pena privativa de libertad perpetua y teniendo en cuenta la abolición de la pena de muerte en Turquía en tiempos de paz, el Tribunal se limitó a examinar la violación del art. 3 (trato inhumano) por la condena a muerte tras un procedimiento injusto. Se aceptó esta violación porque *Öcalan* se vio durante tres años bajo la amenaza de la ejecución.

4. Los discursos sobre la pena de muerte

4.1. *Derechos humanos y pena de muerte*

El discurso sobre los derechos humanos y la pena de muerte comienza en Europa con la Ilustración. En el centro del debate se hallan la dignidad del ser humano, el derecho a la vida, la prohibición

³² Vid. Jung, H.: *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Bern, Stuttgart, Wien 1992, p. 79.

³³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Öcalan v. Türkei*, de 12 de marzo de 2003, Application no. 46221/99; confirmada en apelación el 12 de mayo de 2005.

de las penas crueles e inhumanas y la prohibición del exceso. Así se señala en el Preámbulo del Protocolo Adicional n.º 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: “el derecho a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática y la abolición de la pena de muerte es un paso esencial para la protección de ese derecho y para el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano”. Con ello se establece una significativa conexión entre la dignidad humana y el derecho a la vida. De la misma manera, en el Segundo Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se destaca que la abolición de la pena de muerte fortalece esos derechos del hombre. Sin embargo, ni el Protocolo Adicional n.º 6 ni el Protocolo Adicional n.º 13 dan indicaciones explícitas de que la pena de muerte vulnera la dignidad humana o el derecho a la vida. Ambos Protocolos, en cambio, dejan entrever que con la abolición de la pena capital y la prohibición de su restablecimiento debe salir reforzado el derecho a la vida. Hasta el momento, sólo el Tribunal Constitucional húngaro ha dictaminado que la pena de muerte lesiona el derecho a la vida y la dignidad humana porque la pena de muerte interfiere en la esencia de esos derechos fundamentales³⁴. El Tribunal Supremo alemán señaló en el año 1995 que la sociedad debe procurar el alto valor del derecho a la vida a través de la renuncia a la pena capital³⁵. El Tribunal Constitucional alemán consideró, en relación con la pena privativa de libertad perpetua, que las penas estatales no deberían violar las condiciones fundamentales para la existencia individual y social del ser humano³⁶, y probablemente (también) desde la Constitución alemana se llega a la conclusión de una absoluta prohibición de la pena de muerte. La OCDE, por su parte, se refirió a la pena de muerte, en una Resolución en el año 2009 en la que se reclamaba una moratoria en Bielorrusia, como inhumana y como un acto de tortura³⁷. El Comité de Derechos Humanos declaró en la sentencia *Judge v. Canadá*

³⁴ Magyar Közlömy 1990 Nr. 107, p. 2175.

³⁵ BGHSt 41, pp. 317 y ss.

³⁶ BVerfGE 45, pp. 187 y ss.

³⁷ OSCE Parliamentary Assembly: Resolution on a Moratorium on the Death Penalty and Towards its Abolition. Adopted at the Eighteenth OSCE PA Annual Session in Vilnius, 29 de junio al 3 de julio de 2009.

que un Estado está obligado a abolir la pena de muerte dentro de un derecho incondicional a la vida y que ya no puede referirse a la limitación del art. 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸. Sin embargo, todavía existen voces que señalan que ni el derecho a la vida ni la dignidad del hombre exigirían una completa renuncia a la pena de muerte³⁹. Desde esta perspectiva se argumenta que la interpretación de la dignidad del hombre y de las penas conformes a ella depende de dinámicas sociales y culturales y, por lo tanto, depende de una evolución que en determinados momentos podría considerar justificada una reintroducción de la pena capital. Esto se corresponde, a la vez, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la dignidad del ser humano, en la cual ésta se trata como algo históricamente contingente y no como algo absoluto e unívoco⁴⁰.

Tribunales Constitucionales en otras partes del mundo se han expresado, en principio, de acuerdo con una excepción del Tribunal Constitucional de Sudáfrica⁴¹ sobre la pena de muerte⁴². Esto es así para Asia y Estados Unidos. Un particular argumento sobre la crueldad de la pena capital se ha desarrollado en Estados Unidos. El 13 de octubre de 2006 fue ejecutado en Florida el condenado a muerte por asesinato, Ángel Díaz⁴³. La ejecución duró 34 minutos, lo que sirvió para reprochar que Díaz había sido torturado hasta morir, dando finalmente lugar a una suspensión temporal de las

³⁸ Human Rights Committee: *Judge v. Canada*. Communication No. 829/1998, de 5 de agosto de 2002.

³⁹ Maunz/Dürig: *Grundgesetz Kommentar*, Rdnr. 31, Art. 102. Munich, 2009.

⁴⁰ BVerfGE 45, pp. 187 y ss.

⁴¹ Constitutional Court of the Republic of South Africa: *State v. Makwanyane and Mchunu*, sentencia de 8 de junio de 1995.

⁴² Cfr. *Indien Amnesty International India and People's Union for Civil Liberties (Tamil Nadu & Puducherry) May 2008 Lethal Lottery: The Death Penalty in India. A study of Supreme Court judgments in death penalty cases 1950-2006*; www.amnesty.org/en/library/asset/ASA20/007/2008/en/f8d94e73-16dc-11dd-89e2-354ccbafbe7/asa200072008eng.html; el 25 de febrero de 2010, el Tribunal Constitucional de Corea del Sur señaló que la pena de muerte es compatible con el derecho a la vida recogido en la constitución.

⁴³ [/www.amnesty.org/en/region/usa/report-2007](http://www.amnesty.org/en/region/usa/report-2007)

ejecuciones por inyección letal en Florida⁴⁴. En la sentencia de la Corte Suprema sobre la compatibilidad de las ejecuciones por inyección letal con la octava enmienda de la Constitución, que fue precedida de una breve moratoria, el debate encontró una conclusión (provisional)⁴⁵. La jurisprudencia de los Tribunales Supremos americanos sitúa la crueldad en relación con los límites señalados por los estándares civilizados, con el concepto de inhumano y con el tormento, así como con el criterio rector de la dignidad humana. En otro contexto (retirada de la nacionalidad y, por ello, la colocación en un estado de apátrida) habla la Corte Suprema de una pena “más primitiva que la tortura”, ya que trae consigo la completa destrucción del estatus social de una persona⁴⁶.

Precisamente, las disputas judiciales sobre la ejecución de la pena de muerte en EE.UU. ofrecen una buena oportunidad para debatir sobre la crueldad del Estado, así como sobre la prohibición de la crueldad. En esas disputas se exterioriza el problema de cómo, por un lado, puede extraerse “lo terrible de la pena de muerte”, mientras que de otro, se mantiene a través de la amenaza (intimidación) que transmite la pena de muerte⁴⁷. Con todo, la pregunta no se halla en relación con la pena de muerte sino con el núcleo de cada pena, que se fundamenta en la causación de dolor y sufrimiento; en la variante alemana de la causación de un mal con el cual la culpa es compensada y pagada⁴⁸. A este respecto, se mantiene todavía en la

⁴⁴ Vgl. hierzu zusammenfassend Supreme Court of Florida, No. SC06-2391, *Lightbourne vs. Bill Mccollum*, 1. November 2007; The Governor’s Commission on Administration of Lethal Injection: Final Report With Findings and Recommendations Presented to the Honorable Charlie Crist, Governor of Florida. 1 de marzo de 2007.

⁴⁵ Supreme Court of the United States, *Baze et al. v. Rees, Commissioner, Kentucky Department of Corrections, et al.*, certiorari to the Supreme Court of Kentucky, 16 de abril de 2008, No. 07-5439.

⁴⁶ U.S. Supreme Court, *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) 356 U.S. 86.

⁴⁷ Schabas, W.A.: *The Death Penalty as Cruel Punishment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World’s Courts*. Cambridge 1996, p. 11.

⁴⁸ Jescheck, H.-H., Weigend, T: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlín 1996, p. 13

pena estatal (cierta orientación a) la crueldad⁴⁹. Penas no crueles parecen, por consiguiente, si no imposibles⁵⁰, muy difíciles de lograr.

La prohibición de penas crueles se recoge en la octava enmienda de la Constitución estadounidense, que fue adoptada como reacción a las sanciones penales de los siglos XVII y XVIII, como manifestaron diversas sentencias de la Corte Suprema. Pero el origen histórico no debe impedir interpretar la prohibición con flexibilidad respecto de los correspondientes condicionamientos sociales y culturales⁵¹. La escala será la dignidad del ser humano y el punto de vista que se desprenda, en general, de la opinión pública. El método de la pena de muerte ha sido tematizado, en relación con la crueldad, desde diversas perspectivas. En una sentencia relativa a la constitucionalidad de la "silla eléctrica", la Corte Suprema sostuvo que la pena es cruel si supone tortura o una muerte ralentizada, algo que "sobrepase la mera extinción de la vida"⁵². En ese caso hubo un condenado respecto del cual, un primer intento de electrocución no tuvo éxito y en el que (también) se argumentó que una repetición de la ejecución sería calificada como cruel. En la sentencia, que interpretó que la ejecución en la silla eléctrica no es una pena prohibida por la octava enmienda, se resaltó que el hecho imprevisible, que condujo a la suspensión del intento de ejecución, no añade a la posterior ejecución ningún elemento de crueldad, ya que ahí no hay intención de causar dolores innecesarios o tormentos. La crueldad, contra la que nos protege la Constitución es una crueldad que radica en el método de la ejecución (y está diseñado para causar dolor), y no es el sufrimiento necesariamente ligado a cada ejecución. Posteriormente, la controversia jurídica se desplazó a la pregunta sobre la previsibilidad y evitabilidad del riesgo de infligir dolores considerables con la ejecución a través de la inyección letal⁵³. Esta controversia tiene que

⁴⁹ Flanders, C.: Shame and the Meaning of Punishment. *Cleveland State Law Review* 55(2007), pp. 1-27.

⁵⁰ Flanders, C.: a. a. O., 2007, p. 4.

⁵¹ *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. 130 (1879); *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 373 (1910); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

⁵² *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890), S. 447; *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L.Ed.2d 859 (1976).

⁵³ *Hill v. McDonough*, 126 S. Ct. 2096 (2006).

ver con el uso de tres recursos intravenosos consecutivos: primero, tiopental, que actúa como somnífero y analgésico que insensibiliza contra el dolor; luego, bromuro de potasio, que causa parálisis muscular y asfixia a través de una parada de las funciones pulmonares; y después, cloruro de potasio, que conduce en las dosis administradas a un paro cardíaco. Tanto el bromuro de potasio como el cloruro de potasio, sin el anterior suministro de tiopental —este no es objeto de controversia—, estarían vinculados con padecimientos considerables, así como con la muerte por asfixia, estando el sujeto plenamente consciente. Especial importancia cobra aquí la cuestión de si el previsible riesgo de padecer dolores innecesarios existe porque ningún médico suministra los preparados y, por lo tanto, deviene un mayor riesgo de una aplicación no efectiva del tiopental, y de si el protocolo de ejecución debería prever un examen sobre la efectividad de los analgésicos. La ejecución antes mencionada de Ángel Díaz desató la sospecha de una aplicación ineficaz del tiopental, ya que aparentemente se inyectó subcutáneamente a causa de un error del personal. De hecho, se modificó en consecuencia el protocolo de ejecución en Florida y se introdujo la obligación de comprobar inmediatamente después de la inyección del analgésico que efectivamente se ha causado la inconsciencia. En las discusiones judiciales se consideró si y en qué medida el personal con formación médica debe estar involucrado en las ejecuciones para evitar homicidios (cruels) inconstitucionales y qué consecuencias deben desprenderse de la postura de la Asociación Americana de Médicos y Enfermeros, en principio, reacia a tomar parte en las mismas⁵⁴, y si la pregunta sobre el riesgo de causación (no intencionada) de padecimientos debería ser, en todo caso, relevante para la constatación de la crueldad⁵⁵.

⁵⁴ Detalladamente, Denno, D. W.: *The Lethal Injection Quandary: How Medicine Has Dismantled the Death Penalty*. *Fordham Law Review* 76(2007), S. 49-128; cfr. la sentencia de la 9. Circuit Court, *Morales v. Hickman*, 438 F. 3d 926, 931 (2006), que condujo a que en California no se hayan realizado hasta el momento más ejecuciones después de dos anestesistas se negaran a comprobaran la inconsciencia del sujeto tras el suministro de Tiopental.

⁵⁵ Cfr. a tal efecto las diversas opiniones discrepantes en la sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU., *Baze et al. v. Rees, Commissioner, Kentucky De-*

La respuesta al interrogante de en qué medida la ejecución de la pena de muerte es cruel, se refiere en EE.UU. a los métodos de ejecución y a si ciertos protocolos de ejecución implican un riesgo, conscientemente tolerado y evitable, de padecimientos (prolongados) y una (apreciable) muerte ralentizada. Pronunciamientos similares se constatan en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para aceptar la crueldad se requiere, a veces, un elemento subjetivo de la intención (causación de dolores o sufrimiento)⁵⁶. No obstante, el Tribunal, en el asunto Soering, se fundamentó en un análisis objetivo de las condiciones de vida en el corredor de la muerte⁵⁷. Aquí, el Tribunal consideró sin importancia el argumento de que las dilaciones habrían sido producidas por los propios condenados, ya que habida cuenta de la inminente muerte, cualquier hombre utilizaría todos los medios aptos para dilatar la llegada de la muerte. La larga espera para la ejecución se ha discutido también en relación con los mecanismos de recursos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en las sentencias del "Privy Council" (Judicial Committee, Corte Suprema para los países de la Common Wealth, en particular, del Caribe)⁵⁸.

Común a los debates jurídicos en Norteamérica y Europa es que la pena de muerte no se discute bajo el planteamiento de la lesión del derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) o de la dignidad humana. Más bien, es la crueldad en la ejecución la que domina hasta el momento el argumento de los derechos humanos en relación con la pena de muerte⁵⁹.

partment of Corrections, et al., certiorari to the Supreme Court of Kentucky, 16 de abril de 2008, No. 07-5439.

⁵⁶ Schabas, W.A.: *The Death Penalty as cruel Punishment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World's Courts*. Cambridge 1996.

⁵⁷ Soering v. The United Kingdom, Application No. 14038/88; cfr. a tal efecto también Hudson, P.: *Does the Death Row Phenomenon Violate a Prisoner's Human Rights under International Law?* *European Journal of International Law* 11(2000), S. 833-856.

⁵⁸ A tal efecto, Hood, R., Hoyle, C.: *The Death Penalty*. Oxford 2008.

⁵⁹ Nowak, U.N. *Covenant on Civil and Political Rights*. 2. Aufl., Kehl 2005, p. 142.

Así, la pena de muerte se cuestiona por ser una intervención estatal desproporcionada en los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad somete a la intervención estatal a un test de tres etapas: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad. En este contexto, las penas estatales persiguen los objetivos de proteger bienes jurídicos o intereses fundamentales. En principio, no puede ponerse en duda la adecuación de la pena de muerte para la proteger la vida. La necesidad, por el contrario, no es tan evidente, ya que la pena privativa de libertad perpetua conduce igualmente a la prevención de futuros ataques a la vida por parte de la persona condenada.

4.2. Medición de la pena, discrecionalidad y amenaza penal absoluta

Un segundo argumento se refiere a la medición de la pena y a la cuestión de para qué delitos y autores debe considerarse la pena capital adecuada a su culpa. La muerte representa una pena absoluta e irrevocable, por esta razón, la pena de muerte trae consigo el problema de para qué delitos debe preverse tal pena absoluta. En este sentido, la dificultad radica en identificar aquellos delitos que muestran un grado de severidad tal que todos los otros puntos de vista en la determinación de la culpabilidad del autor deben pasar a un segundo plano. En la historia de la política de la pena capital en Europa, este problema se manifestó ya en el siglo XIX, cuando se implanta una restricción de la pena de muerte a los delitos dolosos de homicidio especialmente cualificados⁶⁰. En los estándares mínimos de la ONU se expresa que la pena de muerte debe ceñirse a los delitos más graves (delitos dolosos con resultado de muerte u otros resultados igualmente graves)⁶¹. Sin embargo, en la legislación de los países que prevén y aplican la pena de muerte, abundan siempre la discrecionalidad y los márgenes de maniobra a la hora de valorar.

⁶⁰ Mikhlin, A.S.: *The Death Penalty in Russia*. La Haya, Londres, Boston 1999.

⁶¹ Economic and Social Council; Safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty. 1984/50.

El control de la discrecionalidad en el manejo de la pena de muerte a través de los tribunales centra gran atención en Estados Unidos, en donde se trata también, de la previsibilidad de la pena así como de su ejecución y, sobre todo, de la discriminación de minorías y grupos marginales de la sociedad⁶². Pero en los estudios sobre la aplicación de la pena de muerte se demuestra una y otra vez que ésta sólo se aplica a un pequeño grupo de delitos para los cuales está, en principio, prevista. Así, desde EE.UU. se informa que sólo entre un 6 y un 15% de los acusados a los que en principio se les podría haber condenado a muerte, son realmente condenados a esa pena⁶³. Echando una mirada a la ejecución de los sentenciados a muerte, hay una por cada cien casos observados en los que la pena de muerte habría podido ser impuesta⁶⁴. Con todo, existen algunos Estados en EE.UU., entre aquéllos en los que la pena de muerte está prevista y se impone, en los que la relación entre la cifra de condenas a muerte y ejecuciones es extremadamente diferente. Así, en Virginia, entre 1977 y 2007 fueron dictadas 148 sentencias de muerte, de las que 98 fueron ejecutadas (0,66% de ejecuciones por cada condena); en Pennsylvania, sin embargo, la proporción es de 0,009 (345 sentencias a muerte y 3 ejecuciones)⁶⁵. La ejecución de una condena a muerte en EE.UU. depende del azar o de la arbitrariedad, no observándose una sistemática selección a través del criterio del “crimen más grave”⁶⁶. Información similar existe sobre Rusia. Allí, en el año 1996, en el 3% de los casos de asesinato agravado, para el cual se puede imponer la pena capital, se condenó efectivamente a muerte⁶⁷. Cabe

⁶² Jacobs, D., Qian, Z.: Who Survives on Death Row? An Individual and Contextual Analysis. *American Sociological Review* 72(2007), pp. 610-632.

⁶³ Baldus, D.C., Woodworth, G., Pulaski, Ch.R.: *Equal Justice and the Death Penalty*. Boston 1990, pp. 235-237.

⁶⁴ Cfr. Nakell, B., Kenneth, A.H.: *The Arbitrariness of the Death Penalty*. Philadelphia 1987; Baldus, D.C., Woodworth, G., Pulaski, C.A.: *Arbitrariness and Discrimination in the Administration of the Death Penalty: A Challenge to State Supreme Courts*. *Stetson Law Review* 1986, pp. 133-261.

⁶⁵ www.deathpenaltyinfo.org/executions-death-sentence

⁶⁶ Karamouzis, S.T., Harper, D.W.: *An Artificial Intelligence System Suggests Arbitrariness of Death Penalty*. *International Journal of Law and Information Technology* 16(2007), p. 1-7.

⁶⁷ Mikhlin, A.S.: *The Death Penalty in Russia*. The Hague, London, Boston 1999, p. 67.

advertir aquí sobre las disparidades regionales en la aplicación de la pena capital⁶⁸, sobre la concentración en los estratos sociales más bajos, así como sobre su dependencia del acceso a una defensa penal efectiva⁶⁹. Especial importancia reviste (también en relación con la cuestión del efecto intimidatoria de la pena de muerte) la revelación de que la tasa de mortalidad en el corredor de la muerte en EE.UU. es sólo unas dos veces mayor que la tasa de mortalidad en los hombres estadounidenses atribuible de manera conjunta a violencia y accidentes. Además, es de suponer que la tasa de mortalidad en el corredor de la muerte es aún más baja que la tasa de mortalidad en los delincuentes más violentos que están en libertad (especialmente, en personas que se mueven en los violentos mercados de la droga) y que no se encuentran en el corredor de la muerte⁷⁰.

4.3. Error judicial y pena de muerte

Últimamente vuelve a cobrar importancia el argumento relativo a los errores judiciales y con ello, el riesgo de la ejecución de inocentes⁷¹, lo que puede ser atribuido, en parte, al rápido desarrollo y al potencial de las pruebas de ADN⁷². También en Europa se ha dedicado gran atención, desde la Ilustración, al problema de la ejecución de penas de muerte con ocasión de sentencias erróneas⁷³.

⁶⁸ Cfr. Amnesty International: Volksrepublik China. Bonn 1996, p. 135.

⁶⁹ Bright, St. B.: Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. The Yale Law Journal 103(1994), pp. 1835-1883; Dieter, R.C.: With Justice for Few: The Growing Crisis in Death Penalty Representation. Death Penalty Information Center. Washington, October 1995; American Bar Association: Gideon's Broken Promise: American's Continuing Quest for Equal Justice. A report on the American Bar Association's Hearing on the Right to Counsel in Criminal Proceedings, 2004.

⁷⁰ Katz, L., Levitt, S.D., Shustorovich, E.: Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence. American Law & Economics Review 5(2003), pp. 318-343.

⁷¹ Unnever, J.D., Cullen, F.T.: Executing the Innocent and Support for Capital Punishment: Implications for Public Policy. Criminology and Public Policy 4(2005), pp. 3-38

⁷² Dieter, R.C.: A Crisis of Confidence: Americans' Doubts About the Death Penalty. A Death Penalty Information Center Report, Washington 2007, p. 3 y ss.

⁷³ Bedau, H.A.: Bentham's Utilitarian Critique of the Death Penalty. The Journal of Criminal Law and Criminology 74(1973), pp. 1033-1065, p. 1052 y ss.

Especialmente en los debates parlamentarios sobre la abolición de la pena capital en Inglaterra, el problema de la ejecución de inocentes ocupó un lugar prominente⁷⁴. Las causas de las sentencias erróneas son múltiples. Así, desempeñan un importante rol las confesiones falsas, los testimonios inexactos o la manipulación de los medios probatorios por parte de las autoridades encargadas de la persecución penal⁷⁵. Recientes investigaciones en EE.UU. destacan el particular problema de las sentencias erróneas. Entre 1977 y 1996 se registraron 5154 entradas en el corredor de la muerte. De ese grupo, 358 fueron ejecutadas⁷⁶. Entre 1977 y 1997 sin embargo, 75 condenados a muerte fueron excarcelados (después de hasta diez años de espera en el corredor de la muerte), porque se pudieron introducir nuevos medios de prueba al reanudarse el proceso que, si bien no demostraban la inocencia, sembraban dudas razonables sobre la culpabilidad⁷⁷. Por lo tanto, de cada aproximadamente cincuenta personas sentenciadas a muerte, hay seguro una que ha sido condenada injustamente.

4.4. Prevención general, intimidación y pena de muerte

El efecto intimidatorio de la pena de muerte ha sido especialmente estudiado en EE.UU. en multitud de investigaciones⁷⁸. En ese contexto, también fueron (y son) analizadas otras suposiciones relativas a los efectos de la pena de muerte, como por ejemplo, la “hipótesis del embrutecimiento” (ejecuciones que conducen a un

⁷⁴ Tuttle, E.A.: *The crusade against capital punishment in Great Britain*. Chicago 1961. Al respecto, finalmente en el año 2003, después de una revisión de testimonios que la policía había omitido, se anuló una sentencia a muerte del año 1950 en virtud de la cual un hombre fue ejecutado en Liverpool. news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/merseyside/2978838.stm.

⁷⁵ Bedau, H.A., Radelet, M.L.: *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*. *Stanford Law Review* 40(1987), pp. 21-179, pp. 56 y ss.

⁷⁶ Bureau of Justice Statistics: *Bulletin. Capital Punishment 1996*. Washington 1997, pp.1-2.

⁷⁷ USA Today, Friday 13rd November 1998, p. 14A.

⁷⁸ Detalladamente, Albrecht, H.-J.: *Generalprävention*. En: Kaiser, G. et al. (eds.): *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. 3. Aufl., Heidelberg 1993, pp. 157-164.

aumento de los delitos de homicidio)⁷⁹, la dependencia del efecto de la dimensión de la cobertura de los medios de comunicación⁸⁰ o los efectos de desplazamiento (ejecuciones dirigidas a reducir en el corto plazo los delitos de homicidio, que vuelven al alza en pocos días o semanas)⁸¹. Inicialmente, se situaban en primer plano las comparaciones entre países sin pena de muerte y con pena de muerte, de donde los criminólogos extraían la conclusión, ampliamente compartida, de que respecto a los delitos de homicidio no se vislumbraban diferencias si el delito era amenazado con la pena de muerte o no⁸². En los años setenta aparecieron estudios particularmente influyentes basados en el análisis econométrico de series temporales de datos sobre la imposición y la ejecución de la pena de muerte y los delitos de homicidio. Ehrlich, economista estadounidense, llegó a la conclusión en un estudio sobre los delitos de homicidio y las ejecuciones entre 1933 y 1969 de que con una ejecución se podrían haber evitado de siete a ocho delitos de homicidio⁸³. Revisiones de los datos examinados por Ehrlich llegaron, sin embargo, a la conclusión de que la fuerte relación reseñada por Ehrlich desaparece si se extraen de esa línea temporal los últimos cinco años (en los que hubo un fuerte aumento de los homicidios dolosos pese a la reducción drástica de las ejecuciones (justo antes del comienzo de la moratoria

⁷⁹ Bowers, W. J.: The effect of executions is brutalization, not deterrence. En: Haas, K.C., Inciardi, J.A. (eds.): *Capital punishment: Legal and social science approaches*. Newbury Park 1988, pp. 49-89; Bailey, W.C.: *Deterrence, Brutalization, and the Death Penalty: Another Examination of Oklahoma's Return to Capital Punishment*. *Criminology* 36(1998), pp. 711-736; Shepherd, J.M.: *Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment's Differing Impacts Among States*. *Michigan Law Review* 104(2005), S.:203-255.

⁸⁰ Phillips, D. D. (1980). The deterrent effect of capital punishment: New evidence on an old controversy. *American Journal of Sociology* 86(1980), pp. 139-148.

⁸¹ McFarland, S. G.: Is capital punishment a short-term deterrent to homicide? A study of the effects of four recent American executions. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 74(1983), pp. 1014-1030.

⁸² Sellin, T.: *Capital punishment*. New York 1967, p. 138; Detalladamente, Hood, R.: *The Death Penalty. A World-Wide Perspective*. Oxford 1996, pp. 180-212.

⁸³ Ehrlich, I.: The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *American Economic Review* 65(1975), pp. 397-417; Ehrlich, I.: *Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence*. *Journal of Political Economy* 85(1977), pp. 74-88.

alcanzada entre 1968 y 1972)⁸⁴. Con todo, los análisis econométricos ponen de manifiesto, hasta el momento, resultados bien diversos⁸⁵. Así se observa en un estudio del período comprendido entre 1977 y 1997, en el que se señala que con una ejecución se evitarían cinco homicidios, y que una conmutación de una condena a muerte por una pena privativa de libertad iba acompañada de cinco homicidios adicionales⁸⁶. Otro estudio llega a la conclusión de que con una ejecución podrían ser evitados hasta dieciocho delitos de homicidio⁸⁷. El estudio más reciente de este tipo, en Texas, también llegó a la conclusión del efecto disuasorio de la pena de muerte⁸⁸. En un estudio conjunto sobre los efectos disuasorios y aseguradores de las penas, realizado en 1978 por la Academia Nacional Americana de Ciencias⁸⁹, se advirtió, sin embargo, de una serie de carencias en el efecto economista⁹⁰ que no han sido subsanadas hasta el momento.

⁸⁴ Bowers, W. J., Pierce, G.: The illusion of deterrence in Isaac Ehrlich's research on capital punishment. *Yale Law Journal*, 85(1975), pp. 187-208; Yunker, J.: Is the death penalty a deterrent to homicide? Some time series evidence. *Journal of Behavioral Economics*, 5(1976), pp. 1-32.

⁸⁵ Detalladamente, Weisberg, R.: The Death Penalty Meets Social Science: Deterrence and Jury Behavior Under New Scrutiny. *Annual Review of Law and Social Sciences* 1(2005), pp. 151-70.

⁸⁶ Mocan, H.N., Gittings, R.K.: Getting Off Death Row: Commuted Sentences and the Deterrent Effect of Capital Punishment. *Journal of Law and Economics* 46(2003), pp. 453-478, p. 453.

⁸⁷ Dezhbakhsh, H., Rubin, P.H., Shepherd, J.M.: Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data. *American Law and Economics* 5(2003); pp. 344-376, p. 344.

⁸⁸ Land, K.C., Teske, R.C., Zheng, H.: The Short-Term Effects of Executions on Homicides: Deterrence, Displacement, Or Both? *Criminology* 47(2009), pp. 1009-1043, advirtiendo que por cada ejecución en Texas se evitarían hasta 2,5 delitos de homicidio. Sin embargo, se observa un cambio temporal, siendo que después de 12 meses se evitarían sólo 0,5 delitos de homicidio por cada ejecución.

⁸⁹ Blumstein, A. u. a.: Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates. National Academy of Sciences, Washington 1978.

⁹⁰ Klein, L.R. u. a.: The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Assessment of the Estimates. En: Blumstein, A. u. a. (ed.): Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates. Washington 1978, pp. 336-60.

La falta de valor informativo en este enfoque se atribuye al escaso número de casos de condenas a muerte y ejecuciones, así como a las distribuciones extremas, que están condicionadas por el hecho de que se centran en las reanudaciones de las ejecuciones en 1977 en Texas y en algunos otros pocos Estados de EE.UU.⁹¹. Además, no se han incluido esos condicionantes que podrían explicar la evolución de los delitos de homicidio, y falta, sobre todo, el registro de los eventuales efectos disuasorios de la pena privativa de libertad perpetua sin posibilidad de excarcelación⁹².

Sin embargo, los estudios económicos mencionados han dado como resultado una relación eficaz entre las ejecuciones y la salvación de vidas humanas, especialmente en los medios de comunicación, la política y la opinión pública. Aquéllos fueron objeto de debates parlamentarios en relación con la reintroducción de la pena de muerte⁹³. Los debates resultantes se asemejan a los argumentos que se han desarrollado en los últimos años en relación con la llamada "tortura de salvamento" y el derribo de aviones, cuyo uso como bomba debe evitarse⁹⁴. La intimidación y la consiguiente preven-

⁹¹ Donohue, J.J., Wolfers, J.: *The Death Penalty: No Evidence for Deterrence*. The Berkeley Electronic Press, April 2006, pp. 1-6.

⁹² Fagan, J.: *Death and Deterrence Redux: Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment*. *Ohio State Journal of Criminal Law* 4(2006), pp. 255-320, pp. 269 y ss.

⁹³ Fagan, J.: *Deterrence and the Death Penalty: A Critical Review of New Evidence*. Testimony to the New York State Assembly Standing Committee on Codes, Assembly Standing Committee on Judiciary and Assembly Standing Committee on Correction. Hearings on the Future of Capital Punishment in the State of New York, 21 de enero de 2005; Fagan, J.: *Public Policy Choices on Deterrence and the Death Penalty: A Critical Review of New Evidence*. Testimony before the Joint Committee on the Judiciary of the Massachusetts Legislature on House Bill 3834, "An Act Reinstating Capital Punishment in the Commonwealth", 14 de Julio de 2005; Rubin, P.H.: *Statistical Evidence on Capital Punishment and the Deterrence of Homicide*. Written Testimony for the Senate Judiciary Committee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights Atlanta, 1 de febrero de 2006; Muhlhausen, D.: *The Death Penalty Deters Crime and Saves Lives*. Testimony delivered on June 27, 2007, before the Subcommittee on the Constitution, Civil Rights, and Property Rights of the Committee on the Judiciary of the United States Senate.

⁹⁴ Bowden, M.: *The Dark Art of Interrogation*. *The Atlantic Monthly*, octubre de 2003; Brugger, W.: *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?* *Der Staat* 35(1996),

ción de delitos de homicidio deben ser ponderadas en relación con el homicidio de los autores culpables⁹⁵, al igual que debe sopesarse la información obtenida bajo presión a través de la tortura a un sospecho de un delito contra la vida de una víctima de secuestro o la amenaza de miles de personas a través de armas de destrucción masiva. Un argumento utilitarista se cubre bajo un manto de moralidad, y esa moral ensalza el asesinato de un hombre como un deber del Estado en el caso de que la omisión de ese asesinato significara la muerte de inocentes. Por supuesto que el desarme no es, la simple ponderación entre tortura y vida, o entre una sola vida y la vida de muchos (inocentes). El desarme es, sobre todo, la manipulación mediante la investigación empírica subyacente, los datos y las incertidumbres que ello conlleva. Después de todo, trata de la declaración de los fundamentos de los instrumentos estadísticos, y un modelo de disciplina que no está en condiciones de predecir la cotización de dólar americano; no parece estar en condiciones de pronosticar que una sola ejecución podría evitar cinco, siete o dieciocho asesinatos en un año, y es que con base en los mismos datos también podría predecirse que la no ejecución de condenados en aquellos Estados en los que la pena de muerte no está prevista para asesinatos, podría evitar el mismo número de asesinatos⁹⁶. También en relación con otro tema sensible, el derecho a poseer y portar armas de fuego, se pueden observar controversias similares⁹⁷.

pp. 67-97; Jahn, M.: Gute Folter —Schlechte Folter? Straf-, verfassungs- und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff "Folter" im Spannungsfeld von Prävention und Repression. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 87(2004), pp. 24-49; Kreuzer, A.: Zur Not ein bisschen Folter? Diskussion um Ausnahmen vom absoluten Folterverbot anlässlich polizeilicher "Rettungsfolter". En: Nitschke, P. (ed.): *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat? Eine Verortung*. Bochum 2005, pp. 35-49.

⁹⁵ Sunstein, C.R., Vermeule, A.: Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs. *Stanford Law Review* 58(2005), pp. 703-750.

⁹⁶ Males, M.: *Death Penalty and Deterrence: The Last Word*. Center on Juvenile and Criminal Justice, abril de 2008, www.cjcrj.org.

