

REFLEXIONES SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO



Rosario Diego Díaz-Santos
y Eduardo A. Fabián Caparrós
(Coordinadores)

tecno
s

VII CONGRESO
ALUMNOS DE
DERECHO PENAL
UNIVERSITARIO

Impresión de cubierta:
Gráficas Molina

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 534 bis a) y siguientes del Código Penal vigente, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes sin la preceptiva autorización reprodujeran o plagiaran, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica fijada en cualquier tipo de soporte.

© ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS PENALES «PEDRO DORADO MONTERO», 1995

© EDITORIAL TECNOS, S. A., 1995

Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid

ISBN: 84-309-2631-3

Depósito legal: M. 8.409-1995

Printed in Spain. Impreso en España por Rógar, S. A.
C/ León, 44. Fuenlabrada (Madrid)

ÍNDICE

PRÓLOGO	<i>Pág.</i>	11
AGRADECIMIENTOS		13
PRIMERA PARTE: ESTUDIOS INTRODUCTORIOS		15
LOS FINES DE LA PENA (Nuria Matellanes Rodríguez)		17
EL PENSAMIENTO ABOLICIONISTA (Eduardo Demetrio Crespo)		35
SEGUNDA PARTE: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD		53
MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL: LA DETENCIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA (Alejandro Rodríguez Barillas)		55
SISTEMA SANCIONADOR Y DIGNIDAD HUMANA: LA PENA DE MUERTE (Nieves Sanz Mulas)...		77
EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO RESOCIALIZADOR (Julio Fernández García)		93
ESTADO DE LAS PRISIONES EN ESPAÑA (María Teresa Fernández-Reinares Sánchez)		119
ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: SUSPENSIÓN DEL FALLO Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA (LA APLICACIÓN DE LA <i>PROBATION</i> EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL) (Miguel Ángel Núñez y Paz)		137
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ECONÓMICAS DEL DELITO (Isabel Maguelone Zoder)		163
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL (Carmen Rodríguez Gómez)		189
TERCERA PARTE: CONSIDERACIONES SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DELICUENTE POR CONVICCIÓN		211
CONSECUENCIAS APLICABLES A DELINCUENTES DE CONCIENCIA (Virginia Sánchez López) .		213
CUESTIONES SOBRE LA REINSERCIÓN EN MATERIA DE TERRORISMO (Ana Isabel Pérez Cepeda)		227

Al cogollo de Alameda, la futura Colección de
Derecho Penal y amigos en tránsito
Muchos felices saludos

SISTEMA SANCIONADOR Y DIGNIDAD HUMANA: LA PENNA DE MUERTE

NIEVES SANZ MULAS

El principal argumento racional contra la pena de muerte es
que no existe argumento racional a su favor.

BOCKELMAN

SUMARIO: I. *Sistema sancionador y dignidad humana.*—II. *La pena de muerte.* 1. Reseña histórica. 2. La pena de muerte en el derecho comparado. 3. Argumentos a favor y en contra. 4. Modalidades ejecutivas. 5. La pena de muerte en España. 6. Abolición de la pena de muerte.—III. *Conclusiones.* —*Bibliografía.*

I. SISTEMA SANCIONADOR Y DIGNIDAD HUMANA

¿Es verdaderamente la muerte una pena útil y necesaria para la seguridad y el buen orden de la sociedad? ¿Son justos los tormentos y la tortura, y obtienen el fin que con ellos se proponen las leyes? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? Los gritos de dolor de un infeliz ¿harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? Éstas son algunas de las preguntas que Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, formuló en su obra *Dei delitti e delle pene*¹, publicada anónima en Livorno, en 1764, y motor propulsor de un movimiento de revisión de las penas admisibles, que llegaría a nuestros días, y cuya idea básica era la de humanizar las consecuencias que el Derecho asigna al delito.

Dicho proceso de humanización ha proseguido en el presente siglo, principalmente determinado por un amplio movimiento legislativo de abolición de la pena de muerte y una constante tendencia a restringir el uso de la pena privativa de libertad, plasmada en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en el que se propugna

[...] la radical y absoluta prohibición de la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes.

La dignidad de la persona, entendida como la superioridad o importancia que se le concede por el simple hecho de serlo, y con independencia de la

¹ Vid. la edición española citada en la bibliografía.

forma como se comporte², es inviolable, quedando los órganos que ejercen el poder estatal obligados, según señala el artículo 1.1 de la Constitución alemana, a respetarla y hacerla respetar en todo caso. En nuestro Derecho positivo vigente, el artículo 10 de nuestra Norma fundamental hace valer tales principios, elevándolos a la categoría de fundamentos del orden público y de la paz social. No debe extrañar, pues, que queden constitucionalmente prohibidos los malos tratos y las penas que, por su crueldad o contenido vejatorio y humillante, atenten contra la dignidad de la persona, su vida o su integridad física o moral. Así baste recordar el texto del artículo 15 CE, que transcribo literalmente por ser el núcleo a desarrollar en el presente trabajo:

Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

II. LA PENA DE MUERTE

1. RESEÑA HISTÓRICA

La pena de muerte no tiene historia, nace con la humanidad. En opinión de BARBERO SANTOS, acompaña a la humanidad como su trágica sombra. Como recuerda este Profesor, la primera representación conocida de una ejecución capital se encuentra en un caverna levantina de la actual provincia de Castellón (Cueva Remigia, Barranco de la Gasulla)³.

