

Pena de Muerte

Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale.

Universidad de Castilla-La Mancha.

Correspondiente de la Académie de Sciences Morales et Politiques de Francia

1. Pena de muerte, historia y medios de ejecución

La pena de muerte es la privación de la vida de un ser humano impuesta por la autoridad como consecuencia de la comisión de un crimen. Su existencia acompaña como una sombra a la historia de toda la humanidad hasta tiempos muy recientes. Su existencia se acredita en los primeros documentos de la historia humana como son las pinturas rupestres del Neolítico mediterráneo, hace seis mil años, entre cuyas representaciones se incluyen ejecuciones capitales, junto a escenas de caza y de la vida¹. Pero, a la vez, decía Henri Donnedieu de Vabres que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición. Buena parte de la humanidad se ha hartado de la dureza de las ejecuciones capitales originarias y sucesivamente ha buscado las formas menos inhumanas de ejecución y ha sustituido las antiguas por otras más modernas, pasando también de la ejecución pública como acto de comunicación de la venganza justiciera a la ejecución reservada en el interior de las prisiones, hasta llegar a una época en la que lo que se rechaza es la misma privación de la vida de un ser humano.

El repertorio de los medios de ejecución de la pena de muerte es sorprendentemente amplio y variado. La asfixia por inmersión era originariamente una pena para mujeres pues se creía que el derramamiento de sangre de estas traía desgracia. La forma más caracterizada de estas ejecuciones es la romana pena del saco (*poena culleum*): especialmente indicada para los parricidas, concepto entonces más amplio que el homicidio de parientes. Se introducía al condenado en un saco de piel y se metía también un perro, un gallo, una serpiente y un mono. El saco podía ser sustituido por un tonel².

¹ Marino Barbero Santos, *Pena de Muerte. El ocaso de un mito*. Ed. Depalma Buenos Aires 1985; Esther Lopez-Montalvo, *Violence et mort dans l'art rupestre du Levant : groupes humains et territoires*, en Luc Baray (dir.), *L'armement et l'image du guerrier dans les sociétés anciennes: de l'objet à la tombe*, Sens 2011, 19-42.

² Von Hentig, *La pena*, 33 y ss. y Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 339.

Pervivió hasta mediados del primer milenio, así los ciudadanos alemanes disponían de lugares especiales para ejecutar la pena de lo que subsisten pruebas documentales en Basilea, Dresde, Frankfurt y Ulm todavía en 1752. También está documentada la silla de los ahogamientos en el puente de Cambridge. En territorios marítimos era frecuente el ahogamiento por sometimiento a las mareas, de modo que el mar cubriera hasta tres veces a los condenados.

El fuego como medio de causación de dolor y la cremación fue instrumento de justicia y de purificación³. Desde Roma está documentado que se daba muerte a los delincuentes clavados o atados a un palo que se levantaba después sobre haces de leña amontonados al pie. También lo hacían los germanos y antes los asirios, pero no los persas ni los antiguos egipcios. La biblia se menciona la pena de cremación en tres delitos contra la honestidad y en el crimen sobre el botín de guerra. El fuego fue la pena capital preferida en la Edad Media para los delitos contra la religión y contra la honestidad. No solo la Inquisición de la época en Francia, España e Italia, sino las persecuciones de la iglesia reformada, como ocurrió con la quema 1553 de Miguel Servet por Calvino en Ginebra. La persecución enloquecida de brujería en los estados alemanes alcanzó varios millares con el fuego como modo de ejecución, aterró a la mujer en la Europa central de los siglos XV a XVII⁴.

El despeñamiento, estaba previsto en Roma para ejecutarse desde la roca Tarpeya, en el actual Capitolio. Se aplicaba a esclavos que cometían hurto y para los que prestaban falso testimonio. Parece que fue practicada en aquellas ciudades que tenían unas características geológicas similares. Así una roca similar es el centro de España, en Toledo, lleva el mismo nombre romano. La pena de descuartizamiento consiste en la abertura del cuerpo del condenado para la extracción de sus órganos y la división del cuerpo en partes que se exponen en lugares diferentes de la ciudad como muestra de la severidad del castigo y como intimidación general. Prevista en numerosos ordenamientos, p. ej., en la *Constitutio Criminalis Carolina*, 1532, art. 124. Especial fórmula de descuartizamiento era la realizada mediante la fuerza de cuatro caballos cuya última manifestación fue la

³ Hans von Hentig, cit 344-364.

⁴ Marino Barbero Santos, "La represión de la brujería en Alemania en los siglos XVI y XVII", *Memorias de la Real Academia de Extremadura*, Trujillo 1992.

ejecución de Damians, que había intentado dar muerte al Rey Luis XV (1757), narrada por Gian Domenico Casanova en sus memorias y reproducida por Michel Foucault en su *Surveiller et punir*. Pero se difundió un descuartizamiento más liviano, post mortem, para exponer en sitios públicos de la ciudad y en el lugar del crimen, piernas, brazos y cabeza como en México⁵.

El descuartizamiento podía producirse mediante una rueda. Tras romper el cuerpo con ella se situaba éste encima y se elevaba sobre un poste y quedaban los condenados expuestos al horror del público y a la acción de las aves carroñeras. Las pinturas y grabados de Caillot y Brügel muestra hasta qué punto pertenecían a la vida cotidiana de las ciudades de Europa hasta el siglo XVIII⁶.

La lapidación aparece ya en penúltimo lugar en las Euménides de Esquilo, donde se enuncian las diferentes acciones que se realizan en los patíbulos para privar de la vida a los condenados: decapitación, emasculación, descuartizamiento, lapidación y empalamiento⁷. La antigua ley mosaica preveía la pena de muerte para herejía y la blasfemia, cuyo principal testigo de cargo había de arrojar la primera piedra, pero se extendía también a los casos de vulneración del shabat, el adulterio de la mujer, la homosexualidad y el bestialismo. La misma pena se detecta en Noruega, Suecia e Islandia y los países germánicos⁸. Pasó de la ley mosaica a la cultura musulmana, apoyada en una discutida cita de profeta. Su pervivencia es notable y se detecta en algunos países en tiempo reciente. Reapareció en Irán en 2008, hasta que una protesta internacional logró que los gobernantes excluyeran la lapidación del catálogo de penas. Es posible que se siga practicando en lugares alejados del control del Estado como denuncia Amnistía Internacional en Mali, Sudán o Somalia, incluso en proceso penal ordinario en el Norte de Nigeria donde impera la *sharía*, la pena aparece indicada para adulterio y prácticas homosexuales.

⁵ Luis Arroyo Zapatero, De los delitos y las penas entre México y España, Miguel Angel Porrua Ed., Ciudad de México 2016, 58.

⁶ Pieter Brühgel, The Elder, The Triumph of Death, Museo del Prado. [www.museodelprado.es/en/the-collection/art-work/the-triumph-of-death/d3d82b0b-9bf2-4082-ab04-66ed53196ccc] [6, 29 2021]

⁷ Von Hentig 393 y Esquilo, Las Eumenides, 185-190.