⁹⁷ Bronars, S.G., Lott, J.R.: Criminal Deterrence, Geographic Spillovers, and the Right to Carry Concealed Handguns. *The American Economic Review* 88(1998), pp. 475-479; Dezhbakhsh, H., Rubin, P.H.: Lives Saved or Lives Lost?

Los debates sobre el efecto de disuasorio de la pena de muerte, desde consideraciones de plausibilidad intuitiva que predominaron en las investigaciones de Sellin y otros⁹⁸, han pasado por alto problemas detallados de las matemáticas, así como la especificación de modelos y su comprobación estadística. Precisamente, la plausibilidad intuitiva que se desprende de las comparaciones muestra aún que en los EE.UU. es poco convincente en tanto que, en la práctica, el efecto disuasorio de la pena de muerte todavía aguarda, pues la probabilidad de ejecutar a los ocupantes del corredor de la muerte es —como se indicó anteriormente— sólo dos veces mayor que la probabilidad que tienen de morir los hombres fuera de la cárcel en accidentes o por violencia. Las tasas de mortalidad son claramente elevadas y, muy probablemente, mayores en miembros de bandas de delincuentes o en los mercados callejeros de la droga que en los ocupantes de corredores de la muerte⁹⁹.

La carga probatoria de un efecto disuasorio de la pena de muerte compete al Estado que introduce la pena de muerte o la mantiene¹⁰⁰. Si bien, no es de esperar que los debates sobre los efectos disuasorios de la pena de muerte puedan ser cerrados en un futuro cercano (o lejano). No se puede señalar de manera plausible que el efecto disuasorio pueda ser demostrado reamente de forma convincente¹⁰¹. En este sentido, no puede deducirse de argumentos de prevención general ningún fundamento viable para la pena de muerte.

The Effects of Concealed-Handgun Laws on Crime. *The American Economic Review* 88(1998), pp. 468-474.

⁹⁸ Sellin, T.: *The death penalty*. Philadelphia 1959.

⁹⁹ Katz, L., Levitt, S.D., Shustorovich, E.: *Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence*. *American Law and Economics Review* 5(2003), pp. 318-343, pp. 319 y ss.

¹⁰⁰ Grahl-Madsen, A.: *The Death Penalty. The Moral, Ethical, and Human Rights Dimensions: The Human Rights Perspective*. *Revue Internationale de Droit Penal. La Peine de Mort. The Death Penalty. Travaux de la Conférence Internationale tenue à l' Institut Supérieur International de Sciences Criminelles Syracuse-Italie*. 17 au 22 mai 1988. 58(1987), pp. 567-582, p. 579.

¹⁰¹ Cfr. aquí también Chan, J., Oxley, D.: *The deterrent effect of capital punishment: A review of the research evidence*. *Crime and Justice Bulletin. Contemporary Issues in Crime and Justice*. NSW Bureau of Crime Statistics and Research, octubre 2004.

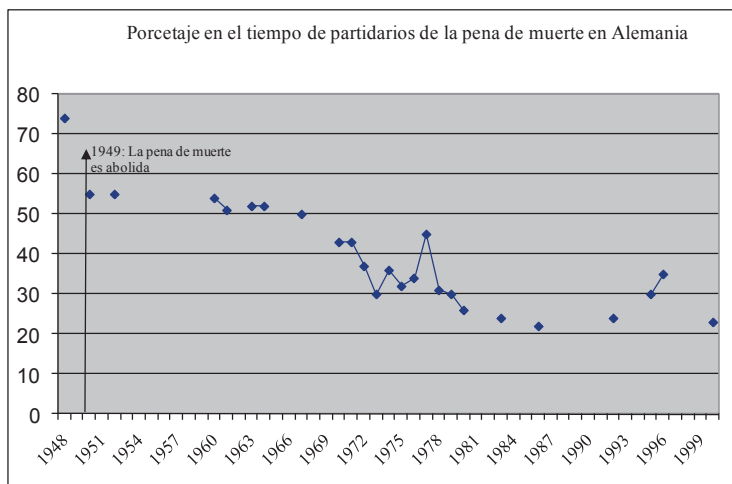
4.5. Opinión pública y pena de muerte

La mencionada reacción de rechazo en el Parlamento de Mongolia ante el anuncio de su presidente de abolir la pena capital trae su causa, muy probablemente, en el hecho de que la población apoya mayoritariamente la pena de muerte. La opinión pública es también un recurso al que se suele acudir en otros países para el mantenimiento de esta pena¹⁰². El fundamentación se asienta sobre la prevención general positiva y, con ello, sobre la idea de que la opinión pública debe ser tenida en cuenta para la conservación de la confianza en la ley por parte de los ciudadanos y para el mantenimiento de la confianza en el Derecho penal y en la justicia penal. En este contexto se pueden plantear diversas cuestiones. En primer lugar, las diferentes opiniones sobre la pena de muerte dependen de una multitud de condicionantes aparentemente no estables. Así, es sabido, por diversos estudios empíricos, que el apoyo a la pena de muerte decrece cuando la alternativa que se ofrece es la “pena privativa de libertad perpetua sin posibilidad de excarcelación”¹⁰³. Por otro lado, aumenta la aprobación de la pena de muerte cuando la pregunta se plantea en relación con el asesinato y no en abstracto. Las opiniones en contra de la pena de muerte se relacionan, en todo caso, con la formación escolar, ya que con una formación escolar mayor desciende el porcentaje de partidarios de la pena de muerte. Por otra parte, el apoyo a la pena de muerte está expuesto a cambios en el tiempo. Así, en Alemania (como en otros países europeos) se puede observar que la pena de muerte, después de su abolición

¹⁰² Cfr., por ejemplo, para China Hu Yun Teng: On the Death Penalty at the Turning of the Century. En: Nowak, M., Xin, C. (eds.): EU-China Human Rights Dialogue. Proceedings of the Second EU-China Legal Expert Seminar held in Beijing on 19 and 20 October 1998. Viena 2000, pp. 88-94, p. 93; Schabas, W.A.: Public opinion and the death penalty. En: Hodgkinson, P. (ed.): Capital Punishment. Strategies for Abolition. Cambridge 2004, pp. 309-331.

¹⁰³ Cfr. aquí para EE.UU. Richard C. D.: Sentencing for Life: Americans Embrace Alternatives to the Death Penalty. Death Penalty Information Center. Washington, Abril 1993; Death Penalty Information Center: The Death Penalty in 2010. Year End Report. Washington, Dezember 2010, S. 1; para China *vid.* Oberwittler, D., Shenghui, Qi: Public Opinion on the Death Penalty in China. Friburgo 2009, p. 15.

en 1949 y durante un largo período de tiempo, pierde adeptos¹⁰⁴. En 1949, momento en el que se suprimió la pena de muerte tras la entrada en vigor de la Ley Fundamental, todavía una mayoría de la población alemana se pronunciaba a favor de la pena de muerte; cincuenta años después, lo hace sólo el 23%. El cambio en la opinión pública (la mayoría rechaza la pena de muerte) tiene lugar a finales de los años sesenta¹⁰⁵ y probablemente esté relacionado con los significativos cambios sociales y políticos en ese período. Es durante ese período cuando aparece una clara mayoría en contra de la pena capital y, con ello, una conformidad básica con las modificaciones introducidas por el legislador. También en Rusia se aprecian esos cambios en la opinión pública. De acuerdo con una encuesta del *Yury Levada Analytical Center*, hoy en día, el 37% de la población considera que se debería volver a introducir la pena de muerte; en el año 2000 era el 54%¹⁰⁶.



Fuente: www.ifd-allensbach.de/news/prd_0214.html

¹⁰⁴ Reuband, K.-H.: Sanktionsverlangen im Wandel. Die Einstellung zur Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland seit 1950. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 32(1980), pp. 535-558.

¹⁰⁵ Reuband, K.-H.: a. a. O., 1980, p. 342.

¹⁰⁶ www.angus-reid.com/polls/view/fewer_russians_would_restore_death_penalty/

Desde una perspectiva político-criminal cabe plantearse, finalmente, la pregunta de si la opinión pública debe jugar un papel decisivo para el legislador, en tanto en cuanto, las penas, en relación con su eficacia preventivo-general, necesitan del apoyo de la sociedad, ya que sin su aceptación pública, la legitimidad de la pena se ve amenazada. Y es que surgen fronteras entre los derechos humanos no disponibles por un lado, y la intermediación de los Parlamentos por otro. En todo caso, en las diversas formas de la democracia representativa, los partidos políticos también desempeñan la función de hacer de guía de la opinión pública y de definir la agenda política. Las advertencias acerca de que la opinión pública contra la pena de muerte es inconsistente por ser propensa en el corto plazo a fluctuaciones y por ser, en gran medida, cambiante¹⁰⁷, subrayan la importancia de las élites políticas en la formación de la opinión pública y en el proceso de abolición de la pena capital¹⁰⁸. Los estudios demuestran, desde hace tiempo, que un público informado y al que se le ofrecen diversas alternativas, expresa una opinión diferente que frente a la simple pregunta de “¿está usted a favor o en contra de la pena de muerte?”. Así, ofreciéndose las siguientes opciones: “pena de muerte”, “pena privativa de libertad perpetua sin posibilidad de excarcelación con una compensación adicional”, “pena privativa de libertad perpetua sin posibilidad de excarcelación” y “pena privativa de libertad con posibilidad de excarcelación”, en EE.UU., sólo el 33% se decide por la pena de muerte¹⁰⁹, mientras que son casi dos tercios los que se declaran a favor si la pregunta formulada es simplemente “¿a favor o en contra?”¹¹⁰. La

¹⁰⁷ Zimring, F.E., Hawkins, G.: *The Path Toward the Abolition of Capital Punishment in the Industrial West*. Grahl-Madsen, A.: *The Death Penalty. The Moral, Ethical, and Human Rights Dimensions: The Human Rights Perspective*. *Revue Internationale de Droit Penal. La Peine de Mort. The Death Penalty. Travaux de la Conférence Internationale tenue à l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles Syracuse-Italie*. 17 au 22 mai 1988. 58(1987), pp. 669-688, p. 680.

¹⁰⁸ Zimring, F., Hawkins, G.: *Capital Punishment and the American Agenda*. Cambridge 1986; Kelley, J., Braithwaite, J.: *Public Opinion and the Death Penalty in Australia*. *Justice Quarterly* 7(1990), pp. 529-563.

¹⁰⁹ *Death Penalty Information Center: The Death Penalty 2010. Year End Report*. Washington 2010, p. 1.

¹¹⁰ Gallup, *In U.S., 64% Support Death Penalty in Cases of Murder*, 8. Noviembre 2010.

abolición de la pena de muerte —incluso en vista del sustento de la opinión pública— no ha perjudicado hasta ahora, a largo plazo, ni a las élites políticas ni a los partidos políticos. Más bien, la élite política puede asumir un papel de guía ya que en períodos más largos, la opinión pública puede variar y se amoldará a las decisiones políticas sobre la abolición fáctica o formal de la pena de muerte¹¹¹. Esto se corresponde con el estado de la investigación sobre las relaciones entre política-criminal y opinión pública ya que son los estudiosos de la Política criminal los que han de contribuir, en todo caso, a la agenda político-criminal y con ello, a la opinión y a la sensibilidad pública (para determinados temas)¹¹².

5. Conclusiones

La abolición de la pena de muerte se ha efectuado en Europa durante un período de medio siglo. En la abolición de la pena capital, son diversos los factores que en cada país han desempeñado un papel. De particular importancia son los acontecimientos políticos. Especialmente, el fin de la II Guerra Mundial, la transición de regímenes autoritarios a democracias y los cambios sociopolíticos en los países de Europa central y del este. La política sobre la abolición fue sustentada claramente por el Consejo de Europa, lo que llevó a la ratificación de dos protocolos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, con los cuales se suprimió la pena de muerte en Europa en tiempos de paz y de guerra. También la Unión Europea se distanció con una inequívoca política sobre la pena de muerte. Pero sobre todo, es la praxis de los Estados y la Política criminal de los Estados europeos las que se han ocupado de la abolición de la pena de muerte (incluso en contra de la opinión pública). La opinión pública se ha adaptado mayoritariamente a las decisiones políticas y a la política de abolición.

¹¹¹ Hierzu Kelley, J., Braithwaite, J.: a. a. O., 1990.

¹¹² Beckett, K.: *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*. Oxford 1997; Beckett, K.: *Political Preoccupation with Crime*. *Overcrowded Times* 8(1997), pp. 1, 8-11.

EPÍLOGO

Reflexiones sobre la Pena de muerte¹

SANDRA L. BABCOCK
Universidad Northwestern

En este momento, estamos más cerca de la abolición universal de la pena de muerte que jamás antes en la historia. En el último año, sólo 18 Estados llevaron a cabo ejecuciones. En 2009 en toda África, sólo dos países (Botswana y Sudán) llevaron a cabo ejecuciones. En todo el continente americano, los Estados Unidos fue el único país que ejecutó. Cada año, nuevos países se suman a las filas de los abolicionistas: los últimos países en abolir la pena de muerte han sido Burundi y Togo, en 2009, y la lista sigue incrementándose. Hasta diciembre de 2008, según el Secretario General de la ONU, 150 Estados y territorios han abolido la pena de muerte bien de iure o en la práctica.

Estas estadísticas irrefutables dejan claro que la pena de muerte es un castigo cada vez más anacrónico, usado sólo en raras ocasiones, incluso en los pocos países que la mantienen. Pero a pesar de la tendencia hacia la abolición, y a pesar de todos los argumentos bien fundados en apoyo de la abolición, la pena de muerte persiste en un número importante de Estados. Y en el tiempo que dispongo, voy a tratar de responder a dos preguntas. ¿Por qué la pena de muerte tiene tanto arraigo en países como Estados Unidos y Japón? ¿Y por qué deberíamos prestar una atención especial a esta circunstancia?

En mi opinión, la pena de muerte persiste porque es alimentada por mitos perdurables y falsos, cultivados por políticos oportunistas y aceptados por una opinión pública ignorante. En primer lugar, existe el mito de la disuasión. En respuesta a las quejas de la opinión pública sobre los graves casos de criminalidad, los líderes políticos promueven la pena capital como una medida necesaria para disuadir a los posibles delincuentes. Sin embargo, los criminólogos y so-

¹ Extracto de la Conferencia de la Profesora de la Universidad Northwestern con ocasión del Coloquio sobre abolición de la pena de muerte celebrado en Madrid el 5 de octubre de 2011.

ciólogos —personas que han estudiado el efecto de las sanciones penales sobre la conducta humana— se han manifestado de forma abrumadora en que no existen pruebas de que la pena de muerte tenga un efecto disuasorio.

En segundo lugar, los que apoyan la pena de muerte ven a los individuos, no en distintas tonalidades de gris, sino básicamente en colores blanco y negro. Tú eres bueno, o eres malo. Yo denomino a este concepto como el mito de la mala semilla. Personas de todas las tendencias políticas y de diversas culturas comparten esta creencia, y es lo que permite que gran parte del mundo permanezca calmado cuando se producen ejecuciones. Creemos que los prisioneros condenados a muerte se encuentran un grado por debajo del resto de seres humanos, que son “otros”. Cuando leemos sobre una ejecución en los Estados Unidos, Japón o Botswana, nos imaginamos no a un ser humano, sino a una parda bestia patológica e insensible. Y el hecho de que las ejecuciones tengan lugar en lugares reclusos, alejados de la mirada pública, nos permite —incluso a aquellos de nosotros que nos oponemos intelectualmente a la pena de muerte— a mantener cierta distancia emocional.

Por último, existe el mito de la pena bien merecida, a modo de *quien la hace la paga*. Los gobiernos retencionistas proclaman que sólo aquellos que verdaderamente merecen la pena más grave —los peores de los peores— son condenados a morir. Pero esto también es falso. Bryan Stevenson, un abogado que defiende casos de pena de muerte en los Estados Unidos, a menudo dice que es mucho más probable que uno sea condenado a muerte si es inocente y pobre, que si es culpable y rico. E incluso, cuando el acusado es culpable, él es a menudo condenado a muerte no porque sea el “el más execrable”, el asesino más depravado y despreciable, sino porque es pobre, porque no tiene buen abogado, porque tiene una enfermedad mental, o porque es extranjero. Y en un mundo donde las noticias vienen cada vez más en condensadas, los políticos no disponen de tiempo para educarse o instruir a la opinión pública sobre la red de factores que contribuye a la delincuencia violenta, como la pobreza, los abusos, enfermedad mental, daño cerebral, traumas, la alienación, el abandono, el aislamiento y la adicción a las drogas y alcohol.

Permítanme pasar a la siguiente pregunta. ¿Por qué debemos preocuparnos de la pena de muerte? Muchos de nosotros ya sufren de lo que ahora se llama “cansancio de compasión”, y hay un número incuantificable de problemas en el mundo que parecen más dignos de nuestra atención. Decenas de miles mujeres sufren agresiones sexuales en el Congo. Los niños son vendidos como esclavos en algunas partes del sur de la India y África Occidental. La epidemia del SIDA se está cobrando millones de vidas. En comparación con estas tragedias, la aplicación de la pena de muerte parece casi intrascendente.

Pero hay un aspecto de la pena capital que lo diferencia de otras violaciones de los derechos humanos. A diferencia de la tortura, a diferencia de la violación, a diferencia de la esclavitud, a diferencia de la trata de personas, a diferencia de las epidemias de salud causadas por la negligencia y la mala gestión gubernamental, la pena de muerte es el resultado de una política gubernamental deliberada, intencional y premeditada para privar a los seres humanos de su derecho máspreciado y fundamental: el derecho a la vida. Es la máxima expresión del control gubernamental y la represión. Proporciona al Estado una justificación legítima para inyectar a un hombre sano una dosis mortal de veneno; le permite colgarlo de una horca, de manera que su cuello se quiebre por la presión; obligarlo a ponerse de rodillas para que un empleado del gobierno pueda poner una bala en su nuca. Se confiere el poder más impresionante de todos, el poder absoluto para aniquilar la vida humana. Todos debemos tener gran temor a que un gobierno cualquiera tenga la arrogancia de creer que puede determinar, con una certeza infalible, si un ser humano merece vivir o morir.

Hay otro aspecto de la pena de muerte que es igual de pernicioso. Es la creencia de que algunas personas son tan incapaces de redención que deben ser exterminadas de la Comunidad humana. Un profesor neoyorquino Robert Blecker declaró recientemente, “Algunas personas merecen morir, y nosotros tenemos la obligación de matarlas”. Esta visión tiene un efecto profundamente corrosivo no sólo en nuestro sistema de justicia penal, sino en la sociedad en su conjunto. Es lo contrario de la esperanza. Es la antítesis de la fe, aniquila la compasión; resulta cínico hasta el extremo. Es pesimista y nihilista. Es la negación de la humanidad.

Dejando de lado por un momento la cuestión de la inocencia —porque creo que nos puede distraer de la cuestión más fundamental de si es correcto ejecutar a los culpables— nunca he conocido a un hombre en el corredor de la muerte que carezca por completo de humanidad, que no luchase por enfrentarse con las fechorías de su pasado, que no esperase su liberación, que no se esforzara por superar sus problemas de enfermedad mental o adicción, o toda una vida de abuso, que no hiciera un esfuerzo supremo para morir con dignidad.

Todos se estremecieron cuando nos enteramos de la muerte por lapidación de los jóvenes amantes en Afganistán hace dos meses. Es fácil criticar una práctica que es tan claramente bárbara y anacrónica. Pero en el estado de Texas, donde he defendido a los individuos condenados a la pena de muerte durante los últimos 20 años, la ejecución de hombres y mujeres por inyección letal tiene un aire frío y calculado que es igualmente escalofriante. Texas ha ejecutado a tantas personas —463 desde 1977— que las ejecuciones se han convertido en un acontecimiento casi banal.

He sido testigo de dos ejecuciones en mi carrera. Poco antes de cada ejecución, se me permitió una visita final a mi cliente, aunque nunca se me permitió que lo tocara. A continuación, los funcionarios de la Institución penitenciaria me obligaron a escuchar unas “palabras de orientación”, en las que el capellán de la prisión explicaría exactamente lo que sucedería cuando se le inyectase a mi cliente el veneno. Fui conducida, a continuación a una sala de estar con otros testigos, y a la hora señalada —después de que el gobernador de Texas se negara a utilizar su poder constitucional de clemencia— nos llevaron a la cámara de ejecución. Allí, me quedé en el alfeizar de una ventana frente a una pequeña habitación donde mi cliente estaba atado a una camilla, a modo de crucifixión, con los brazos en cruz y las mangas arremangadas. Atado para que no se pueda mover. La cámara de ejecución se parece a una habitación de hospital. Un micrófono se le acerca a su boca para que pueda hacer una última declaración. Él nos puede ver, y nosotros a él, pero no se nos permite hablar. Los familiares de la víctima y sus amigos pueden ver la cámara de ejecución desde una segunda sala. Después de que hace su última declaración, no se llega a saber cuando las toxinas letales comenzaran a fluir, ya que nadie consigue ver a los verdugos,

están ocultos y en el anonimato. Mi único indicio de que mi cliente esta a punto de morir es cuando expectora con una tos profunda y gutural. La espera es una agonía. Nadie habla, y los periodistas están en la sala esperando transcribir cada detalle de nuestras reacciones. Todo el mundo lo observa mientras muere. Después de varios minutos, un técnico médico monitoriza sus constantes para ver si aún tiene pulso. Cuando se confirma que carece de él, se tira una sábana sobre la cabeza y el momento de la muerte se anuncia. Es absolutamente terrible de presenciar. No es ni más ni menos que un asesinato violento envuelto en un áureo cuadro de eficacia clínica.

La gente a menudo me pregunta cómo puedo representar a estas personas condenadas a muerte. Se imaginan que mis clientes están enfermos, desquiciados, violentos y difíciles de trato. Pero no es cierto. Mis clientes me han enseñado que no hay gente perversa en este mundo. Ellos me han demostrado que el amor, la bondad y la compasión pueden existir incluso en una prisión que parece diseñada para eliminar los últimos vestigios de humanidad de las personas reclusas dentro de sus paredes. Todos tenemos la capacidad de hacer el bien, y todos tenemos la capacidad de causar daño. Camus sostuvo que “ninguno de nosotros puede pasar por un juez absoluto y pronunciar la eliminación definitiva de los peores entre los culpables, porque nadie de nosotros puede aspirar a la inocencia absoluta”. Esto es realmente otra manera de reafirmar una máxima atribuida a Jesucristo, que pudo haber sido uno de los primeros abolicionistas. Al ser confrontado por un grupo de fariseos y escribas que se estaban disponiendo a lapidar a una mujer por el crimen de adulterio, de conformidad con el Antiguo Testamento, Jesús habría dicho: “El que esté libre de pecado entre vosotros, que sea el primero en arrojar la piedra contra ella”. Camus y Cristo por igual, me parece a mí, estaban tratando de decir que ninguno de nosotros puede definirse simplemente por la peor cosa que ha hecho. Y aunque no soy una persona de fe religiosa, esto me parece un principio al que todos debemos aspirar.

La pena de muerte contraria a la conciencia de la humanidad

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ
Ministro de Justicia del Gobierno de España

Círculo de Bellas Artes, 5 de octubre de 2010 con ocasión del día mundial contra la pena de muerte

Hace más de dos siglos se proclamó que son verdades evidentes que todos los seres humanos tienen como derechos inalienables los derechos a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Pero esas verdades evidentes no se han impuesto a lo largo del tiempo por su carácter patente. Se han necesitado trabajo, esfuerzo y lucha para conseguir que las zonas de sombra que rodeaban la proclamación de un derecho en forma de injusticia retrocedieran ante su fuerza normativa. Los derechos humanos no son palabras, son creencias, convicciones que presiden la organización de la convivencia social. Los derechos humanos no son un punto de llegada, son una tarea, marcan un objetivo: lograr que la pretensión de libertad e igualdad que entrañan sea real y efectiva. Y para ello es necesario mantener firme y constante la voluntad y el compromiso con esos valores y realizar todas las acciones necesarias para conseguir el pleno respeto de los valores que representan los derechos humanos.

Este acto constituye un eslabón más en la cadena de esfuerzos para que un derecho básico, presupuesto de todos los demás, como el derecho a la vida sea respetado universalmente mediante la abolición de la pena de muerte. Estoy convencido de que esa meta llegará porque esa es la lógica implacable de los derechos: ir arrumbando los muros de dominación, prejuicio, humillación e injusticia que anulan la libertad de las personas. Tras la proclamación de las primeras declaraciones de derechos la esclavitud seguía vigente, los derechos privados y públicos de las mujeres no les eran reconocidos, persistían distintas formas de intolerancia religiosa y de segregación. Pero cada una de esas prácticas ha ido desapareciendo gracias

a la reafirmación del valor de los derechos humanos. Ha costado tiempo, mucho en algunos casos, ha costado que la indignación ante esas injusticia creciera generación tras generación, ha costado que ese sentimiento moral se transformara en acción política para eliminar esas violaciones de los derechos humanos.

Sí los derechos son una tarea y exigen acción. Para que la fuerza gravitacional de los derechos rija el entero sistema social es necesario extender y fortalecer la conciencia pública de su valor. Nuestra "común humanidad" nos exige mantener un compromiso global en favor del respeto de las bases de dignidad y consideración de los seres humanos. Un compromiso que requiere la intensificación radical de la lucha contra la pobreza, el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos, la lucha contra el terrorismo, el asegurar una educación para todos o la prevención frente a enfermedades infecciosas globales. Y en la lista de acciones en las que debemos perseverar la lucha contra la pena de muerte ocupa un lugar prioritario.

La acción exterior del Gobierno de España está firmemente comprometida con la promoción y fa defensa de los derechos humanos y mantiene como unos de sus objetivos señalados lograr una moratoria universal de la pena de muerte en 2015. Es un empeño en cuya consecución hemos impulsado diversas iniciativas como la constitución de la red académica internacional por la abolición de la pena capital que ha organizado este acto.

Para todos los asistentes ha de ser evidente que la pena de muerte constituye una violación de los derechos humanos. Pero creo que a pesar de ello es necesario seguir exponiendo las razones de por qué lo creemos así. El vigor de la ideas radica en la fortaleza de los argumentos que las sostienen. Y los argumentos en contra de la pena de muerte son muy fuertes, imbatibles para quien quiera, sin el velo del prejuicio o la ignorancia, escucharlos.

Que el Estado se arrogue la potestad de disponer de la vida de una persona es radicalmente incompatible con la dignidad humana. Imponer la pena de muerte es negar la esencia misma del ser humano: la capacidad de reevaluar nuestra vida y empezar de nuevo, la capacidad de rectificar y ser mejores. Condenar a alguien a muerte es rechazarlo de la comunidad humana, es tratarlo como una no-

persona. Es privarle de todo control sobre su propia persona. Es el acto total de dominación.

Beccaria calificaba la pena de muerte como “una guerra de la nación contra un ciudadano porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser”. En la imposición de la pena de muerte subyace un principio que lejos de fortalecer el respeto por la vida, lo disminuye. Imponer la pena capital transmite el mensaje de que es legítimo privar de la vida a alguien cuando con ello se obtienen beneficios sociales que son más importantes. Un principio que como una suerte de pendiente resbaladiza nos permitiría justificar cualquier otro tipo de violación de la dignidad de las personas como la tortura o los tratos inhumanos y degradantes. La abolición de la pena de muerte es la única respuesta posible si nos tomamos la dignidad humana en serio.

Pero al lado de este argumento axiológico también hay un argumento instrumental: la pena de muerte no cumple el fin preventivo que le asignan sus defensores. No hay prueba científica de que esta pena tenga una eficacia preventiva significativamente mayor que otras penas menos nocivas. Y allí donde no se aplica no se ha producido un aumento perceptible del índice de delitos más graves. Por tanto, si no es un medio adecuado para conseguir el fin perseguido estamos ante una pena simplemente irracional.

Por otro lado, y es una objeción especialmente severa, la pena capital comporta efectos colaterales gravemente perniciosos. Su imposición convierte el error judicial en dramáticamente irreversible.

Todas estas razones sostienen el creciente consenso internacional sobre el rechazo a la pena de muerte. Todos los estatutos de los Tribunales *ad hoc* creados por Naciones

Unidas para juzgar delitos sumamente graves como los crímenes contra la humanidad, así como el estatuto de la Corte Penal Internacional han excluido la pena de muerte. En la actualidad más de dos terceras partes de los países de Naciones Unidas han abolido la pena de muerte en la práctica o en la legislación. España lo hizo al máximo nivel normativo declarándola abolida en la Constitución, salvo lo que pudieran disponer las leyes militares para tiempos de guerra. Una salvedad a la que se ha renunciado expresamente me-

diante la LO 11/1995, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

El horizonte que se vislumbra en el seno de la comunidad internacional es alentador. Pero queda mucho trabajo por hacer como demuestra el que la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada en 2008 para pedir una moratoria del uso de la pena de muerte fuera rechazada por 46 estados y 34 se abstuvieran.

Entre quienes se oponen a la moratoria o la abolición de la pena de muerte es común el argumento de que existe algo así como una radical inconmensurabilidad entre culturas y grupos que hace inviable la posibilidad de alcanzar una convergencia en torno a principios morales universalmente compartidos. Frente a esta visión de las cosas, creo, por el contrario, que ninguna comunidad se encuentra sellada dentro de su universo moral culturalista y que es posible potenciar el entendimiento necesario para sostener una ética global sobre la que se erijan los fundamentos de un nuevo orden internacional más justo. Siempre dentro del más exquisito respeto por las diferencias culturales, pero sin renunciar a afirmar los valores de la cultura de los derechos humanos.

El valor de los derechos humanos es innegociable, es cierto. Pero en el camino de la consecución de su respeto universal debemos ser inteligentes y no caer en la lógica del todo o nada. Conseguir que se cumplan las salvaguardas en la imposición de la pena de muerte que forman parte del Derecho internacional es, sin duda, un avance significativo: se reduce el grado de ominosidad de la injusticia de la pena si no se aplica a personas vulnerables como menores o mujeres embarazadas, se circunscribe a los delitos más graves, se garantiza la presunción de inocencia y un juicio imparcial y se suspende su ejecución mientras existan recursos pendientes.

Pero respetar ese *minimum* ético no priva a la pena de muerte de su carácter manifiestamente injusto como violación de un derecho humano esencial. Por eso la labor de persuasión y presión para lograr su completa eliminación debe seguir intensificándose.

Para el Gobierno de España la abolición de la pena de muerte es una de las prioridades de la política exterior. Estamos realizando gestiones diplomáticas tanto a nivel bilateral como en foros multila-

terales. El año pasado gracias a ese trabajo logramos que un nuevo país, Togo, se sumara a los abolicionistas.

Desde la presidencia del Consejo de la UE el pasado semestre hemos prestado especial atención a la abolición de la pena de muerte, impulsando las directrices de la Unión, potenciando el establecimiento de una moratoria del uso de la pena de muerte en los países que todavía la mantienen y solicitando la suspensión de ejecuciones en los casos de menores de edad y discapacitados psíquicos.

Como país miembro del "Grupo de Amigos" para la ratificación del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo a la abolición de la pena de muerte realizamos una labor activa de sensibilización y concienciación.

Estamos trabajando intensamente en el seno de la Asamblea General para que se apruebe durante esta 65 sesión una tercera resolución sobre moratoria del uso de la pena de muerte y lograr que cuente con más apoyos que las anteriores.

Se trata de un amplio conjunto de iniciativas que se incrementará próximamente. Puedo anunciarles que el próximo día 7, el Presidente del Gobierno patrocinará la constitución de una Comisión Internacional de relevantes personalidades políticas que bajo la presidencia de Federico Mayor Zaragoza tendrá como objetivo promover en los distintos foros internacionales la abolición de la pena de muerte.

Ninguna acción, ninguna iniciativa sobra cuando del respeto de los derechos humanos se trata. El próximo día 10 de octubre se conmemora el día internacional contra la pena de muerte, una ocasión para divulgar y extender entre la sociedad la necesidad de seguir exigiendo el fin de la pena de muerte. Es una verdad evidente que todas las personas tienen derecho a la vida, pero debemos conseguir que quien tiene la responsabilidad de protegerla no se arrogue la facultad de eliminarla. La dignidad del ciudadano impone humildad al poder, la humildad de la sujeción a límites en garantía de la libertad y entre ellos el más importante es respetar la vida.

V

**Recensiones de obras recientes
sobre la pena de muerte**

Sobre la pena de muerte en los Estados Unidos en el pensamiento de Franklin Zimrig¹

por CRISTINA DE MAGLIE
Universidad de Pavia
Universidad de California

El 16 de abril de 2008 la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante la sentencia *Baze v. Rees* (553 U.S.), declaró como constitucionalmente legítima la pena de muerte llevada a cabo a través del método conocido como inyección letal.

Se advierte que dicha decisión no se ha detenido sobre el problema de la constitucionalidad de la pena de muerte en si misma. La cuestión era otra y hacia referencia a la legitimidad en el uso de la inyección letal como método de ejecución.

Esta sentencia ha rechazado el recurso presentado por dos condenados a muerte pertenecientes al Estado de Kentucky, según los cuales la ejecución basada en la aplicación de la inyección letal, realizada actualmente mediante la combinación de tres sustancias (un sedante, que debería hacer perder la conciencia al condenado; el *pavulon*, que provoca una parálisis de los pulmones y del diafragma; y el cloruro de potasio, que finalmente provoca la parada cardiaca) esta en contra de la Octava enmienda de la Constitución americana, que establece la prohibición de “penas crueles e inhumanas”.

Dicho recurso hace hincapié sobre la deshumanización de este tipo de ejecución: en efecto existe un riesgo elevado de que la primera de las sustancias no se inyecte correctamente, que el condenado permanezca consciente pero que el suministro de las otras dos sustancias provoque un bloqueo de las funciones neuromusculares y respiratorias; así, de esta forma, el condenado padece largos y atroces sufrimientos. Pero la Corte, en la cual ocupan su lugar cinco

¹ Traducción: Antonio Feliciano Rubio Rincón. Investigador Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional Universidad de Castilla la Mancha.

magistrados católicos, ha sostenido con fines convicciones que los padecimientos no son tales.