Para Sir James FRAZER, no surge como un castigo, sino como exorcismo o manera de purificar el lugar en el que se cometió el crimen, como si el asesino fuera una infección que afectara a toda la comunidad, ante lo cual todos formaban parte de la ejecución con el fin de sanarse de la mancha por la ofensa inferida a Yahvé; sírvanos de ejemplo la intervención de los magistrados, en el apedreo del reo, en representación del Estado (Platón)⁴.

La creencia en la necesidad de la pena capital por exigencias retributivas, intimidatorias, de prevención especial, etc., predomina intocable a través de los siglos hasta que, a mediados del XVIII, se alzan las primeras voces en desacuerdo sin que aún se pueda hablar de abolicionismo en sentido estricto y sí de un movimiento crítico sobre la frecuencia de su aplicación y, sobre todo, la crueldad de su mecánica ejecutiva⁵. Con todo motivo, si tenemos en cuenta el tortuoso devenir de la pena capital por las oscuras Edades Media y Mo-

² Alusión de RODRÍGUEZ MOURULLO, en el artículo citado en la bibliografía, a F.GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 137.

³ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 3.

⁴ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 4.

⁵ G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 32 ss.

derna a lo largo de las cuales se aplicó a un enorme repertorio de delitos —desde el tercer hurto, el robo de ovejas o el beso a una mujer, al regicidio—, produciéndose la muerte mediante descuartizamiento por tiro de caballos, fuego en la hoguera, despeñamiento, empalamiento, inmersión, cocción... El máximo rigor corresponde a los regicidas y las brujas o hechiceras, los delitos de lesa majestad eran castigados con el descuartizamiento y los de herejía sancionados con el fuego.

Por otra parte, las penas impuestas a difuntos, o en efigie, los procesos seguidos a todo tipo de animales (perros, cerdos, caballos..., y ¡hasta hormigas!) —sobre los que recaían a veces hasta 116 puntos de acusación— y la aplicación a los mismos de la pena de muerte, así como la condena de cosas inanimadas, completan el panorama de este derecho ejecutivo, inculto y ciegamente represivo; v. gr., en Suecia se creía que beber la sangre del ajusticiado tenía efectos curativos por lo que los enfermos rodeaban el cadalso; mientras que «por razones de decencia» se negaba la horca a la mujer, optando «piadosamente» por enrodarla o empalarla⁶. El abuso de esta pena fue de tal entidad que se sabe, por ejemplo, que en algunos lugares de señorío alemanes se ejecutaba a vagabundos con el mero fin de que no prescribiera el Derecho feudal de horca y cuchillo⁷.

El cambio que empieza a producirse en el siglo XVIII no es casual, sino que responde a dos poderosas razones: por una parte, es la época en que la pena capital es más cruel y frecuente con depravadas genialidades ejecutivas; por otra, impera el pensamiento de la Ilustración o de las Luces, concretado, en el aspecto punitivo, en la humanización de las penas y el reconocimiento de los derechos individuales al colocar en más alto nivel del que ostentaba, hasta entonces, a la vida humana. Así las cosas, es en este siglo en el que el castigo capital pierde su primacía en favor de la pena privativa de libertad.

Con la aparición de la guillotina⁸, como un aparato que «sin hacer sufrir hace saltar la cabeza en un abrir y cerrar de ojos» —según explicó el Dr. Guillotin en la Asamblea Nacional francesa en 1789— se da un paso gigantesco en la humanización de la pena al hacer decaer progresivamente todas aquellas crueles prácticas ejecutivas. Las ejecuciones dejaron de ser públicas, y la muerte un espectáculo en día de fiesta en las legislaciones de los países civilizados —hasta entonces era una fiesta popular a la que acudían los padres con sus hijos, convencidos de su efecto ejemplarizante, y donde los negocios de alquiler de sillas hacían su agosto—. Todavía en 1889, la agencia de viajes Cook, al organizar excursiones a París con motivo de la Exposición Universal, incluía en sus itinerarios el aliciente de la asistencia a una ejecución en la Plaza de la Roquette o de la Grève.

⁶ C. GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 27.

⁷ M. BARBERO SANTOS, *op. cit.*, p. 7.

⁸ El Decreto de 21 de enero de 1790 instaura la decapitación por medio de esta máquina, y por Decreto de 20 de marzo de 1792 la Asamblea Revolucionaria francesa autoriza su construcción encomendada al mecánico de clavicordios de Edimburgo Tobías Schmidt. Las primeras pruebas se efectúan el 17 de abril de ese mismo año, y el día 25 siguiente tiene lugar el primer guillotinado en la persona de Jacques Pelletier. Vid. C. GARCÍA VALDÉS, *op. cit.*

Igualmente, hasta 1832, en Inglaterra los cadáveres de los reos eran propiedad del verdugo que podía venderlos a sus familiares o a médicos notables para hacer prácticas de anatomía (caso Burke-Hare y doctor Knox) sustituyendo a la costumbre de dejar sus cuerpos en el lugar de ejecución para pasto de las alimañas⁹.

Las dos primeras legislaciones que plasmaron la idea de abolicionismo y prescindieron de la pena capital fueron la de Toscana de 1786 a 1790 y la de Austria de 1787 a 1796; en ambos casos fueron decisivas las posiciones de sus soberanos Leopoldo de Toscana y José II de Austria, respectivamente.

