

PRO Y CONTRA LA PENA DE MUERTE EN LA POLITICA CRIMINAL CONTEMPORANEA

SUMARIO

1. *Tema radical, transpersonal y político.*
2. *Argumentos fundamentales de los retencionistas.*
3. *Argumentos abolicionistas con algunas estadísticas.*
4. *Todos somos verdugos y médicos.*
5. *Praxis en línea con la Política criminal contemporánea.*

1. Tema radical, transpersonal y político (*)

La pena de muerte es un tema radical: la postura que se toma ante él influirá, consciente o inconscientemente, en la postura ante otros problemas importantes con la violencia, el terrorismo, el divorcio, el aborto, el derecho de propiedad, los marginados, la opresión del poder, la Política criminal retributiva o repersonalizadora o reformadora de estructuras sociales, los derechos humanos (1). TOHARIA, en su libro *El Juez español*, lo ha constatado, por ejemplo, respecto a las opiniones de los jueces.

Como he indicado en otra ocasión, la abolición o la admisión de la pena capital tiene más importancia de lo que puede parecer, pues está influyendo siempre, positiva o negativamente, en la legislación penal, en la administración de la justicia, en las instituciones penitenciarias y en muchos aspectos de las relaciones cotidianas privadas y públicas. Quien admite esta sanción introduce una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de la convivencia. Aunque nunca se llegue a la ejecución, esta gota infecciona todo el líquido. *Es como el cáncer*, enfermedad universal cuya difícil curación exige el esfuerzo de todos.

Respecto a la pena de muerte, no menos que los problemas concretos de las vidas anuladas, importan los criterios y los sentimientos de la

(*) La revista "Historia 16" me pidió a comienzos de 1977 un estudio sobre los argumentos retencionistas y abolicionistas de la pena de muerte para publicarlo en el número de septiembre. Apareció este mes (núm. 17, págs. 29-39) enriquecido con atinadas ilustraciones. Se omitió alguna nota (la núm. 9) y algunos párrafos (por ejemplo, las líneas del bersolari Xalbador).

Al aparecer en la "Revista Argentina de Ciencias Penales", núm. 6 (mayo-septiembre, 1977), págs. 10-25, también hubo omisiones, por ejemplo la palabra terrorismo en el párrafo primero, el párrafo de la última página que habla de aunar socialización económica con libertad política, las notas 8 y 9...

Al publicar aquí este artículo se incluyen aquellas omisiones posiblemente involuntarias.

(1) Basta, como ejemplo, la afirmación reciente de Manuel de IRUJO, Ministro de Justicia en tiempos de la segunda República española: "Soy un hombre enamorado de los derechos humanos, y soy enemigo personal, además de ideológico, de la pena de muerte."

sociedad que legaliza esa pena, sus presupuestos estructurales, y sus consecuencias jurídicas y extrajurídicas.

En Política criminal conviene subrayar, como sugería RUIZ-FUNES, el doble carácter de esta sanción transpersonal y política. *Transpersonal* porque destruye la individualidad orgánica, base de la personalidad, y porque vacía a la vida humana de su valor esencial. *Política*, por razones claras, muy difíciles de negar, y que muestran la existencia de dos mentalidades: la liberal y la «defensista». La primera, es una mentalidad orientada hacia los demás, basada en el que Etienne DE GREEF llama instinto de simpatía y altruismo; en cambio, la segunda sólo piensa en sí misma, utiliza a los otros como instrumentos del poder, como súbditos, y en caso de disconformidad los elimina con criterios extensivos, opuestos frontalmente a los principios jurídico-penales; además, incluye en los tipos incriminados conductas indiferentes y hasta nimias, con la sola preocupación de defender y reforzar la autoridad. El carácter político de esta sanción aparece también en las estadísticas (la mayoría de los condenados son delincuentes políticos, juzgados por Tribunales especiales) y en el hecho de que generalmente el Jefe del Gobierno sea quien, haciendo uso de su derecho de gracia, decide en última instancia acerca de su ejecución o su conmutación por otra pena, casi siempre privativa de libertad durante el tiempo máximo.