Es cierto que algunos de los magistrados han subrayado que el problema de la legitimidad de la pena de muerte es “altamente controvertido”; y que comporta “riesgos serios” como aquellos consistentes en “ajusticiar a la persona equivocada, los riesgos de *animus* injustificado, como por ejemplo los basados en la raza, de que los condenados permanezcan en el *Corredor de la Muerte* durante muchos años, quizá por décadas” y que “el caso puesto a examen producirá un debate (...) sobre la justificación de la pena de muerte en si misma y por si misma”.

El reconocimiento de la “humanidad” de la ejecución por inyección letal pesa como una losa sobre el camino hacia la moratoria, discutida en las Naciones Unidas en diciembre de 2007, y abre una profunda brecha con los Países europeos que desde hace tiempo han abolido la pena capital de sus ordenamientos jurídicos y los Estados de la federación estadounidense. Treinta y seis de los cincuenta y uno continúan aplicando la pena de muerte.

Las cifras obtenidas del *Death Penalty Information Center* hablan por si solas. Desde 1976, año en el cual se vuelve a incorporar la pena de muerte mediante la sentencia *Gregg v. Georgia*, hasta la fecha de 23 de febrero de 2001, este es el balance: 1242 ejecutados y 3261 personas a la espera de ser ejecutados. Se entiende, además, que no ha sido hasta el año 2005 en el que la Corte Suprema, en la sentencia *Roper v. Simmons*, ha abolido la pena de muerte para los menores de edad y que en el año 2002, en la sentencia *Atkins v. Virginia*, no consideró ilegítima la ejecución de personas mentalmente enfermas.

Frente este panorama desconcertante, en el año 2009 se publicó en Italia por la Editorial il Mulino Saggi la traducción del libro de Franklin Zimrig “*The Contradictions of American Capital Punishment*”, presentado en los Estados Unidos en el año 2003.

El gran penalista americano, conocido en todo el mundo por sus investigaciones en el campo de la criminología, por sus estudios fundamentales sobre el sistema sancionatorio y sobre la justicia relativa a menores de edad, afronta con este libro uno de los momentos más delicados e inquietantes de la política criminal estadounidense: la

pena de muerte y las razones de su persistencia en el país que se vanagloria de ser la democracia más grande del mundo. Franklin Zimrig indaga en las raíces históricas y culturales que todavía permiten que la mayor parte de los Estados de la federación admita la pena capital.

De sobra es conocido que los americanos se jactan de su “excepcionalismo”, que en muchos ámbitos les hace sentirse superiores y más avanzados respecto al resto países occidentales. Pero, en este caso, hay poco de lo cual presumir. Por lo que respecta a la pena de muerte, el “*excepcionalismo*” sitúa al país al mismo nivel que otros Estados, como Irán o Irak, propio de aquellos sistemas en los que en palabras del ex-presidente George W. Bush llegó a definir como “incivilizados, bárbaros y asesinos” y a los cuales “se necesita enseñar la paz y la democracia”.

Los libros sobre la pena de muerte en los Estados Unidos son numerosos. Destacan, por ejemplo, las profundas investigaciones de Hugo Adam Bedau de los años noventa y los interesantes análisis de Stuart Bannert del año 2002, mediante el cual reconstruye la historia de la pena de muerte americana desde el año 1700 hasta la actualidad.

En lo que respecta a Zimrig se puede decir que no es “otra” contribución sobre el estudio de la pena capital. No es simplemente un libro “nuevo” que completa la extensa bibliografía sobre el tema. El autor, en esta obra, ahonda en el entramado del sistema jurídico, político y cultural mediante una mirada lucida y mordaz dejando entrever las diferentes incongruencias y tabúes.

De su feroz análisis emerge la imagen de un sistema contradictorio debido a que en el coexisten dos culturas bien consolidadas: la de la pena de muerte y la del debido proceso, con sus arraigados valores de democracia e hipergarantismo.

La dramática esquizofrenia estadounidense se retrotrae a antiguas y profundas raíces en la misma cultura del País. La pena capital sobrevive en América —dice Zimrig— debido a que ha sufrido una suerte de “transformación simbólica”. Las ejecuciones no vienen consideradas como meras manifestaciones del poder punitivo del Estado sino que son percibidas como un “servicio personal” que se le debe a las víctimas del crimen y a sus seres queridos.

En otras palabras, en los últimos veinte años el significado y los objetivos de la pena capital han experimentado una metamorfosis transformándose de una sanción pública de control de la criminalidad a remedio privativo dirigido a confortar a las víctimas de manera psicológica y a nivel personal. El denominado “*cierre de capítulo*”, dice Zimrig, es un “sistema de valores”; en su “programa de servicio para las víctimas” se halla una fuerte razón de legitimación de la pena capital por parte del 70% de la opinión pública. También, sobre la base del ataque al sistema de la pena de muerte, existe otro factor de gran importancia que el autor saca a la luz: la adhesión a una cultura de los “*vigilantes*”, con sus valores de justicieros privados, de su ética basada en la venganza y en la opresión racial. Zimrig habla de que no es una casualidad que gran parte de las ejecuciones —incluso las 1022 de las ya citadas 1242— se hayan realizado en los Estados del sur, donde principalmente estaban localizados los grupos de “*vigilantes*” herederos de la tradición del linchamiento, entre finales del siglo XIX y el inicio del siglo XX. Los “*vigilantes*” rechazan la justicia proveniente del Estado al que perciben como lejano, indiferente e incluso hostil: “ellos” son los que se encargan de “hacer justicia” sintiéndose más cercanos a los principios y a las necesidades expresas de la comunidad de la cual forman parte.

La idea de Zimrig reposa en como se aferra el sistema estadounidense a la pena capital lo que demuestra un conflicto dramático entre los valores garantistas inherentes al debido proceso y aquellos expresados en la ideología de los *vigilantes* y que se encuentran profundamente arraigados en el *ethos* americano.

En este punto el autor se pregunta sobre el futuro de la pena capital en los Estados Unidos. El presagio del “inicio del fin” (“the beginning of the end”) va a depender de una serie de factores de política criminal: la influencia del resto de países desarrollados en su opción abolicionista, hasta ahora “vergonzosamente ignorada” en América, y la llegada de Presidentes en disposición de orientar las líneas de política general del país mediante el nombramiento de miembros *liberales* en la Corte Suprema y con una mayoría homogénea en el Congreso.

Durante los primeros años del presidente Obama, este presagio se concretó, sobretodo, en la nominación de nuevos magistrados de

orientación progresista —como por ejemplo Sonia Sotomayor y Elena Kagan— en la Corte Suprema, cuya mayoría (cinco contra cuatro) permanece a día de hoy en mano de los conservadores.

Pero sobretodo —sostiene Zimrig— es necesario un cambio radical de la cultura y de la identidad nacional. Se trata de un camino largo y costoso cuyo éxito no es del todo seguro y que, según el prestigioso autor, se debe *recorrer* para la superación de las contradicciones y la “cesación del conflicto”, para que en relación a dicho castigo se pueda decir que “vivimos en un país diferente”.

Con estas reflexiones concluye el libro de Zimrig. Se trata de una investigación profunda, provocativa y original junto con una magnífica exposición de los datos y estadísticas que confirman, con una dura clarividencia, las tesis del autor.

Se trata de una obra fundamental no solo para estudiar el sistema sancionatorio estadounidense sino también para entender un poco mejor la cultura americana con todas sus dramáticas contradicciones.

La pena de muerte en Estados Unidos: una institución peculiar

Nota al libro de David Garland

LUIS ARROYO

residente de la Société Internationale de Défense Sociale. Instituto de Derecho penal europeo e internacional. Universidad de Castilla la Mancha

Tendemos los europeos a creer que la abolición de la pena de muerte es algo de toda la vida y que la subsistencia de la pena de muerte en los Estados Unidos es una anomalía cultural en un territorio hoy libre de pena capital que es Europa y América. La excepción es aún más sorprendente si se puede afirmar que en esa Europa de Lisboa a Vladivostok, el territorio del Consejo de Europa, sometida hoy a la disciplina del Tribunal de Estrasburgo, solo Bielorrusia se resiste a suprimir de su catálogo la pena de muerte y en el de América sólo lo hacen los Estados Unidos, Guatemala y algunas islas del Caribe, tanto las hispanas como las de la Commonwealth. La aislada presencia de los Estados Unidos en el mantenimiento de la pena capital en el mundo occidental, las razones de ello y las funciones de la pena capital en los Estados Unidos es el asunto que ha investigado durante años David Garland en su *Peculiar Institution. America's death penalty in age of abolition*, (Oxford University Press, 2010) tras su paso desde su Escocia natal a los Estados Unidos de América. La publicación tiene lugar siete años después de la del libro de Zimring *The contradictions of american capital punishment* que se presenta también en este libro por *Cristina di Maglie*. Los dos constituyen una extraordinaria contribución al conocimiento y al debate sobre la pena capital en Estados Unidos y sobre la misma sociedad norteamericana.

Garland es autor de importantes trabajos generales previos de teoría social y de criminología, con profundo análisis comparado de política, sociedad y sistemas penales entre Europa y América (*The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. 2001; [*La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa 2005] y *Punishment and Modern Society* (1990)

[Castigo y sociedad moderna, Siglo XXI, México 1999]. En la obra que ahora se comenta parte en su análisis de dos ejecuciones capitales producidas en el París de Francia y en el París de Texas.

Comienza con la descripción de la ejecución en el París de 1757 de Robert Damiens, que conocimos bien por la narración que de ella hizo Juan Antonio del Val en su introducción a la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas*, en la primera edición de bolsillo de Alianza Editorial en 1968, y que en los 70 sirvió a Foucault para la admirable construcción de su *Vigilar y castigar*. Pero lo que nos advierte *Garland* es que la pena capital en los centralizados Estados europeos, en los que la Justicia es sobre todo la decisión de funcionarios del Estado, que muy bien ha podido cumplir la función foucaultiana, tiene poco parecido con el proceso penal y la ejecución de la pena de muerte en los Estados Unidos. *Garland* procede a un verdadero estudio anatómico y recurre para comenzar al famoso linchamiento del negro Hening Smith en la ciudad de París, en Texas, en 1893, bien conocido por la detallada crónica periodística que difundió por todo el mundo el cruel espectáculo de un linchamiento a modo de pública procesión, en la que el objetivo no es sólo la muerte sino la tortura, para solaz de la opinión, presente tanto en la forma del público execrable descrito por literatos europeos como típicos asistentes a la ejecuciones públicas, hasta el más común y acomodado de los ciudadanos. Entre 300 y 400 espectaculares linchamientos de esta clase se computan en el Sur de EE.UU entre 1890 y 1940, junto a varios miles más con menor crueldad, ceremonial y público. De estos linchamientos tan bien noticiados se ocupó entre otros Pedro Dorado Montero, en texto recogido en sus *Problemas jurídicos contemporáneos*, editado a fin de siglo por La España Moderna.

La complejidad y las diferencia de unos Estados a otros de la Unión Americana se revela en le hecho de que el Estado de Michigan fue el primero en el mundo en abolir en 1846 la pena capital, lo que, además de por el espíritu liberal dominante en este Estado, fue provocado por el descubrimiento ya entonces de condenados que después de la ejecución resultaron ser inocentes, en dos casos que tuvieron lugar con gran publicidad en Nueva York y en Canadá.

El panorama que nos presenta *Garland* sobre la pena de muerte en los Estados Unidos de hoy tiene geografía y significados culturales.

En la franja de los Estados del norte ha sido suprimida la pena de muerte de la vida y de los códigos. Los Estados de la franja central han excluido la pena de muerte de las sentencias de sus tribunales, pero la mantienen en los códigos, y en el sur, desde Florida a California —y sobre todo Texas—, se sitúan los Estados que mantienen la pena de muerte en el Código y en la práctica de la vida judicial, así como en los paradigmas explícitos de la vida política y cultural.

Los Estados Unidos a pesar de su proximidad cultural con Europa aparecen como un país de excepción, no solo en lo que se refiere a la pena de muerte, sino a todo lo que al Derecho penal y a la política criminal se refiere. Ninguna otra nación de occidente ha generado un sistema de condenas tan graves por hechos menores como aquí ha tenido lugar, en especial con un sistema tan ciego e injusto como el de “*three strikes and you’re out*” (Vid. Zimring, Franklin E.; Hawkins, Gordon; Kamin, Sam *Punishment and Democracy: Three Strikes and You’re Out in California*, New York: Oxford University Press, 2001). Ningún país de occidente ha llegado a rozar los niveles de encarcelamiento masivo que hoy presenta este país con tasas de prisionización por habitantes que multiplica por siete la media europea.

El movimiento liberal que consiguió la abolición en Michigan en tan temprana fecha ha conseguido a lo largo de todo el siglo y medio posterior acorralar la pena de muerte en los Estados el sur, en donde, además, sólo uno, Texas, acapara para sí el 70% de todas las ejecuciones realizadas en los Estados sureños. Pero además, han conseguido en los últimos años someter los procesos penales capitales a un sistema dotado de extraordinarias garantías y salvaguardias, reducida su aplicación prácticamente a los procesos por al menos un asesinato, que rige en términos generales, en contraste con prácticas locales que han aflorado con más de 130 condenados en el corredor de la muerte, que se han demostrado desde 1973 inocentes antes de la ejecución, la mayoría como consecuencia de la disponibilidad reciente de las pruebas de ADN.

Este asunto de la poca fiabilidad procesal y lo irreparable del error me parece el más demoledor de toda pretensión de justificar la pena capital en todo lugar, pero muy especialmente en los EE.UU. El argumento lo desarrolla con una extraordinaria plasticidad un protagonista del proceso criminalmente erróneo en su sentencia, el

español Joaquín José Martínez. (v. en Nieto, A., Maroto, M. y Muñoz M., *Still Killing*, UCLM, Ciudad Real 2011, además de la bibliografía norteamericano reciente desde el clásico *In Spite Of Innocence: Erroneous Convictions in Capital Cases*, de Bedau, Radelet y Putnam, Northeastern University Press 1992). Más allá de esta merece lectura el libro que el abogado y novelista de éxito *Scott Turow* compuso con su experiencia en la Comisión creada por el Gobernador republicano de Illinois, preocupado por el elevado número de condenas a muerte producto de errores judiciales y que, sin ánimo alguno contrario a la pena capital le llevó a adoptar la primera moratoria en el Estado cuya capital es Chicago (Turow, Scott.: *Ultimate punishment, a lawyer's reflections on dealing with the death penalty*. Ed. Picador. 2002). La complejidad de lo norteamericano se revela también en el hecho de que este duro pero compasivo Gobernador terminara su mandato en la cárcel, condenado por corrupción. Por cierto, la moratoria se ha convertido en abolición definitiva en julio de 2011.

Pero a su vez y en un efecto paradójico del propósito liberal ese proceso penal tan elaborado y dotado de tantas garantías se ha convertido en un proceso que desde la primera condena a la ejecución tarda en concluirse entre 20 y 30 años, con lo que el proceso capital "justo" se ha convertido en una pena cruel, inhumana y torturadora, sobre lo que puede verse con numerosas referencias el texto de Jon Yorke: *Trato inhumano y abolición de la pena de muerte en el consejo de Europa*. Ahí se recoge que algunos aspectos del uso de la pena de muerte constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, particularmente en relación con las condiciones de reclusión de los condenados a muerte, la angustia de estar condenados, la amenaza constante de ejecución y el secreto que rodea al uso de la pena de muerte, que afecta a los condenados y a sus familias. A este respecto, Estados Unidos expresó en la reserva a la Convención contra la tortura que no considera que exista una limitación o prohibición respecto de la pena capital el mantener durante tanto tiempo a reos condenados a dicha pena.

Garland estima que un proceso penal con una ejecución tan alejada de los hechos, sometido al albur de decenas de recursos, a la gracia del Gobernador, para un reducido grupo de crímenes de sangre, no puede tener efecto disuasorio alguno. Con ello desvela la

verdadera función de la pena de muerte en USA, que no es otra para nuestro autor que la capacidad de satisfacer los deseos de retribución o venganza de una sociedad que reclama su protagonismo directo –fruto creo que del espíritu de frontera- todo lo cual constituye a la pena muerte como una “peculiar institución” en USA. En realidad el moderno proceso para los delitos castigados con la pena de muerte aparece en cada caso como una larga e interminable secuencia de repeticiones de hechos y noticias de los mismos. En verdad aparece como un drama transmitido episódicamente a través de los medios. El crimen, las víctimas del castigo y la muerte como condena se convierten en asuntos conocidos y familiares para los norteamericanos. Las víctimas encuentran en ellos una agónica satisfacción.

Hay un amplio espectro político conservador que saca partido de toda esta dinámica y se genera una estrecha relación entre la toma de decisiones legislativas y judiciales, y la política local, en términos incomparables con otros Estados de la Unión y, por supuesto, con los países europeos. En verdad la pena capital es en los Estados Unidos un asunto local, administrados por actores políticos locales, que actúa ante un público local y con competencias constitucionalmente blindadas frente a la intervención de la Federación. Así nos lo desveló Sandra Babcock cuando con ocasión de la preparación de presidencia española de la U.E. se nos ocurrió preparar una propuesta para solicitar al Presidente Obama que concediera el indulto a la persona más conocida quizá del escenario reciente de los crímenes capitales en los países europeos *Jens Soering*, cuyo caso había dado lugar a la famosa sentencia del Tribunal de Derecho Humanos que lleva su propio nombre y que, tras aceptar los Estados Unidos la condición de excluir el riesgo de la pena capital, fue extraditado y cumple en Virginia una pena de prisión perpetua sin revisión y en donde se ha convertido en persona piadosa y en gran experto en asuntos penitenciarios, en lo que destacan su libro crítico con el sistema penitenciario norteamericano en general y contra su privatización titulado *An expensive way to make bad people worst*, todo lo cual puede verse en su web *jenssoering.com*. Pues bien, resultó que nos topamos con el hecho jurídico sorprendente en términos europeos de que el Presidente de los Estados Unidos carece de cualquier

prerrogativa de gracia en relación a los casos no federales, como era éste.

Mientras que en Europa el proceso de abolición de la pena de muerte se ha producido en el marco de una justicia penal administrada por funcionarios, ajenos a la presencia y a la presión de la opinión pública, en Estados Unidos y, sobre todo, en aquellos Estados en los que además del jurado popular son políticamente elegidos los fiscales y hasta los propios jueces, la Justicia penal no se desembaraza en absoluto de los pulsiones sociales de venganza. La tesis de *Garland* establece que la pena de muerte en América se ha transformado de un instrumento penal que lleva a una persona a la muerte en un discurso que tiene fines políticos y culturales, lo que se revela entre otros muchos hechos en que Georges W. Bush fue elegido Presidente en el año en el que en sólo 12 meses se ejecutaron más penas de muerte que nunca: 40.

En Europa la decisión de abolir la pena de muerte ha estado más en las manos de la alta política y funcionariado que en la demanda popular. Robert Bandinter pone siempre en valor el apoyo de Mitterrand para abolir la pena en Francia con una opinión pública en contra (Bandinter, Robert, *L'Abolition*, Fayard: Paris 2000). También fue el caso en Gran Bretaña, cuando en los años 50 el gobierno y el parlamento, más allá de la opinión pública, asumieron el criterio de la Real Comisión sobre la pena de muerte, lo que llevó a la abolición, bien es cierto que a lomos de otro trágico error judicial, aunque el 70% de la opinión pública era favorable a la pena de muerte, al menos para los asesinatos de Policías. (Vid. Luis Arroyo Zapatero, *La experiencia de la abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N°62, Madrid. 1981, páginas 47-66). Precisamente es el de la opinión pública el argumento-coartada de algunos gobiernos que justifican el mantenimiento de la pena capital, muy especialmente es el caso de China. Vid. *H.J. Albrecht*, en este mismo libro.

Muy estimulante es el análisis de los efectos de la sentencia abolicionista de *Furman v. Georgia* y de las posteriores que versaron sobre la penal capital y terminaron por permitir su reintroducción. Otras sentencias siguieron el debate constitucional en América y de ellas da buena cuenta también en este libro el trabajo de Ramón Ragués y

Vallés. Entre lo más negativo se cuenta la apertura de la ejecución a la presencia de las víctimas, lo que incrementa siempre la temperatura emocional de los juicios, de por sí ya elevada y poco favorable a la imparcialidad de jueces y jurados, a los que presiona a favor de la pena de muerte, lo que vincula el asunto con la irrupción general del “tiempo de las víctimas” y que anuda el reclamo del mantenimiento de la pena de muerte al rampante punitivismo de este principio del milenio. (Vid. Giudicielli-Delage, G. e Lazerges, C. : *La victime sur la scène pénale en Europe*. Paris, Ed. PUF. 2008 y Eliacheff, C. e Soulez Larivière, D. : *Le temps des victimes*. Paris. Ed. Albin Michel. 2007).

Garland presenta la sentencia que impuso la moratoria en 1972 como el eslabón de un proceso liberal en los Estados Unidos vinculado al movimiento de los derechos civiles y al singular liderazgo del Tribunal Supremo, encabezado por el Juez Warren, que operaba como una “auténtica máquina reformista liberal”. (Al respecto vid. Beltrán, M y González, J.V., (Eds.): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid. 2006). En realidad la pena de muerte podría haber sido abolida en Estados Unidos en el marco de ese proceso, al igual que ocurrió en los países europeos, pero el proceso político se truncó. En definitiva, el libro de *Garland* es un esfuerzo notabilísimo por explicar la complejidad que representa la política y la cultura jurídica norteamericana y sus efectos en el proceso de abolición de la pena de muerte, que ha quedado reducida en su vigencia a una minoría de Estados de la Unión y a una “institución peculiar”, con funciones diferentes a las que podríamos esperar.

“La pena de muerte” de Victor Streib

por FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide

Dentro de la colección “In a Nutshell” (lit. “en una cáscara de nuez”) que edita la editorial Thomson juntamente con la West’s Law School, en la que en breves manuales se ofrece una exposición resumida de las instituciones jurídicas más importantes, destaca este libro sobre la pena de muerte escrito por el Profesor de derecho de la Universidad Ohio Northern, Victor Streib. A diferencia de los anteriormente citados, se trata de una especie de Manual bastante completo y bien informado sobre la regulación jurídica vigente en los Estados Unidos de América de la pena de muerte. Dividido en cinco partes, en él se tratan tanto los aspectos históricos, doctrinales constitucionales y sustantivos, como los procesales que plantea la aplicación de esta pena, así como las particularidades de su ejecución y métodos empleados, recursos y otras cuestiones especiales como la defensa, los prejuicios raciales y de género, el problema del error judicial y una breve reseña del Derecho comparado. Todo ello precedido de un Prólogo y un post scriptum sobre el futuro de la pena de muerte.

El libro se acompaña de un completo índice de referencias jurisprudenciales de los casos en los que la Corte Suprema americana se ha tenido que ocupar de este tema, lo que en es especialmente importante para la comprensión del sistema penal americano, y de un exhaustivo índice de materias. En él se expone con gran claridad la regulación vigente en Estados Unidos, lo que por encima del debate doctrinal y político a favor y en contra del abolicionismo, siempre es bueno conocer para saber que en ese país la pena de muerte no es una cuestión puramente doctrinal, sino una amarga realidad, que como cualquier otra pena, tiene una regulación jurídica, que cualquier jurista dicho país que interviene en un proceso penal en el que se plantee la aplicación de esta pena debe conocer en todas sus particularidades. Es aquí donde se ve con toda claridad la monstruo-

sidad de un derecho que regula con todo detalle todos los aspectos ante relacionados con la imposición de una pena que consiste pura y simplemente en privar de la vida a un ser humano, a través de un procedimiento bastante complicado y difícil de entender incluso para los mejores conocedores de la materia.

En relación con los delitos en los que puede imponerse (“Capital crimes”) sorprende que en muchos Estados todavía se aplique a otros delitos distintos al asesinato u homicidio en primer grado, como, por ejemplo, al homicidio con motivo u ocasión de un robo, o de una violación, aunque el homicidio sea puramente accidental, recurriendo para ello a la construcción característica del Common Law del “felony murder”, muy parecida a la medieval europea del “versari in re illicita”, en la que basta que el homicidio se derive o se produzca durante la ejecución de otro delito grave (“felony”), para que se impute como asesinato y, en consecuencia, se aplique la pena de muerte. Interesante es sobre todo el caso *Coker v. Georgia*, en el que la Corte Suprema decidió en 1977 que la aplicación de la pena de muerte por un delito de violación de una mujer adulta era una pena desproporcionada que infringía la 8ª. Enmienda de la Constitución USA., criterio que se mantuvo también en el caso *Kennedy v. Louisiana* (2008), en el que igualmente se consideró desproporcionada la pena de muerte para la violación de un menor.

A nivel federal, la pena de muerte se aplica, también en los Estados en los que se ha abolido, en casos de traición y espionaje (como fue el caso de los esposos Rosenberg, acusados en los años cuarenta de haber dado los secretos de la bomba atómica a la entonces Unión Soviética), cuando la víctima del delito sea un funcionario federal, se trate de un genocidio, de un delito cuya comisión afecte a varios Estados, o en su comisión se hayan empleado explosivos o armas químicas, aunque sólo se ha ejecutado tres veces en los últimos cuarenta años. También es aplicable en algunos delitos militares juzgados por una Corte militar.

Una decisión importante de la Corte fue la *Furman.v Georgia* (1972), en la que con una amplia fundamentación de diversos Jueces (la más larga de la historia judicial americana, 233 pp.), se decidió que la pena de muerte podía violar la 8.ª Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales, lo que provocó

la inmediata suspensión de la ejecución de la pena de muerte en muchos Estados. Pero este criterio fue pronto modificado en otras sentencias a partir de 1976 (*Gregg v. Georgia*), que si bien restringen los casos en los que la pena de muerte puede ser aplicada, no la consideran plenamente inconstitucional. A pesar de estas contradictorias sentencias, algunas de ellas han marcado un importante avance en el camino hacia la abolición, como la *Roper v. Tommsons* (2005), en la que se decidió que, cualquiera que fuese el delito, la pena de muerte no podía aplicarse a quienes lo hubieran cometido siendo menores de 18 años; o la *Atkins v. Virginia* (2002) en la que se prohíbe aplicarla a retrasados mentales. Pero si se tiene en cuenta que estas decisiones no fueron adoptadas por unanimidad, se puede constatar la resistencia que aún hay en la más alta instancia judicial americana a una declaración de inconstitucionalidad total de la pena de muerte.

En la parte sustantiva de este libro se exponen también las circunstancias agravantes que suelen plantearse en los casos en los que se solicita la pena de muerte (como que el acusado haya actuado por precio o recompensa económica, pero también los antecedentes por delitos violentos del acusado o que el asesinato tenga relación con otro delito grave, como robo o violación, la premeditación, el uso de explosivos, el que la víctima sea policía o autoridad, etc.); las circunstancias atenuantes (juventud, disturbio emocional, miedo, capacidad mental disminuida, ausencia de intención directa) y las eximentes (entre las que se cuenta sobre todo el retraso y la enfermedad mental, que aún se determina en muchos Estados conforme a las reglas decimonónicas de Mc. Nagthen).

En la Parte III se exponen las cuestiones procesales, sobre todo las que plantean la selección del Jurado, tarea de gran importancia dado que de la decisión de sus 12 miembros, ciudadanos de a pié elegidos entre los centenares que existen las listas electorales del distrito correspondiente, depende que se condene a muerte al acusado. La selección de un jurado imparcial, desprovisto de prejuicios respecto al delito, sus protagonistas y a la pena de muerte misma, constituye, por tanto, una tarea fundamental tanto para el Fiscal, como para el abogado defensor, que obviamente procuran, a través de un complicado sistema de recusaciones, elegir a los miembros del jurado que consideren más proclives a las tesis que van a mantener

en el juicio. Y aunque hay reglas más o menos estrictas, establecidas sobre todo en el caso *Whitersnoon v. Illinois* (1968), la impresión que da es que en esta fase hay un gran espacio para la arbitrariedad, tanto en la selección de los miembros, como en la alegación de los motivos para su elección o recusación.

Una parte importante del libro se dedica a la exposición del papel que juegan las partes (fiscal y abogado defensor) en la presentación y práctica de las pruebas, y el del Juez en la admisión o rechazo de las mismas y sobre todo en las instrucciones que debe dar al Jurado antes de que este se retire a deliberar. Una particularidad importante es la función que incumbe al Jurado, una vez que declare culpable al acusado, en la determinación de si finalmente impone la pena de muerte. Para ello debe tener en cuenta en una ulterior fase llamada "sentencing" una serie de factores como el "victim impact statement" (VIS), es decir, el impacto emocional que provocó el delito en los familiares de la víctima, cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda en los casos de pena de muerte (véase, por ejemplo, *Payne v. Tennessee*, 1991). También la defensa puede presentar argumentos a favor del condenado (su juventud, que fue víctima en su niñez de malos tratos o de abusos. A la vista de estos alegatos finales, el Jurado decide si procede la aplicación de la pena de muerte, o, en su caso, la de una pena de prisión, generalmente a perpetuidad.

Con esto no se ha consumado más que una parte de todo el proceso que puede llevar finalmente a la ejecución efectiva de la pena de muerte a través de los distintos métodos existentes en cada Estado. A partir de la condena el condenado puede entablar una serie de recursos de apelación, primero ante los Tribunales superiores de los Estados, pero también ante el Tribunal Supremo en el caso que se considere se ha violado algún derecho fundamental reconocido en la Constitución, lo que puede dilatar su ejecución durante un buen número de años, que pueden llegar a ser 10 o más años. En el libro de Streib se exponen con todo detalle todos estos procedimientos, los tribunales competentes para resolver los recursos y los problemas que se plantean en los mismos. El sistema se culmina con la posibilidad última de la clemencia, por la vía de un indulto. Según Streib unas dos terceras partes de los recursos suelen ser atendidos y las penas de muerte conmutadas por penas de prisión. Pero todavía queda un tercio de las condenas, que sólo pueden ser anuladas por

la vía del indulto que corresponde al Gobernador del Estado donde se impuso la condena si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal estatal, o al Presidente de los Estados Unidos si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal federal. Según Streib, en el 2007 había en los “corredores de la muerte” de las prisiones americanas de los 35 estados que todavía tienen la pena de muerte en su sistema penal, además de en las prisiones federales, un total de 3.309 condenados, cifra sólo superada por la República Popular China, lo que da una imagen de la frecuencia con la que se aplica esta pena en los Estados Unidos, y la dramática realidad de la misma en los dos países más poderosos del mundo.

Una vez superados todos estos trámites, la pena de muerte termina ejecutándose, salvo que, como se dispuso en el caso *Ford v. Wainwright* (1986) el condenado haya caído mientras tanto en enajenación mental. En el libro se exponen los diversos métodos empleados en cada Estado para su ejecución, que han pasado de la horca a la más común de la silla eléctrica, considerada inconstitucional en algún Estado, el fusilamiento, la cámara de gas y la inyección letal. Esta última ha dado lugar a alguna cuestión de inconstitucionalidad en relación con la sustancia empleada. Aunque la ejecución hace tiempo que ha dejado de ser pública, a la misma pueden asistir gran número de personas, especialmente los familiares de las víctimas, y periodistas que no pueden utilizar cámaras, ni hacer fotos, pero sí, como es lógico, escribir reportajes de la ejecución. En el libro de Streib no se ahorran detalles de toda esta parafernalia (p.220 a 227), que recuerda los tiempos de la Inquisición y parece inconcebible en un moderno Estado democrático.

En la parte V se exponen algunas cuestiones especiales verdaderamente interesantes y que sirven una vez más para cuestionar la pena de muerte tal como se aplica en Estados Unidos. Una de ellas es el papel que juega el abogado defensor en este tipo de procesos, cuando por su escasa preparación o la falta de medios, no puede hacer una buena defensa de su cliente, o éste no puede permitirse pagar un buen abogado en el juicio, o posteriormente pagar los enormes gastos que conlleva toda la serie de recursos que permite retrasar la ejecución o incluso anularla. En algunas decisiones de la Corte Suprema se ha tenido en cuenta esta circunstancia para anular alguna condena, cuando el acusado no ha tenido la adecuada defen-

sa que le garantiza la Quinta Enmienda de la Constitución. También se ocupa de otras cuestiones especiales relacionadas con los casos en los que las condenas a muerte han estado motivadas por prejuicios raciales (tan frecuentes en los Estados sureños en relación con la población negra) lo que, sin embargo, no ha motivado ninguna anulación en base a este motivo por la Corte Suprema (véase, por ej., el caso *Mac.Clesky v. Kemp*. 1987); o por prejuicios de género, ya que es evidente que es más frecuente la imposición de la pena de muerte cuando el acusado es hombre que cuando es mujer; o cuando el acusado es homosexual o extranjero.

Otro capítulo de este interesante libro se dedica a la ejecución del inocente, es decir al error judicial en la imposición de la pena de muerte, que cada vez aparecen con más frecuencia, sobre todo desde que se aplican test de ADN: Este es precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la misma. El libro termina con una serie de reflexiones sobre el Derecho comparado y la compatibilidad del sistema americano con los Tratados Internacionales, y con una reflexión final sobre el futuro de la pena de muerte en los Estados Unidos, en la que el autor expresa su deseo de que este país pueda pronto llegar a ser miembro de una Comunidad internacional comprometida con los derechos humanos y, por tanto, termine aboliendo definitivamente la pena de muerte del catálogo de penas de su Ordenamiento jurídico.

¿El camino hacia la abolición?