A lo largo de todo el siglo XIX, aunque con importantes retrocesos, puede afirmarse que la historia de la pena de muerte es la historia de su abolición¹⁰ (varios Estados alemanes en 1848, Grecia en 1862). El movimiento prosigue cuando el siglo comienza (Noruega, 1902; Washington, 1913). El período de entreguerras no es favorable al abolicionismo por diversos factores, tales como el aumento de la criminalidad violenta, las conmociones políticas y sociales sangrientas, o la creación de Estados fascistas y totalitarios. Alemania la mantuvo en sus proyectos de Código penal de 1914, 1925 y 1927. Algunos Estados que la habían suprimido la reintrodujeron (Washington, 1936; Italia, 1926; etc.), y otros optaron por su abolición (así, Suecia y Argentina en 1921, Panamá en 1922 y Santo Domingo en 1924)¹¹.

A tenor de lo expuesto, es dable considerar de interés el estudio de la situación de la pena de muerte en el mundo.

2. LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO COMPARADO

Aunque la pena de muerte ha ido desapareciendo gradualmente de las modernas legislaciones, una observación fría de las estadísticas nos hace salir del encantamiento al comprobar que actualmente son más numerosos los países que conservan esta pena que aquellos que la han erradicado.

La clasificación es detallada a continuación, siempre con datos aportados por Amnistía Internacional¹²:

a) *Abolicionistas para todos los delitos*: todos los países cuyas leyes no prevén la pena de muerte para ningún delito¹³: total, 53.

⁹ C. GARCÍA VALDÉS, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰ BERDUGO/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, «Consecuencias jurídicas del delito», en *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1994, pp. 13 ss.

¹¹ M. BARBERO SANTOS, «La pena de muerte en el derecho histórico y actual», en *La pena de muerte. Seis respuestas*, Ed. BOE, Madrid, 1978, pp. 19 ss.

¹² Tomados de BERDUGO/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, *op. cit.*, pp. 23 ss.

¹³ Los países y las fechas de abolición son (... = sin ejecuciones desde su independencia): Andorra, 1990; Angola, 1992; Australia, 1985; Austria, 1968; Camboya, 1989; Cabo Verde, 1981; Colombia, 1910; Costa Rica, 1877; Croacia, Dinamarca, 1978; Ecuador, 1906; Eslovaquia, 1990; Eslovenia, 1989; Filipinas, 1987; Finlandia, 1972; Francia, 1981; Gambia, 1993; Grecia, 1993; Guinea-Bissau, 1993; Haití, 1987; Honduras, 1956; Hong Kong, 1993; Hungría, 1990; Ir-

b) *Abolicionistas sólo para delitos comunes*: países cuyas leyes prevén la pena de muerte sólo para delitos excepcionales (crímenes bajo la ley militar o crímenes cometidos en tiempos de guerra)¹⁴: total, 16; entre ellos, España.

c) *Abolicionistas «de facto»*: aquellos países y territorios que, a pesar de mantener la pena de muerte para delitos comunes, no han tenido ninguna ejecución en los últimos diez años o más¹⁵: total, 18.

d) *Retencionistas*: países y territorios que mantienen y utilizan la pena de muerte para crímenes comunes¹⁶: total, 103.

3. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

Hasta ahora hemos podido constatar que defensores y adversarios de la pena de muerte es factible encontrar en cualquier dirección del pensamiento, ideología o creencia. Abolicionistas y antiabolicionistas los hay entre los positivistas, los clásicos, los moralistas, los sociólogos... El debate está servido, pero ¿cuáles son los argumentos esgrimidos por una u otra parte? BARBERO SANTOS, en sus muchos trabajos sobre el tema¹⁷, los sintetiza en seis puntos de discusión:

a) *La seguridad colectiva*. Argumento predilecto por los clásicos, que consideraban que para la seguridad de los ciudadanos es necesaria, en deter-

landa, 1990; Islandia, 1928; Islas Marshall,; Islas Salomón,; Kiribati,; Liechtenstein, 1987; Luxemburgo, 1979; Micronesia (Estados Federales),; Mónaco, 1962; Mozambique, 1990; Namibia, 1990; Nicaragua, 1979; Noruega, 1979; Nueva Zelanda, 1989; Países Bajos, 1982; Panamá, 1903 (última ejecución conocida); Portugal, 1976; República Checa, 1990; República Dominicana, 1966; República Federal de Alemania, 1949; República Democrática Alemana, 1987; Rumania, 1989; San Marino, 1865; Santo Tomé y Príncipe, 1990; Suecia, 1972; Suiza, 1992; Tuvalu,; Uruguay, 1907; Vanuatu,; Vaticano, 1969; Venezuela, 1863.

¹⁴ Países y fechas de abolición: Argentina, 1984; Brasil, 1979; Canadá, 1976; Chipre, 1983; El Salvador, 1983; España, 1979; Eire, 1979; Israel, 1954; India, 1947; Malta, 1971; Méjico, 1937 (última ejecución); Nepal, 1990; Papúa Nueva Guinea, 1974; Paraguay, 1992; Perú, 1979; Reino Unido, 1973; Seychelles, 1973.

¹⁵ Países y fechas de la última ejecución: Bahrein, 1977; Bélgica, 1950; Bermudas, 1977; Bután, 1964; Bolivia, 1974; Brunei Darussalam, 1957; Comores, no hay datos; Costa de Marfil,; Djibouti,; Madagascar, 1958; Maldivas, 1952; Nauru,; Niger, 1976; Samoa Occidental,; Senegal, 1967; Sri Lanka, 1976; Togo,

¹⁶ Afganistán, Albania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Benin, Bielorrusia, Botsuana, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Camerún, Congo, Corea del Norte, Corea del Sur, Cuba, Chad, Chile, China, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos de América, Estonia, Etiopía, Gabón, Ghana, Georgia, Granada, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guyana, India, Indonesia, Irán, Irak, Jamaica, Japón, Jordania, Kazastán, Kenia, Kuwait, Kirgizistán, Laos, Leshoto, Letonia, Líbano, Liberia, Libia, Lituania, Malawi, Malaysia, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Moldavia, Mongolia, Myanmar, Nigeria, Omán, Pakistán, Polonia, Qatar, República Centroafricana, República Dominicana, Ruanda, Rusia, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Sudáfrica, Surinam, Suazilandia, Taiwan, Tanzania, Tailandia, Tayikistán, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Turkmenistán, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Yugoslavia, Zaire, Zambia, Zimbabue.