Ante problema tan radical, transpersonal y político, conviene reflexionar sobre los argumentos retencionistas y abolicionistas tal y como los contempla la Política criminal contemporánea que, como veremos, apela a todos los ciudadanos para pedirnos nuestra mentalización y aportación más innovadoras de lo que —para cruzarnos de brazos— solemos creer.

2. Argumentos fundamentales de los retencionistas

La pena de muerte marca todos los jalones de la historia, y llega a casi todos los rincones del mapa-mundi. A lo largo y a lo ancho de nuestro planeta, siempre se ha mantenido, más o menos, la pena de muerte en la teoría y en la práctica.

Los abuelos de la humanidad fueron animales que solucionaban sus problemas familiares clavando los colmillos en la yugular del contestatario. Tenían tan poca sustancia gris en la cabeza que veían la muerte de su compañero como la mejor manera de potenciar al grupo. Todavía hoy, muchos niños al nacer responden positivamente al test de la pena de muerte. Todos llevamos un Caín dentro.

Recientemente en Estados Unidos, con motivo de la ejecución de Gary Gilmore, y en Francia con ocasión de los procesos contra Patrich Henry, contra Jean J Jordanengo y contra Jerome Carrein, los medios de comunicación han vuelto a constatar que la opinión pública y los intelectuales se han mostrado y se muestran en muchas naciones partidarios de la pena de muerte.

Los motivos que suelen manifestar quienes pretenden retener esta sanción se pueden reducir a *tres capítulos principales*: la autoridad, la teoría y la experiencia.

Primero, por *criterios de autoridad: Magister dixit*. Eminentes personalidades han opinado y opinan en favor de la pena capital, al menos en supuestos de extrema gravedad. Entre los filósofos baste nombrar a KANT, HEGEL, ROUSSEAU, E. BRUMMER y J. LECLERCQ. De los juristas podemos citar a GARÓFALO, FILANGIERI, ROCCO, MANZINI, BETTIOL, MEZGER, WEIZEL, LARDIZÁBAL, SILVELA, CUELLO CALÓN, PEREDA, QUINTANO RIPOLLÉS y LÓPEZ-REY (2). Y, en el campo teológico, recordamos a SANTO TOMÁS, SUÁREZ, LUGO, MOLINA, A. DE CASTRO, SOTO, A. M.^a DE LIGORIO, LUTERO, CALVINO, G. ERMECKE, B. SCHÜLLER, K. BARTH, A. JANSSEN, R. N. THOMSON, B. SIGNORI, e incluso Pío XII. Generalmente, los teólogos canonistas del renacimiento afirmaban, como LUGO, que sin la pena de muerte todo se perturbaría (*omnia perturbarentur*).

Muchos países admiten en sus Códigos penales la sanción capital. Actualmente la consideran legal un centenar de Estados repartidos en todos los continentes. En Europa occidental: Andorra, España, Francia, Grecia y Turquía. En Europa oriental, la mayoría de los países socialistas. En Latino-América: Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua (la última ejecución tuvo lugar el año 1892), Paraguay y Perú. En Estados Unidos se aplica esta sanción en los siguientes 33 Estados: Alabama, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo Méjico, Carolina del Norte, Ohio, Oklaoma, Oregón, Pennsylvania, Virginia, Washington, Wyoming (3).

En todo el mundo, sólo tres países, Alemania Federal, Portugal (desde 1977) y Uruguay, son abolicionistas totalmente, incluso en la jurisdicción militar y en tiempo de guerra.

Algunos regímenes democráticos, en los que se abolió la pena capital, la han readmitido por petición de muchos ciudadanos conmovidos ante determinados delitos que afectan grandemente la sensibilidad popular.

Segundo, por *argumentos teóricos*. Entre éstos conviene destacar algunos más repetidamente formulados:

(2) Según LÓPEZ-REY, la pena de muerte podría estimarse necesaria si el terrorismo alcanza la proporción de genocidio, ... como lógica consecuencia de la necesidad de afirmar la existencia libre y digna de la humanidad.