El futuro de la pena capital en los Estados Unidos de Charles J. Ogletree, Jr., y Austin Sarat

por FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal Universidad Pablo de Olavide

En el tema de la pena de muerte, como en tantos otros, jurídicos y no jurídicos, no cabe duda de que lo que pase en los Estados Unidos de América puede tener una repercusión a nivel mundial tanto en sentido negativo, como positivo. En un país tan grande y poderoso, pero también tan complejo, en relación con la pena de muerte se reflejan los sentimientos contradictorios que actualmente se dan en sus dirigentes y en la opinión pública: por un lado, el sentido libertario que animó a los padres de la Independencia que pusieron por encima de cualquier otro valor la dignidad y la igualdad de los seres humanos; por otro lado, el sentimiento comunitario, que, sin duda, contribuyó a estructurar la sociedad y darle un sentido solidario nacional unitario a personas de la más diversa procedencia geográfica, religiosa, lingüística y racial, pero que, sobre todo en los últimos años a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001, se refleja también en una mayor preocupación por la seguridad colectiva. Esta mayor preocupación se lo pone difícil a los planteamientos abolicionistas; aunque, como se demuestra en este libro, el camino hacia la abolición de la pena capital gana cada vez mayor terreno y no sólo en el ámbito teórico o doctrinal, sino también en el legislativo y judicial. Ya en la Introducción destacan los editores de este libro, Charles Ogletree y Austin Sarat, que América está en estos momentos en medio de una profunda reconsideración de la pena capital; en los últimos años, el número de condenados a dicha pena ha bajado notablemente y el número de los Estados que ya la han abolido ha crecido. Ya esto sería por sí solo motivo suficiente para mirar con optimismo hacia un futuro abolicionista; no obstante, existen todavía muchos obstáculos que rebajan ese optimismo ante una realidad amarga en la que pena de muerte, como destaca en su contribución Bernard E. Harcourt con referencias es-

tadísticas de su evolución hasta el año 2005, en algunos Estados, particularmente en los de Tejas y Alabama, se sigue aplicando y ejecutando incluso con más frecuencia que antes.

En este libro se recogen las diversas contribuciones de varios autores, de diversa procedencia científica, juristas y no juristas, que se ocupan de los aspectos históricos, culturales, jurídicos y políticos relacionados con la pena de muerte y las posibilidades de su abolición definitiva en los Estados Unidos de América. En una Primera Parte se contienen diversas contribuciones en la que se analizan las perspectivas abolicionistas. Una de Michael Radelet en la que, con un cierto exceso de optimismo, describe la progresiva disminución del número de los partidarios de la pena de muerte en Estados Unidos, refutando los argumentos en los que se apoyan para defenderla, como su carácter intimidatorio o incapacitante, pero también las actitudes ideológicas de carácter político-conservador o religioso, para terminar criticando el argumento retribucionista basado más en la Ley del Tali3n y en el sentimiento de venganza que en uno de Justicia.

En otra contribuci3n se ocupan Simon Cole y Jay Aronson de los conocimientos cient3ficos que en los 3ltimos a3os han contribuido a reducir el n3mero de penas de muerte, como el empleo del ADN para la determinaci3n de la autor3a en los delitos castigados con la pena de muerte, evitando muchos errores judiciales; las objeciones que se han esgrimido contra la inyecci3n letal, por haberse demostrado que es un m3todo cruel que no reduce el dolor del condenado, o la prohibici3n de su aplicaci3n a menores de dieciocho a3os, basada en los conocimientos aportados por las ciencias neurol3gicas que demuestran que por debajo de esa edad a3un no hay un desarrollo pleno del sistema cerebral; pero estos mismos autores reconocen que los progresos cient3ficos tambi3n pueden utilizarse para apoyar argumentos a favor de la pena de muerte. En todo caso, dicen, "aunque la ciencia no puede forzar a la gente a seguir el sendero del abolicionismo, s3 por lo menos puede servir de veh3culo para los que est3n dispuestos a seguir ese camino".

El trabajo de Carol y Jordan Steiker analiza las motivaciones de los dirigentes pol3ticos americanos quienes, incluso los m3s pr3ximos a los planteamientos abolicionistas, se preocupan sobre todo

del efecto negativo que estos pueden tener en la opinión pública y, en consecuencia, en las elecciones. De ahí que vean más factible una abolición progresiva a través de decisiones de los Tribunales Supremos de cada Estado y de la Corte Suprema federal que revoquen las condenas a pena de muerte, marcando así lo que llaman el “comienzo del final”, pero no el final mismo.

Bastante escépticos respecto a este final se muestran en su contribución Michael McCann y David T. Johnson, quienes tras un análisis histórico y comparado entre Europa y Estados Unidos, consideran que la peculiaridad de este último país se debe a sus raíces históricas, en cuyo pasado no se encuentran las terribles dictaduras por las que pasaron una buena parte de los países europeos, y a su pluralismo federativo que dificulta una abolición unitaria vinculante para todos los Estados que forman la federación, con diferentes situaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales. Otra peculiaridad que explica un fuerte rechazo a la abolición de la pena de muerte en la opinión pública americana, es el estado de guerra permanente en el que se encuentra ese país tras la Segunda Mundial, involucrado en continuas guerras en el exterior, como la de Corea, Vietnam y más recientemente las de Afganistán e Irak, pero sobre todo la reacción tras el atentado del 11 de septiembre del 2001, que ha desencadenado en la población y en muchos dirigentes políticos miedo y un sentido punitivo exacerbado, sobre todo respecto a los terroristas, lo que no permite ser muy optimistas respecto a una pronta abolición de la pena de muerte en ese país.

La Segunda Parte del libro se dedica al debate surgido en torno a la inyección letal como método de ejecución de la pena de muerte. Desde una perspectiva europea este debate puede parecer extraño, o, al menos, superfluo; pero en los Estados Unidos se ha convertido en un debate importante, sobre todo a partir de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Baze v. Rees* (2008), en la que siete Jueces de dicha Corte cuestionaron el método por considerarlo una violación de la Octava Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales. De algún modo este debate recuerda la vieja historia del condenado a muerte que pidió ser ahorcado de un árbol y finalmente tuvo que ser indultado porque no se encontró en todo el país un árbol lo suficientemente grande para poder colgarlo. Ciertamente, si el único método para ejecutar la pena capital existente

en un Estado es la inyección letal, y la Corte Suprema considera que este método es un castigo cruel e inusual que viola la Octava Enmienda, la pena de muerte no puede ser ejecutada. Pero este argumento también puede tener el efecto contrario de que se busquen otros métodos y que en todo caso la pena capital de un modo o de otro se siga ejecutando, eligiendo simplemente otros métodos que se consideren más rápidos, menos dolorosos y quizás más económicos también. Esto recuerda una anécdota de la serie televisiva humorística americana "The Simpsons", en la que un atractivo joven ecologista intenta convencer a Liza Simpson de que la mejor solución para ahorrar energía es sustituir la energía eléctrica empleada en las ejecuciones de la pena de muerte en la silla eléctrica por energía solar, sin duda un método más ecológico, pero igualmente inhumano, que lógicamente no convence a Liza.

No cabe duda de que la discusión en torno a si la inyección letal constituye o no un método cruel de ejecución pueda distraer del debate principal sobre la abolición de la pena de muerte, tal como advierte en su contribución Debora W. Denno. Kaufman-Osborne considera, sin embargo, en su contribución que este debate puede ser una vía adecuada para plantear el debate principal sobre la abolición de la pena de muerte. Pero como señala Marschukat en su contribución, no debe dársele demasiada importancia al modo en el que se lleva a cabo la ejecución de la pena de muerte, ya que desde que se introdujo la guillotina, como sustituto de otros métodos tradicionales más cruentos como la crucifixión, lapidación, hoguera, horca, garrote o decapitación, siempre se ha buscado un método de ejecución que al mismo tiempo que rápido sea lo menos doloroso posible. Y es por eso por lo que se ha introducido en muchos Estados de los Estados Unidos de América el método de la inyección letal en sustitución de otros métodos, particularmente de la silla eléctrica, aunque, dice, la intención no es otra que procurar que la pena de muerte sea más presentable y menos horrorosa ante la opinión pública, pero no tanto ahorrar el sufrimiento del condenado en su tránsito de la vida a la muerte.

El libro termina con dos artículos sobre la pena de muerte en contexto; uno de Wagner-Pacifi sobre las relaciones entre pena de muerte y tortura, cuya estrecha vinculación ha vuelto a aparecer con el debate sobre las denuncias de las torturas y malos tratos a

los que son sometidos los detenidos de la Guerra de Afganistán en las prisiones americanas de Abu Chraig y Guantánamo; y otro de Fitzpatrick que entiende el debate sobre el abolicionismo como un debate típico de una moderna política, en el que se abren diversas alternativas, lo que no quiere decir que sean siempre unas alternativas mejores o más humanas, y ahí está como ejemplo la pena de prisión perpetua, que si se aplica como su propio nombre indica, es decir, hasta que el condenado muera, puede ser una pena tan inhumana y cruel casi como la pena de muerte misma.

En definitiva, este libro colectivo, más allá de su referencia específica a la problemática abolicionista en los Estados Unidos de América, es una reflexión muy útil para, como su propio título indica, abrir una “camino hacia la abolición”, que es todavía claramente a nivel mundial, y no sólo en los Estados Unidos de América, un largo camino de final incierto.

Nota de la Resolución de la Asamblea General n. 206 sobre la moratoria de la pena capital y texto de la Resolución

FRANCESCA MARIA BENVENUTO
Doctoranda en Derecho del Colegio de Francia

En el horizonte de la cuestión de la pena capital se entreven nuevas luces. El 21 de diciembre se alcanzó un importante logro. La Asamblea General de Naciones Unidas reconfirmó el nuevo consenso existente en la Comunidad internacional sobre la moratoria universal de la pena capital.

Esta resolución tiene dos precedentes, por un lado, la resolución 62/149 de diciembre de 2007 y la Resolución 63/168 de diciembre de 2008. Esta tercera desde un punto de vista del contenido, es sustancialmente una copia de las anteriores, pero sirve para reforzar a ambas y crear un estado de opinión favorable, y un espíritu latente de creación de norma internacional. En líneas generales, su texto confirma de nuevo la pena capital como una violación de la dignidad humana y reafirma su nexos con los derechos humanos; se exhorta a los Estados a una suspensión paulatina de las ejecuciones como paso previo a la abolición, pidiendo asimismo que se reduzca el número de delitos para los que la pena esta prevista; asimismo, se invita a mejorar los mecanismos de informes de los Estados en relación a la aplicación de la pena; y se hace un llamamiento a los Estados que han abolido la pena capital a no reintroducirla en sus sistemas penales. La novedad de esta Resolución se encuentra en el consenso que ha forjado. Los Estados que votaron favorablemente ascienden a 108 lo que significa 6 más de lo que lo hicieron en la anterior de 2008, y el número de votos en contra ha descendido a 41 de un cifra anterior de 54, pasando a la categoría de abstencionistas países como Comores, Nigeria, las Islas Salomón o Tailandia.

Durante los trabajos preparatorios las objeciones presentadas por los Estados no abolicionistas, entre los que se encuentran países como China y Estados Unidos, han sido principalmente efectuadas

por países menores a los que los más potentes les conceden la calidad de portavoces de sus intereses, en lo que se denomina como una “estrategia silenciosa de oposición”, por ejemplo, Egipto, Singapur, o Botswana. Es reseñable que dos de los argumentos que tradicionalmente se han utilizado por estos países para justificar la pena capital no han sido defendidos en esta ocasión. Nos referimos a un argumento principalmente articulado por la República de Siria como es el concepto de “la dignidad de la víctima” con el ajusticiamiento de los delincuentes condenados a pena capital, no sólo tomando la pena en su concepto clásico de función retributiva sino como un elemento para la curación psicológica de las víctimas, esto es su función terapéutica para echar el telón de cierre con el pasado y encarar el futuro; a modo de ley del talión contemporánea. Con la abolición este proceso se truncaría, y el culpable obtendría una gratificación o recompensa por sus malas acciones.

El segundo argumento tradicionalmente empleado se centraba más en la protección de los ciudadanos de la sociedad, la pena capital como mecanismo de disuasión para tutelar la seguridad de la misma.

En esta ocasión se argumentó como objeción principal, la del “dominio reservado” un tradicional argumento para el derecho internacional respetuoso del principio general de la soberanía estatal y de la no injerencia. Se presentaron dos enmiendas al texto de la resolución que fueron defendidas por Egipto y Singapur.

La primera enmienda se dirigía a extender el ámbito de aplicación del párrafo preambular acudiendo al artículo 2 párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas. La segunda se dirigía a incluir en el primer párrafo una mención en la que se “reafirmaba el derecho soberano de todos los países a desarrollar sus propios sistemas jurídicos, incluyendo el determinar las sanciones legales apropiadas de conformidad con sus obligaciones según el Derecho Internacional”.

Los países que defendían estas enmiendas condenaron con firmeza la absoluta indiferencia que en la Asamblea General mereció la soberanía de los países en los que la pena de muerte todavía estaba prevista. Mantuvieron que la pena capital y, más en general, el derecho penal seguían siendo un privilegio exclusivo de la “ju-

risdicción nacional “disfrutando todos los países del derecho a desarrollar con libertad sus propios sistemas legales penales. Además, sostenían que no existía un consenso internacional sobre la cuestión de la pena de muerte, y señalaban que no existía una prohibición internacional al quedar recogida en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, texto universal por excelencia.

No obstante, su anacronismo y puntos débiles se aprecian con claridad. Primero, si bien es cierto que el principio de la soberanía conlleva a una obligación *erga omnes* de no injerencia con efectos para otros Estados y para Organizaciones internacionales no siempre es cierto que de toda obligación *erga omnes* derive un principio de derecho vinculante. Ciertamente, el principio de soberanía no es hoy día inderogable sobre todo cuando se piensa en los límites que la realidad jurídica nos muestra (derechos humanos, en las relaciones económicas con otros sujetos, normas de extranjería, normas de protección ambiental, etc.). Junto a esto, se añade que la extensión de *dominio reservado* se determina por el derecho internacional y no al contrario. El dominio reservado, en el derecho internacional poscontemporáneo no es más que un conjunto flexible de materias sujeto a una gradual erosión que va directamente en proporción al desarrollo del Derecho internacional. En la actualidad, la “jurisdicción nacional” es un concepto eminentemente jurídico y no político, cuya extensión depende del campo de aplicación de las obligaciones internacionales que vinculan a los Estados. En base a una tesis “proteccionista” los Estados se avalan del artículo 2. 7 que prevé la prohibición para la Organización de entrar en materias que son “esencialmente” del dominio reservado.

Queda pues por aclarar si la resolución adoptada puede catalogarse como una “intervención” y si la cuestión de la pena de muerte se encuentra dentro de la materia del “dominio reservado”.

A la primera cuestión, la opinión extendida es no considerar como intervención, la adopción de una recomendación dirigida a la generalidad de países, si bien es cierto, que con el resultado de la nueva votación, la petición de moratoria tiene unos destinatarios específicos, aquellos que se obstinan en mantener esta pena en sus sistemas jurídicos.

Si se quiere acudir a un razonamiento “defensivo” más útil se deberá cuestionar sí el derecho penal, y por ende, el tema de la pena capital es una materia del dominio reservado, y la pena, en su caso, el patíbulo legalizado, sea una cuestión básicamente privada del poder estatal. Como se ha apuntado anteriormente, algunos Estados, entre los que destaca Siria, han afirmado que la cuestión de la pena de muerte es una cuestión de derecho penal, intrínsecamente doméstica, alejada del terreno de los derechos humanos. Razonamiento que no debe infravalorarse. De hecho, al día de hoy, la cuestión de los derechos humanos es la principal prueba de la erosión efectiva de ámbito del “dominio reservado” y los Estados objetantes no muestran estar en sintonía con esta realidad. Al haberse insertado, de forma pacífica, la inclusión de los derechos humanos en la “competencia internacional” la única vía que les queda a estos países es la de oponerse obstinadamente a la inserción de la pena de muerte en el amplio horizonte de la tutela de los derechos humanos.

El Derecho penal es ante todo un sistema normativo de leyes, debe recordarse, no aislado en un compartimento estanco sino en combinación con lo dispuesto en el sistema internacional de los derechos humanos.

Los derechos humanos, —especialmente en el caso de la pena de muerte, la dignidad humana es un bien jurídico primario e indiscutible— son la finalidad esencial de todo instrumento jurídico penal al ser la última ratio jurídica que aporta a los derechos fundamentales la tutela preventiva y represiva. De ahí que los derechos humanos sean ante todo un límite al propio derecho penal, tanto a la norma como a la sanción.

Además, la pena capital es una sanción poco o nada disuasoria que asume características que la cualifican como un tratamiento sustancialmente inhumano, si se piensa en la incertidumbre de su aplicación y de su ejecución, y del plazo largo de detención que precede a la misma. La jurisprudencia define el trato inhumano como todo trato que provoca sufrimientos mentales, físicos o morales de una intensidad relevante, voluntaria e injustificada. Por tanto, la única diferencia entre uno y otro, es el elemento de la justificación.

Por último, otra objeción que fue impulsada por Egipto en un primer momento en los trabajos preparatorios fue la de que la sociedad internacional tiene el deber absoluto de respetar las creencias religiosas de las comunidades nacionales, especialmente islámicas. Acusándose al consenso internacional de un imperialismo de valores occidentales que intenta extender a toda la humanidad desmantelando unilateralmente tradiciones jurídicas religiosas de algunos Estados sin ahondar en el diálogo de civilizaciones. Indudablemente, el respeto de las tradiciones religiosas y culturales es claramente un deber de todo miembro de la comunidad internacional y la hipótesis de imponer una "religión universal" no parece muy realista, así como tampoco lo es, el afirmar que una recomendación como la que se examina venga a subvertir unilateralmente los sistemas penales de los Estados miembros y en consecuencia las creencias y tradiciones de estos, resulta una apuesta caprichosa.

En suma, las objeciones giran en torno a un único aspecto: la ausencia al día de hoy de un consenso internacional unívoco sobre el tema de la pena de muerte. Si bien, la resolución tiene la naturaleza jurídica sólo de una recomendación, la adopción de tres actos consecutivos casi idénticos por el órgano más representativo existente y con un número tan elevado de adhesiones confirma la calificación de la pena de muerte como una violación de la dignidad humana y como una cuestión íntimamente unida a la de los derechos humanos, todo esto conduce gradualmente a una clara evolución de la *opinio iuris* internacional que se corrobora con la práctica de suspensiones e incluso la misma abolición (p.ej. como han hecho algunos estados de los Estados Unidos).

Reseñable para alcanzar este objetivo ha sido el diálogo de cuya ausencia ha sido acusada, de forma injustificada, el foro internacional. A pesar de la falta de instrumentos vinculantes, la dialéctica ha prevalecido frente a imposiciones unilaterales lo que conduce a una labor progresiva de construcción del consenso internacional.

Valoración de la Resolución de la Asamblea General n. 65/206 sobre la moratoria de la pena capital¹

En el horizonte de la cuestión de la pena capital se entreven nuevas luces. El 21 de diciembre de 2010 se alcanzó un importante logro: la Asamblea General de Naciones Unidas reconfirmó el nuevo consenso existente en la Comunidad internacional sobre la moratoria universal de la pena capital.

Esta resolución tiene dos precedentes, por un lado, la resolución 62/149 de diciembre de 2007 y la Resolución 63/168 de diciembre de 2008. Esta tercera, desde un punto de vista del contenido, es sustancialmente una copia de las anteriores, pero sirve para reforzar a ambas y crear un estado de opinión favorable y un espíritu latente de creación de norma internacional. En líneas generales, su texto confirma de nuevo la pena capital como una violación de la dignidad humana y reafirma su nexo con los derechos humanos; se exhorta a los Estados a una suspensión paulatina de las ejecuciones como paso previo a la abolición, pidiendo asimismo que se reduzca el número de delitos para los que la pena esta prevista; asimismo, se invita a mejorar los mecanismos de informes de los Estados en relación a la aplicación de la pena; y se hace un llamamiento a los Estados que han abolido la pena capital a no reintroducirla en sus sistemas penales. La novedad de esta Resolución se encuentra en el consenso que esta ha forjado. Los Estados que votaron favorablemente ascienden a 108, lo que significa 6 más de lo que lo hicieron en la anterior de 2008, y el número de votos en contra ha descendido a 41 de una cifra anterior de 54, pasando a la categoría de abstencionistas países como Comores, Nigeria, las Islas Salomón o Tailandia.

Durante los trabajos preparatorios² las objeciones presentadas por los Estados no abolicionistas, entre los que se encuentran países como China y Estados Unidos, han sido principalmente efec-

¹ Traducción de Antonio Muñoz Aunió. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional UCLM. Este artículo ha sido traducido en el marco de la acción complementaria del Ministerio de Ciencia e Innovación DER 2009 -08240-E/JURÍ

² Sexagésimo quinta reunión de la Asamblea General, tercer Comité 44 y 45 reuniones de 11 de noviembre de 2010

tuadas por países menores a los que los mas potentes les conceden la calidad de portavoces de sus intereses, en lo que se denomina como una "estrategia silenciosa de oposició", por ejemplo, Egipto, Singapur, o Botswana. Es reseñable que dos de los argumentos que tradicionalmente se han utilizado por estos países para justificar la pena capital no han sido defendidos en esta ocasión. Nos referimos a un argumento principalmente articulado por la República de Siria como es el concepto de "la dignidad de la víctima" con el ajusticiamiento de los delincuentes condenados a pena capital, no sólo tomando la pena en su concepto clásico de función retributiva sino como un elemento para la curación psicológica de las víctimas, esto es su función terapéutica para echar el telón de cierre con el pasado y encarar el futuro; a modo de ley del talión contemporánea. Con la abolición este proceso se truncaría, y el culpable obtendría una gratificación o recompensa por sus malas acciones³.

El segundo argumento tradicionalmente empleado se centraba más en la protección de los ciudadanos de la sociedad, la pena capital como mecanismo de disuasión para tutelar la seguridad de la misma. Inútil y ocioso, en esta sede, cualquier repetición de la ya comprobada ausencia de eficacia disuasoria de la pena que se estudia, pena muy "intensa" pero desde un punto de vista ontológico poco "extendida"⁴.

En esta ocasión se argumentó como objeción principal, la del "dominio reservado" un argumento tradicional para el derecho internacional respetuoso del principio general de la soberanía estatal⁵ y de la no injerencia. Se presentaron dos enmiendas al texto de la resolución que fueron defendidas por Egipto y Singapur.

³ Nota de la autora, el término utilizado en la versión inglesa de los trabajos preparatorios fue "reward"

⁴ Basta sólo un breve apunte aclaratorio "(...) La intimidación nace no sólo de la intensidad de la pena sino de su extensión, por ejemplo, la cadena perpetua. La pena de muerte es muy intensa mientras que la cadena perpetua se encuentra muy extendida. De ahí que la pérdida absoluta de la libertad tenga una mayor fuerza intimidatoria que la pena de muerte". Norberto Bobbio "L'età dei diritti" Einaudi p. 181

⁵ Cassese, A.; "International Law" Oxford, p. 48 ss, Confortí, B.; "Diritto Internazionale" Editoriale Scientifica, p. 184 ss; Treves, T.; "Diritto Internazionale - Problemi Fondamentali" Giuffrè Editore, p. 52 ss.

La primera enmienda se dirigía a extender el ámbito de aplicación del párrafo preambular acudiendo al artículo 2 párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas. “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, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta ...)⁶. Rebatiendo la legitimidad de la Resolución respecto de la Carta. La segunda se dirigía a incluir en el primer párrafo una mención en la que se “reafirmaba el derecho soberano de todos los países a desarrollar sus propios sistemas jurídicos, incluyendo el determinar las sanciones legales apropiadas de conformidad con sus obligaciones según el Derecho Internacional”

Los países que defendían estas enmiendas condenaron con firmeza la absoluta indiferencia que en la Asamblea General mereció la soberanía de los países en los que la pena de muerte todavía estaba prevista. Mantuvieron que la pena capital y, más en general, el derecho penal seguían siendo un privilegio exclusivo de la “jurisdicción nacional” disfrutando todos los países del derecho a desarrollar con libertad sus propios sistemas legales penales. Además, sostenían que no existía un consenso internacional sobre la cuestión de la pena de muerte, y señalaban que no existía una prohibición internacional recogida en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, texto universal por excelencia que permite que un Estado pueda fijar esta pena para delitos graves respetando unos límites establecidos.

No obstante, su anacronismo y puntos débiles se aprecian con claridad. Primero, si bien es cierto que el principio de la soberanía conlleva una obligación *erga omnes* de no injerencia con efectos para otros Estados y para Organizaciones internacionales, no siempre es cierto que de toda obligación *erga omnes* derive un principio de derecho vinculante. Ciertamente, el principio de soberanía no es hoy día inderogable sobre todo cuando se piensa en los límites que la realidad jurídica nos muestra (derechos humanos, relaciones económicas o sociales con otros sujetos, normas de extranjería, normas

⁶ En inglés en el original.

de protección ambiental, etc)⁷. A esto, se añade que la extensión de *dominio reservado* se determina por el derecho internacional y no al contrario⁸. El dominio reservado en el derecho internacional pos-contemporáneo no es más que un conjunto flexible de materias sujeto a una gradual erosión que va directamente en proporción al desarrollo del Derecho internacional. En la actualidad, la “jurisdicción nacional” es un concepto eminentemente jurídico y no político⁹, cuya extensión depende del campo de aplicación de las obligaciones internacionales que vinculan a los Estados. En base a una tesis “proteccionista” los Estados se aferran del artículo 2. 7 que prevé la prohibición para la Organización de entrar en materias que son “esencialmente” del dominio reservado.

Queda pues por aclarar sí la resolución adoptada puede catalogarse como una “intervención” y si la cuestión de la pena de muerte se encuentra dentro de la materia del “dominio reservado”. A la primera cuestión, la opinión extendida es no considerar como intervención, la adopción de una recomendación dirigida a la generalidad de países¹⁰, si bien es cierto, que con el resultado de la nueva votación, la petición de moratoria tiene unos destinatarios específicos, aquellos que se obstinan en mantener esta pena en sus sistemas jurídicos.

Retomando el argumento “defensivo”, lo más útil es apuntar que el derecho penal, y por ende, el tema de la pena capital, es una materia del dominio reservado, y la pena, en su caso, el patíbulo legalizado, es una cuestión básicamente privativa del poder estatal. Como se ha apuntado anteriormente, algunos Estados, entre los que destaca Siria, han afirmado que la cuestión de la pena de muerte es una cuestión de derecho penal, intrínsecamente doméstica, alejada

⁷ En mayor profundidad, Conforti, B.; “Diritto Internazionale” Editoriale Scientifica p. 178 ss; A. Cassese, “International Law” Oxford, p. 98 ss.

⁸ P. Daillier y A. Pellet, “Droit International publique” L.G.D.J, p. 439.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ “The Charter of United Nations – A Commentary” Oxford UNiversity Press p. 154; P. Daillier y A. Pellet, “Droit International publique” LGDJ p. 447, además en mayor profundidad, véase http://www.giuffre.it/agefiles/dir_tutti/archivio/conforti0403html, en Enciclopedia del diritto “Organizzazione delle Nazioni Unite” de B. Conforti

del terreno de los derechos humanos. Razonamiento que no debe infravalorarse.

De hecho, al día de hoy, la cuestión de los derechos humanos es la principal prueba de la erosión efectiva de ámbito del “dominio reservado” y los Estados objetantes no muestran estar en sintonía con esta realidad. Al haberse insertado, de forma pacífica, la inclusión de los derechos humanos en la “competencia internacional” la única vía que les queda a estos países es la de oponerse obstinadamente a la inserción de la pena de muerte en el amplio horizonte de la tutela de los derechos humanos.

El Derecho penal es ante todo un sistema normativo de leyes, debe recordarse, no aislado en un compartimento estanco sino en combinación con lo dispuesto en el sistema internacional de los derechos humanos.

Los derechos humanos, en particular la dignidad humana bien “primario e indiscutible”¹¹ son ante todo la finalidad última de todo instrumento jurídico penal; el derecho penal es la última ratio jurídica que aporta a los derechos fundamentales una tutela preventiva y a la vez represiva. Por tanto, los derechos humanos son primordialmente un límite al propio derecho penal, límite al precepto (el tipo) como límite también de la sanción¹².

Además, la pena capital es una sanción poco o nada disuasoria que asume características que la cualifican como un tratamiento sustancialmente inhumano, si se piensa en la incertidumbre de su aplicación y de su ejecución, y del plazo largo de detención que precede a la misma¹³. La jurisprudencia define el “trato inhumano” como todo trato que provoca sufrimientos mentales, físicos o

¹¹ G. Fiandaca “Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell’orizzonte sovranazionale” en “Diritti umani e diritto internazionale” vol. 1 n. 1 2007, p. 69 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Se ve en el ámbito regional en el famoso caso Soering decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1989 donde se declaró que la permanencia prolongada del condenado en el corredor de la muerte era calificable como un tratamiento inhumano según el artículo 3 del Convenio Europeo.

morales de una intensidad relevante, voluntaria e injustificada¹⁴. Por tanto, la única diferencia entre uno y otro, es el elemento de la "justificación"¹⁵. Los Estados objetores obviamente lejos de reconocerse culpables de violaciones de derechos humanos, reivindican con todo ahínco su derecho "nacional" exclusivo de proceder con la condena a muerte, si bien justificada.

Por último, otra objeción que fue impulsada por Egipto en un primer momento en los trabajos preparatorios fue la de que la sociedad internacional tiene el deber absoluto de respetar las creencias religiosas de las comunidades nacionales, especialmente islámicas. Acusando al consenso internacional de ser un imperialismo de valores occidentales, que intenta extenderse a toda la humanidad, desmantelando unilateralmente tradiciones jurídicas religiosas de algunos Estados, sin ahondar en el diálogo de civilizaciones. Indudablemente, el respeto de las tradiciones religiosas y culturales es claramente un deber de todo miembro de la comunidad internacional y la hipótesis de imponer una "religión universal" no parece muy realista, así como tampoco lo es, el afirmar que una recomendación como la que se examina venga a subvertir unilateralmente los sistemas penales de los Estados miembros y en consecuencia las creencias y tradiciones de estos, resulta una apuesta caprichosa.

En suma, las objeciones giran en torno a un único aspecto: la ausencia al día de hoy de un consenso internacional unívoco sobre el tema de la pena de muerte. Si bien la resolución tiene la naturaleza jurídica sólo de una recomendación, la adopción de tres actos consecutivos casi idénticos por el órgano más representativo existente y con un número tan elevado de adhesiones confirma la calificación de la pena de muerte como una violación de la dignidad humana y como una cuestión íntimamente unida a la de los derechos humanos, todo lo cual conduce gradualmente a una clara evolución de la *opinio iuris* internacional que se corrobora con la práctica de suspen-

¹⁴ F. Sudre "Torture et traitements inhumains et dégradants" en "Dictionnaire des droits de l'homme" PUF p. 931

¹⁵ F. E. Zimring, "la pena di morte - Le contraddizione del sistema penale americano" Il Mulino p. 67

siones e incluso la misma abolición (p.ej. como han hecho algunos estados miembros de los Estados Unidos).

Reseñable para alcanzar este objetivo ha sido el diálogo de cuya ausencia ha sido acusada, de forma injustificada, el foro internacional. A pesar de la falta de instrumentos vinculantes, la dialéctica ha prevalecido frente a imposiciones unilaterales lo que conduce a una labor progresiva de construcción del consenso internacional.

VI

**Relaciones de las mesas de trabajo
del coloquio internacional para
la abolición universal de la pena
capital celebrado en Madrid en
diciembre de 2009**

La prohibición de la pena de muerte en los sistemas convencionales de protección de los Derechos Humanos. Diciembre 10 de 2009

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. Colombia

Presidente: Gil Carlos: Director del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos

El objetivo central de la mesa fue analizar, el estado y perspectivas del Derecho internacional en relación con la pena de muerte; abordando los instrumentos internacionales más relevantes de carácter universal y regional. Así, como la incorporación con carácter general en los ordenamientos jurídicos mundiales de las reglas de *ius cogens*, en materia de defensa de derechos humanos y prohibición de la pena de muerte. De igual forma, se resaltó que el objetivo a corto plazo es la moratoria, y a largo plazo su abolición.

1. Nigel Rodley: Presidente del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex. Miembro el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

A partir de la relación entre el Derecho internacional y el comportamiento de los Estados, es preciso señalar que aún no se ha abolido en todos los Estados la pena de muerte. Desde 1948 con la Declaración de los Derechos del Hombre puede considerarse que la tendencia general ha sido abolicionista. En un primer momento, fue en América Latina, donde se desarrollaron las referencias de la Ilustración vinculadas con la abolición de la pena de muerte. En Europa la cuestión estaba más abierta, y el debate se aplazó, en principio para abordarlo como antítesis del Derecho a la vida., sin embargo, su desarrollo se ha desplegado en escenarios políticos, como la antigua Comisión de Derechos Humanos.

La Resolución 2857 (XXVI) de la ONU cuyo propósito era garantizar el Derecho a la vida, constituyó una restricción a la aplicación de la pena de muerte, se trataba de una declaración normativa clara, pero no lo suficientemente completa para la corriente abolicionista.

En 1990 en el Congreso de la ONU se debatió sobre la pena de muerte y el tratamiento de los delincuentes. Los países *retencionistas* no han aceptado este tipo de normativa, pero es posible que el Mundo no esté lo suficientemente preparado en este ámbito, hay países con buenas iniciativas, pero no se les da la importancia debida. Por ejemplo, el caso de Italia, que en la Convención de la ONU sobre Derechos Humanos en el órgano intergubernamental consiguió aprobar una Resolución sobre el llamamiento a la moratoria.

En 2002, se debatió una Resolución mucho más firme ante la Comisión, mientras se consiguiese la abolición, o en su lugar la moratoria, dicho debate aún no se ha planteado ante el Comité de derechos humanos. Durante 2007 y 2008 en el interior de la Asamblea se avanzó en el llamamiento a la moratoria y la restricción en la aplicación de la pena de muerte, aunque con mayor hincapié en la moratoria. Ello significaba una involución, pese a ello, se consiguió una mayoría aplastante por parte de los representantes y presentes, y en definitiva ello supuso un cambio radical respecto a la década anterior *retencionista*, siendo pues, un buen telón de fondo para entender la naturaleza a nivel de Tratados y de consenso.