¹⁷ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, op. cit., pp. 19 ss.

minados casos, la eliminación del delincuente. Sin embargo, no deja de ser paradójico que la sociedad pretenda proteger la vida de los hombres decidiendo matar a alguno de ellos, además de resultar incoherente que se supriman las penas corporales por considerarlas contrarias a la dignidad humana, y demasiado crueles, y mantener en cambio la pena de muerte que anula por completo al individuo.

Por si esto fuera poco, se debe de insistir en que, con la eliminación del delincuente, se impide toda enmienda del condenado, por lo que su recuperación social, uno de los fines de la pena, es imposible¹⁸. En añadidura, en un Estado democrático, la función de prevención especial no sólo debe perseguir la protección del conjunto de la sociedad mediante la inocuación, sino también facilitar la participación del delincuente en la vida social.

Respecto a la delincuencia terrorista, le es tristemente aplicable la anécdota citada por Bentham¹⁹:

el verdugo que acaba de cortar la cabeza a un reo se la presentó ensangrentada a un viejo irlandés que, en una guerra civil, había caído prisionero diciéndole: «¡infeliz! mira la cabeza de tu hijo» a lo que el anciano respondió: «mi hijo tiene más de una cabeza».

b) *La intimidación*. Se anuncia su eficacia intimidante en relación, al menos, con una serie de delitos. Sin embargo, ésta no es una afirmación apoyada en datos racionales, ya que, como afirmaba Luis ARROYO²⁰ en 1982 basándose en el ejemplo inglés, «la pena capital no es intimidante según atestigua la experiencia siendo firme el convencimiento de que la seguridad social y particular no tiene por qué disminuir con la abolición de aquella sanción». La supresión de la pena de muerte no significa un correlativo incremento de la criminalidad²¹.

Por otro lado, son muchos los asesinos que buscan la condena a muerte para convertirse en héroes. La distancia del patíbulo a la glorificación puede ser de unos pocos pasos; v. gr., Juana de Arco o Jesucristo, que, aunque, está claro, no buscaron la muerte, si es cierto que pasaron de ser indeseables para la sociedad a ser figuras glorificadas, posteriormente, por esa misma sociedad. Y es que la pena de muerte posee una cierta *vis atractiva* de la que carecen otras penas; en ciertas ocasiones, más que intimidación, produce estímulo, y tiene, para MIDDENDORFF, un efecto contagioso ya que, después de la comisión de un delito realmente repulsivo, son muchas las personas que se autodenuncian aun siéndoles completamente ajeno.

¹⁸ G. LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pp. 34 ss.

¹⁹ Así lo relata BENTHAM en su famosa *Teoría de las penas y las recompensas*, citado por M. BARBERO SANTOS, *op. cit.*

²⁰ L. ARROYO ZAPATERO, en el libro homenaje al maestro Antón Oneca, *Estudios penales*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 11 ss.

²¹ Conclusión a la que llegó en el *Report* confeccionado por el comité encargado de estudiar el tema de la abolición de la sanción suprema, la *Royal Commission on Capital Punishment*, 1949-1953, Report London s.f. (1954). Vid. M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, *op. cit.*

Su inutilidad como factor intimidante es demostrable con un ejemplo español muy reciente en nuestra historia: el 27 de septiembre de 1975, en el espacio de una hora y en distintos lugares de España, cinco personas morían fusiladas. El 1 de octubre siguiente, poco antes de que tuviese lugar una manifestación de adhesión al general Franco por su firmeza en la confirmación de las ejecuciones, tres policías caían asesinados en Madrid y, antes de una semana más, tres guardias civiles en Oñate²².

c) *La retribución*. Para sus defensores solo la pena de muerte corresponde al asesinato, no la privativa de libertad. No obstante, sólo quien mantenga la arcaica concepción de la Ley del Talión, «ojo por ojo y diente por diente», podrá considerar necesaria la pena capital para los delitos contra la vida, debiéndoseles preguntar, quizás, qué pena le correspondería al autor de una bigamia o de una violación de sepulturas. La gravedad de una pena depende del cuadro de valores sociales existentes en cada cultura, y si hoy parece suficientemente grave para los delitos más graves una larga privación de libertad, seguramente dentro de un tiempo se consideren suficientes penas menos graves²³. Por consiguiente, y en esta línea, se trata de una pena anacrónica contraria al actual patrimonio cultural.

Debemos también analizar el aspecto de la retribución como satisfacción del sentir ofendido de las gentes por el delito capital cometido. El sentimiento de venganza inicial se transforma en sentimiento de piedad en la ejecución, volviéndose el odio y el horror hacia el propio Estado, la propia ley, y todos los que han tenido parte en la ejecución²⁴.

d) *El verdugo*. La pena de muerte siempre lleva consigo la sombra de un hombre dedicado profesionalmente a privar de la vida a otro hombre, existencia de una vida que encuentra sentido en la destrucción de otras vidas.