(3) Para mayor detalle, en este terreno tan necesitado de precisiones, cfr. Denyse CHAST, "Evolution de la legislation sur le peine capitale", que aparecerá en la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (1977). J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed. (Madrid, 1976), págs. 757 y siguiente. I. BERDUGO DE LA TORRE, "La pena de muerte en el actual Derecho Iberoamericano", en *Pena de muerte. 6 respuestas* (Valladolid, 1975, Universidad), páginas 81 y sigs. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. (Berlín, 1972), pág. 572.

- La pena de muerte es necesaria por su máxima fuerza preventiva e intimidativa respecto a ciertos posibles delincuentes.
- Los crímenes más graves exigen, como justa retribución, como natural consecuencia, la pena capital.
- El delincuente, al infringir gravemente la ley, se ha privado del derecho a la vida. En tal supuesto, la autoridad debe dar paso y reconocimiento a este proceso privativo.
- La autoridad tiene facultad para imponer la sanción máxima porque la comunidad le ha otorgado tal poder.
- Si un miembro del «cuerpo» comunitario tiene una enfermedad incurable y contagiosa, para evitar mayores males, la única solución es amputar dicho miembro.
- La realización de la justicia, la reintegración del orden jurídico violado por el delito, exige la pena de muerte.

Tercero, por *razones de tipo empírico-sociológico*. Según bastantes especialistas, la historia del pasado y las estadísticas de hoy muestran que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital. Es muy significativo, según ellos, que algunas naciones, abolicionistas durante varios años, han vuelto a la normativa anterior. Esta sanción, añaden, resulta insustituible, pues la experiencia muestra que la privación de libertad a perpetuidad no ofrece garantías suficientes.

En pocas palabras, siempre y en todas partes ha habido y hay partidarios de la pena de muerte por considerarla eficaz, indispensable y beneficiosa para la comunidad.

3. Argumentos abolicionistas con algunas estadísticas

Frente a las opiniones retencionistas —muy dignas de consideración—, reconocemos que la pena de muerte es eficaz, pero en sentido opuesto; negamos sus otras dos cualidades —indispensable y beneficiosa—, ya que la vemos como injusta y perjudicial.

Admitimos que ciertos argumentos retencionistas resultan difíciles de rebatir (4). Reconocemos que algunas conductas causantes de gravísimos perjuicios a la humanidad, por ejemplo, los actos de ciertas organizaciones terroristas y fascistas, exigen una grave sanción. Pero, pensamos que hacen falta argumentos muy claros y muy fuertes para admitir la pena de muerte en nombre de la justicia humanista, y que tales argumentos están por formular, pues los que suelen aducirse se apoyan en una piedra hueca, ya que la sanción penal, especialmente la capital, más que consecuencia del delito es respuesta —del poder— a la criminalidad, como explicaremos en seguida.

(4) La reflexión sobre los argumentos abolicionistas resulta fecunda y positiva aunque no aboque a una postura contra la pena de muerte. En este terreno, como en muchos otros, las personas avanzamos paulatinamente, sin saltos. La revolución será tanto más duradera cuanto mayor haya sido la evolución previa.

Antes de exponer los motivos abolicionistas, conviene indicar brevemente que la pena de muerte *no es tan universal* como algunos afirman. Las estadísticas constatan que los controles sociales penales se aplican mucho menos a quienes tienen poder, dinero y prestigio. Esta diferencia de trato llega al colmo en la pena de muerte. Por ello, por ejemplo, el número de negros ajusticiados en los Estados Unidos no tiene comparación con el de blancos; en algunas épocas, la diferencia supera al 80 por 100.

Probablemente, un remedio que haría desaparecer la pena de muerte sería intentar extenderla a todos por igual. Si se pusieran los medios para aplicarla a todos, no se aplicaría a nadie. Algo parecido puede decirse del aborto: si las personas de *high society* no dispusiesen de clínicas para abortar, pronto desaparecerían del Código penal casi todos los artículos que sancionan la interrupción voluntaria del embarazo.