⁸ Von Hentig, cit. 396 y s.

La picota (pillory, pranger, pelouhrinño) es columna de piedra o madera donde se puede incorporar a una persona para exponerle a la vergüenza pública. Eran también lugares de ejecución, como la Piedra ardiente de Basilea, la Negra de Worms o la Roja de Rodenstein. En ocasiones se empleaba un gran barril de madera sobre el que se exponía al condenado⁹. Es digna de nota su vinculación con la ejecución de la pena capital. A veces se ejecutaba la decapitación junto a la picota y la cabeza y otros miembros se colgaban de los hierros que solían coronar la picota, como una suerte de rizos¹⁰. Se empleaban también otros utensilios de madera como variantes de las "*sedes stercolarie*"¹¹. Daniel Defoe was sentenced to the pillory in 1703 for seditious libel, at the pilory tree times, last in Fleet Street by Temple Bar in London¹². En ocasiones se presentaba el rol de exposición pública con el del lugar de ejecución por ser la picota pieza que permitía el ahorcamiento, es decir, porque fueran horca-picota. El caso más notable era en la ciudad de México, en cuya plaza mayor la picota era rodeada por cuatro postes que operaban como horcas. Una variante de la picota eran las jaulas en las que se encerraba al condenado porque se hacía colgar de algunos postes o de la muralla del castillo y, ya vivo ya muerto, quedaba expuesto el cuerpo durante meses (pajareras)¹³.

Tres son las formas modernas más extendidas de ejecución, tras el hacha o la espada, la horca, el garrote y la guillotina. La horca ha sido siempre un método rápido y sencillo de ejecución, pero comportaba un morir acompañado de descargas fisiológicas que convertían el acto de justicia en un espectáculo denigrante para el delincuente, la familia y los propios asistentes al espectáculo. Por otra parte, una muerte rápida requiere técnica de la que el verdugo no siempre disponía. Se buscó un método más seguro y menos denigrante, incluso mediante concurso público de ideas como ocurrió en Francia con la aparición de la guillotina. En España y los territorios de América se consagró el garrote, un instrumento mecánico con el que un verdugo competente es capaz de producir la muerte del condenado en apenas 30 segundos. Aunque está bien documentado que la

⁹ Von Hentig 448; Bader, *Der Pranger*, Jos. Weibel'sche Verlag, Freiburg i. Br. 1935.

¹⁰ Von Hentig 449.

¹¹ Von Hentig 442.

¹² He had composed for the occasion *A Hymn to the Pillory*, britannica.com/biography/Daniel-Defoe [1.7.21]

¹³ Von Hentig, 453.

competencia de los verdugos dejaba mucho que desear y se producían ejecuciones que requerían más de 30 minutos de sufrimiento.

2. Actualidad de la pena de muerte en el mundo.

La situación de la pena de muerte en mundo de caracteriza por la abolición completa en la Unión Europea, la moratoria total en todos los países miembros del Consejo de Europa, es decir, del territorio de la Europa que va desde Lisboa a Vladivostok, con la única excepción de Belarus. La abolición expresa de la pena en toda América con la excepción de los Estados Unidos y algunas islas del Caribe. La permanencia de la pena capital tiene lugar sobre todo en Asia, con el protagonismo de China, que parece producir más ejecuciones capitales que todo el resto del mundo. También Vietnam ofrece un panorama similar en proporción. Por el contrario, se han llevado a cabo aboliciones en Mongolia y la India, aun cuando se han producido retrocesos en este último país a consecuencia de la reacción a terribles de actos de terrorismo masivo y de violaciones grupales de mujeres con homicidio¹⁴.

En África se experimenta un proceso abolicionista de muy relevante dimensión, tanto mediante moratorias como de abolición total, como fue el caso de Sudáfrica cuando en 1995 su Tribunal Constitucional declaró que era una pena cruel e inhumana. A su vez, en el norte del continente tres grandes países Marruecos y Túnez y Argelia se convirtieron en abolicionistas de facto hace más de 30 años, con la especial significación de ser los tres de inspiración musulmana, singularmente el primero de ellos cuya máxima autoridad religiosa es su Rey. En todo el África subsahariana se produce un continuado conflicto con especial protagonismo del terrorismo, pero la abolición constituye la línea predominante en los países más estables, que alcanza el número de 21. De entre los países retencionistas solo han ejecutado penas capitales Somalia (11), Sudán del Sur (2) y Botsuana (3)¹⁵. El norte de África, Libia y Egipto presentan características similares a los países del Oriente Medio, Siria, Irak e Irán y Arabia Saudí, junto a otros países menores como Yemen, Omán, Bahrein. Los primeros citados son los que más penas de muerte

¹⁴ Tasakhia Ebegdorj, Abolishing Death Penalty in Mongolia, en *The Death Penalty. Justice or Revenge?* ed Ioanna Kukuradi (Lit Zurich 2020) 67; Arup Serendranath, *Death Penalty India Report, 2 v* (National Law University, Delhi 2016).

¹⁵ Amnesty International Global Report, 2020 p. 47 – 54.

ejecutaron en 2020: Egipto 107; Arabia Saudí 27; Irak 45; Iran 246. Sin ejecuciones en el año de la pandemia esta Libia, Líbano, Palestina e Israel.

En Asia la abolición afronta severas resistencias¹⁶. El país más significativo es China, donde la información sobre ejecuciones sigue siendo secreto de Estado. La misma opacidad informativa ofrecen la República Popular de Corea y Vietnam (UN doc E 2020/63. 15). El ejemplo contrario lo ofrece Singapur, que adoptó en 1998 una Carta Asiática de los Derechos Humanos en la que se declara que todos los Estados deben abolir la pena de muerte y que allí donde exista y debe ser impuesta solamente para los delitos más graves. A pesar de todo, en Asia que acoge el 60% de la población mundial se practican el 90% de las ejecuciones totales.

Aunque es relevante el número de países que abolen o retienen o es aún más la tasa de ejecuciones por millón de habitantes que pone a cada cual en su lugar. Van en cabeza los países más ejecutores, Irán con 6.5 por millón de habitantes. Sigue Arabia Saudí con 3.69, Irak, Somalia y Singapur respectivamente con 1.78, 1.17 y 1.7, le siguen Pakistán 0.45, Egipto 0.31, Bangladesh y Yemen 0.24, Sudán 0.14, Afganistán 0.11, Estados Unidos 0.08 y Japón 0.04. Los datos de China, Corea del Norte y Vietnam son secretos como se ha mencionado (UN Doc E 2020/63. Figures 3 y 4, p. 16 y 17).