Con relación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 6.1 destaca la primacía del derecho a la vida, éste no elimina por completo la aplicación de la pena de muerte, toda vez, que la posibilita, señalando restricciones y garantías que han de observarse como un juicio justo, el derecho de apelación, el derecho de clemencia frente a delitos más graves y la no retroactividad.

Del alcance del referido artículo 6, el Comité de Derechos Humanos, por cuanto a la abolición de la pena de muerte ha interpretado, que ésta sólo opera para delitos graves, lo cual implica una tendencia abolicionista para prevenir y retrasar la aplicación de la pena de muerte. Ello, se evidencia desde 1992 cuando el Comité aprobó unas disposiciones generales que contenían todas las medidas pro-abolición de la pena de muerte, como la exclusión de menores de 18 años, la no ejecución de mujeres embarazadas, su limitación frente

a crímenes graves. No obstante, la jurisprudencia que se ha desarrollado sobre el particular no ha sido muy amplia. En la actualidad, el Comité no ha vuelto a revisar estos aspectos, por ello resulta necesario que se reclame a los Estados abordar estos temas en el interior de las legislaciones nacionales.

Se plantea así la siguiente cuestión: la redacción significa que los Estados que han abolido la pena de muerte pueden introducirla. La respuesta debería ser afirmativa, el Comité no ha abordado la cuestión directamente. Lo anterior, se ha evidenciado en el caso contra Canadá en 1993, y en el caso contra Trinidad y Tobago en 2002. Frente al particular, la Corte interamericana desarrolla más aspectos: como la posibilidad de solicitar indulto o clemencia y que las ejecuciones no pueden llevarse a cabo antes de la presentación de recurso, entre otros.

En definitiva, puede señalarse que la tendencia ha sido abolicionista en el contexto del Pacto, sujeto a las excepciones de la aplicación de la pena de muerte en situación de guerra ratificada por 72 países.

2. Alejandro Sáiz Arnáiz: Universidad Pompeu Fabra, Juez *ad hoc* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Análisis en relación al ámbito del Consejo de Europa, las previsiones normativas en la abolición de la pena de muerte y los avances del Tribunal Europeo y la Comisión, respecto a la práctica de los Estados europeos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma 1950 supuso un avance en la abolición de la pena de muerte en los países europeos, no sólo por el momento en que fue expedido con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, sino además, porque en aquel tiempo muchas de las Constituciones europeas la tenían prevista como sanción.

En una sentencia de 2003 se señaló que, los territorios de Europa deben estar exentos de la aplicación de la pena de muerte, en ese caso, el Tribunal no habla de abolición, pero sí de zona exenta.

A nivel normativo, debe señalarse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 2.1 señala, que el derecho a la vida se encuentra protegido por la ley, y que la privación de ésta, sólo puede darse cuando exista una sentencia donde esté prevista dicha pena. Se destaca además, la importancia en la doctrina del artículo 3 del Convenio, que prevé la prohibición de la tortura y los tratos crueles, el cual ha sido objeto de interpretación por la extinta Comisión y el Tribunal, como limite a la voluntad de los Estados parte para extraditar a sus ciudadanos a países con pena de muerte. Ello, supone un debate entorno al alcance del artículo 2.1 del Convenio que prohíbe las penas inhumanas, y también del artículo 3 del mismo.

En el ámbito europeo el debate de la abolición se ha dado desde 1957. A finales de los 70 y 80, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa define la pena de muerte como una pena inhumana. En 1983, se firma el Protocolo VI por 47 Estados, el cual no ha sido ratificado por todos, tal y como sucede con Rusia. Dicho Protocolo tiene por objeto, la abolición de pena de muerte en tiempos de paz y su mantenimiento en tiempo de guerra o peligro de guerra inminente. Respecto del cual es preciso señalar.

1. En cuanto a la técnica de redacción, el artículo 1 consagra el derecho subjetivo que proclama su abolición, y que recuerda a los textos constitucionales, además la prohibición de derogaciones convencionales. En el artículo 1 se limita la voluntad de los Estados, los cuales, no son libres para formular reservas. Se prevé también la prohibición de suspensiones temporales.
2. Llama la atención que se anuncie en la memoria explicativa, que los Estados tienen la obligación de suprimirla para cumplir con el Protocolo.

A finales de la década del ochenta y principio de los noventa, se dio un elevadísimo número de incorporaciones al Consejo de Europa, lo que supuso la imposición a los candidatos de aceptar la moratoria. Es decir, condicionar su acceso a la abolición en su legislación nacional. Pese a ello, los compromisos se han cumplido a la fecha de forma irregular.

En la Cumbre de 1997, se efectuó un llamamiento a la abolición universal de la pena de muerte, el siguiente paso fue la elaboración del Protocolo XIII de 2001 que se abre a la firma en mayo de 2002. A la fecha, ha sido firmado por 42 Estados, sin ratificación 3 Estados: Armenia, Letonia y Polonia, 3 Estados sin firmar dentro del que destaca Rusia. El referido Protocolo está en vigor desde julio de 2003, y reproduce las formas del Protocolo VI.

En suma, ha existido una intervención normativa del Consejo de Europa, el cual ha estado en guardia permanente contra la pena muerte. Sobre el particular, existen dos o tres datos destacados como: la fijación del día europeo contra la pena de muerte, la existencia de Estados observadores como Estados Unidos, Japón, México y la Santa Sede, aunque los dos primeros practican la pena de muerte, se considera que falta un mayor impacto en los Estados Unidos. En Europa las últimas ejecuciones se llevaron a cabo en 1997, en países como Ucrania y Rusia.

Se verificó también un compromiso adicional en el Protocolo europeo de 2003, en aspectos relacionados con la abolición del terrorismo y el rechazo de la extradición a países que consagran la pena de muerte. Todo lo anterior, muestra claramente el compromiso del Consejo de Europa en la abolición de la pena de muerte.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha evolucionado en la interpretación de los artículos 2 y 3 del Protocolo, demostrando una corriente abolicionista en cuanto al alcance del Convenio de Roma de 1950. Puesto que el Convenio de Roma obliga a aplicar sus derechos formales y efectivos, no teóricos, es decir, propugna por la salvaguarda de los valores necesarios para garantizar el respeto de los Derechos humanos. Por otra parte, es un instrumento vivo a la luz de las condiciones actuales. Ello supone, una interpretación evolutiva, de apertura y garantista de los derechos humanos. También refleja que no está condicionado por la política legislativa interna.

En 1989, se planteó que la extradición no significaba *per se* violación a los artículos 2 y 3 del Convenio. El 19 de noviembre de 2009, el tribunal señaló expresamente que no se puede extraditar para afrontar un riesgo real de padecer una condena a muerte. Por tanto, el artículo 2 implica restricción a negar la extradición, ello

supone una respuesta contundente del Tribunal. A su vez, plantea una posición diferente a la sostenida en 2001, que hacía referencia a la naturaleza del delito por el que se solicita la extradición. Se impide de este modo, la extradición del sujeto pasivo para afrontar penas crueles o inhumanas, y en definitiva implica un cambio en la doctrina del Tribunal.

En la Sentencia Soering el Tribunal fijó que la pena de muerte no está impedida por el artículo 3 del Convenio europeo, ya que no se trata de una pena inhumana o degradante. Por su parte, en la Sentencia Oklam, se precisó que la práctica de los últimos 20 años tiene voluntad derogatoria. No obstante, ello no se ha concretado en los Protocolos VI y XIII, por tanto, debe esperarse a que todos los Estados decidan firmar y ratificar los 2 Protocolos. Aunque no hay unanimidad, si existe voluntad común, en aspectos como la garantía de ponderación en el modo del juicio y condena, la proporcionalidad penal, las condiciones de detención, y otros criterios de salvaguarda de los derechos humanos.

El Tribunal destacó también, que en los supuestos de incompatibilidad de los artículos 2 y 3 del Convenio, a la vista de la convergencia de los elementos, la pena de muerte debe estar excluida en tiempos de paz, en atención a lo previsto por el artículo 2 del Convenio. Destacando así, una dirección a favor de la abolición, por lo cual, condenó a Turquía. En definitiva, a juicio del Tribunal no hay espacio legítimo para la pena de muerte en los Estados democráticos, es una pena inaceptable por ser inhumana. También el Tribunal ha llamado la atención acerca de la posibilidad de efectuar una modificación legislativa del artículo 2. 1 del Convenio.

Sergio García Ramírez. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

América mira mucho hacia Europa. La Corte Interamericana representa una importante Institución que trabaja por garantizar el respeto de los derechos humanos, la cual se funda con la Convención de 1969, en vigor desde 1970, y que lleva a la fecha 30 años en funcionamiento. Existe una tendencia creciente a salvaguardar los derechos humanos en el contexto internacional, del mismo modo,

se presentan avances significativos en temas relacionados con los derechos de las víctimas como sucede con la reparación.

La Corte se enfrenta permanentemente con el tema de la muerte, en materias tales como: masacres, ejecuciones extrajudiciales, y la muerte punitiva. América puede agruparse al menos en tres Américas distintas, cada una con rasgos propios. Por su parte, el Sistema interamericano avanza hacia la construcción de criterios uniformes de aplicación para los 34 Estados de la región, 35 con Cuba, de los cuales, 24 son suscriptores de la Convención, 21 aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte, sin embargo, aún se presenta un desequilibrio. Respecto de Canadá y EEUU, éstos no son Estados parte de la Convención americana, por tanto sus casos no llegan a la Corte.

En América latina se ha venido integrando un espacio judicial latino, la Corte es una Corte latina, en cuyo interior se han producido decisiones importantes. Respecto de la América caribeña, ésta es la mayor proveedora de temas relacionados con la pena de muerte, y se han presentado casos emblemáticos en países como Trinidad y Tobago.

La Convención de 1969 presenta una corriente abolicionista, que no logró dominar el texto, en ella 14 Estados se manifestaron en contra de la pena de muerte, es decir a favor de la abolición en corto plazo, la mayoría buscaba la no supresión aunque estaban en contra. Se trató en consecuencia de una tendencia que no está consolidada en la Convención.

En el Protocolo de Asunción de 1990, se suprime la pena de muerte pero no de forma absoluta, sólo 11 Estados lo han suscrito. No se trata de un Convenio que sea justiciable ante la Corte, por tanto, ésta no tiene competencia contenciosa.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene tres vertientes encaminadas a la reducción y abolición de la pena de muerte como una tendencia mayoritaria, y a la constante invocación del principio *pro-homine*. La Corte da una relectura de los textos convencionales como textos vivos, e invoca textos internacionales, como la salvaguarda de los principios fundadores de las Naciones Unidas.

1. Opiniones consultivas: frecuentes, recurridas por los 34 Estados o por los órganos de la OEA, relacionadas algunas con la aplicación de la Convención de Viena. Las cuales plantean un orden de preocupaciones contra la pena de muerte
2. Sentencias: se han dado 5 desde 2002 a la fecha, entre otras en casos contra Trinidad y Tobago, Guatemala y el mundo caribeño. También se ha efectuado un examen de otros temas como la función del Derecho penal, las reglas del debido proceso, los criterios de peligrosidad, como temas conexos con la pena de muerte. En 2004 la Corte señaló que no hay que multiplicar las reiteraciones sino confirmar posiciones.
3. Medidas provisionales o cautelares: previstas en el artículo 4, y vinculadas con la proclamación del derecho a la vida.

La pena de muerte no procede en delitos políticos, pero sí en delitos graves, aunque las leyes caribeñas son permisivas al permitir la aplicación de la pena de muerte en todas las hipótesis del homicidio doloso. Reflexión en torno a los más graves delitos, cuyo producto se dio en la Declaración de Barbados en el entendido que han de reformar su legislación en este sentido, para no violar el artículo 2. *Cláusula ultra activa* de retención de la pena de muerte condenada por la Corte en el Caso de Barbados.

Temas de Constitución y ley, como la peligrosidad en la cual se efectuó un análisis de la legislación Guatemalteca, ya que esta figura ha sido desahuciada de los ordenamientos jurídicos de corte contemporáneo. Del mismo modo, la máxima exigencia procesal para que se aplique sólo en los delitos más graves, y no en delitos políticos y conexos. Tema del debido proceso uno de los más transitados, *debido proceso vs. preceptos de la Convención*.

- a. Garantías procesales generales: énfasis en delitos con pena de muerte y sus procesos. Garantías específicas, sustitución de esta pena, la aplicación de la gracia o sustitución por clemencia, cuando la Corte ha estimado que el recurso debe contar con revisión judicial, por una mala aplicación de la pena de muerte, el asunto debería volver. No solo invocar la causal de perdón.

- b. Detenido extranjero: *Opinión consultiva No 16*, derecho a la Asistencia consular en el caso de México. Concierno a Derechos humanos y debido proceso en cuanto a la información del detenido y alcance del derecho a la defensa. Debe hacerse inmediatamente antes que el inculpado rinda su primera declaración ante la autoridad, su ausencia puede comprometer el resultado del juicio. Existen circulares internos en las autoridades policiales para hacer efectivo este derecho.

Por último por cuanto a la ejecución de la pena, existe cierta falta de armonía en las Naciones federadas, para lo cual es necesario acudir a la cláusula federal. Especialmente en el caso de Estados Unidos, la situación de las cárceles estatales donde se aplica la pena capital, y las condiciones crueles en el corredor de la muerte, lo que hace que en aras de un sentimiento de humanidad se pide que se sustituya la pena de muerte por otra distinta. La situación en el corredor de la muerte es gravísima, aunque similar a la trágica situación carcelaria en toda América.

Para terminar tenemos que apuntar que la *cláusula federal*, le otorga relevancia siempre al ente central, y es cierto que hay casos en los que se ha observado problemas de coordinación de autoridades centrales y federales en países como Argentina y México, pero no suponen una inobservancia absoluta a las decisiones de la Corte.

Condiciones y límites de la cooperación legal internacional ante la pena de muerte¹

LUCA D'AMBROSIO

Doctor en Derecho

Universidad Segunda de Nápoles

El Presidente Fernando Mariño, Presidente de la Mesa redonda agradece a la Organización del Congreso, y da la bienvenida a los participantes, y presenta el tema de la mesa, subrayando el vínculo entre pena de muerte y la tortura, refiriéndose al artículo 33 del Convenio sobre los Refugiados y el artículo 7 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos).

La Señora Anabela Miranda Rodrigues, Directora de la Escuela Judicial de Portugal centró su intervención en la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre por un lado, la cooperación internacional en materia penal y las exigencias de seguridad subyacentes, y por otro lado, la protección de los derechos fundamentales. Esta necesidad se hace explícita en todos los instrumentos de cooperación internacional, de los Convenios de Extradición al mandato de arresto europeo, hasta la Carta de Derechos Fundamentales. En materia de cooperación internacional, existe un nexo de interdependencia entre estas dos exigencias antagónicas ya que la violación de los derechos fundamentales realizada por un Estado puede determinar el recelo de otros Estados, y por ende, paralizar la cooperación internacional (por ejemplo, después del 11 de septiembre de 2001, y el 11 de marzo de 2005). En lo relativo a la pena de muerte, es un elemento central en la cooperación judicial, principalmente entre la Unión Europea y los Estados Unidos. En estos últimos años, los Estados europeos han puesto en marcha una serie de medidas en el marco de la UE y del Consejo de Europa para impedir la aplicación de la pena de muerte en los Estados Unidos, especialmente, a través de la financiación de *Amicus curiae*, en los procesos penales

¹ Traducción Antonio Muñoz Aunion Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional UCLM.

norteamericanos, presiones diplomáticas, etc., en detrimento de los instrumentos clásicos como las garantías diplomáticas que cada vez más tienen un papel más marginal. La protección de los derechos humanos en el marco de la cooperación internacional en materia penal también ha sido garantizada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la Sentencia Soering se estableció el principio de que un Estado viola sus obligaciones que derivan del Convenio cuando procede a efectuar la extradición de un individuo a un país en el que éste corre el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes, especialmente en el caso de la permanencia en el corredor de la muerte. En virtud de la doctrina Soering, los Estados europeos han rehusado la extradición hacia los Estados Unidos, mientras que no se ofrezcan garantías de que la pena de muerte no será aplicada. Italia y Portugal han ido incluso más lejos, rechazando la extradición hacia todo Estado no abolicionista incluso cuando se den garantías de que no será ejecutado. Si bien esta orientación no ha modificado un ápice la actitud de los Tribunales norteamericanos, sí ha tenido efectos importantes en los mecanismos de *law enforcement* que son más destacables tras el 11 de septiembre de 2001 cuando varios Estados europeos han anunciado que rechazan la extradición de miembros de la Red Al Qaeda en el caso de que los fiscales norteamericanos exijan la pena de muerte. No obstante, otras formas de presión pueden producir efectos similares; por ejemplo, cuando el Fiscal General anunció que pediría la pena de muerte para un ciudadano francés acusado de participar en la Red Al Qaeda, el gobierno francés, de forma inmediata, amenazó con paralizar el intercambio de información de inteligencia. La aplicación de la pena de muerte a los ciudadanos extranjeros ha llevado a los Estados Unidos ante el Tribunal Internacional de Justicia (por ejemplo, Paraguay c. Estados Unidos en 1998; y Alemania c. Estados Unidos en 2001) por violación del Convenio sobre relaciones consulares que obliga al país de residencia del extranjero a informar a su país de origen. A pesar de su ineficacia, del hecho de que Estados Unidos no haya respetado las sentencias, estos procesos han demostrado la capacidad de presión de los Estados europeos sobre Estados Unidos. Si bien no es del todo realista pensar que la Unión Europea pueda exportar, sólo por su capacidad exterior, todo su acervo hacia países terceros, el Acuerdo de cooperación entre Unión

Europea y los Estados Unidos, así como el Acuerdo entre la UE y los países mediterráneos, muestran que los Estados a pesar de sus diferencias, pueden reforzar su cooperación y al mismo tiempo respetar los derechos humanos.

SANDRA L. BABCOCK

Profesora Universidad Northwestern Chicago EEUU

Presenta la problemática relativa a las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia contra Estados Unidos. El artículo 36 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares establece el derecho de los ciudadanos extranjeros detenidos a la notificación consular, a pesar de ser firmada en 1969, este Convenio no ha sido jamás aplicado por los Estados Unidos. En varios casos de condenas a muerte, frente a las presiones diplomáticas de los gobiernos de sus nacionales, el gobierno de Estados Unidos se ha limitado a responder con una nota diplomática de excusa, afirmando que no existía vía ulterior de recurso en el orden nacional. Por tanto, el Tribunal Internacional de Justicia ha sido cuestionado en este punto por el gobierno de México. En su decisión *Avena et al* de 2004, el Tribunal Internacional de Justicia ha rechazado la demanda del Estado recurrente de que todos los nacionales mexicanos tienen derecho a un nuevo proceso a causa de la violación de sus derechos consulares, y se contentó con declarar que los ciudadanos extranjeros tenían el derecho a un recurso judicial con objeto de determinar cómo sus derechos se habían visto afectados por la violación de sus derechos consulares. En contraste con otras decisiones, como la que dictó la Corte Interamericana, la sentencia *Avena* debe considerarse como una decisión conservadora. Los Estados Unidos estaban obligados a respetar el fallo, el ex-Presidente Bush había aprobado una orden dirigida a los tribunales nacionales para que pusieran en marcha la sentencia del TIJ. Sin embargo, Texas rechazaba cumplir con la misma, presentó el caso al Tribunal Supremo de Estados Unidos que declaró en su sentencia *Medellín* de 2008 que la decisión del TIJ no era obligatoria para las jurisdicciones de los Estados Unidos en ausencia de una

ley nacional o federal de transposición. En otros términos, según el Tribunal Supremo, la Carta de las Naciones Unidas carece de aplicabilidad directa. Actualmente, se ejerce toda la presión posible en el Congreso y en la Administración Obama para que se adopte una legislación derivada del asunto Avena y se aplique en el orden jurídico americano. Al mismo tiempo, resulta deseable que la Comunidad internacional realice esfuerzos idénticos para convencer a la Administración Obama a respetar las obligaciones derivadas del Derecho internacional.

ADÁN NIETO MARTÍN

Profesor Universidad de Castilla-La Mancha

Su intervención se centra en cuestionarse cómo la cooperación judicial internacional puede ser utilizada para obligar a otros Estados a no aplicar la pena capital y también cómo los órdenes jurídicos deben ser utilizados con objeto de que la cooperación judicial sea desarrollada en el respeto de los principios fundamentales del derecho penal. Para hacer esto, se basa en tres modelos de cooperación judicial, contruidos sobre la base de tres intereses claves: 1) la represión de crímenes; 2) las relaciones internacionales; 3) el respeto de los derechos fundamentales.

El primer modelo, clásico, privilegia las relaciones internacionales e impide todo juicio de valor sobre el orden jurídico del país con el que la cooperación se ejerce (p. ej, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1960 que prohibía a Alemania rechazar la extradición a un país donde la pena de muerte sería aplicada). Un segundo modelo, totalmente opuesto, que considera a la cooperación judicial como producto del ejercicio de su propio *ius puniendi*, tal y como se diseña en la Constitución y en las jurisprudencias constitucionales internas. Este modelo sería muy útil "para exportar los derechos" pero tiene el riesgo de anular todo margen nacional de apreciación. Por último, también existe un modelo intermedio que presupone la definición de un núcleo duro de derechos fundamentales cuyo respeto debe constituir un requisito para garantizar la

cooperación judicial. Es necesario estar de acuerdo en el contenido de estos derechos fundamentales. Por supuesto, el derecho a la vida debe ser parte integrante. En consecuencia, primero, no se permite la cooperación judicial si existe riesgo de pena de muerte; segundo, no se permite la cooperación judicial cuando la pena consista en tratos inhumanos y degradantes, incluyendo la reclusión a perpetuidad sin respetar los criterios que establece la jurisprudencia; y para ir más lejos, estas consideraciones no deben quedar limitadas a la cooperación judicial, sino extenderse a todas las formas de cooperación, ya sean policiales, o de servicios de información. Finalmente, a este núcleo duro, habría que incluir el derecho a un proceso justo, cuyos contenidos fundamentales deben quedar definidos a nivel internacional. Sin embargo, no se pueden descuidar las exigencias de seguridad, en este sentido, la regla que debe ser desarrollada es la de *aut federe aut indicare*. En conclusión, no es posible hacer avanzar los derechos fundamentales sin tomar en consideración otros aspectos, especialmente, las exigencias de seguridad.

MICHAEL RADELET

Profesor Universidad de Colorado EEUU

Su exposición se refiere a los ejes sobre los cuales las investigaciones europeas sobre la pena de muerte podrían girar. De hecho, existen dos aproximaciones para oponerse a la pena de muerte; una aproximación que se opone a la pena de muerte, teórica, y otra que se opone a como se aplica la pena de muerte. El recurso al argumento jurídico —la pena de muerte representa una violación de los derechos fundamentales— constituye un ejemplo de argumento del primer ejemplo; y no ha tenido ningún resultado como lo muestra los enconados enfrentamientos que se han producido en los últimos 30 años. En efecto, la opinión pública en Estados Unidos considera que su gobierno tiene el derecho a matar en determinadas condiciones. Al contrario, habría que tomar en consideración la segunda aproximación, la pena de muerte como tal y como se aplica, y encontrar argumentos que sean susceptibles de cuestionarla. Los

argumentos muy utilizados durante las décadas de los setenta y ochenta, como prevención e incapacitación han sido ya abandonados, y se podría utilizar un argumento como el de los costes de la pena de muerte, dado que numerosos estudios han demostrado que la pena de muerte es mucho más costosa que la reclusión a perpetuidad como lo demuestra la elección del Estado de Maryland. Otros argumentos que se han presentado, como el racial o el de los errores judiciales —pueden producir buenos resultados. Todo ello con el fin de demostrar que los argumentos para oponerse a la pena de muerte mutan en el tiempo y que la actividad de los criminólogos y de los investigadores en las ciencias sociales es fundamental para su renovación y enriquecimiento. Sí en la década de los noventa, el libro *Dead Man Walking* tuvo un gran éxito; en esta década, hay que destacar un libro de David Johnson y Franklin Zimring *The next frontier National Development. Political Change and Death Penalty in Asia*, muy completo en sus datos y revelador. Hace falta continuar con la investigación sobre la pena de muerte en Europa y oponerse con rigor frente a los argumentos que se han utilizado en los Estados Unidos durante estos últimos treinta años para defender la pena capital. Con esta finalidad, podemos señalar los programas específicos que se han desarrollado en Estados Unidos, como el programa financiado por George Soros —Funders against the Death Penalty— que pueden ayudar a financiar trabajos o tesis sobre la pena de muerte. Mediante estos trabajos se podrá continuar creyendo en lemas como “life is better than death” y “to keep hope alive”.

JOSÉ CAPEL

Profesor Universidad de Buenos Aires

Su intervención se centra en una reflexión sobre las presiones que los países de la Unión pueden ejercer en los países retencionistas. Los Estados Unidos son una causa perdida para cualquier avance —salvo por el Estado de Maryland que abolió la pena de muerte por motivos económicos— La Unión Europea debe concentrarse en otros países utilizando tanto los instrumentos económicos como ju-

rídicos; por ejemplo, una moratoria sobre la deuda pública de Guatemala y Cuba —que son los dos únicos Estados no abolicionistas de América Latina— podría considerarse a cambio de la abolición de la pena de muerte en estos países. E incluso, China que cuenta con alrededor de 7000 condenas a muerte en 2008, más de 1700 de ellas ejecutadas, tiene un gran interés por seguir siendo considerada como un país en desarrollo en el marco de la Organización Mundial del Comercio, por lo que la Unión Europea tiene un papel esencial para negociar el mantenimiento de este estatuto en el seno de la OMC vinculándolo a la moratoria de la pena de muerte.

ANTONIO FERNÁNDEZ TOMÁS
Profesor Universidad de Castilla-La Mancha

Su intervención vuelve a las cuestiones que suscitan las sentencias emitidas por el Tribunal Internacional de Justicia contra los Estados Unidos, planteando la cuestión de cómo los Tribunales internacionales pueden contribuir a la abolición de la pena de muerte. Por un lado, mediante razonamientos bien elaborados que puedan evitar o retrasar las ejecuciones: por otro lado, y estas si son, a priori sin lugar a dudas, un instrumento muy eficaz, se podría acudir a la figura de las medidas provisionales que en los casos más urgentes podrían evitar que los fallos llegarán demasiado tarde. Este ha sido el proceder del Tribunal Internacional de Justicia en los asuntos contra Estados Unidos sobre la violación del Convenio de Viena sobre relaciones consulares, Asuntos Breard de 1998, Legrand de 2001, Avena de 2004, y Medellín de 2008. El Convenio que establece derechos inviolables para todos los extranjeros detenidos en un país, muy particularmente, el derecho de comunicación y acceso; el derecho a recibir asistencia consular, el derecho a que el consulado organice su propia defensa. Dicho esto, queda por preguntarse cuáles son los efectos de la violación de estos derechos durante el proceso. El TIJ utilizando un argumento anterior elaborado por la Corte centroamericana, ha declarado que estos derechos son ejercitables por los ciudadanos extranjeros en el Estado de residencia con la con-

secuencia de la nulidad de los procesos nacionales. Sin embargo, es necesario considerar que el proceso penal estadounidense plantea un obstáculo a estos efectos, el sistema americano conocido como Procedural Default impide invocar para un recurso un medio que no fue ejercido en primera instancia. Para dar cumplimiento a las sentencias emitidas por el TIJ, el antiguo Presidente Bush firmó un memorando que ordenaba a las jurisdicciones nacionales respetar la legalidad internacional, bien fuera por una razón de cortesía diplomática, sólo una jurisdicción ha procedido a la revisión del proceso (Asunto Valdo Torres), y sólo una ha conmutado la pena de muerte por cadena perpetua (Asunto Rafael Camargo) a condición de que el condenado renunciara a la revisión del proceso. Entre tanto, el Tribunal Supremo declaró en el 2008 que el memorando firmado por Bush era inconstitucional, y la sentencia Avena no era self-executing. En lugar de aplicar una ley que permitiera la aplicabilidad directa de la sentencia Avena —algo necesario en un sistema dualista como el de los Estados Unidos— se optó por una medida mucho más traumática desde el punto de vista del Derecho internacional, como es retirar su firma del Convenio de Viena. Así, no sólo se han situado en una posición que impide cumplir con obligaciones internacionales, sino también en una posición que les permite evitar toda formación de jurisprudencia posterior que les pueda ser contraria. Le queda un largo camino por recorrer al reciente condecorado Nobel en el camino de la paz, si realmente desea una modificación real de las cosas, y una nueva relación con el resto de países, debe hacer comprender a la Comunidad internacional que el gobierno de los Estados Unidos desea respetar las obligaciones internacionales, especialmente aquellas que provienen de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en un ámbito tan cercano a los derechos humanos como es el de la aplicación de la pena de muerte.

El debate en las regiones del mundo

CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN
Universidad Pablo de Olavide Sevilla

El objetivo de esta mesa es, según su moderador, Francisco Muñoz Conde, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, repasar el estado de la cuestión en los diversos continentes. Pero en su opinión, en este debate hay que tener en cuenta la dura realidad política, económica y social en la que se encuentran las regiones más pobres del planeta, donde la pena de muerte en sus diversas formas de aparición es una experiencia de la vida cotidiana. Aunque tampoco cabe olvidar que la pena capital es una realidad legal en los países más poderosos del mundo, como EEUU, Japón y China, que en este sentido constituyen un mal ejemplo para el resto de la comunidad internacional.

Para Muñoz Conde, el panorama europeo y las declaraciones internacionales en favor de la abolición de la pena de muerte son desgraciadamente modelos aislados en un mundo preñado de violencia y de penas de muerte, legales, paralegales o abiertamente ilegales. Ello sin embargo no exime del debate, sino que, más bien al contrario, obliga a debatir en profundidad sobre la pena de muerte, más allá del cómputo puramente numérico de los países en los que ha sido abolida o en los que puede llegar a serlo.

Tras esta introducción, toma la palabra Carlson Anyangwe, Catedrático de Derecho internacional y humanitario en Sudáfrica y miembro del grupo de trabajo sobre la pena de muerte en África de la Comisión Africana de Derechos Humanos, quien, en un acercamiento histórico a la cuestión, comienza resaltando que la pena de muerte ya existía en el África precolonial. Sin embargo, por muy grave que fuese el delito no era obligatorio aplicarla, sino que existían otras alternativas, como el exilio temporal (pena que es muy grave en comunidades con vínculos estrechos). Otro elemento interesante del África precolonial era el enfoque basado en la reconciliación y la paz: con mucha frecuencia se practicaban rituales en los que el responsable confesaba su crimen y la familia de la víctima aceptaba

sus disculpas, y se producía la reconciliación, estableciéndose una compensación simbólica que expresaba el reconocimiento del delito cometido por el culpable y su deseo de reintegrarse en la sociedad.

Ya en la época colonial, los distintos países africanos heredaron el marco legislativo de las potencias coloniales, introduciéndose así la pena de muerte en muchas colonias (excepto en las portuguesas, debido a que Portugal ya la había abolido en su territorio). Lo curioso es que, cuando finalmente llegó la independencia, los países coloniales retuvieron la pena de muerte aunque en las antiguas potencias coloniales se había abolido ya. Hasta el punto de que, actualmente, sólo 19 países la han abolido legalmente, los demás Estados son abolicionistas *de facto* o retencionistas.

En opinión de Anyangwe hay que tener en cuenta, además, que África es un continente que tiende, más que a fortalecer las instituciones, a dejarse guiar por “hombres fuertes”, que se presentan ante la opinión pública como hombres firmes, preparados para luchar contra la delincuencia. Así, aunque haya países en los que no ha habido ejecuciones en los últimos 20 años, existe el riesgo de que un “hombre fuerte” llegue al poder, por ejemplo mediante un golpe de Estado, y restaure la pena de muerte.

Pero incluso en los países africanos con gobiernos democráticos existe el peligro de que las moratorias legales o *de facto* lleguen a su fin. En muchos de ellos la normativa vigente permite la imposición de la pena de muerte y, aunque en la práctica no se aplique, nada impide que un juez la imponga. Y lo cierto es la opinión pública sigue estando muy a favor de la pena capital, en Sudáfrica y en todo el continente.

Para el grupo de trabajo en materia de la pena de muerte, éste es precisamente uno de los retos que ha de enfrentar. Y al respecto, en la reunión de Kigali (donde tuvo lugar la conferencia por tratarse Ruanda de un país en el que, a pesar de haber pasado recientemente por un genocidio, se ha abolido la pena de muerte), y a pesar de que la diversidad del continente africano dificulta a veces llegar a un consenso, hubo acuerdo en que la pena de muerte no debe dejarse en manos de la opinión pública, ni siquiera someterla a referéndum, al menos hasta que no haya un debate serio.

Por otro lado, se oye a menudo en África un argumento referente a que el Derecho internacional y los derechos humanos son imposición de occidente, que no tiene en cuenta los valores y la cultura africana. Pero el continente africano debe basarse en sus propios valores. En cuanto al tema de penas alternativas creíbles, el grupo de trabajo ha intentado precisamente analizar la cultura africana, en especial lo relativo al enfoque basado en la reconciliación.

En cualquier caso Anyangwe entiende que el debate de la pena capital debe probablemente ampliarse e incluir nuevos conceptos, por ejemplo el de las condiciones penitenciarias, ya que en ocasiones la situación de las prisiones en África es tal (falta de alimentación, de asistencia médica, etc.) que es casi como una condena de muerte. Y también cree necesario ampliar la perspectiva y aceptar la enorme influencia que tiene la sharia en la legislación de países como Argelia, Nigeria o Senegal, por lo que en su opinión se debería intentar involucrar en la lucha contra la pena de muerte a las autoridades de la región y a las personas que trabajan en materia de la ley islámica.

Por su parte, Verónica Yamamoto, de la Universidad de Kyoto, abordó en su exposición la situación de Japón. La Constitución de Japón, de 1946, no hace referencia a la pena de muerte, pero el Código penal la tiene prevista para 18 delitos en materia de delitos contra el Estado, contra la seguridad pública, y contra las personas, aunque la mayoría de las condenas en las que se impone se refieren a casos de homicidio o robo con resultado muerte con múltiples víctimas.