La pena de muerte es un dictador con manos de hierro, pero —hoy y en los países de nuestra cultura— tiene los pies de barro. Se mueve sobre bases frágiles: es *injusta, maniquea, no-democrática, perjudicial, criminógena, superflua e irreparable*.

Es débil su fundamento jurídico. Cualquier sanción penal, especialmente —como indicábamos antes— la aquí discutida, es *respuesta* de los controles sociales a la criminalidad, más que *consecuencia* natural del delito. La pena de muerte tiene mucho de respuesta arbitraria, caprichosa, partidista y nociva. Quienes la formulan, consideran los delitos como totalmente negativos, en vez de reconocer la criminalidad como algo normal y, más o menos, positivo. Y olvidan que de la sanción penal se puede decir con frecuencia que «es peor el remedio que la enfermedad» (5). Todavía más, esta afirmación se cumple siempre en la ejecución capital porque, si hablásemos con exactitud —no lo hacemos por emplear el lenguaje común— diríamos que el condenar a muerte a un delincuente es —no sancionarle, sino— castigarle. En terminología científica no se debe decir *pena* de muerte, ni *pena* capital; se debe decir *castigo* de muerte, *castigo* capital. Lógicamente, ya que ninguna autoridad tiene competencia para castigar (6), pues ni la autoridad divina castiga nunca (7), el castigo capital es más injusto que el delito al que responde.

(5) Cfr. A. BERISTÁIN, “La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares”, en *Rev. Interamericana de Sociología*, núm. 18, año 6, vol. V (enero-abril, 1976), págs. 55-85. A. BERISTÁIN, “La Politique criminelle et la théologie devant le progrès social”, en *Archives de Politique criminelle*, núm. 2 (1977), págs. 61-81.

(6) Hace varios siglos, el jesuita LESSIO (1554-1623) subrayó la diferencia entre la *sanción* y el *castigo*, cuando escribió “una cosa es sancionar, otra castigar” (*aliud enim est vindicare, aliud punire*). La próxima reforma del Código penal español deberá tener en cuenta esta verdad para eliminar del texto punitivo las tantas veces repetidas palabras *castigo* y *castigar*.

(7) Karl RAHNER, “Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der kattholischen Theologie”, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, preparado por E. FREY (Zürich, 1964, Schulthess), págs. 169 y sigs.

El juez, si prescinde del convencionalismo de la ley, puede condenar a muerte al autor de un delito grave. Pero, si reconoce que los conflictos criminales, como todos los conflictos laborales, familiares, políticos, económicos, etc., entre personas, y que todas las normas reguladoras de tales conflictos, *contienen pros y contras en ambos sentidos*, pues nada es blanco blanco, y nada negro negro, no pretenderá zanjar los problemas eliminando totalmente una de las partes, ni negando completamente la razón a una de ellas. Un instrumento tan complicado y añejo como el Derecho penal, fruto de siglos de esfuerzos liberadores, no debe tener por función el fusilar a un hombre; un libro de Hegel, un cuadro de Picasso, no deben utilizarse para martillar un clavo.

Matar legalmente a un hombre es matar también *al hombre*, a todo lo humano. En este aspecto, especialmente, nadie es una isla, pues todos formamos un continente, y al morir una persona ejecutada legalmente, además de hundirse parte de la playa, desciende el nivel de toda la tierra.

Este argumento de la intercomunicación universal-personal abre brechas abolicionistas también en el campo de la culpabilidad penal exigible para sentar a una persona en el garrote vil.

Destruir —y aun el mero poder destruir— a quien comete un delito produce un daño público que afecta, más o menos larvadamente, a los ciudadanos y también a las estructuras sociales. El Estado, la ciudad, el Derecho, la universidad, la empresa, los centros de diversión, las familias y los individuos, si admiten la pena de muerte, fomentan unas relaciones ruines. Hacen ver al «otro», no como amigo parte de nosotros, sino como funesto competidor y, a veces, como enemigo mortal.