Visto el mundo en su conjunto las más graves dificultades para la abolición la representan tres países o grupo de países. En primer lugar, China, país en el que mientras los responsables políticos en sus comunicaciones a la esfera internacional se manifiestan de modo favorable al proceso de abolición mantienen que hay que caminar lentamente, por estimar que el fervor por la pena de muerte pertenece al corazón de la cultura china. En realidad, el punto de partida tenía una legislación similar al "*bloody code*" de la Inglaterra del siglo XVIII, con innumerables figuras delictivas de muy diferente gravedad castigadas con la pena de muerte. Sucesivas reformas del Código Penal desde 2004, especialmente desde 2011, han venido suprimiendo la pena de muerte para numerosos delitos, pero

¹⁶ Para el Japón v. Shigemitsu Dando, *Toward the Abolition of the Death Penalty*, 72 *Indiana L.J.* 7 (1996); Kanako Takayama, *Public Opinion in Japan*, en Luis Arroyo Zapatero/ William Schabas/Kanako Takayama, *Death Penalty: A cruel and inhuman Punishment*, UCLM Tirant lo Blanch, Valencia 2013, 57.

todavía subsisten 55 delitos capitales y la mayor parte quedan lejos de los delitos voluntarios contra la vida a los que se reduce la cláusula de los delitos más graves (*most serious crimes*) del Pacto Internacional de *IPCPR*, como son los delitos económicos y los de corrupción. Las autoridades se justifican en una pretendida opinión pública tradicional favorable al máximo cargo, así como a reminiscencias del espíritu colectivo de confucianismo que pareciera que se preocupa menos de lo individual que de lo comunitario. Los especialistas estiman que no existe en China una opinión pública favorable a la pena de muerte mayor que lo que ésta alcanzaba en lugares como Francia en el momento de la abolición¹⁷. Por otra parte, el confucianismo resulta más inductor de la gracia y el perdón que de la retribución talionar que es a lo que responde la realidad legislativa china. Lo cierto es que el mayor y más determinante factor de generación de cultura y de opinión pública es el gobierno chino y no se aprecia en su política interior compromiso alguno con el progreso de una conciencia popular favorable a la abolición. Por otra parte, en la historia y la cultura china hay más tradición de misericordia que en cualquier otro país). Es más, a pesar del trabajo comprometido de numerosos académicos chinos¹⁸ el manejo de las ejecuciones y su difusión periodística parece que la pena se emplea como un factor más de gestión de decisiones políticas y político criminales que a cualquier otro factor¹⁹. La limitada investigación sobre opinión pública evidencia que se están produciendo más cambios en la sociedad china que en sus grupos dirigentes y que la limitada presencia de las redes sociales saca recientemente a la luz el más poderoso factor que favorece la abolición: los casos de ejecutados inocentes²⁰.

El Islám dispone de un cuerpo de doctrina oral y escrito que se origina en el siglo VI con el Corán y con la fijación de la doctrina del profeta un siglo más tarde y mantiene la pretensión de vigencia hoy como entonces en todos los países de su círculo de influencia. Su contenido legislativo se conoce como ley de la *Sharia* y contiene prescripciones normativas que reclaman la imposición de la pena de muerte en supuestos bien diversos.

¹⁷ Borge Bakken, *The Norms of Death: On Attitudes To Capital Punishment in China*, in Lill Scherдин, ed, *Capital Punishment. A Hazard To a Sustainable Criminal Justice System?* Ashgate, Surrey 2014.

¹⁸ Zhao Bingzhi (ed.), *Chinese Practice of Death Penalty Reform*, China Legal Publishing House, 2010,

¹⁹ Roger Hood, and Caroline Hoyle, *The Death Penalty. A worldwide perspective* 5th Oxford University Press 2015, 117, 118.

²⁰ Oberwittler, D. *Public Opinion on the Death Penalty in China*. Freiburg i. Br. edition iuscrim. 2009.

Aunque hoy puede sorprender, no supone cosa distinta de la que imperaba en la Europa del siglo XVI a XVIII, en la que se castigaba con la muerte la herejía, la apostasía, la blasfemia, la homosexualidad y el adulterio, pero también el robo con violencia o sin ella. El problema de esa concepción de sociedad y de sistema penal es que se pretende mantener vigente en el mundo actual. Pero esta concepción no debe oscurecer los elementos más valiosos de islam, como los principios de misericordia y compasión que son precisamente los títulos que coronan la cabeza de Alá. Lo relevante aquí es que, en el actual estado de evolución de la humanidad, bien definido por el Derecho Internacional, hay manifestaciones de esa legislación islámica que resultan prohibidos y no son susceptibles de mantenerse contra esas normas internacionales que son las presentes en el art. 6 del *ICCPR* y las llamadas “salvaguardias” en los términos que se verá más adelante. Su vulneración debería dar lugar a responsabilidad internacional. En todo caso, se debe tener en cuenta, como se ha señalado ya, que tres países de predominante fe islámica como Marruecos, Argelia y Túnez son países abolicionistas de facto, que desde hace más de 20 años no aplican la pena capital, lo que hace ver en realidad que la pena de muerte en los países de referencia es una opción más política que ideológica o religiosa.

La Norteamérica independiente no tomó una decisión que superara la aborrecida horca hasta mucho más tarde, cuando a sugerencia de la entonces joven empresa eléctrica de Thomas Edison en feroz competencia con Westinghouse, con su ingeniero Nikola Tesla, propuso la electrocución con la silla eléctrica con tanto éxito que se convirtió en el método de ejecución más innovador en USA hasta que no se pudo ocultar a la incipiente opinión pública que la silla producía la muerte en miedo de terrible dolores, quemaduras y hasta salía el fuego por la cabeza de los condenados. Continuó la búsqueda de métodos menos inhumanos y se recurrió de modo sorprendente al gas, en la cámara expresamente diseñada al efecto, que tampoco producía la pretendida muerte rápida e indolora, para llegar a partir de 1977 a la inyección letal. Pero a esa opinión pública ya bien informada en el nuevo siglo no se le pudo ocultar los numerosos casos en los que la muerte se producía entre grandes y prolongados dolores, hasta incluso con continuados y repetidas tentativas de suministrar la inyección letal de manera tal que las “*botched*

*executions*²¹” se calificaron como tortura, lo que llevo a las organizaciones no gubernamentales a reclamar a las empresas multinacionales a abstenerse de producir y comerciar con los productos empleados para componer la inyección letal²². Pero los estados ejecucionistas (executioner), antes que renunciar a la pena de muerte han preferido recurrir a productos de sanidad animal sin posibilidad de identificar su origen o a recuperar el pelotón de fusilamiento propio de la justicia militar y de los países sin medios especiales. El interés que provoca la evolución de los medios de ejecución es que la transparencia con que se aplican hoy permite poner de manifiesto que no hay medio o sistema que no resulte inhumano y equivalente a la tortura. La historia norteamericana de los medios de ejecución es una historia de la crueldad humana. Por último seguramente será trascendente que la Iglesia católica, que también tiene gran influencia en las Américas, resuelto abolir en su legislación general dispuesta en el Catecismo todas la excepciones a la prohibición de la pena de muerte en 20 convirtiéndose en una legislación moral radicalmente abolicionista²³.