Se trata siempre de un ser que inspira horror y desprecio, de una figura siniestra completamente estigmatizada, pero más dramática es, si cabe, la falta de emoción ante el cumplimiento de su tarea: el que pueda habituarse un hombre al hecho de privar de la vida a otro como manifestó Pierrepont, uno de los verdugos más famosos, ante la *Royal Commission on Capital Punishment* cuando se le cuestionó: «¿es muy molesto su trabajo, o se ha acostumbrado a él?», a lo que respondió: «me he acostumbrado a él»²⁵.

e) *Los errores judiciales*. No puede por menos de conmover la posibilidad de que se cometan errores judiciales irresarcibles cuando de pena capital se trata; v. gr., el caso de Timoty Evans, ejecutado el 8 de marzo de 1950 por el asesinato de su mujer Beryl y de su hija. Tres años después, John Christie,

²² M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, op. cit., p. 30.

²³ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1985, p. 621.

²⁴ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte, El ocaso de un mito*, op. cit., p. 36.

²⁵ *Ibíd.*, p. 38.

principal testigo de cargo contra Evans, fue condenado como asesino de seis mujeres, entre ellas Beryl²⁶.

El Comité Europeo para los Asuntos Criminales del Consejo de Europa en 1962 incluía la siguiente pregunta: *¿cuántos errores judiciales, en materia de pena de muerte, ha habido en su país?*²⁷:

—No respondieron seis países (por no tener datos suficientes o ninguno).

—Suecia: uno, en 1932.

—Austria: uno, en 1955.

—Alemania: 27, de 1853 a 1953.

—Inglaterra: 11 casos, entre el pasado siglo y el actual.

—Estados Unidos: Sellin indica cuatro casos, y anteriormente Wood-Warte hablaba del 11 por 100 en las sentencias de asesinatos en primer grado. Barnes y Teeters hablan del 50 por 100.

f) *La permanencia histórica.* ¿Puede ser un argumento decisivamente operante dadas nuestras convicciones actuales? La historia de las penas es, en muchas de sus páginas, tan deshonrosa para la humanidad como la de los delitos. Basta con señalar la tan conocida ejecución de Damiens por haber herido ligeramente con una pequeña navaja al rey de Francia Luis XV: «Fue condenado el 2 de marzo de 1757 a reconocer sus errores delante de la puerta de la iglesia de París, a donde se le condujo en carreta desnudo, en camisa portando una vela encendida. Trasladado después a Grève le atenacearon los pechos, brazos, muslos y pantorrillas, le quemaron en azufre la mano derecha, sobre las heridas producidas por el atenazamiento vertieron plomo fundido, aceite hirviendo, pez, cera y azufre. Ataron sus miembros a cuatro caballos y después a dos más que, arrastrándolo, no fueron capaces de descuartizarlo durante cincuenta minutos, ante lo cual los verdugos cortaron los nervios principales y entonces, volviendo los caballos a tirar, se separaron las piernas y después uno y otro brazo. Según uno de los verdugos, Damiens aún vivía cuando el tronco fue arrojado a la pira junto a los miembros para ser incinerados. Sus cenizas se aventaron»²⁸.

La tortura, los juicios de Dios, la venganza de la sangre... han existido en otras épocas, pero por ese simple hecho nadie reclama su acogida en las legislaciones. ¿Por qué ha de exigirse su admisión tratándose de la pena de muerte? Hasta el tiempo de Copérnico, Kepler y Galileo, la humanidad creía que el Sol giraba alrededor de la Tierra. ¿Deberíamos creerlo por eso también nosotros? La Historia no puede ser argumento para el presente. Utilizar la historia prescindiendo del presente sería contradecir el método histórico, cerrando los ojos a la evolución social²⁹.

²⁶ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, op. cit., p. 39.

²⁷ C. GARCÍA VALDÉS, op. cit. pp. 54 ss.

²⁸ La descripción puede encontrarse en M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, París, 1976, p. 9, o en C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 7 ss.

²⁹ S. MIR PUIG, op. cit., p. 621.

Llegados a este punto, vemos que los argumentos utilizados en favor de la pena de muerte difícilmente avalan su mantenimiento en nuestro tiempo, en el que se siente como excesiva, cruel e inhumana, atendidas su inutilidad preventivo-general y sus insuficiencias preventivo-especiales. No es, por tanto, la imagen de un Estado respetuoso de la dignidad humana —que todo individuo posee por su condición de hombre, aunque sea asesino—³⁰. Si esto es así, y todos nos hacemos eco de su inutilidad, seguidamente se nos plantea otra importante cuestión: *la sanción sustitutiva* o, lo que es lo mismo, si prescindimos de la pena de muerte; ¿qué sanción impondríamos en su lugar? De acuerdo con las Naciones Unidas, lo ideal sería una pena privativa de libertad con una duración adecuada para que no se produzcan efectos nocivos en los presos, conjugando la necesaria humanidad de las sanciones y su eficacia preventiva. Para GALLIES³¹, el sentido actual de la sanción punitiva exige un diálogo entre ambos sujetos de la relación, penado y administración, y una participación activa del primero en su reinserción social, lo que no se logra con los castigos clásicos como la pena de muerte o la privación de libertad de por vida.