La Política criminal *contemporánea* exige un fundamento jurídico y losófico válido para *hoy*. No bastan los argumentos que en tiempos pasados posible y aun probablemente ofrecían suficiente apoyadura a esta sanción máxima. Los historiadores tienen mucho que decir —y desdecir— en este problema tan implicado con las variables y *progresivas* coordenadas sociales, económicas y políticas. Sin la pena de muerte quizá se hubiera producido el caos en el imperio español de Felipe II. Pero hoy, no podemos afirmar lo mismo. Hoy la sanción capital es injusta.

Es frágil su base filosófica. Quienes apoyándose unilateralmente en KANT, pretenden que para hacer justicia perezca el mundo, caen en la evidente contradicción de intentar que nazca la justicia en un cementerio universal. Nada se arregla, nada se hace aniquilando a las personas.

La autoridad, y en su tanto el hombre de la calle, que admite y aplica la pena de muerte, adopta un talante *maniqueo y absolutista*, poco científico, de graves y negativas consecuencias sociales y políticas. Pocas afirmaciones tan ciertas y «rentables» a la sociedad como la que reconoce la primacía de la persona y el relativismo de la verdad, así como la plurivalencia de cualquier conducta humana. Sin embargo, quien admite la pena de muerte rechaza esta afirmación, pues niega que el condenado tenga valor primordial sobre el desvalor de sus acciones. En el

supuesto contrario, si admitiese esa superioridad del ciudadano, desearía su conservación. Con otras palabras, la pena de muerte adolece de *maniqueísmo*.

Además, parece infundado negar la necesidad y la utilidad de la libertad y del mal, pues el hombre solo es *persona* en cuanto al ejercitar su albedrío puede realizar valores y/o desvalores. Por otra parte, el mal debe reducirse al máximo, pero sólo en cuanto sea *humanamente* compatible con el respeto al otro, al distinto. No se debe rebasar esa frontera, pues como alguien ha dicho, es preferible bañar al niño con agua sucia, que verter ese agua, si con ella se pierde también al niño.

A este respecto, la optimista concepción aristotélico-tomista del mal en cuanto negación o lejanía del bien —que coincide con el ser (*ens et bonum convertuntur*)—, y la concepción pesimista agustino-reformadora, que concede su entidad propia al mal y amplía tan exageradamente el campo de la imposición autoritaria (especialmente el obispo de Hipona, en sus últimos años), coinciden en poner un límite *digno* a la represión del poder frente al crimen.

Es frágil su base de autoridad. En la dirección abolicionista se manifiestan cada día mayor número de ciudadanos y de especialistas. De los primeros, unos, como Rafael DE GÁRATE, recordando la experiencia suya y de sus compañeros de condena (8), muestran la barbarie y la nocividad de la pena de muerte. Otros, en campañas continuamente más extendidas y fuertes en contra de esta pena, patentizan hacia dónde avanza la opinión pública. En el último Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra del 1 al 12 de septiembre de 1975, veintiséis organizaciones internacionales no-gubernamentales, todas las que son miembros del Comité Especial de Organizaciones no-gubernamentales sobre Derechos Humanos (9), pidieron a todos los gobiernos que conservan la pena capital

(8) Ramón DE GALARZA, *Diario de un gudari condenado a muerte* (San Sebastián, 1977, Ed. Vascas Argitaletxea), 239 págs.

(9) Las Organizaciones son: Amnistía Internacional, Asamblea Mundial de la Juventud, Asociación Internacional de Juristas Demócratas, Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de los Amigos —Quakers—, Comisión de las Iglesias para Asuntos Internacionales, Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Confederación Mundial del Trabajo, Congreso Judío Mundial, Consejo Internacional de Mujeres Judías, Consejo Internacional de Mujeres Social-Demócratas, Fédération Internationale des Droits de L'Home, Federación Internacional de Abogadas, Federación Internacional de Periodistas Libres, Federación Mundial de Asociaciones Pro Naciones Unidas, Federación Mundial Cristiana de Estudiantes, International Peace Bureau, Liga Internacional de los Derechos del Hombre, Liga Internacional de Mujeres Pro Paz y Libertad, Movimiento Internacional de Estudiantes y de Jóvenes Pro Naciones Unidas, Movimiento Internacional de Intelectuales Católicos y Movimiento Internacional de Estudiantes Católicos —Pax Romana—, Movimiento Internacional para la Unión Fraternal entre las Razas y los Pueblos, Organización Internacional de Mujeres Sionistas, Servicio Social Internacional, Union des Avocats Arabes, World Muslim Congress. Cfr. A. BERISTÁIN, *Crisis del Derecho represivo* (Orientaciones de Organismos nacionales e internacionales), prólogo de Julio CARO BAROJA (Madrid, 1977, Edicusa), págs. 100 y sigs.