La evolución diferenciada de Europa y Estados Unidos en lo que se refiere a la pena de muerte ha sido bien estudiada ²⁴. El mantenimiento de la pena de muerte en USA es el principal argumento de los países que se niegan a la abolición y que presentan esta como una cuestión de cultura europea y no como una cuestión de civilización. Pero la cuestión en USA es muy debatida: el Tribunal Supremo (*Furman v Georgia*, 1972) suspendió las ejecuciones ante el muestrario de horrores que ofrecían los Estados en sus legislaciones específicas más allá de las previsiones en la legislación federal. Pero en 1977 se

²¹ Michael L. Radelet, *Some Examples of Post-Furman Botched Executions*, deathpenaltyinfo.org/some-examples-post-furman-botched-executions [juli 7, 2021] ; Borg, M., & Radelet, M. ,*On botched executions*. In P. Hodgkinson & W. Schabas (Eds.), *Capital Punishment: Strategies for Abolition*, Cambridge: Cambridge University Press 2004. pp. 143-168.

²² La Unión Europea incluyó en la prohibición de efectos y sustancias de comercio junto a las que sirven a la tortura las que se usan para la inyección letal: Reglamento (UE) 2019/125 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de enero de 2019 sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

²³ Luis Arroyo Zapatero, *La pena de muerte es inadmisibile para la Iglesia Católica: La reforma del Catecismo del Papa Francisco y sus consecuencias*, en *Libro Homenaje a Diego Luzon*, v. 2 p 1271, blog.uclm.es/luisarroyozapatero/2019/03/25/ [7.17.21]; Christian Behrmann & Jon Yorke, *The European Union and the Abolition of the Death Penalty*, 4 *Pace Int'l L. Rev. Online Companion* 1 (2013), 2 [ff.http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/39/](http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/39/)[7.1.21]

²⁴ Whitman, J. *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford OPU 2005

reanudaron las ejecuciones, aunque tras numerosas reformas legales en cada Estado, y el número de ejecuciones se incrementó de modo notable en los años posteriores hasta el nuevo milenio, que se mantuvo siempre sobre los 250 hasta el año 2000, reduciéndose cada año desde entonces hasta menos de 50 en 2018. (Death Penalty Information Center, [deathpenaltyinfo.org/ History of the Death Penalty](http://deathpenaltyinfo.org/History-of-the-Death-Penalty) [29 de junio 21]). Pero con la repentina disponibilidad del análisis de AND para las pruebas penales se descubrió un muy elevado número de inocentes condenados a la pena capital que se encontraban en el corredor de la muerte, lo que resultó estremecedor con el descubrimiento sistemático de nuevos casos. No es difícil imaginar lo que pudo ocurrir cuando no existía técnica disponible para tales analíticas y los procesos penales carecían de garantías suficientes en las legislaciones anteriores a la sentencia del Tribunal Supremo. El “inocence frame” se convirtió en el factor desencadenante de estudios y decisiones legislativas de moratoria o abolición en numerosos estados²⁵ Hasta el momento actual han sido exonerados 185 personas que se encontraban en el corredor de la muerte (Deathpenaltyinfo.org/policy-issues/inocence [6. 29. 2021]).

El muy significativo que el presidente de USA que perdió su reelección en 2020 ordenó la ejecución en las últimas semanas de su mandato de 13 condenados en el corredor de la muerte sometidos a la jurisdicción federal tras una moratoria de 16 años. En el fondo también en la pena de muerte aflora la división de una sociedad con un peso extraordinario de la falta de misericordia y de compasión, inspirada no solo en la política sino en prácticas religiosas de un tipo de cristianismo más apto para los negocios que para la solidaridad. Las diferencias históricas entre el Norte y el Sur, el peso de un racismo derivado de los tiempos de la esclavitud, creencias religiosas poco dispuestas al perdón y falta de empatía con los pobres y con los fracasados en la vida, además de los factores políticos del sistema federal y la correspondiente segmentación de la legislación penal, así como la persistencia de autoridades judiciales elegidas por elección popular son factores que como ha explicado muy bien David Garland hacen de la pena de muerte una “institución peculiar”²⁶.

²⁵ Sister Helen Prejean, *The Death of Innocents: An Eyewitness Account of Wrongful Executions*, Random House New York 2005.

²⁶ David Garland, *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, OUP/Harvard University Press, 2010.

El nuevo gobierno americano del President Biden ha manifestado un compromiso al efecto con la declaración de moratoria para las condenas federales (Merryk Garland, Attorney General Memorandum 1. 7. 21, <https://www.justice.gov/opa/page/file/1408636/download>) que viene acompañado por nuevas aboliciones de la pena de muerte en los Estados en 2021, muy significativo el estado sureño de Virginia. De modo tal que de los 50 Estados de la Unión 26 han abolido o declarado moratoria, 10 no ejecutan penas capitales y de los 16 que emplean la pena capital la mayoría de las ejecuciones se producen en solo 5 estados, Texas, con la mitad de las ejecuciones, Virginia, Florida y Missouri, y Virginia acaba de proceder a la abolición. El número de ejecuciones ha venido cayendo desde el punto más alto de 1999, con 98, hasta 46 en 2010 y solo 17 en 2020²⁷. Las encuestas de opinión que hace años ofrecían resultados de más de un 80% de apoyo a la pena de muerte manifiestan ahora un 55% de apoyo²⁸.

3.El proceso de la abolición de la pena de muerte. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Resolución por la Moratoria de 2007.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos 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 más duradero que el establecido en Versalles en 1919 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”

²⁷ DPIC, Executions by state since 1976, deathpenaltyinfo.org/execution-overview/number-of-execution-by-state-and-region-since-1976 [Juni 29, 2021].

²⁸ Editorial Board, NYT, march 26, 2021, Stop the Executions President Biden [juni 29. 2021]. Y el declinar general de las ejecuciones v. The Death Penalty in 2020: Year End Report, <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/dpic-reports/dpic-year-end-reports/the-death-penalty-in-2020-year-end-report>.

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, sobre todo, 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 culturales.

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 no prosperó ²⁹.

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 pena capital en el mundo, que se encomendó a Marc Ancel, Presidente de la Societe International de Défense Sociale y de la sección penal del Instituto francés de Derecho comparado , 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 el mismo año 2020³⁰. 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

²⁹ William Schabas *The abolition of the death penalty in International Law*. 3rd Ed. Cambridge 2002. 23 and f.

³⁰ Marc Ancel: *The death penalty Part I: Evolution until 1960 and Part II: Evolution from 1961 to 1965*. Department of Economic and Social Affairs New York, United Nations. 1968.

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” .

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 en la 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 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).

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 Schabas, 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 Estados Unidos de América, ha universalizado la prohibición de aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años³¹.