Muchas críticas se han formulado contra la pena de muerte en Japón, por ejemplo por contradecir la Constitución en cuanto ésta reconoce el derecho a la vida y prohíbe la tortura y las penas crueles, pero la Corte Suprema de Justicia, en un fallo de 1948 y otros posteriores, ha declarado su constitucionalidad.

En 2009, hasta diciembre se habían llevado a cabo 7 ejecuciones y se registraba un total de 103 condenados en espera de su ejecución. Según la legislación vigente, en los seis meses siguientes a la sentencia firme el Ministro de Justicia debe emitir una orden, tras la cual la pena de muerte debe ser ejecutada en el plazo de cinco días. Pero en la realidad los plazos entre la sentencia firme y la ejecución de la

pena son muy extensos, alcanzando actualmente, en casos de pena de muerte sin peticiones posteriores, una media de 8 años, plazo que, en caso de apelaciones y peticiones de revisión y nuevo juicio, puede prolongarse hasta 30 años. Sin embargo, en 1985 la Corte Suprema afirmó la conformidad a la Constitución de dichos plazos de espera por considerar que no son penas ni tratos crueles.

En cuanto a la opinión pública, encuestada por encargo del poder ejecutivo cada 5 años, es claramente partidaria de la pena de muerte. En septiembre de 2004, el 6'8% se manifestó a favor de la abolición, mientras que el 81'4% defendían su permanencia. Los argumentos usados por los retencionistas eran, entre otros, que los delitos graves debían ser compensados con la vida, y que si la pena de muerte se aboliera, quedarían insatisfechos la víctima y/o sus familiares y se incrementarían los delitos graves.

En cuanto a la práctica de la pena de muerte, en opinión de Yamamoto vive Japón un periodo de expansión que puede observarse en al menos tres signos cualitativos. En primer lugar, los fiscales han adoptado una política más agresiva al formular acusaciones con pena de muerte, solicitándola actualmente en supuestos en los que anteriormente no la hubieran considerado, como por ejemplo en casos de víctima única o de delincuentes juveniles. En segundo lugar, los tribunales tienden a imponerla en un mayor número de condenas. Y en tercer lugar, los medios de comunicación, incluso los más progresistas, dan un creciente apoyo a las acusaciones, condenas y ejecuciones de pena de muerte.

Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, para Yamamoto la tendencia que se impondrá a largo plazo en Japón es la de la limitación de la pena de muerte y su final abolición, en especial porque los no abolicionistas se apoyan en bases poco firmes para fundar su postura, la que, con suficiente información, podría modificarse. Otros factores que podrían jugar un rol decisivo a favor de la abolición son, de un lado, la tendencia a la armonización internacional que ha mostrado históricamente Japón en el contexto internacional; de otro, la implementación de los juicios por jurado desde junio de 2009, que serán obligatorios para los delitos con pena de muerte; y de otro, la posibilidad de recurrir a la prisión perpetua sin libertad

condicional como alternativa a la pena de muerte, al menos como paso transicional.

Por su parte, Fernando Cruz Castro, del Instituto de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, y miembro de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se centró en la situación en América Latina.

En la actualidad, como pone de manifiesto una investigación en curso del ILANUD, en la región existen dos países que mantienen la pena de muerte: Cuba y Guatemala. En Bolivia, Chile, Salvador, Honduras y Paraguay también se prevé esta pena, pero sólo para delitos militares. Existe un Protocolo sobre abolición de la pena de muerte, pero Bolivia, Colombia, Cuba, Salvador, Guatemala, Panamá y República Dominicana no lo han firmado. Por su parte, Costa Rica abolió la pena de muerte en 1882, y de hecho se había abolido desde 1870.

En opinión de Cruz Castro, en América Latina hay dos factores importantes que explican la situación actual de la pena de muerte y que conducen a que ésta tenga, incluso, visos de poder reinstalarse.

En primer lugar, resulta de gran trascendencia la existencia de una cultura de la muerte, patente no sólo en recientes y sangrientas guerras civiles (como las de El Salvador y Guatemala), sino también a través de las ejecuciones extrajudiciales (que es la forma en que la cultura de la muerte ha subsistido en países abolicionistas, tanto del Cono sur como en América central), y de una situación de violencia excesiva. Y es que Centroamérica es, después de Sudáfrica, la zona del mundo con mayor índice de violencia del mundo, con un promedio de 29'3 homicidios por cada 100.000 habitantes.

Pero, en segundo lugar, en la región resulta un factor importante el bajo nivel de desarrollo social. Porque, en opinión de Cruz Castro, aunque haya países desarrollados (como Japón) que mantienen la pena de muerte por otras razones, hay conexión entre pena capital y desarrollo social. Y Centroamérica presenta índices de desarrollo social muy pobres, con excepción de Costa Rica y Panamá. Además, en los últimos años la pobreza ha aumentado, hay una alta incidencia de la delincuencia, el Estado se ha retraído y la vigilancia

ha caído en manos privadas, lo que aumenta el estado de histeria social. Todo ello, junto a la debilidad de las instituciones de las democracias de nuevo cuño y al uso del populismo punitivo, conducen a una opinión pública favorable a la pena de muerte. Las encuestas muestran por ejemplo que, en un país abolicionista como Costa Rica, el 52-53% de los entrevistados está a favor de la pena capital.

A pesar de este contexto, sin embargo, Cruz cree que cabe resistir esta tendencia, y reafirmar y extender el abolicionismo, con el fin de lograr el abandono definitivo de esta forma perversa de utilizar el Derecho penal y, de paso, imponer un límite al poder en una zona, como América Latina, donde a veces existe el convencimiento de que el poder lo puede hacer todo. Para ello la estrategia deberá pasar, de un lado, por adoptar un enfoque específico para Cuba y Guatemala y, de otro, por luchar contra la cultura de la muerte y el populismo punitivo, y fortalecer las instituciones democráticas. En cualquier caso, en este proceso es importante el papel de la Corte Interamericana y de las Cortes Constitucionales de cada país en la interpretación y aplicación del Pacto de San José, en cuanto éste proclama el fin resocializador de las penas, incompatible, desde luego, con la pena capital.

Por su parte, la situación rusa fue abordada por Svetlana Paramonova, colaboradora del Max Planck Institut, en Alemania, quien comenzó su exposición poniendo de manifiesto que la Federación Rusa sigue teniendo actualmente normas que permiten la pena de muerte. Así, el art. 20 de la Constitución establece que la pena de muerte es aplicable a los delitos más graves, siempre y cuando se imponga en un juicio con jurado. Por su parte, el art. 59 del Código penal recoge la pena de muerte como pena aplicable, estando prevista para cinco delitos: homicidio con premeditación y alevosía, asesinato de cargo público, de un juez o de un policía, y genocidio. No obstante, ninguno de estos delitos prevé la pena capital como obligatoria, teniendo como alternativa bien la cadena perpetua, bien la privación de libertad por un periodo que puede ir de los 8 a los 25 años. Se regula además expresamente que no cabe imponer pena de muerte a embarazadas, menores de 18 años o mayores de 65.

Sin embargo, a pesar de dicha normativa, la Federación rusa pertenece a ese grupo de países donde la pena de muerte se ha abolido

de facto. De hecho, la última persona ejecutada lo fue en 1996. A esta situación se ha llegado, en primer lugar, por un Decreto del Presidente en 1996 denominado “Reducción gradual en la aplicación de la pena de muerte con motivo de la entrada de Rusia en el Consejo de Europa”, que introdujo una moratoria *de facto*. De gran trascendencia fue también, en segundo lugar, una decisión del Tribunal Constitucional de 1999 en la que se declaró una moratoria con el argumento de que, dado que no era posible tener juicios con jurado en todas las regiones de la Federación, sería ilegal aplicar la pena de muerte. El Tribunal Constitucional ampliaba, así, la moratoria hasta que todos los territorios tuvieran juicios por jurado, es decir, hasta el 1.1.2010, fecha a partir de la cual se implantarán en Chechenia, que era la última República que quedaba por instaurarlos. Sin embargo, y en tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha decidido en una sentencia de 2009 que la moratoria debe ampliarse y prorrogarse hasta la firma por parte de Rusia del Protocolo n° 6 a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En resumen, aunque siguen vigentes las normas que permitirían aplicar la pena de muerte, actualmente en la Federación Rusa la pena capital se ha derogado *de facto* a través de las mencionadas decisiones y sentencias, por lo que sólo queda abolirla formalmente.

Por último, y entroncando ya con la siguiente mesa, dedicada a las condiciones y límites de la cooperación legal internacional ante la pena de muerte, intervino Anabela Miranda Rodrigues, Directora de la Escuela Judicial de Portugal, quien comenzó poniendo de manifiesto la relación entre ambos temas, esto es, la situación en cada una de las regiones del mundo y la necesidad de cooperación entre los Estados en un nuevo orden global de los derechos humanos. En efecto, la obligación de proteger los derechos individuales no se puede considerar como barrera para la cooperación, sino que, más bien, para garantizar la seguridad, los Estados deberán asegurar el equilibrio correcto entre libertad y seguridad de manera que el objetivo legítimo de esa seguridad no socave los mismos derechos que se pretende salvaguardar.

Y en el núcleo de la cooperación internacional está siempre la extradición. Al respecto, los Estados deben asegurarse de cumplir sus

obligaciones internacionales. Sin embargo, en la cooperación entre Europa y EEUU en los últimos tiempos la pena de muerte se ha convertido en un tema que genera cada vez más tensiones. Los países europeos han tomado una serie de medidas, dentro de la Unión Europea y del Consejo de Europa, para conseguir que se erradique la pena capital en Estados Unidos, con campañas informativas contra la pena de muerte y financiación de intervenciones en los tribunales norteamericanos, y a través de diversos esfuerzos diplomáticos. Las garantías diplomáticas son vistas cada vez más como la solución a estas tensiones, tanto en la práctica, como en acuerdos formales recientes, como ocurre en los Tratados entre la Unión Europea y EEUU en materia de extradición y asistencia legal mutua donde se prevé, respectivamente, que el Estado europeo al que se solicita la extradición sólo puede concederla con la condición de que no se imponga la pena de muerte, o de que, si se impusiese, no se ejecute, y respecto a la asistencia legal mutua, que los Estados miembros se pueden negar a prestarla si ello puede conducir a la pena de muerte.

También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy clara en relación a la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos. Así, en el caso *Söering* contra el Reino Unido, en 1989, se estableció que un Estado miembro violaría la Declaración Europea de Derechos Humanos si extraditara a una persona a un Estado donde pudiese sufrir pena de muerte, no por la pena capital en sí, sino en cuanto el fenómeno del corredor de la muerte constituiría un trato degradante, contrario al art. 3 de la Convención Europea. Tras el caso *Söering*, los Estados europeos se han negado a conceder extradiciones a Estados Unidos a no ser que se reciba esa garantía explícita de que el extraditado no va a ser condenado a muerte.

Por otra parte, la imposición de pena de muerte a ciudadanos extranjeros ha hecho que EEUU haya sido demandado ante la Corte Internacional de Justicia. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Paraguay* contra EEUU, de 1998, y el caso *LaGrand*, del año 2001, en los que Paraguay y Alemania acusaron a EEUU de haber infringido la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que obliga a informar sobre la detención de ciudadanos extranjeros en su terri-

torio. Al respecto, la Corte ha sido muy crítica con EEUU por su actuación en el caso LaGrand, llegando a afirmar que en dicho país se aplicaba la pena de muerte sin las debidas garantías.

En resumen, la necesidad de luchar contra problemas graves requiere de una cooperación cada vez más estrecha. La UE y los EEUU, y sus acuerdos en materia de cooperación judicial y extradición, constituyen un ejemplo de cómo, a pesar de las diferencias que hay entre ambos continentes, es posible la cooperación en materia penal al mismo tiempo que se garantizan y protegen los derechos humanos. Y otro buen ejemplo lo constituye la Declaración de Barcelona de 1995, que sentó las bases del diálogo y de la cooperación entre la Unión Europea y los países del Mediterráneo. Es necesaria una estrecha colaboración entre estos países que respete a cada individuo y sus derechos, como el derecho a la vida, que debe constituir la base de dicha cooperación.

Diplomacia y política internacional en la lucha contra la pena de muerte

AMAYA ÚBEDA DE TORRES

Investigadora García Pelayo del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid

Palabras del presidente de sesión: Embajador Rafael Valle

El tema planteado en esta última mesa redonda de la tarde es un tema fundamental, ya que se trata de analizar la fase de acción. Los derechos humanos son universales y cada vez hay menos países que no lo consideren así; existe, además, no sólo la obligación de velar por los derechos humanos de los nacionales, sino que también corresponde a los Estados una obligación de denuncia de las violaciones de derechos humanos que se producen en otros lugares. En esta mesa redonda contaremos con la participación, en el siguiente orden, de:

- a. El Sr. Mohammed Chorfi, antiguo Ministro de Justicia de Argelia y hoy consejero del Presidente de la República de Argelia.
- b. El Sr. Eduardo Vetere, ex-director de la división de tratados de las Naciones Unidas contra la droga y el crimen (UNODC)
- c. El Sr. Juan Duarte Cuadrado, Director de la oficina de derechos humanos del Ministerio de Asuntos exteriores de España y presidente del grupo de trabajo derechos humanos-Unión Europea.
- d. También está representada la asociación Ensemble contra la Peine de Mort.
- e. El Profesor Stefano Canestrani, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia
- f. El Sr. Juan de Matos, representante de la Coalición Mundial contra la Pena de Muerte.

Sr. M. Chorfi

Hablar sobre diplomacia y política internacional significa hablar de planes de acción, trazar objetivos y buscar estrategias. La pena de muerte sigue existiendo, luego es necesario encontrar una estrategia, basando la reflexión en dos aspectos:

- Para aquellos países que aún no han abolido la pena de muerte, el derecho aún puede aportar cambios esenciales, pero para ello es necesario que exista previamente consenso político. Es necesario resaltar la legitimidad de las instituciones que proponen esta cuestión para que sean aceptadas por la sociedad. En Turquía ha habido un acelerador: la entrada en la Unión Europea, pero ése no es el caso del Magreb o de Argelia, que es un país inestable políticamente y que ha optado por la opción de aplicar al menos la moratoria de la pena de muerte. En efecto, Argelia es el único país árabe a favor de la resolución de la AGNU sobre la moratoria. En el año 2006 se hizo un proyecto de ley sobre la abolición de la pena de muerte, pero fue rechazada, lo que demuestra que aún no hay el consenso suficiente, pero que el movimiento de la sociedad civil está en marcha, un movimiento de transformación que dura ya 25 años.

La moratoria es “cómoda” para Argelia, pero es sólo aplicable para la ejecución de la pena de muerte y no se aplica a mejorar la situación de los detenidos en las prisiones, que siguen siendo condenados a muerte y además en condiciones de aislamiento total. Lo que hace falta cambiar, por tanto, es la “cualidad” de la moratoria para que se aplique al régimen penitenciario de los condenados a muerte.

- El otro gran tema es el de la relación de la *Sharia* con la pena de muerte. La religión musulmana no es lo que está en el punto de mira, sino la interpretación humana de la misma. Así, se trata aquí de la intangibilidad de las penas establecidas por la *Sharia*, que algunos países afirman, mientras que otros se oponen. Habría que analizar las condiciones que la *Sharia* exige para imponer la pena de muerte y las condiciones de aplicación.

Nuestra acción abolicionista debe concentrarse en los derechos de la defensa, pero hay cuestiones jurídicamente complejas, por ejemplo, en lo que se refiere a las circunstancias atenuantes. Así, los tribunales debían aplicar de forma cuasi-automática la pena de muerte si las circunstancias atenuantes eran rechazadas. Por tanto, los tribunales recurrían en muchas ocasiones a la aplicación de estas circunstancias, aunque no concurriesen. Las penas obligatorias son, pues, las que deben desaparecer.

Argelia, a principios de 2000, tiene un proyecto penitenciario piloto. Se busca con él que los detenidos de larga duración puedan trabajar y eso facilite su reinserción social a su salida, así como reembolsar sus deudas hacia las víctimas. Sin embargo, se trata de nuevo de una cuestión a desarrollar por la diplomacia, en conjunción con España.

Sr. E. Vetere

Ha habido progresos diplomáticos importantes que han llevado a la AGNU a votar la moratoria en el camino hacia la abolición total de la pena de muerte, una iniciativa esta última del gobierno español a desarrollar durante la Presidencia de la UE. Recordemos que tratamos esta cuestión 50 años después de la resolución de la AGNU 1396 (XIV), y que es de destacar la importante labor de la comunidad académica, de la sociedad internacional de defensa social y sobre todo de Marc Ancel, que hizo el primer informe sobre la pena capital que entrego aquí a Luis Arroyo.

Si hemos hecho estos progresos, es por el conjunto de los esfuerzos de la ONU, de los Estados, de las asociaciones, de la comunidad académica y de una larga historia de reuniones, etapas y esfuerzo recorrido.

¿Qué hemos aprendido de los éxitos y de los errores cometidos a lo largo de esta historia?

A. Persistencia/constancia. En el sexto congreso de Caracas, se sometió la idea de una resolución relativa a la abolición, pero no hubo suficiente tiempo para firmarla y aprobarla y después la AGNU la rechazó. En el octavo congreso de La Habana, el Comité sí llegó a aprobar la resolución, pero la AGNU

la rechazó de nuevo por cuestiones procesales. Y de ahí en adelante, hasta llegar a las tentativas fallidas de 1994, 1997... hasta que finalmente la AGNU aprobó la moratoria en 2007. Todo esto demuestra que para tener éxito en nuestra empresa, es necesario perseverar.

- B. Estrategias: Hay que evitar la falsa dicotomía entre derechos humanos y justicia penal, ya que ambos son necesarios y complementarios. Además, para obtener el resultado esperado en el 2015, hay que plantearse los objetivos año por año y tener en cuenta la realidad. 35 países aún no han abolido la pena de muerte, pero sólo 10 países siguen ejecutando y para conseguir influenciarles, es necesario saber buscar los socios adecuados.

Si la controversia aún está viva, hay que trabajar juntos en este mundo globalizado. La abolición implica esperanza para la vida.

Juan Duarte Cuadrado

¿Cuál es la diplomacia de España y de la UE en el objetivo de la abolición universal de la pena de muerte? Es uno de los retos lanzados por el presidente Zapatero ante la AGNU en el 2008, haciendo un llamamiento a la suspensión de la ejecución de menores, mujeres embarazadas y minusválidos. Las moratorias adoptadas por las resoluciones AGNU 62/149 de 2007 y 63/168 de 2008 hacen un llamamiento al Secretario General de la ONU a presentar un informe en 2010. Ahí reside la importancia del papel de España para llegar a una resolución más consistente y aunque esto se producirá durante la Presidencia belga, España ya ha empezado a prepararla.

Existe igualmente la idea de crear una alianza transregional, que permita un efecto dominó y dejar a un lado el eurocentrismo tan criticado. De cara al nuevo reto de 2010, hay que evitar suspicacias y España tiene un gran esfuerzo de coordinación y de consenso.

Recordemos también que el 2009 es el vigésimo aniversario del Protocolo segundo adicional facultativo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Es el único instrumento universal que prohíbe la pena de muerte (con la excepción de la guerra y para delitos graves). España se ha unido a la Coalición Mundial de la Pena de

Muerte en su campaña para impulsar la ratificación y los principales objetivos son los países abolicionistas que no han ratificado este Protocolo, a los que España va a hacer un llamamiento sistemático. Así, la UE, zona libre de la pena de muerte, va a ser una de las zonas objeto de la campaña, para impulsar la ratificación de aquellos países que aún no hay ratificado el Protocolo. En marzo de 2010 habrá una primera reunión para consultar con los estados sobre el tenor de la resolución.

En 1998, el Consejo Europeo estableció una serie de directrices sobre la pena de muerte, actualizadas en 2008, y que se refieren al:

- rechazo frontal de la UE ante la pena de muerte
- carácter no disuasorio de la pena
- prohibición de discriminación en la aplicación de la pena de muerte
- estándares mínimos a la hora de aplicar la pena de muerte para reducir el número de delitos susceptibles de recibir ese castigo (como los delitos económicos, sexuales, etc.).

La UE reacciona, en cualquier caso, de forma distinta ante los casos. Muchas veces, la diplomacia discreta tiene mucho más éxito que los comunicados generales, como los emitidos hacia China.

A nivel bilateral, ¿qué hace España?

España ha propuesto:

- la creación de la Comisión Internacional de la pena de muerte. Zapatero lanzará esta idea en la gran conferencia de febrero de 2010 de Ginebra.
- España va a intentar que figuras de prestigio internacional formen parte de esta Comisión.
- La oficina de Derechos Humanos organizará conferencias y seminarios sobre la pena de muerte.
- Esta oficina también tiene en la agenda un gran seminario sobre el Caribe, para tratar de la situación económica y el cambio judicial en una zona donde aún existen países no abolicionistas.

El Sr. Canestrani procedió a la lectura del documento preparado de firme condena de la pena de muerte, base de la futura red académica mundial en el quinto centenario de la Universidad de Bolonia. Con ello pretende la difusión del mensaje para sensibilizar a la opinión pública y crear condiciones políticas favorables. En calidad de docentes universitarios, hay una necesidad de proteger los derechos humanos y avanzar en la necesidad de eliminar la pena de muerte.

Sociedad Civil: Ensemble contre la Peine de Mort y Coalición Mundial contra la Pena de Muerte

Sr. Juan Matos de Juan

La Coalición Mundial contra la Pena de Muerte es, a la vez, una agrupación de organizaciones y también un actor único. La Coalición (en adelante, CMPM), coordina actividades de ONGs y abogados, tales como Amnistía Internacional, Human Rights Watch, etc. Así, interviene en actividades de divulgación, diseño de clases en derechos humanos y apoyo a otras organizaciones.

Pero la CMPM también organiza actos propios, como participar en la campaña de ratificación del Protocolo adicional segundo al Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. La CMPM activa, por ejemplo, los grupos sociales en países específicos para promover la ratificación.

Todas las Universidades pueden pertenecer a la CMPM y, al unirse, harían una gran aportación. La CMPM ofrece apoyo a litigantes, dando herramientas y ayuda en los litigios.

Otra de las actividades principales en las que participa la CMPM es el Congreso Mundial sobre la pena de muerte y que se celebra cada tres años. Su objetivo no es sólo la publicidad: hay un programa científico muy estructurado para atraer una visión plural y no sólo eurocéntrica del debate de la abolición de la pena de muerte.

Representante de Ensemble contre la peine de mort

Sr. Raphaël Chemuil

El debate sobre la pena de muerte es un debate extremadamente rico, casi filosófico. Hay un reconocimiento científico y académico en torno a la violencia, pero hace falta también mucho pragmatismo para conseguir la abolición, como hablar del coste de la pena de muerte o de los corredores de la muerte.

El combate también debe ser consciente de las diversidades regionales y la moratoria como instrumento útil. Hace falta educar hacia la abolición, porque ésta no es evidente. En efecto, puede verse empañada por sentimientos de venganza, de violencia... y de ahí que sean necesarios los instrumentos jurídicos para impedir la pena de muerte.

La próxima conferencia mundial sobre la pena de muerte que tendrá lugar en febrero de 2010 tendrá además una especificidad: Ginebra es la sede de las instituciones internacionales y serán especialmente importantes las estrategias de abolición de las ONGs, los Estados y las Organizaciones intergubernamentales. Además, deberá dejarse a un lado el eurocentrismo para que los más de 100 países participantes puedan expresarse conformemente a su especificidad cultural.

Estrategias para poner fin o abolir la pena de muerte para el año 2015

JESSICA ALMQVIST

Investigadora Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Dos estrategias radicalmente diferentes de cómo poner fin o abolir la Pena de Muerte se discutieron. Los principales contribuyentes a la discusión fueron William Schabas, Peter Hodgkinson y Víctor Moreno (ponentes). Carlos Espósito presidió y moderó la sesión.

Lo que sigue a continuación, es un resumen de la cantidad de estrategias diferentes que existen, y cómo se diferencian unas de otras. También se presta atención al papel de las redes internacionales, en particular, la de la Conferencia Iberoamericana, en la consecución del objetivo de poner fin a la Pena de Muerte.

“Seguir haciendo lo que estamos haciendo”

La primera estrategia que se discutió es más optimista y domina en el ámbito internacional público. Pone de relieve la existencia de una tendencia internacional a abolir o poner fin a la Pena de Muerte. Por ejemplo, si Irlanda fuera ahora a considerar la posibilidad de reintroducir la Pena de Muerte, que se suprimió por medio de un referéndum constitucional en los años 50, sería expulsado de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Se consideraría rechazado. De hecho, Irlanda, junto con muchos otros países en Europa no han vuelto a revisar los viejos argumentos sobre la Pena de Muerte. De hecho, pocos, si acaso algún país, que alguna vez han abolido la Pena de Muerte, después la han reintroducido. Filipinas es la excepción que confirma la regla.

En general, existe una considerable evidencia estadística que demuestra la existencia de una tendencia internacional hacia la abolición universal de la Pena de Muerte. La “guerra contra el terroris-

mo" no afecta a esta tendencia. Con la excepción de Belarús, Europa es una zona libre de Pena de Muerte. Dejando a Egipto, Libia, Sudán y Somalia a un lado, África se encuentra al lado de una zona libre de Pena de Muerte, también. El año pasado, sólo se informó de una ejecución en el conjunto de África. Además, en las Américas, con la excepción de los EE.UU., sólo una ejecución se ha producido en los últimos cinco años. En la región Iberoamericana, Guatemala y Cuba son los únicos países que mantienen la Pena de Muerte. La persistencia de la Pena de Muerte es principalmente un fenómeno de Asia.

La tendencia internacional puede ser evaluada de diferentes maneras. Es posible distinguir entre los países que son (1) abolicionistas puros (100 países); (2) abolicionistas respecto de los delitos comunes (menos de diez); y (3) abolicionistas *de facto* (46 países, incluidos los países de la región del Magreb, como Marruecos y Argelia). De hecho, el número de países que esta dentro de la tercera categoría aumenta cada año. Sin embargo, también se observa una disminución general en el uso de la Pena de Muerte entre los países que formalmente lo permiten (como, Irán y Arabia Saudita). Y, países, como Egipto y Singapur, no practican lo que predicán.

La tendencia internacional indica que no hay necesidad de revisar la estrategia utilizada actualmente, sino más bien «seguir haciendo lo que ya estamos haciendo». En resumen, se trata de dejar que hablen por sí mismos, el número cada vez mayor de ratificaciones de los Tratados Internacionales pertinentes, y el creciente número de países que han puesto fin o han abolido la Pena de Muerte.

La necesidad de una estrategia integral

La segunda estrategia es más pesimista. Insiste en la necesidad de mantener cautela hacia la afirmación de que estamos haciendo un progreso real. Los que están apoyando este esfuerzo y esta posición, están lejos de haber triunfado en el objetivo de poner fin o abolir la Pena de Muerte en todos los países.

Su estrategia, muestra la tensión acerca de la necesidad de entablar un debate con los países que aún conservan la Pena de Muerte.

En particular, es esencial que tomemos en serio el hecho de que todavía hay varios países que defienden la Pena de Muerte, aunque lo hacen por razones muy diferentes. Sin embargo, sus razones se tendrán especialmente en cuenta e influirán en nuestra selección de argumentos al participar en una discusión con ellos.

Por ejemplo, algunos países del Caribe, como Trinidad y Tobago y Jamaica, parecen mantener la Pena de Muerte sólo para manifestar su independencia y el control en la relación con sus amos coloniales. Otros países, en contraste, tratan de invocar argumentos religiosos o morales. Por ejemplo, la Pena de Muerte, es a menudo considerada como una manera de ayudar a las familias de las víctimas de delitos. Podríamos demostrar que esta suposición es errónea. Contrariamente a lo que muchos creen, la Pena de Muerte no ayuda a las familias de las víctimas de homicidio a llegar a alguna conclusión. En este contexto, puede ser útil para discutir con más detalle la disponibilidad de diferentes tipos de modelos de restauración. Son pocos los países que practican la Pena de Muerte, y han considerado otros métodos de ayuda a estas familias, como, por ejemplo, hacerlos parte del proceso judicial.

Cuando los países deciden la supresión de la Pena de Muerte, nuevos problemas y preocupaciones surgen en ellos. Una buena estrategia no puede ignorar dichos problemas, sino que deben estar atentos a estas realidades. Cada una de estas realidades requiere un compromiso internacional. Por ejemplo, en este contexto, es importante no ignorar la incómoda pregunta en cuanto a si la alternativa de la vida, dentro de la prisión sin libertad condicional es en realidad una forma más humana de la pena. Además, en los países pobres, hay un gran riesgo de muerte en la cárcel debido a la ausencia de comida e higiene. Desde este punto de vista, una estrategia de la abolición de la Pena de Muerte debe incluir necesariamente la consideración de otras formas de castigo para los países que están considerando abolir la Pena de Muerte.

Además, no podemos simplemente asumir que la abolición de la Pena de Muerte significa una mejora más general de las infraestructuras y los servicios legales de un país. Con el fin de avanzar, es fundamental que también las infraestructuras y los servicios mejoren. La búsqueda de una mejora más general de las condiciones de

los delincuentes también se aplica a los países que siguen aplicando la Pena de Muerte.

Si no somos capaces de convencer a estos países sobre la necesidad de poner fin o abolir la pena de muerte, aún tenemos que trabajar con ellos, con el fin de mejorar las condiciones de aquellos que están en corredor de la muerte, así como las de sus familias (por ejemplo, mediante el fomento de intervenciones legales y asistencia psiquiátrica).

El papel de las redes públicas y privadas

En cuanto a los principales agentes internacionales y los foros que pueden ser útiles para desarrollar y consolidar una estrategia acertada, hay que señalar que no sólo los países europeos, sino también los de América Latina, podrían estar listos para participar en iniciativas relacionadas con la finalización o la abolición de la Pena de Muerte. En particular, la Conferencia Internacional Iberoamericana ha llegado a discutir y actuar en relación a los asuntos relacionados con la justicia, incluidos los Derechos Humanos en la cárcel, la modernización de la justicia, y el acceso a la justicia. Su conferencia sobre la justicia podría contribuir a la consecución de los objetivos del gobierno español en esta materia. Es una red internacional informal con un gran potencial. Abarca tanto la justicia penal y civil, y se extiende a la cuestión de cómo mejorar la aplicación de los Tratados Internacionales en los contextos nacionales, y la lucha contra la delincuencia organizada. En esta red participan todos los poderes judiciales en esta esfera, tanto los jueces, como los fiscales.

Lecciones aprendidas y futuro en la investigación

TERESA MANSO PORTO

Investigadora Instituto Max Planck Friburgo

La penúltima mesa de la tarde del viernes 11 de diciembre, presidida por *Stefano Manacorda* (Universidad de Nápoles II, Italia), tenía por objetivo lanzar una mirada a las posibles vías de investigación a abrir en el futuro, resaltando así el sentido global del Coloquio, no como evento aislado, sino como punto de inicio de ulteriores proyectos a desarrollar por la recién fundada *Red Académica contra la Pena de Muerte*, *academicsforabolition.net*. A tal fin, la mesa estuvo integrada por representantes de destacadas instituciones de impacto internacional, como es el caso de *Giovanni Pascua*, Director del International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC) de Siracusa (Italia), *Sergio Salomao Shecaira*, del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCrim) de Sao Paulo (Brasil) y *Jan Simon*, del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (MPI) de Friburgo (Alemania), además de *Hasan Sinar*, de la Universidad de Estambul (Turquía) y *Frank Verbruggen*, de la Universidad de Lovaina (Bélgica).

En su intervención introductoria, *Manacorda* destacó la necesidad de un tratamiento universalista en el urgente proceso de abolición de la pena de muerte. Recogió, sin duda, el sentir de la mayoría al constatar la sensación de “confusión aparente” que dejaron la pluralidad y riqueza de los debates desarrollados hasta aquel momento, destacando al mismo tiempo la necesidad de un esfuerzo de racionalización y de búsqueda de un hilo conductor para recoger las lecciones aprendidas y establecer un punto de partida. La manifiesta pluralidad de enfoques y temas tratados, la oposición conceptual entre la búsqueda de una paz universal y la búsqueda de soluciones de tipo práctico o la referencia a diversas disciplinas como el derecho penal, el derecho penal militar, el derecho humanitario, el derecho internacional, etc., se transforman, a su parecer, en una dimensión plástica desde la que se debe ser capaz de captar las potencialidades

manifestadas y modelarlas de acuerdo a las ambiciones de la Red. En este sentido, y teniendo en cuenta el carácter académico de ésta, distinguió como ejes fundamentales uno de tipo criminológico, que habría de integrar aspectos victimológicos, de eficacia de la pena capital o aspectos estadísticos, y otro jurídico-penal que habría de tener en cuenta también las nuevas fronteras que se abren a través de la cooperación judicial o la necesidad de coordinación de distintos niveles normativos. A continuación, pidió a los intervinientes que concretasen estas vertientes.

Salomao Shecaira resaltó la distinción y eventual contraste entre aspectos jurídicos y sociológicos a la hora de analizar el fenómeno de la pena de muerte, ilustrando ambos con el ejemplo de Brasil. Si bien en el plano jurídico la pena de muerte pudo ser erradicada en el proceso constituyente (la Constitución de Brasil solo la admite en caso de guerra declarada y no permite enmiendas en este punto), en el sociológico, las encuestas indican un mayoritario respaldo popular que estaría en relación directa con graves situaciones de criminalidad, etapas de falta de crecimiento económico, pero sobre todo (y aún en fases de indicadores económicos más positivos), con el afianzamiento de una situación de violencia endémica, manifestada incluso en actuaciones indiscriminadas de la propia policía, autora de exterminios silenciosos en las calles al margen de la ley. Con el planteamiento de este último problema, vinculado incluso a la propia creación del IBCCrim, retomó una idea manifestada ya en el debate por *Hurtado*: la “pena de muerte de hecho”, que marcaría una importante distinción a tener en cuenta entre la situación europea y la latinoamericana. Enlazando con esta última idea, *Manacorda* remarcó también la necesidad de reflexiones sobre la “definición de la detención de por vida”, incidiendo así, de igual modo, en la importancia de situar el análisis jurídico en cada contexto concreto.