que cesen su uso, y a la Asamblea General de las Naciones Unidas que promulgue una declaración para urgir su total abolición en todo el mundo.

Las dos encuestas siguientes, llevadas a cabo en Guipúzcoa, en la primavera de 1977, por los alumnos del Instituto Vasco de Criminología y de la Facultad de Derecho de San Sebastián, revelan el criterio abolicionista de la inmensa mayoría de los habitantes de esta provincia de Euzkadi (10).

ENCUESTA SOBRE "LA PENA DE MUERTE" EN GUIPUZCOA

(San Sebastián, Elgoibar, Fuenterrabía, Hernani, Irún, Rentería, Tolosa y Zarauz)

1. ¿Está usted a favor o en contra de la pena de muerte?
A FAVOR EN CONTRA
2. ¿Hubiera usted aplicado la pena de muerte a los últimos condenados y ejecutados en septiembre de 1975?
SI NO
3. Si en España se suprimiera esta pena, ¿el número de crímenes aumentaría, disminuiría o se mantendría como hasta ahora?
AUMENTARIA DISMINUIRÍA SE MANTENDRÍA IGUAL
4. ¿Aplicaría la pena de muerte a alguno(s) de estos casos?
 - 1) Muerte con premeditación SI NO
 - 2) Violación y muerte de una menor SI NO
 - 3) Muerte de un Jefe de Estado SI NO
 - 4) Muerte de un ciudadano por malos tratos de la policía ... SI NO

Datos de quien ha contestado:

Edad (años):

Sexo: V o H

Localidad:

Religión:

- Indiferente
- Católico practicante
- Católico no practicante
- Creyente de otra religión

Clase social:

- Alta y media alta
- Media-media
- Media-baja y baja

Ideología política:

- Derecha
- Centro
- Izquierda

(10) Los universitarios que han realizado estas estadísticas son: Carlos CEBOLLEDA, José Luis CORTABITARTE, Pilar MARÍN, Roberto MARQUÉS e Isidro MÚGICA.

RESULTADOS DE LA ENCUESTA EN GUIPUZCOA

	San Sebastián %	Pueblos %	Total %
Número total de personas encuestadas: 360	41	59	100
<i>Edades:</i>			
Menos de 20 años	29	43	37,50
De 20 a 40 años	39	36	37,50
Más de 40 años	28	18	22
No responden	4	3	3
<i>Sexo:</i>			
Varones	58	53	55
Hembras	42	46	44
<i>Clase social:</i>			
Alta y media-alta	0	0,50	0,25
Media-media	49	53	51
Baja y media-baja	49	43	45,50
No responden	2	3,50	3,25
<i>Ideología política:</i>			
Derecha	2	4	3
Centro	19	25	22,50
Izquierda	61	57	59
No responden	18	14	15,50
<i>Religión:</i>			
Indiferente	21	17	18,50
Católico practicante	45	43	44
Católico no practicante	32	31	31,50
Otras religiones	1	1,50	1
RESPUESTAS			
<i>Primera pregunta:</i>			
A favor	7	8,50	8
En contra	90	91	90,50
No responden	3	0,50	1,50
<i>Segunda pregunta:</i>			
Sí	1	5	3
No	97	94	95
No responden	2	1	2
<i>Tercera pregunta:</i>			
Aumentaría	5	11	8
Disminuiría	13	20	17
Se mantendría igual	77	66	70,50
No responden	5	3	4,50