En ese 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”³². 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 sólida presencia antiabolicionista de Estados Unidos y China se sumó 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.

³¹ William Schabas *The abolition*, 2002,155.

³² Amnesty International, *When the State Kills-: The Death Penalty V. Human Rights*. 1989.

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 graves³³.

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 materia 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. Han tenido lugar congresos de 2001 Estrasburgo, 2004 Montreal,

³³ Nadia Bernaz, *Le droit international et la peine de mort*. La Documentation Française. Paris, 2008.

2007 Paris, Ginebra 2010, 2013 Madrid, 2016 Oslo y 2019 Bruselas. Allí se desarrollan muy intensa actividad 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 abolición. 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. During the Second Regional Conference on the death penalty organised 2010 in Cotonou, Benin, by the African Commission on Human and People’s Rights Was proposed the drafting of a Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on abolition of the Death Penalty in Africa, to fill in the gaps and expand the provisions enshrined in the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights³⁴.

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, la del Relator especial sobre la tortura 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

³⁴ Chenwi, Lilian. Towards the abolition of the death penalty in Africa, a human right perspective. Pretoria University Law Press. 2007 ; Aimé Muyobokey Karimunda, The Death Penalty in Africa, Ashgate, Surrey 2014; Continental Conference on the Death Penalty 2-4 July 2014, Cotonou, Benin, Manifesto for a Protocol to the African Charter on the Abolition of the Death Penalty in Africa. https://www.fidh.org/IMG/pdf/manifesto_deathpenalty_africa.pdf [7.1.21]

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 2007. El 20 de noviembre de 2008 fue de nuevo ratificada indicando una ligera progresión respecto a la idea de la abolición definitiva. En la Resolución de entonces 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 abstenciones. El último informe quinquenal del Secretario General se presentó en Viena en mayo de 2020 y ha sido responsable William Schabas como también de los tres anteriores. En diciembre 2020 Asamblea General de la ONU (AGNU) (UN Doc A/73/260, juli 27 2018) ha aprobado la resolución sobre la moratoria de las ejecuciones con vistas a la plena abolición de la pena de muerte con 123 Estados a favor. Esta es la octava vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta una resolución que reclama una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la pena de muerte, desde 2007. El número de Estados que han votado a favor de estas resoluciones ha aumentado de 104 en 2007 a 121 en 2018 y 123 en 2020. A favor de la resolución votaron también Djibouti, Jordania, Líbano y Corea del Sur, que apoyaron la resolución por primera vez. El Congo (República del), Guinea, Nauru y Filipinas, que se abstuvieron o votaron en contra de la resolución de 2018, también apoyaron ahora el llamamiento, mientras que el Yemen y Zimbabwe pasaron de la oposición a la abstención. En el lado contrario 38 voted against it, 24 abstained and 8 did not take part in the vote. Se aprecia 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 experimentado una evolución positiva en algunos de sus países cambiando el sentido de su voto. 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 Congo, Ruanda, Togo, Burundi, Benin y Gabon, Gambia, Guinea suprimieron la pena capital de sus ordenamientos jurídicos en estos últimos años.

Llegados a este punto, resulta evidente que la Resolución sobre la Moratoria seguirá siendo un eje fundamental del debate sobre la abolición, pero 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. Esto es precisamente lo que el presidente español Rodríguez Zapatero propuso en diciembre de 2009 en Madrid en la inauguración del Congreso que dio lugar a la creación de la Red Académica contra la pena capital y poco después a la *International Commission Against Death Penalty*³⁵.

Son fundamentalmente cuatro los asuntos que seguirán siendo objeto de debate en el proceso de abolición. Los países ejecutores seguirán reclamando que la cuestión de la pena de muerte se trate como asunto de legislación penal y no de derechos humanos, pero esto no lo considera así ni las Naciones Unidas, pues aunque la cuestión se abordara originalmente en el UNODC, se revisa de modo sistemático en el Consejo de Derechos Humanos. La segunda cuestión es relativa al carácter irreversible de la pena capital frente a los errores judiciales respecto de lo cual se sigue desarrollando un conocimiento empírico estremecedor al que ya se ha hecho referencia. El tercer asunto es el carácter arbitrario de la aplicación de la pena de muerte cómo condicionado por el racismo y la pobreza coma que se advierte con toda claridad en los Estados Unidos. El último asunto consiste en que los retencionistas se aferran al carácter imprescindible de la pena capital para la prevención de los delitos graves contra la vida, el efecto intimidante (deterrence). Pero los estudios más ajustados de orden estadístico y comparativo, ponen de manifiesto que esta idea es fruto de una reacción visceral carente de fundamentación. Los más ponderados estudios estadísticos de la evolución de la criminalidad comparada en los procesos de abolición coma en los países que abonen y los que mantienen la pena capital y la evolución de los delitos más graves pone de manifiesto que no existe ninguna relación

³⁵ https://icomdp.org/wpcontent/uploads/2020/10/Statement_of_constitution_of_ICDP_2010.pdf. The presentation of tasks and objectives of the Commission by the founder President Federico Mayor Zaragoza, *The abolition of the death penalty: a question of respect for human rights*, in L. Arroyo and J. Bordes, *Francisco de Goya. Contra la crueldad de la pena de muerte/Against the cruelty of capital punishment*, Universidad de Castilla-La Mancha and Real Academia de Bellas Artes, Madrid 2013. <https://www.academicsforabolition.net/material/francisco-de-goya-contra-la-crueldad-de-la-pena-de-muerte> [7.10.21].

sólida entre ejecución de la pena capital e intimidación y también de lo contrario. Se advierte muy bien en ese laboratorio de la pena capital que representan los Estados Unidos donde se pone de manifiesto que las tasas de delitos graves contra la vida en los respectivos Estados no guardan relación con la pervivencia de la pena capital ni en las leyes ni en la práctica tampoco se ha incrementado sino al contrario la tasa de criminalidad de los delitos de homicidio en la Europa occidental que abolió la pena de muerte en los años 80 ni en los países de la Europa oriental que la abolieron a finales de los 90. Tampoco se advierte incremento de la criminalidad grave en países como Hong Kong y Singapur. Sobre esta cuestión ya se manifestaron acertadamente los dos primeros rapporteurs de las Naciones Unidas Marc Ancel y Norval Morris, todo ello expuesto con gran detalle por Roger Hood y Caroline Hoyle³⁶.

4. El Derecho Internacional Humanitario. La pena de muerte y las salvaguardias.

A la espera de mayor progreso de la abolición el suelo firme es hacer cumplir a los Estados por parte de los órganos de las Naciones Unidas las normas de obligado cumplimiento para todos, que son los artículos 6 y 7 de los International Covenant on Civil and Political Rights y las “salvaguardias” de los derechos de los que afrontan penas de muerte establecidos por los órganos de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales de Derechos Humanos. Aunque es bien cierto que se carece de una instancia de competencia sancionadora efectiva universal que pudiera servir a un efectivo *enforcement*.