4. MODALIDADES EJECUTIVAS

Hasta un concreto momento histórico, es imposible enumerar todas las modalidades ejecutivas donde la crueldad y el más impiadoso refinamiento son las características. Hoy por hoy, aunque en algunos países aún se utilizan métodos tan arcaicos e inhumanos como la lapidación y el apaleamiento, de forma genérica las legislaciones de los distintos Estados han cumplido con los cánones del humanismo, acortando las ejecuciones de tal manera que transcurran lo más velozmente posible, la pérdida de consciencia sea inmediata y la muerte sea indolora y sobrevenga en el acto. Pero, a pesar de todas estas «buenas intenciones», la muerte sigue siendo muerte, una ejecución sigue siendo una ejecución y, de acuerdo con BARBERO SANTOS³², pensamos que el método utilizado, más que un argumento en favor de la pena de muerte, lo dice todo en su contra.

Los métodos por antonomasia en la actualidad son los siguientes:

—*La decapitación*: Desaparece en 1981 al abolirse la pena de muerte en Francia. Actualmente se lleva a cabo con sable en algunos Estados islámicos; v. gr., Arabia Saudí. A pesar de su rapidez, sigue provocando repulsión por el derramamiento de sangre y la mutilación que conlleva.

—*La horca*: Pese a su retroceso, sigue siendo el método más utilizado en el Tercer Mundo; v. gr., la India. En España, su uso fue muy frecuente, apa-

³⁰ *Ibíd.*, pp. 622 ss.

³¹ Así lo escribe en su monografía *Técnica de la pena en un Estado democrático y social de Derecho*, 1974. Vid. C. GARCÍA VALDÉS, *op. cit.*

³² M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, *op. cit.*, pp. 118 ss.

reciando en un gran número de fueros, como el de Salamanca. Fernando VII la suprimió por Decreto de 28 de abril de 1832 —dictado con motivo del cumpleaños de la Reina— conservando solamente la de garrote. Aunque la costumbre era la de no emplearla con mujeres, las excepciones fueron muchas.

—*La silla eléctrica*: Introducción relativamente reciente, en algunos Estados norteamericanos a partir de 1888, en la que tuvo parte una compañía eléctrica para dar salida a sus productos. En su primera utilización el 25 de mayo de 1979 en Florida, los testigos declararon ver salir humo del cuerpo y que el cadáver tenía quemada la mitad de la cara. Se utiliza con cierta frecuencia: 108 de las 226 ejecuciones realizadas hasta abril de 1994³³ en los Estados Unidos de América.

—*La cámara de gas*: Está en claro retroceso, a pesar de ser una modalidad reciente —fue utilizada por vez primera en 1924—, con ocho ejecuciones desde 1977 en California, Arizona y Misisipí. Según la *Royal Commission on Capital Punishment*³⁴, no respondía a las exigencias de *decorum* y de «no herir los sentimientos prevalentes en toda sociedad civil».

—*Fusilamiento*: Es la modalidad «por naturaleza» en el Derecho Penal militar universal, aunque también es utilizado en el Derecho Penal ordinario. Como variante tenemos el disparo en la nuca utilizado en algunos Estados como la República Popular China. Presenta una ventaja: prescinde del verdugo profesional.

—*Inyección letal*: Introducción vía intravenosa de una cantidad letal de barbitúricos de acción rápida con un producto químico paralizante. Se aplicó por primera vez en 1977 en Tejas, y hasta el 1 de enero de 1994 se utilizó en 108 casos. Para la Junta Médica Asesora de Amnistía Internacional³⁵, en carta enviada en enero de 1983 a la prensa europea y americana, es un método tan inhumano como el que más y sienta un estremecedor precedente en el uso de la medicina para matar. Seis Estados norteamericanos prevén este método en sus leyes; v. gr., Washington.

—*La lapidación*: Llena de simbolismo y significación religiosa; aún persiste en siete Estados que adoptan los principios de la legislación penal islámica. Así, el artículo 119 Cp de Irán señala que:

En el castigo de lapidación hasta la muerte, las piedras no deben ser tan grandes que la persona muera al ser golpeada por una de ellas, tampoco deben ser tan pequeñas como para que no se consiga la muerte.

Aunque éstos son los métodos actualmente considerados y en pleno vigor en unos u otros países, las propuestas para ampliar el «arsenal» no faltan, como es el caso del *suicidio*: el día designado para la ejecución se pone a su disposición una sustancia letal con el fin de que el propio sujeto la ingiera.

³³ Los datos proceden de Amnistía Internacional, recopilados por BERDUGO/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, *op. cit.*, pp. 16 ss.

³⁴ 1949-1953; Londres, 1953, pp. 252 ss. cit. por M. BARBERO SANTOS, *op. cit.*, p. 137.

³⁵ *Amnistía Internacional. Boletín Informativo*, febrero de 1983, p. 8.

Sin embargo, al tratarse de un acto suicida, no se puede hablar propiamente de pena de muerte. Otra opción es la *anestesia indefinida*: se mantiene al reo en coma artificial para experimentar sobre sus órganos hasta que el cuerpo sea inservible, momento en el que se le inyectará una dosis letal³⁶. La licitud moral de estas y otras embrionarias modalidades creo que quedan al amparo de la conciencia de cada uno...

5. LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

Prescindiendo de momentos anteriores sobre los que se carece de fuentes fidedignas, la muerte en garrote se fue imponiendo a lo largo del siglo XVIII sobre la de horca como método predominante, desapareciendo, al mismo tiempo, los sufrimientos físicos que acompañaban a las ejecuciones: flagelación, ruptura de miembros, arrancamiento del cuero cabelludo, vaciado de ojos..., empujado, todo ello, por la innegable fuerza del humanismo.

Es el siglo XIX el marco de la primera influencia del liberalismo sobre nuestra legislación penal y, en concreto, respecto a la pena capital. Así, el primer Código penal, el de 1822, redujo los casos de su aplicación en garrote y sin tortura alguna.