	San Sebastián %	Pueblos %	Total %
Cuarta pregunta:			
1. ^{er} caso			
Sí	11	16	14
No	85	83	84
2. ^o caso			
Sí	25	32	29
No	71	67	69
3. ^{er} caso			
Sí	9	12	11
No	87	87	87
4. ^o caso			
Sí	29	25	26
No	67	75	71

Ni beneficia ni intimida. Los especialistas de los diversos campos relacionados con la pena de muerte se expresan en nuestros días más que antes en contra de esa pena, como se ve, por ejemplo, en los tres tomos que recogen las Comunicaciones y Conclusiones del Coloquio Internacional conmemorativo del centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal (1867), celebrado en Coimbra del 11 al 16 de septiembre de 1967. Estos y otros muchos libros exponen sólidas pruebas que anulan o, al menos, debilitan los argumentos retencionistas de autoridad, de teoría y de experiencia. Con rigor científico desarrollan muchos razonamientos —más convincentes que los contrarios— para demostrar que la pena capital no beneficia en sentido propio de la palabra, ni intimida, ni resulta indispensable.

Se niega la funcionalidad beneficiosa de la pena de muerte al constatar que destruye el derecho más fundamental y manantial de todos los demás: la vida. Esta pérdida difícilmente la compensan otros bienes. Además, la sanción capital no engendra nada; sólo hace sitio a más violencia; pone la legitimidad en la brutalidad, en la fuerza y en el poder más que en la justicia y en el compartir entre iguales; fomenta una absurda pretensión de eliminar totalmente el crimen y la posibilidad de delinquir; mantiene una idea exagerada de defensa muchas veces, por desgracia, la supuesta legítima defensa, aunque cumpla los requisitos legales, ni es legítima ni es defensa, pues para proteger lo suyo, destroza lo de todos..., y lo suyo: *summum ius, summa iniuria*.

Desde otro punto de vista, el máximo castigo no expía los delitos

ENCUESTA SOBRE "LA PENA DE MUERTE"
EN LA FACULTAD DE DERECHO DE SAN SEBASTIAN

1. ¿Aplicaría la pena de muerte a alguno o algunos de estos casos?
- | | | |
|--|-----------------------------|-----------------------------|
| 1) Muerte con ensañamiento | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 2) Secuestro y muerte de menor | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 3) Muerte con premeditación | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 4) Robo con homicidio | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 5) Violación y muerte de una menor | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 6) Parricidio | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 7) Muerte de un Jefe de Estado | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 8) Muerte de un líder político | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 9) Envenenamiento mortal | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
| 10) Muerte de un ciudadano por malos tratos de la policía. | SI <input type="checkbox"/> | NO <input type="checkbox"/> |
2. Si usted es condenado por un crimen y el juez le deja elegir entre "cadena perpetua" y "pena de muerte", ¿qué elegiría para usted?
- CADENA PERPETUA PENA DE MUERTE
3. Si en España se suprimiera (aboliera) la pena de muerte, ¿el número de crímenes aumentaría, disminuiría o se mantendría igual?
- AUMENTARIA DISMINUIRÍA SE MANTENDRIA IGUAL
4. ¿Habría aplicado usted la pena de muerte a los últimos ejecutados vascos en septiembre de 1975?
- SI NO
- ¿Por qué?
5. ¿Está usted a favor o en contra de la pena de muerte?
- A FAVOR EN CONTRA
6. ¿Cree usted ue la pena de muerte ha sido empleada por el poder contra Euzkadi?
- SI NO

Datos del encuestado:

Edad (años):

Sexo: V o H

RESULTADOS DE LA ENCUESTA EN LA FACULTAD DE DERECHO

	Grupo mañana %	Grupo tarde %	Total %
Número total de universitarios encuestados: 171	73	27	100
<i>Edades:</i>			
Menos de 20 años	36	41	37
De 20 a 30 años	63	52	60
Más de 30 años	1	7	3
<i>Sexo:</i>			
Varones	57	56,50	57
Hembras	43	43,50	43
RESPUESTAS			
Primera pregunta:			
1.º caso			
Sí	7	4	6
No	93	96	94
2.º caso			
Sí	8	11	8
No	92	89	92
3.º caso			
Sí	4	7	5
No	96	93	95
4.º caso			
Sí	3	7	4
No	97	93	96
5.º caso			
Sí	9	11	9
No	81	89	91
6.º caso			
Sí	6	2	5
No	94	98	95
7.º caso			
Sí	2	7	4
No	98	93	96

Nota. Cuando la suma de los porcentajes no llega a 100 se debe a que algunos no han respondido a la pregunta correspondiente.