Simon centró su intervención en el desarrollo de una metodología y de una estrategia susceptibles de canalizar los temas debatidos en un programa de investigación viable y coordinado. Dentro de lo que podrían abordarse como objetos de investigación, propuso tres posibles tipos de estudios. El primero englobaría estudios enfocados hacia el análisis de los argumentos éticos, jurídicos y político-criminales que giran en torno a la pena de muerte. En este tipo de estudios cabría abordar más concretamente, según *Simon*, tres obje-

tos distintos: por un lado, el análisis del alcance del argumento ético y, con ello, la cuestión de si ciertamente existe un deber que apela a la conciencia del ser humano y que es aplicable a todos los miembros de la comunidad humana; por otro lado, el análisis del argumento jurídico *estricto sensu*, que abordaría el interrogante acerca de si existe una norma jurídica válida, es decir, exigible y ejecutable, para todos los miembros de la comunidad humana; y, finalmente, estudios que aborden los clásicos argumentos empíricos de tipo preventivo en favor de la pena de muerte, estableciendo sus límites.

Dentro del segundo tipo de estudios se refirió *Simon* a los que habrían de tener por objeto el análisis de las tendencias internacionales, distinguiendo también tres grupos. En primer lugar, estudios que identifiquen tendencias en el proceso de abolición o suspensión jurídica de la pena de muerte en ordenamientos jurídicos concretos, analizados desde una dimensión temporal y en referencia a otros ordenamientos con previsiones jurídicas similares. En segundo lugar, estudios que midan la incidencia de la práctica de la pena de muerte en la población, es decir, que observen las tendencias empíricas de abolición y suspensión de la pena de muerte calculando las tasas anuales de ejecuciones *per capita* en una dimensión temporal, y estudios que midan la prevalencia de la práctica de la pena de muerte en los ordenamientos que la ejecuten, también desde una dimensión temporal y en referencia a la práctica ejecutoria en otros países retentionistas. En tercer lugar, estudios que analicen qué factores pueden ser determinantes en los procesos de abolición o conservación de la pena de muerte: el régimen político, factores económicos, sociales y educativos, medios de comunicación o grado de "punitividad" del sistema penal, pero también de la propia sociedad.

El tercer grupo de estudios tendría por objeto la evaluación de la política de la Unión Europea contra la pena de muerte. Estos estudios deberían abordar, por una parte, el impacto que producen las políticas de la UE en los ordenamientos y en la práctica jurídica de las naciones destinatarias. Por otra parte, sería necesario estudiar el impacto de las políticas relativas a la pena de muerte en cuanto al perfil de la política exterior de la UE y a su papel como promotora de los derechos humanos. Finalmente, cabrían en este grupo estudios que analicen si el consenso en torno a la erradicación de la pena de muerte es reflejo de una identidad propia y es capaz de

generar un debate hacia dentro que potencie la construcción de una identidad europea.

A continuación, *Simon* concretó brevemente los objetivos a alcanzar con los tres grupos de estudios expuestos. Los estudios sobre argumentos éticos, jurídicos y político-criminales y sus equivalentes funcionales en todo el mundo tendrían por objetivo determinar cuál es el verdadero alcance de los imperativos éticos y jurídicos, íntegramente occidentales, que fundamentan el rechazo de la pena de muerte. Los estudios sobre los desarrollos y tendencias internacionales habrían de identificar tendencias en los ordenamientos y la práctica jurídica con el objetivo de establecer si las explicaciones de la abolición de la pena de muerte, predominantemente europeas, son ajustadas a la realidad. Finalmente, los estudios sobre la evaluación de las políticas de la UE tendrían por objetivo determinar el alcance las teorías que explican las funciones de dichas políticas relativas a la pena de muerte, tanto en relación a sus concretos objetivos abolicionistas como en relación a otros fines distintos.

Seguidamente, *Simon* esbozó algunas líneas metodológicas y estratégicas a seguir en el desarrollo de los diferentes estudios. Destacó la necesidad de incorporar tanto los métodos propios de las ciencias normativas —desde la exégesis al análisis histórico y criminológico— como los métodos empíricos estadísticos para la determinación del valor preventivo de la pena de muerte, o los métodos propios de la ciencia política. En cuanto a estrategias de investigación a plantear como tarea previa a la realización de los estudios propuestos, *Simon* apuntó la importancia de analizar primero el estado de la cuestión, incluyendo una visión de los métodos utilizados y de los resultados obtenidos hasta ahora, de desarrollar la investigación principal a través de una red académica integrada y coordinada en un programa común de actividades y, por último, de abrir canales de diálogo con países retencionistas no integrantes de la red. Como resultados de la investigaciones, cabría esperar el desarrollo de nuevas herramientas de trabajo que permitan evaluar los éxitos y fracasos de las políticas de abolición de la pena de muerte, mejorar los modelos que sirvan de base para consolidar una abolición universal y ofrecer apoyo eficaz a las políticas abolicionistas de la UE mediante una red académica de excelencia.

Pascua coincidió con sus interlocutores en la necesidad de que la Red Académica combine el trabajo teórico y práctico, recordando asimismo que la abolición es un problema también político y que el académico no debe olvidar esta dimensión, ni limitarse a asociar el problema de la pena de muerte a los derechos humanos. Esbozó también algunas líneas estratégicas que consideró importantes para la eficacia las investigaciones, en línea también con la orientación general del ISSIC hacia lo que consideran trabajo de investigación aplicada, dirigido a facilitar apoyo técnico al sector político. Especialmente destacó la importancia de un enfoque que se acerque a los problemas concretos, la necesidad de dirigirse directamente al legislador y a las personas involucradas en el proceso legislativo, de llevar a cabo campañas de concienciación, conferencias, talleres, etc., en los países más activos en cuanto a la aplicación de la pena de muerte y de buscar tanto el debate directo con dichos países como el apoyo y asesoramiento de expertos nacionales que aporten información relativa a la viabilidad de los distintos argumentos en cada contexto. Por último, *Pascua* apuntó como objetivo la elaboración de protocolos de ayuda para implantar procesos de reforma en los distintos países, trabajando con socios “sobre el terreno”.

Tras un instructivo panorama de la situación de la pena de muerte en Turquía, que recorrió tanto la práctica anterior a la abolición como la paulatina adhesión a los instrumentos internacionales hasta la consecución de una enmienda constitucional de abolición sin excepciones, *Sinar* destacó la importancia estratégica de Turquía como puerta de Europa y, a la vez, como país de Oriente Medio y musulmán. En este sentido, dejó entrever con claridad la importancia del ejemplo turco como testimonio de que una sociedad musulmana puede prescindir de la pena de muerte y advirtió de que también en el mundo musulmán las posiciones en cuanto a la pena de muerte son muy variadas. Mientras unos siguen la *Sharia* estrictamente —apuntó *Sinar*— otros más liberales tienen ya una moratoria *de facto*, como Jordania y Líbano, y podrían servir de ejemplo a otros países del entorno.

En la última intervención, *Verbruggen* destacó el papel de la ciencia en el proceso de abolición, si bien incidió en la importancia de trabajar con un método científico. Recordó que los estudios científicos han podido rebatir muchos argumentos en favor de la pena de

muerte, pero advirtió a su vez del peligro —al que ya se había hecho alusión en otras intervenciones a lo largo del coloquio— de que el refugio en el argumento religioso pueda bloquear el diálogo. Para superar las dificultades, abogó por una pluralidad de estrategias a seguir en función de cada entorno concreto. Así, por ejemplo, apuntó la conveniencia de identificar si el recurso a Naciones Unidas es útil o, por el contrario, contraproducente, para lo cual haría falta el consejo de los politólogos. Coincidió con los oradores precedentes en la necesidad de entablar diálogos con estudiosos o representantes de los sistemas de la *Sharia*, al tiempo que cuestionó la eficacia de posturas de rechazo hacia estos países en el ámbito de la cooperación internacional. Finalmente, *Verbruggen* propuso algunos otros temas de investigación, tales como el análisis jurídico de los sistemas de sanciones y otros donde habría necesidad de rectificaciones y mejoras, como los relativos a la opinión pública —especialmente los sondeos de opinión a las víctimas, que no deberían realizarse inmediatamente después de los hechos— y situó el tema de la pena capital como afectación al derecho a la vida en una óptica más general, que la vincularía a otros temas como el aborto, la eutanasia o las condiciones de vida humana.

Manacorda cerró la sesión destacando una vez más la importancia del enfoque científico en el seno de una red universitaria integrada básicamente por penalistas, invitando así a profundar en las reflexiones acerca de la metodología a seguir en las futuras investigaciones.

Cultura, religiones y pena capital

MATÍAS BAILONE

Investigador Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional UCLM

Esta mesa se centró en el debate sobre la influencia de las culturas y en especial de las culturas religiosas en relación con la pena de muerte. De la visión de cada sociedad sobre la cuestión punitiva y de cómo se entronca la respuesta al crimen con las relaciones con la divinidad, derivan la mayoría de los temas que aquí se trataron.

En una sociedad global como la que nos toca vivir, la cuestión central no radica en analizar las diversas culturas en sus estrechos marcos de aplicación territoriales, sino en interacción mundial. Así lo expresó el presidente de la mesa al mencionar que las convivencias de culturas, de religiones y de ideologías son algunos de los principales problemas políticos de la gestión de la pluralidad. Que frente a la necesidad de gestionar la pluralidad cultural surgen diversas respuestas que atraviesan todo el arco ideológico-político.

Así, tendremos la respuesta del pensamiento conservador que pretenderá ver un “choque de civilizaciones” allí donde sólo hay diversidad y pluralidad (paradigma norteamericano), la respuesta del sector conservador moderado que reconocerá como única solución a la disparidad cultural el hecho de que se privilegie y se obligue a los migrantes de los países pobres a adaptarse e integrarse a la cultura de acogida (paradigma eurocentrista), y finalmente la solución más progresista que hablará de multiculturalismo, de reconocimiento y celebración de las diferencias culturales como derechos morales frente a los Estados para garantizar la coexistencia pacífica (paradigma de integración de los países semicoloniales).

El Prof. De Páramo remarcó que una cosa es hablar de diferencias culturales y otra es exaltar el relativismo moral, especialmente a la hora de hablar de una condena global a la ejecución de seres humanos como resorte del sistema punitivo. Que la condena a la pena capital y la defensa de los derechos fundamentales son incompatibles con el relativismo moral. El presidente señaló que es necesario reconocer un ámbito de valores mínimos para justificar la abolición

de la pena de muerte, y que las diferencias culturales en este ámbito no tienen relevancia moral. Para que la diversidad cultural pueda abrir un debate serio sobre la intangibilidad de los derechos humanos y la sacralidad de la vida humana, se debe superar la mera comprobación empírica de la diferencia.

La idea de los derechos humanos —según él mismo Páramo— se deriva del acuerdo universal sobre lo no contingente, aquello que no está determinado por la diferencia de países y religiones.

A continuación se brinda un resumen de las ideas expuestas por los panelistas que integraron esta mesa.

1. Shizhou Wang (Beijing University, China)

En China el debate se centra en cómo podemos abolir la pena capital, no de si hay que abolirla o no. Dentro de ella podemos reconocer tres grandes corrientes académicas: quienes quieren abolirla de la noche a la mañana, lo cual es una opción poco realista por la diversidad cultural y la gran extensión del territorio chino, quienes quieren abrogarla pero en lapsos sucesivos de 20 o 30 años, y quienes quieren la abolición real de la pena de muerte.

Por ello quiero pasar al punto central: cómo podemos abolir la pena de muerte en la China actual.

De acuerdo con la opinión generalizada sobre pena de muerte, cuando hablamos de la abolición podemos entenderla en 3 niveles diferentes: la abolición total, que implica la desaparición de la penalidad en la legislación y la práctica punitiva, la abolición parcial, que implica dejarla efectiva sólo para graves y excepcionales delitos, y la abolición de facto, que implica que los tribunales no apliquen la pena de muerte reconocida por la legislación.

La política general china no está en contra de la abolición de la pena de muerte, porque la tendencia actual es a la no aplicación efectiva de la misma, la de restringirla. Restringir la aplicación de la pena de muerte, significa acudir al sistema chino de dos años de suspensión de la ejecución.

Cuando hablamos de condenas de pena de muerte con suspensión de dos años, tenemos que mencionar las tres consecuencias posibles: que dentro del plazo de dos años no cometa ningún crimen intencional, entonces se conmuta la sentencia a cadena perpetua; que dentro de ese plazo además haya brindado 'importantes contribuciones' (sic), de esa forma se le conmuta la pena capital a pena de prisión de 15 a 30 años; o que se cometa un crimen doloso en ese período y se pueda probarlo en un proceso, así finalmente la ejecución se producirá.

Lo más normal es que no se ejecute al condenado al vencimiento del plazo bianual, porque el que está confinado en una penitenciaría no suele cometer nuevos delitos dolosos. Por ello, el gran avance práctico en la abolición consiste en este plazo de dos años para la ejecución, que funciona como una instancia abrogativa de la condena.

Procesalmente en la República popular China la segunda instancia es definitiva, pero en casos de pena de muerte hay una tercera instancia que se desencadena automáticamente, en los casos de que la pena de muerte sea de cumplimiento inmediato.

Cuando existe sentencia de pena de muerte con ejecución inmediata, se lleva al tribunal supremo donde se ratifica o no la sentencia. Cuando hay circunstancias especiales de atenuación de la culpabilidad o de colaboración con el proceso, no se ratifica la sentencia de inmediata pena de muerte, y pueden pasar dos cosas o que se le conmute la pena a prisión o a la pena de muerte con dos años de suspensión.

Una circunstancia de atenuación que siempre funciona como excluyente de la condena de pena de muerte de inmediato cumplimiento, es la vecindad del victimario con la víctima, ya que en la China rural las familias son vecinas por generaciones enteras y eso hace que la resolución de los conflictos pueda darse a nivel de comunidades pequeñas mucho más eficiente que con la pena capital. Esta es una circunstancia que impide la ratificación de la condena de pena de muerte inmediata en la tercera instancia procesal.

Ahora se está hablando mucho en China de la reparación a la víctima.

Es muy difícil decir en China que hay que abolir la pena de muerte para proteger los derechos humanos, ya que la gente sospecha que el único beneficiado es el victimario que no ejecutan. Se suele pensar que las víctimas de los delitos no se benefician de la abolición, por ello el discurso abolicionista debe ir de la mano de un discurso de seguridad ciudadana efectivo.

2. José Luis Guzmán Dalbora (Universidad de Valparaíso, Chile)

El argumento de esta mesa es sumamente complicado. Hay que encontrar puntos de encuentro entre culturas y religiones diversas para la abolición de la pena capital.

El abolicionismo como movimiento intelectual es un planteamiento europeo/iberoamericano. En el siglo XIX, cuatro años antes que Portugal lo hiciera en 1867, Venezuela había abolido la pena de muerte. En Iberoamérica, por lo menos jurídicamente, estamos desde siempre libres de la pena capital.

Quisiera recordar lo que sucedió a finales del siglo XVIII, esa división entre el pensamiento ilustrado (Lardizabal era partidario de la pena de muerte en los casos más graves, solo pérdida de vida, sin dolor), y el pensamiento revolucionario (Marat, Robespierre, Beccaria, eran abolicionistas). En esta discusión se esgrimieron argumentos de fondo (los de la filosofía del derecho) y argumentos de corte práctico (los de la política criminal).

La pena no es una pena, porque no sabemos lo que es la muerte. La pena de muerte es incompatible con la organización política liberal. El *ius puniendi* quiere preservar la sociedad, y los miembros de aquella. Es incompatible con los fines de la pena, porque supone una culpabilidad absoluta, y la culpabilidad absoluta no existe.

Estos argumentos de fondo presentan el problema de la limitación cultural, que están provistos por la cultura eurocéntrica. En una discusión internacional tienen mayor peso los conocidos argumentos prácticos, los que convencen al mundo político (que la pena capital no tiene poder intimidador, que pasa por alto los errores judiciales, que tiene un efecto corruptor).

Escuche ayer hablar de los sustitutivos de la pena de muerte, lo que es absurdo, ya que no puede haber nada que reemplace a la muerte, y allí se nota otro efecto corruptor de la pena capital. Lo decía Jiménez de Asúa, cuando se abolió la esclavitud, nunca se pensó en reemplazarla con otra cosa, por la natural inhumanidad de lo que se reemplazaba.

Ninguno de estos argumentos prácticos son decisivos para apartar las discusiones sobre pena de muerte, ya que cuando aparecen altos niveles de inseguridad, se trae de nuevo a la discusión mediática.

El argumento de la dignidad humana (occidental), es aquel que dice que el hombre ya no es de Dios ni del Estado. Incluso dentro de Occidente tenemos voces discordantes, Kant hablando de dignidad humana, estaba a favor de la pena de muerte.

Albert Camus, en su libro en contra de la guillotina, dice que la pena de muerte quiebra la única forma real de solidaridad que existe entre los hombres. La muerte es el más antiguo enemigo. Rompe esa forma de solidaridad. Los hombres podemos reunirnos detrás de la causa abolicionista. La pena de muerte, corta radicalmente la posibilidad de dar una respuesta por el sentido de la vida y de la muerte.

3. Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Cómo eludir el problema de la diversidad cultural, de extender algo que surge en Europa hacia el resto del mundo, sin que parezca una imposición de valores (que siempre lleva al conflicto).

Si vemos el planeta, tendremos los países abolicionistas, y aquellos que la mantienen.

El movimiento abolicionista está asentado en una cultura jurídica laica, sin influencia religiosa, una cultura de la revolución francesa, una determinada cultura penal que lleva inexorablemente al abolicionismo. Esta cultura penal ve al delito como un fenómeno

social, que no acontece solo por la maldad u opción inadecuada de una persona concreta.

Hace dos años en Perú hubo un intento de rehabilitar la pena de muerte. En Estados Unidos sigue manteniéndose la pena de muerte, y en España se dice en la Constitución que la orientación de las sanciones es la rehabilitación social del delincuente. Sin embargo tenemos una pena en este país, desde el año 2003, de máximo de 40 años de reclusión aprobada por las mayorías políticas españolas.

Lo que sucede es que estamos perdiendo cultura penal en el corazón de Occidente.

El debate sobre el conjunto del sistema penal es una medida necesaria, y se debe dar sobre las bases del abolicionismo capital.

No debemos estar tan seguros que el terreno de la abolición de la pena de muerte está ganado, así como se invocan estados de excepción para legitimar penas de reclusión de larga duración, así se puede llegar a atacar el mismo corazón del abolicionismo. Es decir, una de las fuentes de que quiera restablecerse la pena de muerte no está en religiones extrañas, ni en países remotos, sino en nuestra propia cultura jurídico penal.

4. Raúl Pan-Galangan (Manila University, Filipinas)

En Filipinas se ha abolido la pena de muerte en 1987, se reintrodujo luego para volver a ser abolida.

El debate nunca llegó a desarrollar raíces morales profundas y se quedó siempre en el debate coyuntural.

La historia de la pena capital se remonta a la historia del código penal. Nosotros adoptamos cuando éramos una colonia, el código español de 1848, luego reinstaurado durante nuestra independencia. La pena de muerte se abolió cuando llegó Corazón Aquino al poder, a mediados de los años ochenta al regresar la democracia. Aquino creó una comisión de expertos (entre los cuales había una sobrerrepresentación del clero católico, ya que en Filipinas más de 80% de la población es católica) que dictaminó a favor del abolicionismo, pero popularmente la pena capital contaba con alta acep-

tación. Eso produjo que en 1993 se restableciera la pena capital al aumentar los delitos callejeros de sangre, y hubo siete ejecuciones en total. Al llegar al poder la candidata de la Iglesia Católica, Gloria Arroyo, prometió una moratoria de facto de la pena capital, que produjo una conmutación masiva a cadenas perpetuas.

En Filipinas cuando se ha ganado la victoria legal a favor del abolicionismo siempre ha sido por motivos prácticos, basado en los errores del sistema judicial, el nulo efecto disuasorio de la pena capital y la negativa de muchos países de otorgarnos la extradición. Nunca se ha tenido en cuenta la dignidad humana del condenado y del hecho de que todos salimos perdiendo cuando se ejecuta a un hombre.

Para evitar el carácter cíclico de la abolición y la restauración de la pena de muerte, hay que llevar el debate a cuestiones de fondo. Encarar la abolición con el mejoramiento del sistema de justicia independiente, con la justicia reparadora, y la seguridad pública.

Parecería que los derechos humanos fueran un invento de Occidente que pretende instaurarse en Asia. Pero no es así, y hoy se habla de valores asiáticos. Es muy importante restaurar las bases filosóficas y morales del debate.

5. Nadia Bernaz (Middlesex University, UK)

He escuchado a William Schabas decir que probablemente no haga falta una nueva estrategia para abolir la pena de muerte, porque lo que se está haciendo funciona. El ritmo de la abolición se está acelerando en las últimas décadas. Creo que acelerar aún más los procesos de abolición requiere de todo nuestro esfuerzo, y es imposible hablar sobre una estrategia única para conseguir la abolición mundial, sino que son necesarias muchas estrategias para tal objetivo. Lo que sirve en un país, puede no servir en otro.

Las religiones siempre se plantean como el argumento definitivo, también cuando se trata de abordar el tema de la pena capital. El argumento religioso no es demasiado sólido, porque aún dentro de

las principales religiones hay argumentos contradictorios. No es un tema de religión sino cultural.

También hay que tener en cuenta los factores históricos, que determinan más a los Estados que a los individuos, pero que son importantes para abordar esta cuestión. Entre estos podemos mencionar el uso de la pena de muerte en los antiguos países coloniales del Imperio Británico, con un fin independentista, por el sólo hecho de ir en contra de lo que les imponía el régimen imperial.

Hay que abordar múltiples estrategias para obtener la abolición mundial. Y para obtener consenso abolicionista debemos apartar la discusión sobre los valores —algo en lo que nunca nos pondremos de acuerdo, los conflictos intratables— y centrarlo en cosas más prácticas. En algunos países se usa la pena de muerte como el arma más poderosa para combatir la inseguridad, por ello, para ser abolicionista exitoso debemos mantener el debate sobre la seguridad ciudadana y mostrar eficientismo sin necesidad de aplicación de la pena capital.

6. Debate

En el debate con el auditorio se trataron temas relacionados con el anclaje religioso del tópico de la pena de muerte, y de si se pueden utilizar los argumentos religiosos para la causa abolicionista.

Se dijo que cuando abordamos el tema de las religiones y la pena de muerte, tenemos que ser claros que nos referimos especialmente al Islam, que es la religión que tiene una influencia más directa sobre las legislaciones civiles, la que es menos abolicionista, y actualmente se encuentra dividida en un interminable debate teológico entre una escuela ortodoxa dura y los más laicizados.

El Prof. Adán Nieto propuso que la Red Internacional para la Abolición de la Pena Capital utilice tanto los argumentos de fondo (filosóficos-morales) como los argumentos pragmáticos, y que si es necesario se debe introducir en la cuestión religiosa para aliarse con los teóricos más afines a la causa abolicionista.

Una de las más brillantes intervenciones del público fue la de la Prof. Adela Asúa del País Vasco, quien coincidió en hablar siempre de estrategias en plural, para poder afrontar realistamente la abolición. También habló del componente cultural y político presente en las actuales discusiones sobre la pena de muerte en ciertos lugares, como Estados Unidos, citando un artículo de David Garland sobre los linchamientos en los estados sureños y de cómo utilizan los políticos el debate *eficientista* sobre la pena capital. Asúa mencionó que es reseñable —y consecuencia de la crueldad de las tardías ejecuciones políticas del franquismo— que en España, a pesar de la barbarie del terrorismo etarra, no hayan pedidos públicos de reinstauración de pena de muerte para esos casos, pero que sí surge cuando se habla de la grave delincuencia sexual o de la delincuencia organizada.

Relación de autores

HANS – JOERG ALBRECHT

Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado de Friburgo. Alemania. Profesor invitado en diversas universidades y centros de estudios de la República popular China. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Pécs. Hungría. Entre sus obras mas recientes se encuentran - *Sexualstrafrecht, Reformen und Ergebnisse*, en: *Recht der Jugend und des Bildungswesens*, 2011, Issue/Volume 2/59, p. 148 - 162. *Criminalisation et victimation des immigrés en Allemagne*, en: Palidda, S. (ed(s).): *Migration critiques. Repenser les migrations comme mobilités humaines en Europe*. Paris, Éditions Karthala, 2011, p. 271 – 287; *Grausamkeit – eine juristische Perspektive*. en: von Trotha, T. / Rösel, J. (ed(s).): *On Cruelty • Sur la cruauté • Über Grausamkeit*. Köln, Rüdiger Köppe Verlag, 2011, p. 388 – 400.

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.

SANDRA BABCOCK

Licenciada por la Universidad John Hopkins y Doctora en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesora de Derechos Humanos y Directora del Centro Internacional de Derechos Humanos en la Universidad Northwestern de Chicago. Directora del Programa de Asistencia jurídica a ciudadanos mexicanos condenados a la pena capital. Entre sus publicaciones destaca, "The Global Debate on the Death Penalty: Human Rights Advocacy in U.S Capital Cases"

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de Derecho penal por oposición en la UNAM y en la Universidad Autónoma Metropolitana. Ex -Presidente fundador de la Comisión

de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Actualmente es Director del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI)

FRANCESCA MARIA BENVENUTO

Licenciada en Derecho Internacional Público Universidad Segunda de Nápoles con la tesis *Estados de emergencia y normas de tutela internacional de los derechos del hombre* Doctoranda en Derecho Internacional Penal por la Universidad Paris I-Panteón- Sorbona. Las materias de su interés académico son el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho internacional público. Su actividad investigadora actual se centra en la protección de las víctimas ante el Tribunal Penal Internacional.

NADIA BERNAZ

Licenciada en Derecho y Letras, y profesora de la Universidad Middlesex de Londres. Entre sus áreas de interés científico destacan el Derecho Penal Internacional, los Derechos Humanos y la Pena de Muerte. Es autora del libro *“Derecho Penal y la Pena de Muerte”* publicado en Francia en Julio de 2008. Entre sus artículos destaca *“la abolición de la Pena de Muerte de Menores: Comentarios sobre el Roper v. Simmons Corte Suprema de EE.UU.”*.

MARGARET A. BURNHAM

Catedrática de Derecho Constitucional y Directora del Proyecto de Derechos Civiles y Justicia Restaurativa de la Universidad Northeastern. Boston. Massachussets. Especialista en Justicia penal internacional y derecho constitucional comparado. Autora de diversos artículos entre los que destaca, *Survey of Civil Cases. First Circuit 39 Suffolk U. L Rev. 4(2006)*. Coautora de *The Death Penalty in East Africa: Law, Politics and Transnational Advocacy. Human Rights NGO's in East Africa: Defining the Challenges. Makau Mutua 2007.*

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Ministro de Justicia de España. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Antiguo Letrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

MANUEL CANCIO

Catedrático de Derecho Penal en el Departamento de Derecho Público y filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Sus líneas de investigación se centran en la parte general y en la parte especial del Derecho Penal. Autor de distintas obras, entre las que destacan, *Derecho Penal del Enemigo*; *La Pena estatal: significado y finalidad*.

MASSIMO DONINI

Académico de la Universidad de Modena y Regio Emilia de Italia. Catedrático de Derecho Penal de dicha Universidad. Entre sus artículos destacan “ *La condena de muerte de Saddam Hussein*”, “ *Reflexiones sobre la prohibición de la Pena Capital*”. Entre sus libros destaca “ *Derecho Penal del Enemigo. Un debate internacional*”.

ROGER HOOD

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Oxford. Autor del libro (junto a Carolyn Hoyle) *The death penalty: A World-wide perspective*. Sus investigaciones recientes abarcan tres vertientes: La Pena de Muerte, la raza y la sentencia, y la libertad condicional. Ha sido miembro de la Junta de Libertad Condicional para Inglaterra y Gales, de la Junta de Estudios Judiciales, y del Comité Departamental de estudiar el régimen de Libertad Condicional. Ha sido también consultor de las Naciones Unidas sobre la Pena de Muerte. Actualmente, Director del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Oxford.

CRISTINA DE MAGLIE

Licenciada en Leyes por la Universidad de Milán. Becaria de Investigación en el Instituto Max Planck. Profesora invitada en las Universidades de Cagliari y Brescia. Profesora Titular en la Universidad de Pavia. Miembro de la Comisión para la Reforma del Código Penal italiano. Autora de dos monografías. – *El agente provocador. Un análisis dogmático y de política criminal* Ed. Giuffré Milán 1991 y – *La Ética y el mercado. La Responsabilidad penal de la sociedad* Ed. Giuffré Milán 2002.

OLIVIAN MASTACAN

Licenciado en Derecho por la Universidad Valahia de Targoviste. Rumania. Becario de Investigación en la Universidad Perugia Italia. Doctor

en Historia por la Universidad Valahia de Targoviste Rumania. Profesor de Instituciones Jurídicas e Historia del Derecho de la antedicha Universidad. Autor de la Monografía "Historia de la Pena Capital en el Antiguo Derecho Rumano."

LAVINIA MIHAELA VLĂDIDĂ

Licenciada en la doble titulación de Derecho e Historia por la Universidad Valahia de Targoviste. Rumania Becaria de formación en la Universidad de Castilla La Mancha. Profesora asistente de Derecho penal en la Universidad Valahia de Targoviste Rumania.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla. Premio Alexander Humboldt de Ciencias Jurídicas en 1999. Autor de numerosos artículos y de decenas de libros de gran impacto en el ámbito de la ciencia penal entre los que destaca particularmente su *Derecho Penal. Parte especial*. Otras referencias importantes son: *El Error en Derecho penal* (1989), *Derecho Penal. Parte general* (cuatro ediciones, escrito junto con la profesora García Arán), así como los libros escritos en colaboración con el profesor Hassemer: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (1989), *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal* (1995) e *Introducción a la Criminología* (2001). Doctor Honoris Causa por la Universidad As Luisiadas de Lisboa en 2004, Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla La Mancha en 2011 y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Guanajuato - México en este mismo año.

RAMÓN RAGUES I VALLES

Catedrático de Derecho Universidad Pompeu Fabra desde el 2010. Profesor del Master Oficial en Ciencias Jurídicas de la misma Universidad y del Master en Derecho Penal (UB-UPF). Asimismo ha impartido numerosos cursos de formación para abogados, jueces, fiscales y policías tanto en España como en otros países. Profesor de los postgrados en Derecho penal de las Universidades Austral (Buenos Aires) y Talca (Santiago de Chile). Ha sido director de varias tesis doctorales. Autor de las siguientes monografías - *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, 1.^a -*La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004.

WILLIAM A. SCHABAS

Una de las principales autoridades en el estudio del Crimen del 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, Profesor en la Universidad de Middlesex en Londres.

HEINZ SCHÖCH

Profesor del Departamento de Derecho Penal, Criminología y Justicia Juvenil de la Facultad de Derecho de la München Ludwig-Maximilians-Universität, de Munich (Alemania). Entre sus campos de investigación destacan el Derecho Penal, la política penal y las sanciones penales. Entre sus publicaciones, destacan, *“Reparación y Derecho Penal”*, *“Criminología, la Justicia de Menores, la cárcel”* y *“El estado de la víctima en el proceso penal”*.

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (1990). Ha realizado diversas estancias de investigación en el *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht* de la Universidad de Freiburg (1987, 1989, 1990, 1992, 1993, 1995 y 1996) y en la Universidad de Bayreuth (2000). Evaluadora externa como experta de la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva) desde 2008. Integrante del Panel de expertos externos del programa ACADEMIA desde 2009. Autora de varias monografías entre las que destacan *El delito de robo y hurto de uso de vehículos* (2007); *Los delitos contra los derechos de los trabajadores* (2008); *Derecho penal del deporte* (2010); *Vademécum de Derecho penal* (2011) o *Los delitos de robo* (2011).

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 Dere-

cho 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.

**POR FAVOR INDICAR DONDE
VAN ESTOS 2 ARTÍCULOS**

Resolución aprobada por la Asamblea General
[sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/456/
Add.2 (Part II))]

65/206. Moratoria del uso de la pena de muerte

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y la Convención sobre los Derechos del Niño³,

Reafirmando sus resoluciones 62/149, de 18 de diciembre de 2007, y 63/168, de 18 de diciembre de 2008, sobre la cuestión de una moratoria del uso de la pena de muerte, en las que exhortó a todos los Estados que todavía mantenían la pena de muerte a que establecieran una moratoria de las ejecuciones con miras a abolirla,

Teniendo presente que todo error judicial o denegación de justicia en la ejecución de la pena de muerte es irreversible e irreparable,

Convencida de que una moratoria del uso de la pena de muerte contribuye al respeto de la dignidad humana y al fortalecimiento y desarrollo progresivo de los derechos humanos, y tomando en consideración que no hay pruebas concluyentes del valor de la pena de muerte como elemento disuasorio,

Observando los debates nacionales y las iniciativas regionales en curso sobre la pena de muerte, así como la voluntad de un número creciente de Estados Miembros de facilitar información sobre el uso de la pena de muerte,

Observando también la cooperación técnica entre los Estados Miembros en relación con moratorias sobre la pena de muerte,

1. *Acoge con beneplácito* el informe del Secretario General sobre la aplicación de la resolución 63/168⁴, y las recomendaciones que contiene;

2. *Acoge con beneplácito también* las medidas tomadas por algunos países para reducir el número de delitos por los que se puede

imponer la pena de muerte y la decisión adoptada por un número creciente de Estados de aplicar una moratoria de las ejecuciones, seguida en muchos casos por la abolición de la pena de muerte;

3. *Exhorta* a todos los Estados a que:

a) Respeten las normas internacionales que establecen salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, en particular las normas mínimas, estipuladas en el anexo de la resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1984, y faciliten al Secretario General información al respecto;

b) Faciliten el acceso a datos pertinentes sobre su uso de la pena de muerte, que podrían contribuir a debates nacionales transparentes y bien fundamentados;

c) Limiten progresivamente el uso de la pena de muerte y reduzcan el número de delitos por los que se puede imponer esa pena;

d) Establezcan una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la pena de muerte;

4. *Exhorta* a los Estados que han abolido la pena de muerte a que no vuelvan a introducirla y los alienta a que compartan sus experiencias al respecto;

5. *Solicita* al Secretario General que en su sexagésimo séptimo período de sesiones le presente un informe sobre la aplicación de la presente resolución;

6. *Decide* seguir examinando la cuestión en su sexagésimo séptimo período de sesiones, en relación con el tema titulado "Promoción y protección de los derechos humanos".