La salvaguardias se establecieron por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984, ligeramente ampliadas en su interpretación por la Resoluciones 1989/64 y de 1996/15 del Consejo económico y Social

³⁶ Roger Hood and Caroline Hoyle, *The Death Penalty. A worldwide perspective*. 5th ed. Oxford University Press 2015, chap. 9, 389-425. También Hans Joerg Albrecht, *The Death Penalty , Deterrence and Policy Making*, in Luis Arroyo, William Schabas, Kanako Takayama eds. Marta Muñoz dir., *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, UCLM Tirant lo Blanch, Valencia 2013, 29; Sagmin Bae, *When the States no longer Kills, International Human Rights Norms and Abolition of Capital Punishment* (State University of New York Press 2007).

Su contenido y aplicación se exponen aquí por su orden y como síntesis de lo establecido por el último Informe del Secretario General La pena capital y la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de las personas condenadas a pena de muerte, E/2020/53, precisando entre paréntesis los párrafos en los que se contiene lo que se indica³⁷.

La que es presupuesto de todas a todas ellas es que los Estados que hubieran ratificado el PIDCP (Covenant), no pueden reintroducir la pena de muerte si la hubieran abolido. Así lo disponen el Comité de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más aún, si son Estado parte el Segundo Protocolo Facultativo. Tal es el caso planteado por Filipinas.

a) La primera y principal salvaguardia consiste en la prohibición a los países que en el momento de la aprobación de los Pactos no hubieran abolido la pena de muerte solo y exclusivamente podrían aplicarla a los “delitos más graves”(most serious crimes). El Comité de Derechos Humanos en su Observación General 36 de 2018 declaró que por tales deberían entenderse exclusivamente los delitos voluntarios contra la vida como el homicidio y el asesinato y modos concurrentes (59). Esta circunstancia implica que se considere que es inconvencional la condena de pena de muerte prevista como pena única (*mandatory*) que no permitan graduar la pena concreta a la culpabilidad. Así se ha planteado casos con Bangladés mientras que en países como el último mencionado Kenia y en algunas islas del *Privy Council* Británico se ha declarado su inconstitucionalidad (61). El Comité ha declarado inconvencional la pretensión de que se considere “*most serious crimes*” otros delitos menos graves. Pero, es más, en algunos supuestos no solo se trata menos graves, sino que son ejercicio de derechos fundamentales básicos, como la igualdad, la privacidad, la libertad de expresión y de creencias. Este es el caso de la incriminación del adulterio, la homosexualidad, la sodomía, la apostasía y la blasfemia (63). La legislación de algunos países incrimina con la pena capital delitos que en un orden valorativo y comparativo no pueden considerarse tan graves como los “delitos más graves” como es el homicidio. No es por ello legítima la aplicación de la pena muerte a delitos de corrupción, a delitos de tráfico de drogas, el espionaje, la financiación del

³⁷ Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty. Report of the Secretary-General. 17 April 2020. E/2020/53. Las referencias siguientes con números se hacen a los párrafos del mismo documento.

terrorismo, la trata de personas o la adulteración de alimentos (64 y 65)³⁸. b) La pena capital nunca podrá imponerse por un delito que no estuviere sancionado con ella en el momento de su comisión. Pero nada debería impedir que fuere de aplicación cualquier reforma favorable a los delincuentes y así una abolición debería impedir no solo condenas posteriores sino también la ejecución de los condenados anteriores que estuvieren en el corredor de la muerte. c) La pena de muerte no puede imponerse a menores, mujeres embarazadas. La prohibición de imponer la pena capital a los menores está prevista en varias convenciones internacionales y excluye también los procedimientos de espera al cumplimiento de los años para su ejecución. En caso de duda sobre la edad tampoco podría imponerse esta pena (70), se vulneraba esta prohibición en USA hasta la decisión del Tribunal Supremo de 2015, *Roper v Simons March, 2005*. Se sigue vulnerando la regla en algunos países de Derecho penal islámico para los delitos de categoría de *hudud*, que alcanza desde el homicidio a la sodomía, así en Arabia Saudita e Irán y se discute si sigue presente en Pakistán (73 y 74). También se rechaza la pena de muerte para personas de avanzada edad, con 70, 75 o más años. También se excluye para personas con discapacidad psicosocial o intelectual. Su aplicación en estos casos, en la práctica muy numerosos, constituiría una vulneración del artículo 7 por resultar una pena arbitraria, ya sea la de muerte o cualquier otra pena grave (81). d) Las salvaguardias quinta, sexta y séptima incluyen el derecho a un juicio con todas las garantías y con pruebas claras y concurrentes de culpabilidad. El texto dice “sin que quepa la posibilidad de una explicación diferente de los hechos”. Se plantean problemas de este orden cuando se invierte la carga de la prueba, que ocurre en reformas precipitadas por la comisión de algún delito muy grave como la violación de menores en India en 2012 (86). La presunción de inocencia se considera violada cuando se somete a los enjuiciados a tratamientos vergonzantes, como cuando se encierra al acusando en una jaula metálica (88).

Un juicio justo requiere evitar tratamientos arbitrarios o discriminatorios, con prejuicios raciales o religiosos, pero el problema que tiene un amplio campo de aplicación, como, por ejemplo, la composición de los jurados en sociedades multirraciales (90 y 91). también puede afectar al juicio justo la discriminación de los extranjeros, incluida el

³⁸ Luis Arroyo Zapatero, *Abolition of Death Penalty for Drugs Crime*, in Luis Arroyo William Schabas, Kanako Takayama eds. Marta Muñoz dir. *Death Penalty: A Cruel and Inhuman Punishment*, UCLM Tirant lo Blanch, Valencia 2013 45.

incumplimiento por la jurisdicción del cumplimiento de la cláusula de información consular prevista en la Convención de Viena y proclamada por la Corte Internacional de Justicia. También se proclama el derecho a un intérprete. A todo juicio justo afecta la asistencia letrada ineficaz que el Estado puede no garantizar, por ejemplo, proporcionando como abogados a meros estudiantes de leyes (95 y 96). También pertenece a la esencia del juicio justo el derecho a apelar a un Tribunal Superior (99 y 100), así como la posibilidad de solicitar un indulto o conmutación de la pena, cláusula de tanta importancia que la renuncia del jefe del Estado de Guatemala a aceptar ese poder de gracia bloqueó la aplicación de las penas de muerte en dicho país, pues sin la posibilidad seria de un indulto se incumple tanto el Pacto internacional como la Convención americana de Derechos Humanos. El precepto exige que el sistema ofrezca una posibilidad seria, sin que sea válido un sistema formal en el que todas las solicitudes se rechacen (103). La ejecución de las penas de muerte se han de suspender mientras haya recursos pendientes (107 y 108). e) La novena y última salvaguardia es la que reclama que en el modo de ejecución se produzca el menor sufrimiento posible, así como que no sea ejecutada en público ni de ninguna otra manera degradante, con especial prevención de empleo de sistemas de ejecución especialmente crueles como la lapidación (110) esta última salvaguardia concentra el debate tanto del Consejo de derechos humanos como del comité contra la tortura sobre el método de ejecución y así se ha repudiado por el Relator especial contra la tortura además de la lapidación y el empleo de gas, la horca, la silla eléctrica, el fuego, el enterramiento en vida, la decapitación y la inyección letal bajo determinadas condiciones (112). El Consejo de Derechos humanos ya ha repudiado también las ejecuciones públicas, especialmente en presencia de menores (114 y 115). También las ejecuciones sin aviso previo al condenado o a su familia como ocurre en Belarus o en Japón (116). Por último, se prohíben los tratamientos abusivos en el corredor de la muerte, los largos periodos de espera a la ejecución, que llegan a 9 años en Japón y a 20 años en USA, lo que se considera tortura también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁹.