La vuelta al absolutismo conlleva el restablecimiento de la horca hasta que en 1832 es abolida por Fernando VII mediante la Real Cédula ya mencionada, prescribiéndose la ejecución en garrote distinguiendo: *garrote ordinario* para los individuos del pueblo llano, *garrote vil* para los delitos infamantes sin distinción de clases, y *garrote noble* para los considerados hijosdalgo. Los Códigos posteriores de 1848, 1850 y 1870 asentaron definitivamente el garrote como forma de ejecución con la opción del fusilamiento en la legislación militar; siempre con carácter público.

Con la Ley Pulido³⁷, de 9 de abril de 1900, se suprime ese carácter público: El artículo 102 del Código penal de 1870 establecía:

[...] la pena se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el preso y a las dieciocho horas de notificarle la señalada para la ejecución que no sería verificada en días de fiesta religiosa o nacional.

El Código de 1928, por su parte, se remitía a lo dispuesto en los reglamentos: el garrote³⁸.

La II República supuso el primer momento abolicionista, pero los sucesos de Asturias conllevan su reintroducción por Ley especial de 11 de octubre de 1934 para delitos de terrorismo y bandolerismo.

El régimen surgido de la guerra civil reincorpora la muerte al Código penal por Decreto-Ley de 5 de julio de 1938, con un preámbulo tan irracional como la pena misma:

³⁶ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, op. cit., p. 120.

³⁷ Ley promulgada a instancias del diputado murciano Dr. Pulido. Vid. BERDUGO/FERRÉ/SERRANO PIEDECASAS, op. cit., p. 20.

³⁸ Reglamento de 10 de diciembre de 1928.

Por un sentimiento de notoria falsía y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero fue cercenada de la escala general de las penas, eliminándose de ella en el código penal de la nefasta república, la de muerte.

Con el Código de 1944 se da una nueva redacción que se conserva hasta la Constitución de 1978. En su artículo 83 dicho Código señalaba:

La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los reglamentos. No se ejecutará esta pena en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

El texto perduró hasta la reforma de 1983, donde se sustituyó la pena de muerte por la de reclusión mayor en su grado máximo.

Con la Constitución de 1978 se establece la abolición de la pena de muerte en la jurisdicción común. Según su artículo 15:

Queda abolida la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas por su propia condición al fuero castrense.

El 24 de agosto la Comisión de Constitución del Senado, aceptando una enmienda de Entesa dels Catalans, lo recorta a «lo que puedan disponer las leyes militares en tiempos de guerra». La Comisión Mixta Congreso-Senado sustituyó por último «en tiempos de guerra» por «para tiempos de guerra» como redacción definitiva. Para CEREZO MIR³⁹, la declaración de este artículo 15 es la reforma más trascendente del Derecho Penal español que se ha llevado a cabo desde el restablecimiento del régimen democrático.

Pero aun así nos preguntamos: ¿es la fórmula adecuada?, ¿con esta declaración se ven cubiertas todas las expectativas abolicionistas propias de nuestro momento histórico y patrimonio cultural? Las respuestas, a mi parecer, vienen dadas en el siguiente apartado.

6. ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

Son posiciones radicalmente abolicionistas la de autores de la talla de Barbero Santos, García Valdés, Jiménez de Asúa, Gimbernat, Cobo del Rosal, etc.; la del IV Congreso Nacional de la Abogacía Española (celebrado en León en 1970); la de las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal (Santiago de Compostela, 1975); la de distintas organizaciones no gubernamentales y, muy en particular, Amnistía Internacional, etc.

Luego son muchos, y variados, los empujes que hacia la total abolición se vienen dando, ante lo cual BARBERO SANTOS no deja de recordarnos⁴⁰ que «es al especialista al que le corresponde mantener viva en la opinión pública la convicción de que la pena de muerte no es la panacea de los delitos consi-

³⁹ J. CEREZO MIR, en el prólogo a J. F. HIGUERA GUIMERA, *La previsión constitucional*, Bosch, Barcelona, 1980.

⁴⁰ M. BARBERO SANTOS, «Pena de muerte y Estado democrático», *Doctrina Penal*, año VI, 1983, pp. 661 ss.

derados capitales evitando el desprestigio que en un Ordenamiento Jurídico abolicionista se produciría si el legislador modificase las normas según los cambiantes resultados de las encuestas o de las manifestaciones populares subrayando en todo caso la actual valoración del hombre y el reconocimiento de la sacralidad de su vida que lleva de manera ineludible a la supresión del máximo suplicio. Debemos convencer a la colectividad de su ineficacia, mostrar su irracionalidad.»

Con el artículo 15 no se satisfacen las exigencias abolicionistas, aunque no negamos el paso decisivo que supone. Para MARTÍNEZ SOSPEDRA⁴¹, este artículo no está inspirado en la idea de que la sociedad no tiene derecho a privar de la vida a los ciudadanos, sino, más bien, en la inanidad de dicha pena como instrumento de corrección y reintegración social de los delincuentes y de represión de la criminalidad, así como del carácter inhumano de la misma.

Es universalmente reconocida la primacía del derecho a la vida de entre todos los derechos y libertades, y de esta afirmación se hace cargo el artículo 15 CE en su primer párrafo: «Todos tienen derecho a la vida [...]» Luego se trata de un derecho constitucional a la vida, lo que significa impedir que el Estado mate seres humanos, legalice la muerte de éstos o de algún modo lo permita⁴². De este derecho derivan dos clases de deberes para el Estado: respetar las vidas humanas y protegerlas frente a los ataques homicidas procedentes de otros particulares, no suponiendo, sin embargo, eliminar por completo todos los riesgos para la vida que comporta la misma convivencia social.