71ª sesión plenaria 21 de diciembre de 2010

Resolución 217 A (III).

Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531.

A/65/280 y Corr.1.

El camino hacia la moratoria universal de la pena de muerte

LUIS ARROYO ZAPATERO

*Presidente de la Société Internationale de Defense Sociale
Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha*

1. Introducción

La pena de muerte acompaña a la humanidad como su lúgubre sombra. Así comenzaba Marino Barbero su libro sobre y contra la pena de muerte que publicó en Buenos Aires en 1985¹, y cuya primera aproximación se pronunció como lección en le 1968, en plena Dictadura de Franco, y recién ejecutada la sentencia de muerte de un dirigente comunista con la que el Dictador habría afirmado su autoridad frente al mundo y frente al Papa. El libro habría comenzado con otro espíritu si mi Maestro hubiera conocido la resolución de las Naciones Unidas a favor de la moratoria por vez primera con mayoría suficiente en el año 2007. Seguramente hubiera preferido dar comienzo a su texto con el conocido aserto de que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición².

En verdad, la abolición progresiva de la pena de muerte es un fenómeno que se desarrolla tras la segunda guerra mundial y se ha intensificado en estos primeros años del nuevo milenio.

En lo que sigue, pretendo abordar la cuestión de la reflexión y de la acción contra la pena de muerte en el marco de las grandes ideas de las Naciones Unidas, desde sus orígenes de 1948 pero, sobre to-

¹ Barbero Santos, Marino.: *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1985; También del mismo autor: *La pena de muerte, problema actual*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2. 1963-64. p. 79 y ss.

² Esta cita fue pronunciada por el profesor francés Henry Donnedieu de Vabres y recogida en el libro de Elías Neuman: *La pena de muerte en tiempos del Neoliberalismo*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). México. 2004. p. 89.

do, desde que se adoptó la Declaración del Milenio en el año 2.000 y se formularon los objetivos del mismo nombre.

2. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Resolución por la Moratoria de 2007

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada en 1948 por las Naciones Unidas forma parte de la obra de progreso y de la idea de un cierto gobierno del mundo que emana de la Carta de San Francisco. Paz, orden internacional, soberanía de los pueblos y Derechos humanos son valores fundamentales del escenario político internacional que dibujan la gran reacción contra las causas y condiciones de la segunda guerra Mundial. La pretensión de que ese nuevo orden mundial fuera mas duradero que el establecido en Versalles en 1919³ se realizó cumplidamente, pues es bien cierto que Naciones Unidas ha evitado desde entonces más de dos guerras mundiales, aunque no pudiera evitar la llamada “guerra fría”, que comienza apenas aprobada la Declaración Universal de 1948. Precisamente se encuentran en la tensión que genera esa guerra “fría” las limitaciones de la Declaración; tanto en el contenido y en alcance de alguno de los derechos formulados —como las que afectan al Derecho a la vida— y sobretodo, en la no adopción de un mecanismo jurisdiccional de control de la aplicación de los derechos humanos por los países respectivos, al estilo de lo que luego hemos conocido como comisiones y tribunales regionales de derechos humanos. Ni se creó entonces y sólo con numerosas limitaciones, mediante la inclusión de Protocolos anexos, con la aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto sobre los Derechos económicos sociales y culturales⁴.

³ Macmillan, Margaret.: *París 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*. Ed. Tusquets. Barcelona 2005. El título original es “*Peacemakers. The Paris Conference of 1919 and its Attempt to End War*”. London. Ed. John Murray. 2001.

⁴ Todo puede verse en el ameno y documentado estudio de Roger Norman y Sara Zaidi: *Human Rights at the UN. The political history of universal justice*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2008.

Es de sobra conocido que la cuestión de la abolición de la pena de muerte quedó fuera de la agenda de las Naciones Unidas en sus primeras décadas. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamó el Derecho a la Vida en su artículo 3 y, por no entorpecer el camino de los países dispuestos a la abolición se omitió toda referencia a la excepción de la pena de muerte. La propuesta de la Unión Soviética de incorporar al texto la plena abolición de la pena capital en tiempos de paz que no prosperó⁵.

El Pacto de derechos civiles y políticos que pretendía servir de mecanismo para el cumplimiento de los Derechos humanos en los países firmantes retomó el asunto, y proclama: “nadie podría ser privado arbitrariamente del derecho a la vida, pero reconoce a la pena de muerte como una excepción al mismo”. A pesar de esto, enuncia alguna limitación a la pena capital, que da lugar a un productivo debate posterior.

Incluso con anterioridad a la adopción del Pacto, en el año 1957, se acordó por la tercera comisión realizar un estudio sobre todos los aspectos relativos a la penal capital en el mundo, que se encomendó a Marc Ancel, Presidente de la *Societe Internationale de Défense Sociale* y de la sección penal del Instituto francés de Derecho comparado⁶, al que acompañó años más tarde otro estudio encomendado a Norval Morris, en 1967, a los que siguieron los grandes de Roger Hood y William Schabas que acaba de presentar el suyo y último este

⁵ En mayor detalle véanse los estudios de Schabas, W.: *Las Naciones Unidas y la abolición de la pena de muerte*, Yorke, J.: *La evolución del discurso de los derechos humanos del Consejo de Europa: la renuncia al derecho del soberano a imponer la pena de muerte* y Manacorda, S.: *La abolición de la pena capital en Europa: el círculo virtuoso de la política criminal y los riesgos de ruptura*. En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant lo Blanch. 2010. También se pueden encontrar referencias en las obras del profesor Hood, R.: *The Death Penalty. A World-wide perspective*. 4th Edition. Oxford. 2008 y en Lerch, M.: *Menschenrechte und europäische Außenpolitik, Eine konstruktivistische Analyse*. Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften. 2004.

⁶ Véanse los informes de Marc Ancel: *La pena capital*. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York. Naciones Unidas. 1968. Y para el contexto europeo véase también la obra de Marc Ancel,,: *La peine de mort dans les pays européens*. Rapport. Conseil de l'Europe. 1962.

mismo año. Así en 1971 el Secretario General presentó un informe global al que siguió una resolución que aludía al proceso continuo de reducción de delitos por los que se imponía la pena capital y la conveniencia de su abolición. Esta resolución abrió el paso a una cadena de encomiendas de informes por parte del Secretario General y a las pertinentes resoluciones que continúan hasta la actualidad y que ya en 1973 permitieron incluir en el informe del Secretario General una toma de posición tan firme como la siguiente: “ 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”⁷.

Desde entonces la cuestión de la pena de muerte y su abolición se ha estudiado y debatido tanto desde la perspectiva de los estándares de Derecho penal que eran propias de la “*Branch*” de Defensa Social, hoy *Comisión sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal*, como de los estándares de los Derechos humanos, propios de la Comisión Derechos humanos, hoy Consejo. Los momentos relevantes para ese debate fueron los de 1975, (en el seno del Consejo Económico y Social), 1977 (en el foro de la Asamblea General), 1980 (en el *Crime Prevention Congress* y Asamblea General). Merece destacarse que el Congreso sobre Prevención del Crimen que se celebró en Caracas, no sólo se ocupó de la pena de muerte de modo más intenso que de cualquier otro tema, sino que dio lugar a la aparición en la escena de los más fervientes partidarios del mantenimiento de la pena capital.

Con todo, el debate en el Congreso de Caracas de 1980 dio lugar a que la subsiguiente reunión de la Asamblea General de Naciones Unidas procediera a elaborar las normas de las “salvaguardias en el uso de la pena capital,” dirigidas a los países que aún mantenían esta forma de pena. Como es bien sabido las “salvaguardias” de Naciones Unidas vienen a excluir toda legitimidad de la pena de muerte para delitos que no sean de “los más graves”, para los cometidos

⁷ En Schabas, W.: *The abolition of the death penalty in International Law*. 3rd Ed. Cambridge. 2002. El informe al cual se hace referencia en el texto es: UN Doc. E/5242 par. 16 February 1973.

por menores de 18 años o mujeres embarazadas, y reclama siempre la no retroactividad, un proceso justo, el derecho a la apelación, así como la no ejecutabilidad sin el previo agotamiento de los recursos internos, de la posibilidad de indulto y, por último, el llamamiento a que, llegado el caso, la pena se ejecute de modo que cause el menor sufrimiento posible. El texto definitivo fue fijado en 1989 (ESC. Res. 1989/64).⁸

A la vez que se produce lo descrito y en íntima relación con ello se llevó a cabo el debate y elaboración de lo que terminó por ser en 1989 el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos destinado a abolir la pena de muerte. Como ha señalado William Schabas⁹, la votación reflejó el optimismo producido al tiempo de la disolución de los bloques militares, que llevó también en el mismo año a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Menor que por su masiva ratificación, con la notable excepción de USA y Somalia, ha universalizado la prohibición de aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años.

En este mismo año se produce la primera intervención a gran escala de una ONG de derechos humanos como es Amnistía Internacional con la publicación de su exitoso estudio que titula "*Cuando es el Estado el que mata*"¹⁰. En el teatro de la política internacional de los Derechos humanos, en el que los protagonistas habían sido los Gobiernos y las ONGs fundamentalmente académicas vinculadas a la *Crime Commission* de las Naciones Unidas hacen su aparición, organizaciones solidarias y de Derechos humanos, movimientos cuya fuerza e influencia no dejará de crecer.

La agenda abolicionista siguió avanzando, pero también avanzó la autoorganización de los países retencionistas. Así, a la sóli-

⁸ Sobre las "salvaguardias" véase especialmente a Bernaz, Nadia.: *Le droit international et la peine de mort*. La documentation Française. Paris, 2008. También el estudio realizado por Amnistía Internacional: *Error Capital: la pena de muerte frente a los derechos humanos*. Editorial de Amnistía Internacional. Ed. Amnistía Internacional. 1999.

⁹ Op. cit. p. 187-192.

¹⁰ Amnistía Internacional: *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. Editorial Amnistía Internacional. Ed. Amnistía Internacional. Madrid. 1989.

da presencia antiabolicionista de Estados Unidos y China se sumo un grupo formado por algunos países islámicos que reclamaban el mantenimiento de la pena capital como una exigencia directa de leyes y principios religiosos.

En 1994 el Gobierno italiano puso en marcha una iniciativa ante la Asamblea General en pro de una moratoria universal y pronto se hizo acompañar de una organización no gubernamental con carácter transnacional: *Hands off cain*. En los debates se pueden destacar tres representantes del retencionismo: Pakistán, que encabezó la negativa a tratar el asunto; Sudán, que describió la pena de muerte como “contenido del derecho divino de acuerdo con algunas religiones, en particular el Islam y Singapur que lidero el debate y merece la pena una reproducción de sus argumentos, al defender la soberanía de los Estados al determinar las penas apropiadas en sus respectivas sociedades para la lucha contra los delitos graves” y afirmar que era evidente que no habría nunca un consenso universal que considerara la pena capital contraria al Derecho internacional.¹¹

A la vez que se discutía el asunto en la Asamblea General se produjo un gran debate en el Consejo de seguridad a la hora de excluir la pena capital del catálogo de penas del Estatuto del Tribunal penal internacional para Ruanda, debate que no había llegado a producirse en la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia en el anterior año 1993. Al final, todos los estatutos de los Tribunales *ad hoc*, así como el de la Corte Penal Internacional se han adoptado con exclusión de la pena capital a pesar de que estas Jurisdicciones están pensadas precisamente para los delitos más graves.

En 1996 se renovaron los esfuerzos abolicionistas, adoptándose resoluciones favorables en la Comisión de prevención del delito y la justicia penal y al año siguiente en la Comisión de Derechos humanos, la cual afirmó que “estaba convencida de que la abolición

¹¹ En referencia a la Sharía puede consultarse: Bassiouni, CH.: *La muerte como castigo en la Shari'a*, En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant lo Blanch. 2010. p. 315-317. Véase igualmente a Schabas, W.: *Islam and the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal. N° 9. 2000. p. 223-236.

de la pena de muerte contribuye a realizar la dignidad humana y el desarrollo progresivo de los derechos humanos”, lo que llevó a la propia Comisión a instar a una moratoria general en la resolución del año siguiente, en 1998. Como respuesta, se constituyó un “frente de rechazo” de 51 países, que expresaba el sentido de la anterior posición representada por Singapur sobre la ausencia de consenso internacional sobre la abolición por razones de las diferencias entre religiones y entre los sistemas judiciales. El enfrentamiento tuvo lugar en la Asamblea General de 1999, al presentar la Unión Europea una propuesta de resolución de aplicación de las salvaguardias y desde la que se instaba a la ratificación del Segundo Protocolo facultativo de abolición de la pena de muerte, a la restricción progresiva de la pena de muerte y al establecimiento de una moratoria con vistas a una completa abolición. Pero la propuesta de la Unión Europea fue derrotada por el “frente de rechazo” encabezado en esta ocasión por Egipto y Singapur que reiteraron la falta de consenso universal así como su apreciación de que el asunto de la pena capital es una tarea de la justicia penal y no del ámbito de los Derechos humanos.

Pero tras la derrota todo se trastoca. En primer lugar las nuevas ONGs especializadas aglutinan a viejos y nuevos actores en la *World Coalition* y en el *Ensemble* que organizan desde 2001 un Congreso mundial cada cuatro años como un movimiento verdaderamente internacional de actores sociales, cuya última manifestación ha tenido lugar en Ginebra en abril de este 2010 y que fue inaugurado por el Presidente semestral de la Unión Europea José Luis Rodríguez Zapatero. En el intervalo entre los Congresos de 2001 en Estrasburgo, 2004 Montreal, 2007 Paris y Ginebra se desarrollará una muy intensa actividad de ONGs regionales y locales que cuentan con apoyos numerosos pero, fundamentalmente, el de la Unión Europea, que desde 1994 dedica una sección de su programa de patrocinio de los Derechos Humanos a la lucha por la abolición¹².

¹² Sculier, C.: *Towards a universal moratorium on the use of death penalty. Strategies, arguments and perspectives*. Ed. World Coalition Against the Death Penalty. 2010. Version online: <http://www.worldcoalition.org/modules/wfdownloads/singlefile.php?cid=56&lid=295>

De hecho, en el plano europeo es de destacar la denominada “Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos”, instrumento pluridisciplinar que es un buen ejemplo de actividad intensa con reuniones y declaraciones relacionadas con el amplio diálogo China-Unión Europea; con la situación de la Región de los Grandes Lagos de África o con países árabes como son las reuniones que dan lugar a las Declaraciones de Alejandría (2008) y Argel (2009) y Madrid (2009) en las que desde la sociedad civil de estos países se insta a los Gobiernos al cumplimiento de la Resolución 62/149 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

En la esfera institucional internacional también han aparecido con fuerza nuevos actores. Especialmente se deben resaltar las figuras y acciones del *Relator especial para las ejecuciones extrajudiciales*, que ha abordado también en parte las cuestiones de la pena de muerte desde su creación en 1982 y la del *Alto Comisionado para los Derechos Humanos* quien desde el tiempo en que ocupara el puesto Mary Robinson se opone a la pena capital, censura las ejecuciones y reclama la moratoria y la abolición.

El nuevo clima dio lugar a la iniciativa de 85 países que promueven en Naciones Unidas en diciembre de 2006 una declaración que proclama la “creencia de que la abolición de la pena de muerte contribuye a realzar la dignidad humana y el desarrollo de los derechos humanos.” El fin último es la abolición y la restricción en aquellos países que la mantengan, con el objetivo intermedio de una moratoria universal.

Esta proposición alcanza éxito por vez primera en la Asamblea General que aprueba la Resolución por la moratoria el 18 de diciembre de 2007¹³. El 20 de noviembre de 2008¹⁴ fue de nuevo ratificada indicando una ligera progresión respecto a la idea de la abolición definitiva. El último informe del Secretario General se presentó en

¹³ UN Doc.: A/RES/62/149. *Moratoria sobre el uso de la pena de muerte*. Resolución adoptada por la Asamblea General. 26 de febrero de 2008. Esta Resolución fue adoptada por 104 votos, 54 en contra y 29 abstenciones.

¹⁴ UN Doc.: GA/SHC/3939. *Resolución sobre la moratoria de la pena de muerte*. 20 de noviembre de 2008. Esta Resolución fue ratificada por 105 votos favorables, 48 contrarios y 31 abstenciones

Viena en mayo de 2010 y del que es responsable el académico William Schabas¹⁵. En la última Resolución se comprueba una tendencia mundial hacia la abolición de la pena de muerte con un incremento considerable de partidarios de la eliminación de este castigo; adoptándose con 109 votos a favor, 41 en contra y 35 abstenciones¹⁶. Todo esto se aprecia no solamente en relación con las tradicionales listas de Estados abolicionistas y retencionistas, sino también examinando más detenidamente las tasas en el descenso del uso de la pena de muerte en numerosos Estados que siguen aplicando la pena capital¹⁷. Además, debe tenerse en cuenta la aceleración de la tasa de abandono de la pena de muerte por los Estados en comparación con el número de Estados retencionistas. Uno de los hechos más significativos se concentra en los avances del mundo asiático debido a que ha sido testigo de una evolución positiva con algunos de sus países cambiando el sentido de su voto y siendo la primera vez que se tiene constancia de una ligera disminución de las ejecuciones en China, aunque este tema sigue apareciendo como “secreto de Estado”. En el ámbito árabe las cosas han permanecido de manera similar a como recogió la Resolución de 2008 mientras que en territorio africano los países de Ruanda, Togo, Burundi, Benin y Gabon¹⁸ suprimieron la pena capital de sus ordenamientos jurídicos en estos últimos tres años.

Llegados a este punto, resulta evidente que la Resolución sobre la Moratoria no representa el *fin de la historia* de la abolición, y no sólo porque 41 países están en contra y 35 abstenciones y la mayoría

¹⁵ UN Doc.: E/2010/10. *La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*. Informe del Secretario General. Consejo Económico y Social. 18 de diciembre de 2009.

¹⁶ UN Doc.: GA/11041. General Assembly. *Resolution on the moratorium on the use of the death penalty*. Sixty-fifth General Assembly. Plenary 70th & 71st Meetings. 21 Dec. 2010.

¹⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, Illinois acaba de sancionar el proyecto de ley de pena de muerte. Se convierte, por tanto, en el tercer estado que ha promulgado una ley abolicionista en los dos últimos años, después de Nueva Jersey y Nuevo México.

¹⁸ Gabon ha sido el último país africano en abolir oficialmente el castigo capital por cadena perpetua mediante reforma legislativa de febrero de 2011. <http://www.abolition.fr/ecpm/french/article.php?art=821>

de ellos ejecutan penas de muerte. Para quienes estiman que la abolición es una cuestión de dignidad humana y de derechos humanos el camino recto seguirá siendo la continuación del debate año tras año con el fin de reducir el grupo de países que se abstienen y, sobre todo, el de aquellos que con mayor resistencia mantienen el pleno rigor en aplicación de la pena capital. Pero también resultará necesario abordar el problema de la pena capital desde otros planos de argumentación, y esto es precisamente lo que el Presidente español Rodríguez Zapatero nos propuso en el mes de diciembre de 2009 en Madrid coincidiendo con la inauguración del Congreso que dio lugar a la creación de la Red Académica contra la pena capital¹⁹.

3. El poder de las ideas en Naciones Unidas y la Declaración del Milenio

En lo que sigue se pretende desarrollar el argumento que trata de atender a la evolución de lo que ha dado en llamarse el *poder de las ideas* en la historia intelectual de las Naciones Unidas²⁰. No hace falta recurrir a Winston Churchill para hacer frente a quienes valoran poco o nada a las Naciones Unidas y la descalifican como *Talking Shop*, aludiendo a que sus trabajos se agotan en discusiones infructuosas. Ya el ex-presidente inglés dijo que hablar por hablar es mejor que matar por matar. Conviene reparar en el papel fundamental que la ONU ha desempeñado en el desarrollo de ideas y conceptos que en sus comienzos fueron considerados parciales o propios de regímenes económicos o políticos determinados pero hoy de la mano precisamente de las Naciones Unidas se han convertido en parte de nuestra definición moderna del ser humano de la comunidad uni-

¹⁹ Puede encontrarse en el portal de la Red Académica Internacional contra la Pena Capital (REPECAP): www.academicsforabolition.net.

²⁰ Jolly, J., Emmerij, L. and Thomas Weiss, G.: *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project* New York, May 2005. Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>. Versión española: *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*. Introducción por Mancisidor, M. Madrid. Ed. Catarata. 2007.

versal . Entre ellas destacan la idea de la autodeterminación de los pueblos, que aunque se impulsó por las Sociedad de Naciones desde el propio tratado de Versalles no se impuso más allá de lo que se llamará mundo civilizado hasta que Naciones Unidas promovió el gran proceso de descolonización en la segunda mitad del siglo XX.

Hasta hace pocos años los derechos humanos aparecían o se hacían aparecer como un patrimonio intelectual y político privilegiado de países avanzados y del espacio capitalista, una creación en definitiva del imperialismo cultural. Hoy, sin embargo, aún cuando los derechos humanos sean conculcados en muchos rincones del mundo, hay que destacar que gracias a las ideas y a los procedimientos de control de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos, ésta se ha convertido en la más eficaz defensa de millones de seres humanos ante los abusos de poder.

La misma idea de la paz y de la exclusión de las guerras por vía de la negociación y de las misiones de paz y de intervención legítimada por Naciones Unidas no han evitado muchos conflictos en multitud de lugares, pero han impedido las guerras generales y permanentes, como fueron las dos Guerras Mundiales en los cincuenta años anteriores a la creación de las Naciones Unidas.

La idea del fin de la impunidad²¹ y el castigo de los mayores abusos de poder consistentes en crímenes masivos se ha visto consagrada por la creación de los Tribunales internacionales *ad hoc* y por el Tribunal Penal Internacional y por la fuerza del principio de la Justicia Universal que tras su congelación post Nuremberg por efecto de la guerra fría ha entrado en vigor, de forma efectiva, especialmente con la Convención Internacional contra la tortura de las Naciones Unidas, y otras. Naciones Unidas han sido también los autores de ideas novedosas sobre economía y desarrollo, hasta convertir esta dualidad en el programa del *Desarrollo Humano*; que hoy se proyecta especialmente en el Objetivo de la reducción de la pobreza. Esta

21 Sobre la idea de impunidad sirva como referencia el estudio de Roth-Arriaza, N.: *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*. University of Pennsylvania Press. 2005. También la obra de Bassiouni, CH.: *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Brussels. Ed. Intersentia, 2010.

misma idea de desarrollo humano abarca hoy también los Derechos humanos y la resolución de conflictos. En el fondo esta hoy sopeándose por otras vías la escisión de los Derechos fundamentales en los dos Pactos, el de Derechos políticos, por una parte y de Derechos Sociales, por otra, hacia un concepto amplio de *seguridad humana*²².

Merece llamarse la atención sobre el bloque de ideas pragmáticas que conocemos como objetivos del Milenio que puso en marcha la Asamblea General y el Secretario General Kofi Annan en el año 2000 con la llamada Declaración del Milenio. Bien lejos de ser un documento retórico o meramente programático y, más allá también del retraso en su implementación, en buena parte achacable a la crisis de seguridad producida por el 11 de septiembre y por la debacle económica de 2007, creo que este bloque de ideas de la Declaración del Milenio se convertirá en la agenda cotidiana de la vida internacional de las organizaciones internacionales, regionales y bilaterales, y el poder de las ideas transformará el mundo en el entorno del 2015 y en todo caso transformará la conciencia de los habitantes de este mundo sobre lo que podremos reclamar a nuestros gobiernos y de nosotros mismos. Además, la sociedad civil de nuestros países dispone en la era de la globalización del transporte, de la información y de las capacidades de organización de más oportunidades que nunca para imponerse.

La Declaración del Milenio se estructura en ocho grandes apartados: de valores y principios, la paz; la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; la protección del medio ambiente; derechos humanos, democracia y buen gobierno; protección de las personas vulnerables; atención a las necesidades especiales de África y fortalecimiento de las Naciones Unidas.

Tras su lectura atenta y seguimiento de lo acontecido en el decenio transcurrido, me sumo a quienes entienden que la Declaración del Milenio y los objetivos que de ella derivan pueden constituir el tercer gran documento de las Naciones Unidas tras la Carta de San Francisco y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²² McFarlane, S. Neil and Foon Khong, Yuen.: *Human security and the UN, a critical history*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2006.

Los objetivos del Milenio se establecen de manera sintética y apta para la medición cuantitativa del punto de partida y el programa de cumplimiento. Se formulan así: erradicar la pobreza extrema y el hambre; establecer la enseñanza primaria universal; promoción de la igualdad entre géneros y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad el medio ambiente y fomentar una movilización mundial para el desarrollo.

El acierto de la formulación de estos objetivos es manifiesto. El espíritu humano se rebela ante una realidad con tanta violencia económica sobre los seres humanos a los que las estructuras políticas y económicas tienen sometidos por millones al hambre que la riqueza que se produce en el mundo actual no puede justificar; en la mortalidad por enfermedades que el desarrollo humano y de los sistemas de salud han resuelto plenamente en buena parte del globo, y que debe tener un carácter universal.

Se revela también el espíritu humano contra la brutal, o en otros casos, refinada discriminación de seres humanos por el color de la piel o, lo que es más sorprendente sobre las mujeres de cualquier color. La discriminación masculina de las mujeres es junto al hambre y la enfermedad, gratuita y evitable, y son las plagas más relevantes de la humanidad en este principio de milenio. No se trata, como bien explica la Declaración,²³ de que sea el tiempo de los derechos sociales frente a un tiempo pasado de los derechos políticos. Se trata más bien de la superación de esa escisión que no se pudo resolver al tiempo de los pactos de 1966, y que tardaron tres décadas en entrar en vigor.

²³ Como expone Mireille Delmas Marty en su reciente y muy valiosa trilogía: I, *Les forces imaginantes du Droit* (2003), II, *Le Relatif et l'Universel*, (2004), y III, *Le pluralismo ordonné*, Seuil, Paris 2005.

4. La Declaración del Milenio y los fundamentos de la abolición

Lo que el Presidente Rodríguez Zapatero vino a explicarnos y proponernos a los Académicos reunidos el pasado mes de diciembre en Madrid, es que los que nos ocupamos y preocupamos por la abolición de la pena de muerte por razones tradicionales debemos hacer el esfuerzo de situar nuestro objetivo en el marco de nuevo discurso y de la discusión de los Objetivos del Milenio. La lucha contra el hambre no es alternativa a la lucha por el derecho a la vida o por la dignidad de la persona humana, más bien al contrario, la lucha contra el hambre es la ambición por garantizar la base material, el presupuesto, de los derechos y de la dignidad de los seres humanos. Y es desde este punto de vista como hay que reconstruir el contenido de los derechos humanos en el mundo contemporáneo, y también el del Derecho a la vida y su fundamento de la renuncia a la pena capital²⁴.

Para reconstruir y complementar el fundamento abolicionista no necesitamos encontrar en la Declaración del Milenio una concreta manifestación contra la pena capital ya que toda ella es una declaración contra la violencia, la violencia intrínseca de toda muerte por hambre por acción u omisión, la violencia de la discriminación de la mujer, que como bien sabemos termina demasiado fácilmente en violencia criminal “tout court” sobre la mujer en la relación de pareja. La violencia de dejar morir de enfermedades curables a millones de personas, por la inacción de las empresas farmacéuticas y de los países que las pueden controlar,

Además, se encuentran especialmente en el apartado II de la Declaración dos grandes reclamos contra la violencia. Por una parte la exigencia de velar por la paz, de prevenir los conflictos y de intervenir en defensa legítima, evitando el “dejar morir” por “permitir matar” ambos conceptos que en el plano moral no nos pueden dejar indiferentes, y, por otro el reclamo de la acción contra la violencia criminal, identificada sobre todo con el terrorismo internacional, la

²⁴ Sobre el asunto y con referencias véase: PNUD. Manual: *Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Establecimiento de una relación. 2006.

delincuencia transnacional, las armas de destrucción masiva, las minas antipersonas, bombas de racimo, y el tráfico ilegal de armas pequeñas y ligeras, etc.²⁵

En ese contexto anti violencia no cabe duda que cabe integrar buena parte del argumento de los partidarios de abolir la pena de muerte pues para la mayoría de nosotros constituye la emoción del rechazo de la pena de muerte tanto si esta significa *matar a sangre fría* o *matar en frío*. Sólo el corazón del verdugo no sufre de empatía al contemplar la ejecución capital. Es esta sensación de rechazo a la violencia de la pena de muerte, aunque sea legal en el país de que se trate, o puede considerarse legítima desde alguna religión, lo que debe proponerse como objetivo de consenso de los países del mundo en la construcción de los valores y principios del renovado orden mundial. La Red contra la pena capital tiene por vocación reconstruir el orden de los derechos humanos y su fundamento respecto del derecho a la vida y la abolición de la pena capital desde este nuevo paradigma recogido en los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Para ese nuevo orden de valores la mejor lección que el Estado puede dar a los violentos es la renuncia a la pena de muerte, la renuncia de matar a sangre fría.

BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTIA INTERNACIONAL: *Cuando es el Estado el que mata... Los derechos humanos frente a la pena de muerte*. Editorial Amnistía Internacional. Ed. Amnistía Internacional Madrid. 1989.
- *Error Capital: la pena de muerte frente a los derechos humanos*. Editorial Amnistía Internacional. Ed. Amnistía Internacional. 1999.
 - Amnistía Internacional: *Condenas a muerte y ejecuciones en 2010*. Ed. Amnistía Internacional. 2011.
- ANCEL, M.: *La pena capital*. Parte I: Su evolución hasta 1960 y Parte II: Su evolución desde 1961 a 1965. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Nueva York. Naciones Unidas. Y en el contexto europeo: *La peine de mort dans les pays européens*. Rapport. Conseil de l'Europe. 1962.

²⁵ Véase el panorama general de la acción de Naciones Unidas contra la violencia criminal en White, Nigel D.: *The United Nations System. Toward International Justice*. Lynne Rienner Publishers. London. 2002.

- ARROYO ZAPATERO, L.; BIGLINO, P. y SCHABAS, W.(Edit.): *Hacia la abolición universal de la pena capital*.Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2010.
- *Towards universal abolition of the death penalty*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2010.
- BARBERO SANTOS, Marino. *Pena de Muerte (El ocaso de un mito)*. Criminología contemporánea, Buenos Aires, 4. Ed. Depalma. 1985.
- *La pena de muerte, problema actual*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, XXII, 2. 1963-64. p. 79 y ss.
- BASSIOUNI, CH.: *La muerte como castigo en la Shari'a* En: *Hacia la abolición universal de la pena capital*. Schabas, W., Biglino, P. y Arroyo Zapatero, L. (Eds.). Tirant lo Blanch. 2010.
- *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Brussels. Ed. Intersentia, 2010.
- BERNAZ, Nadia.: *Le droit international et la peine de mort*. La documentation Française. Paris, 2008.
- HOOD, R.: *The Death Penalty. A World-wide perspective*. 4th Edition. Oxford. 2008.
- International Academics Network for the Abolition of Capital Punishment (REPECAP): www.academicsforabolition.net.
- JOLLY, J., EMMERIJ, L. and WEISS, T., G.: *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years*. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project New York May 2005.
- Para su consulta online: <http://www.unhistory.org/PowerofUNTOC.pdf>. Versión española: *El poder de las ideas: Claves para una historia intelectual de las Naciones Unidas*. Introducción por Mancisidor, M. Madrid. Ed. Catarata. 2007.
- LERCH, M.: *Menschenrechte und europäische Außenpolitik, Eine konstruktivistische Analyse*. Ed. Vs Verlag für sozialwissenschaften. 2004.
- McFARLANE, S. Neil and FOON KHONG, Yuen.: *Human security and the UN, a critical history*. United Nations Intellectual History Project Series. Indiana University Press. 2006.
- MACMILLAN, Margaret.: *París 1919. Seis meses que cambiaron el mundo*. Ed. Tusquets. Barcelona 2005.
- NEUMAN, E.: *La pena de muerte en tiempos del Neoliberalismo*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). México. 2004.
- PNUD. Manual: *Derechos Humanos y Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Establecimiento de una relación. 2006.
- ROTH-ARRIAZA, N.: *The Pinochet effect : transnational justice in the age of human rights*. Collection: Pennsylvania studies in human Rights. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2005.
- SCHABAS, W.: *The abolition of the death penalty in International Law*. 3rd Ed. Cambridge. 2002.

- *Islam and the Death Penalty*, William & Mary Bill of Rights Journal. N° 9. 2000.
- SCULIER, C.: *Towards a universal moratorium on the use of death penalty. Strategies, arguments and perspectives*. Ed. World Coalition Against the Death Penalty. 2010.
- UN Doc.: E/2010/10. Informe del Secretario General. *La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte*. Consejo Económico y Social. Nueva York. 18 de diciembre de 2009.
- UN Doc.: A/RES/62/149. *Moratoria sobre el uso de la pena de muerte*. Resolución adoptada por la Asamblea General. 26 de febrero de 2008.
- UN Doc.: GA/SHC/3939. *Resolución sobre la moratoria de la pena de muerte*. 20 de noviembre de 2008.
- UN Doc.: GA/11041. General Assembly. *Resolution on the moratorium on the use of the death penalty*. Sixty-fifth General Assembly. Plenary 70th & 71st Meetings. 21 Dec. 2010.
- WHITE, Nigel D.: *The United Nations System. Toward International Justice*. Lynne Rienner Publishers. London. 2002.