³⁹ Adán Nieto Martín, *Judicial cooperation in the EU as a means of combating the death penalty and expansion of human rights*, in Arroyo/Biglino/Schabas, *Towards Universal Abolition of the Death Penalty*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, 51. Últimas noticias sobre Belarus en OSCE, *The Death Penalty in the OSCE Area Background Paper 2020. Special Focus: Is the death penalty inherently arbitrary?*. OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) Warsaw 2020 p. 42.

5. Perspectivas de evolución. El carácter de *ius cogens* de las salvaguardias que acompañan el artículo 6 y 7 del PIDCP.

La pena de muerte no está totalmente prohibida en el PIDCP, pero está severamente restringida por el artículo 6. Tanto el artículo 6 como el 7 del Pacto deben aplicarse conforme a su texto literal y a su interpretación generalmente aceptada que es la que incorporan las salvaguardias. Recientemente recurría John Tasioulas⁴⁰ a la idea kantiana del escándalo de los filósofos sobre lo que él llama el “escándalo de los internacionalistas”, por no disponer todavía de un sistema de identificación preciso de lo que sea derecho consuetudinario o *ius cogens* y reclama un papel fundamental de los principios y de la *opinio iuris* frente a la mera práctica de los Estados. Será necesario precisar esta cuestión en relación con los artículos 6 y 7 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las salvaguardias⁴¹ aprobadas por el ECOSOC son la interpretación más auténtica del artículo 6 y deben ser consideradas verdadero *ius cogens* internacional, en especial baste referirnos aquí a la primera y principal, en virtud de la cual la pena de muerte no se puede imponer por los delitos más graves, por los que se entienden como mínimo los homicidios intencionales y asesinatos. Por recordar en esencia los términos de la cuestión, el artículo 6.2. del Pacto dice: “En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos” mientras que en la salvaguardia nº 1 dice: En los países que no la hayan abolido, la pena de muerte sólo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos intencionales que tengan consecuencias fatales u otras consecuencias extremadamente graves, en la versión de 1984, lo que se interpreta como al menos homicidios voluntarios u o asesinatos. Lo que excluye cualesquiera otros delitos menores, como los relacionados con las drogas, el adulterio, la homosexualidad, etc.

⁴⁰ John Tasioulas Custom, Jus Cogens, and Human Rights. In C. Bradley (Ed.), Custom's Future: International Law in a Changing World (pp. 95-116). Cambridge: Cambridge University Press(2016).

⁴¹ Roger Hood and Caroline Hoyle, The Death Penalty. A worldwide perspective. 5th ed. Oxford, p 148 ff; Penal Reform International, Strengthening Death Penalty Standards, London 2015.

El fundamento de por qué esas salvaguardias son derecho consuetudinario radica en que se trata de normas asumidas y aplicadas por la generalidad de los Estados, inclusive los que ejecutan las penas capitales y que se someten a los exámenes periódicos universales en el Comité de Derechos Humanos. En efecto, la generalidad de los países ha ratificado el PIDCP y las salvaguardias son aplicadas por los diversos órganos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por los *rapporteurs* del Alto Comisionado, por el Consejo en los informes periódicos nacionales y su validez se reconoce en las respuestas generalizadas de los países a las preguntas para la confección de los informes quinquenales para el Secretario General de William Schabas⁴².

A su vez, dentro o además de la cualificación de Derecho consuetudinario se cuenta lo que se llama *ius cogens* o *peremptory norms*. Su existencia se afirma desde la aprobación de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados art 53⁴³: una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Así ha de calificarse las normas que prohíben o restringen la aplicación de la pena de muerte. Las razones de ello son: a) Porque en cuanto a plasmación de derecho a la vida y de la dignidad de las personas pertenece al núcleo duro de los derechos fundamentales, a lo que el artículo 53 de la convención de Viena de 1969; b) Porque incluso países que como China no han ratificado el protocolo manifiestan su disposición a hacerlo y acomodan progresivamente sus prácticas jurídicas hacia su cumplimiento, lo que se manifiesta en las decisiones legislativas de reducción de los delitos capitales previstos en el código penal, las reformas institucionales en su Tribunal Supremo, etc. A su vez, el principal país de occidente, Estados Unidos de América, que mantiene la pena capital, experimenta un proceso de intenso debate en los últimos 6

⁴² William Schabas, *Customary International Law on Human Rights*, Oxford University Press 2021, Kindle ed chap 4.2; Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse*, Elgar International Law Series, Edward Elgar, Cheltenham 2020. International Law Commission, *Peremptory norms of general international law (Jus cogens)*; UN doc A/CN.4/691, 2016; Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, undocs.org/en/A/CN.4/727 Special Rapporteur ; Ana Manero, *La pena de muerte y el derecho consuetudinario internacional*, en Luis Arroyo Zapatero, Adan Nieto y Rafael Estrada, *Metáfora de la crueldad. la pena capital del tiempo de Cesare Beccaria al tiempo actual*, UCLM Press, Cuenca 2016, 313 y con referencias a la Corte Interamericana Florabel Quispe, *Las salvaguardias para proteger los derechos de las personas condenada a muerte*, el mismo lugar 319.

⁴³ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

años y ha comportado la abolición o la moratoria en 7 estados en los últimos 10 años; c) La generalidad de los países manifiestan su aceptación de las Salvaguardias al responder de modo sistemático a los informes y encuestas que se realizan para la composición de los informes quinquenales del Secretario General. En los que se advierte que en el paso de los últimos 20 años se ha llegado a cumplir la primera y principal de las salvaguardias en la generalidad de los países, incluidos nos pocos que se pensaban que formaban parte del núcleo duro de los ejecutores “hard executioners”, en expresión de Hood y Schabas. Debe advertirse que el consenso de los Estados en el cumplimiento estricto de las salvaguardias para llegar a ser consideradas *ius cogens* debe ser general, pero no unánime. El que varios países incumplan las salvaguardias no merma su validez general; d) Además, el art.4.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos señala entre otros que las salvaguardias 1, 2, 3 y 7 son inderogables. La 4 y la 9 han sido reconocidas como inderogables por el Comité de DDHH en la Observación General 29, y la 5 y 6 también por el Comité en la Observación General 32 en su conclusión 8 proclama que las salvaguardias son inderogables.

a). La pena de muerte como una pena cruel e inhumana.