Existe, pues, una enorme antinomia en el artículo 15 que el jurista debe denunciar al declarar, en su primer párrafo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes y, en el segundo, otorgar permiso a la legislación militar para prever la pena capital para tiempos de guerra, oportunidad que no desaprovechó el Cp militar de 1985 adoptándola en sus artículos 14 y 25. Es contradictoria la afirmación de un derecho a la vida y la autorización al Estado para privar de ella, ¿o es que es menos valiosa la vida en tiempos de guerra? ¿No es digna de la misma protección que en tiempos de paz? Si un ejército no tiene moral de lucha, ¿acaso se la va a dar la amenaza de la pena?⁴³.

III. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, y aun siendo plenamente conscientes del enorme avance que el artículo 15 CE supuso, en el siempre bacheado camino hacia la completa abolición de la pena de muerte, es dable sentir un cierto desasosiego por la persistencia de esa mancha «tiempos de guerra» que aún hace posible aplicar en nuestro país la pena capital.

⁴¹ Cit. por J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 2.

⁴² Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, artículo 3.

⁴³ M. BARBERO SANTOS, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, *op. cit.*, pp. 202 ss.

Si todos coincidimos en que el derecho a la vida está en la cúspide de los derechos y constituye al mismo tiempo la base material, sustento de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, respetuoso de la dignidad de los hombres, ¿por qué no se hace valer también en tiempos de guerra si se pretende que ésta además de eficaz sea justa? Si la pena de muerte es inhumana, no dejará de serlo porque tenga lugar en tiempo de guerra. Considero que ese «tiempos de guerra» es una lacra de la que deberíamos prescindir constitucionalmente, ya que un Estado que reconoce como fundamental el derecho a la vida humana tiene, en consecuencia, que rechazar la pena capital.

Como manifiesta BARBERO SANTOS⁴⁴, hay una correlación doble entre democracia y abolición, de un lado, y entre pena de muerte y Estado autoritario, de otro, confirmado históricamente por ir unidas de forma inexorable. Si esto es así, tomemos la parte que nos toca y abogemos por su total abolición dentro de nuestro marco democrático y su consiguiente erradicación de nuestro texto constitucional.

No le es ajeno a nadie el hecho de que la pena capital es un problema fundamental —si no el más importante— del Derecho criminal, por tratarse no sólo de la eliminación por el Estado de la vida misma, sino por los efectos corruptor y destructor del humano sentimiento que en todo hombre debería existir. Como muestra de ello, y al mismo tiempo conclusión de este trabajo, transcribiremos una terrible historia que GARCÍA MÁRQUEZ refería en un diario español el 12 de mayo de 1982 y que también sirve de conclusión a BARBERO SANTOS en su trabajo «Pena de muerte y Estado democrático»⁴⁵ y que esperamos produzca la conmovedora sensación y el poderoso estremecimiento que en nosotros produjo:

Es la historia real de un prisionero republicano que fue fusilado en los primeros días de nuestra guerra civil. El pelotón de fusilamiento lo sacó de su celda de la prisión de Ávila, en un amanecer glacial de invierno mesetario, para conducirlo a pie a través de un campo nevado al lugar de ejecución. Los guardias civiles estaban bien protegidos del frío con capas, guantes y tricornios pero aun así tiritaban a través del yermo helado. El pobre prisionero, que sólo llevaba una chaqueta de lana deshilachada, no hacía más que frotarse el cuerpo casi petrificado, mientras se lamentaba en voz alta del frío mortal. A un cierto momento, el comandante del pelotón, exasperado con los lamentos le gritó: «Coño, acaba ya de hacerte el mártir con el cabrón del frío y piensa en nosotros que tenemos que regresar» [...].

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTO DONNA, E.: «La pena de muerte analizada a la luz de la fundamentación de la pena», *Doctrina Penal*, año XV, 1992 B, pp. 313 ss.
 BARBERO SANTOS, M.: «La pena de muerte en España. Historia de su abolición», *Doctrina Penal*, año III, 1980, pp. 207 ss.

⁴⁴ M. BARBERO SANTOS, «Pena de muerte y Estado democrático», *op. cit.*, p. 663.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 677-678.

- «La pena de muerte en la Constitución», *Sistema*, n.º 42, 1981.
- «Pena de muerte y Estado democrático», *Doctrina Penal*, año VI, 1983, pp. 661 ss.
- *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- BARBERO, BERDUGO, BERISTAIN, COBO DEL ROSAL, GARCÍA VALDÉS y GIMBERNAT: *La pena de muerte. Seis respuestas*, Ed. BOE, Madrid, 1978.
- BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, introducción y traducción de Francisco Tomás y Valiente, 4.ª reimp., Aguilar, Madrid, 1982.
- BERDUGO, FERRÉ y SERRANO-PIEDECASAS: *Manual de Derecho Penal. Parte General. III. Las consecuencias jurídicas del delito*, Praxis, Barcelona, 1994.
- ELLERO PRIETO: *Sobre la pena de muerte*, prólogo de José Canalejas, traducción de Antonio Gómez Tortosa, imprenta de Domingo Blanco, Madrid, 1907.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1985.
- HIGUERA GUIMERA, J. F.: *La previsión constitucional de la pena de muerte. Comentario al artículo 15.2 de la Constitución de 1978*, Bosch, Barcelona, 1980.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1985.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, PPV, Barcelona, 1985.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 61 ss.