El art. 7 PIDCP establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y desde hace unos años se van asentando decisiones legislativas, jurisprudenciales, doctrinales y de los órganos de Derechos humanos que estiman que la pena de muerte resulta contraria en su aplicación ordinaria a dicha prohibición⁴⁴ y el antiguo especial rapporteur para detenciones arbitrarias Mads Andenaes convocaba en 2016 un ancillary meeting al 13 Congreso internacional contra la pena de muerte en Oslo con el sugestivo título “The prohibition of the death penalty: an emerging ius cogens norm”.⁴⁵

La pena de muerte en sí misma puede constituir un trato inhumano o degradante, y aun cuando no existe un consenso internacional total en negar esta posibilidad el derecho internacional vive una transformación y evolución constante. En este sentido, los relatores especiales sobre tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes

⁴⁴ John D. Bessler, *The Death Penalty as Torture. From the Dark Ages to Abolition*, Carolina Academic Press, 2017.

⁴⁵ Manfred Nowak, UN. Human Rights Council. Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 2009 A/HRC/10/44 p 11.

calificaron de forma explícita la pena capital como una forma de pena cruel inhumana o degradante. Por su parte, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como la Corte Constitucional de Sudáfrica declaran que la pena de muerte constituye un trato cruel e inhumano⁴⁶.

La salvaguardia nº 9 dispone que: Cuando se aplique la pena capital, su ejecución se hará de forma que se cause el menor sufrimiento posible. Pero la experiencia histórica muestra que la innovación en los medios de ejecución de la pena de muerte está inspirada por la permanente búsqueda del medio de ejecución menos inhumano. El fracaso reciente de la inyección letal en los Estados Unidos pone a los estados en la terrible disyuntiva de regresar a la silla eléctrica o al pelotón de fusilamiento, o bien camina rápidamente a la abolición. Son bien conocidos también los informes de los relatores tanto sobre la tortura como sobre ejecuciones extrajudiciales acerca de que las condiciones del tiempo de espera para la ejecución, el callejón de la muerte, que pueden llevar muchos años, el modo y manera concreta de la ejecución, etc. convierten a la pena de muerte en la práctica en una pena cruel e inhumana.

b). Sanciones por violación de las normas fundamentales de derechos humanos por los estados.

La responsabilidad de los Estados por la vulneración de normas básicas de la comunidad internacional tras el proyecto elaborado por James Crawford y presentado a los gobiernos y examinado por la Asamblea General en 2001 es asunto que requiere más esfuerzo político que jurídico⁴⁷. Sin embargo, a la espera de que una norma internacional disponga que sanciones o consecuencias jurídicas proceden imponer al Estado que vulnere una norma esencial de Derecho Humanos como las contenidas en los artículos 6 y 7 del PIDCP, la adopción por organismos de Naciones Unidas, así como por otras organizaciones regionales algunas medidas como las siguientes⁴⁸: a) En virtud del principio de coherencia con las disposiciones internacionales vinculantes en materia de

⁴⁶ Me remito para las referencias a L. Arroyo y J. Bordes, Francisco de Goya. Contra la crueldad de la pena de muerte/ Against the cruelty of capital punishment, Universidad de Castilla-La Mancha y Real Academia de Bellas Artes, Madrid 2013. Sobre la Corte Suprema de Sudafrica *supra* nota 32.

⁴⁷ James Crawford, International Law Commission's Articles on State Responsibility, Cambridge University Press, 2002.

⁴⁸ Special Rapporteur para ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias A/70304, 7.8.2015, conclusiones, párrafo 116-120.

derechos humanos debería excluirse a los Estados infractores como elegibles para los órganos y cuerpos de Naciones Unidas competentes en esa materia a los efectos conformar las pertinentes comisiones. Podría ser un criterio adoptado por las mayorías abolicionistas en cada instancia. b) En los casos de países que no respetan el artículo 6 del PIDCP se debería suspender la cooperación policial y judicial internacional, incluida la extradición, respeto de los delitos que se castiguen de modo ilegítimo con la pena de muerte. c) En los casos de países que aplican la pena de muerte a delitos que no son los más graves, como por ejemplo a los delitos relacionados con las drogas, podría suspenderse la ayuda o asistencia técnica internacional o regional en dicha materia, tanto la de orden financiero como el policial y judicial.

5. Conclusión.

La humanidad ha evolucionado de modo notable en su actitud hacia la pena de muerte y se han producido cambios sustanciales en las emociones que tales hechos inspiran en los seres humanos. Desde una historia imperante hasta hace poco más de dos siglos en los que se admitía la pena de muerte como castigo por los más variados delitos y con la ejecución que produjera el mayor daño posible al condenado, se pasó a una desesperada búsqueda de métodos “más humanos”, de modo tal que la infame horca fue siendo sustituida por la guillotina, el garrote y la silla eléctrica, para alcanzar la era de la inyección letal. En el final de ese proceso la ejecución capital pasó de ser un acto público y de masas para recluirse desde principios del siglo XX en las prisiones y otros lugares reservados, por considerarse el hecho como tal contrario a la sensibilidad de la época, a los sentimientos de piedad y compasión humanas, inspiradores de emociones contrarias a las anteriores⁴⁹. En numerosas sociedades se suprimió la pena de muerte por considerarse una lesión del derecho fundamental a la vida y, en la práctica, por no tolerar las emociones contemporáneas la privación de la vida humana por el Estado a sangre fría. Hoy en día con medios de comunicación que transmiten la realidad de las ejecuciones con todo detalle se ha asentado la convicción de que todas las ejecuciones constituyen un trato cruel e inhumano que resulta incompatible con los estándares de decencia que

⁴⁹ Pieter Spierenburg, *The spectacle of suffering : executions and the evolution of repression, from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge University Press 2008 183 ; Paul Friedland, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, Oxford University Press 2012.

predominan en nuestras sociedades. Naturalmente, hay momentos de retroceso histórico y hay fijaciones en el pasado en la evolución de determinadas sociedades, pero la abolición de la pena de muerte constituye junto con la abolición de la esclavitud, la prohibición radical de la tortura y el mandato de igualdad de hombres y mujeres uno de los eslabones clave del proceso de civilización, cuyo edificio teórico construyó Norbert Elías en el período más negro de la historia de Europa y que en el frontispicio de su libro situó una cita del filósofo franco-alemán Paul Henri Holbach de su *Système Sociale*, 1774: “*La Civilization...n’est pas encore terminée*”⁵⁰.

⁵⁰ Norbert Elias, *Über den Prozess der Zivilisation*, (1939) 2 v, Suhrkamp, Baden Baden 1997.