	Grupo mañana %	Grupo tarde %	Total %
8.º caso			
Sí	3	4	4
No	97	96	96
9.º caso			
Sí	2	2	2
No	98	98	98
10.º caso			
Sí	11	7	10
No	89	93	90
Segunda pregunta:			
Cadena perpetua	61	79	85
Pena de muerte	5	9	8
Tercera pregunta:			
Aumentaría	3	17	7
Disminuiría	5	9	6
Se mantendría igual	83	74	80
Cuarta pregunta:			
Sí	1	4	2
No	99	96	98
Quinta pregunta:			
A favor	3	7	4
En contra	97	93	96
Sexta pregunta:			
Sí	70	69	70
No	24	21	23

pretéritos, pues la sangre no se borra con sangre; sólo se borra con amor.

Quienes estudian las estadísticas científicas al respecto, *niegan la eficacia intimidante* de la pena de muerte. Si algunas estadísticas concluyen lo contrario se debe a que han sido planeadas y llevadas a cabo con partidismo o con metodología deficiente, como han constatado varios comentaristas. Resulta infundado, por ejemplo, sacar conclusiones a favor de la pena de muerte porque haya aumentado la delincuencia

en un país donde ha sido abolida, sin tener en cuenta los demás factores etiológicos de la criminalidad.

Con palabras de A. CAMUS, «para que la pena capital sea realmente intimidante sería necesario que la naturaleza humana fuese diferente y que fuera tan estable y serena como la misma ley. Pero entonces sería naturaleza muerta». Estas palabras repiten lo que, con formulación más científica, y con las naturales matizaciones de problema tan complicado, comprobó la *Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953, Report 1953*. Muchos especialistas, por ejemplo, BARBERO, BOCKELMANN, ENGISCH, GARCÍA VALDÉS, LANDECHO, LIEPMANN, RIVACOBIA y VON HENTIG, opinan que la abolición de la pena de muerte no tiene el efecto de aumentar la delincuencia grave, ni su introducción la de cohibirla. Ni la prevención general ni la prevención especial abogan por la sanción suprema. Su reintroducción suele deberse a motivos políticos, no técnico-dogmáticos. Algunas tratadistas llegan a tesis más avanzadas: esta sanción —afirman— espolea, en lugar de intimidar, a cierta clase de delincuentes en potencia, a quienes la muerte, el peligro y el martirio les atrae.

Además, se rechaza que resulte *indispensable o necesaria*, pues sin ella puede mantenerse y desarrollarse la convivencia, como lo muestra la existencia pacífica y progresiva de muchos Estados cuyos Códigos penales no admiten esa sanción; por ejemplo, nuestro país vecino Portugal, con ciento diez años de abolicionismo; y tantos otros países que lo van implantando teórica y, más aún, prácticamente.

A este respecto, es difícil y arriesgado exponer datos completos y seguros, pues las legislaciones varían continuamente, y quienes recogen comparativamente las normativas y las actuaciones judiciales y penitenciarias, suelen referirse sólo a abolición o no abolición, sin concretar sus límites respecto a la jurisdicción castrense, los tiempos bélicos, las legislaciones especiales y las ejecuciones o indultos.

En Europa, la pena de muerte está abolida legalmente y de hecho —excepto en la jurisdicción militar y en tiempos de guerra— en: Austria (1968), Dinamarca (1930), Finlandia (1949), Italia (1944), Malta (1971), Noruega (1905), Países Bajos (1886), Principado de Mónaco (1962), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (definitivamente en 1969), República de San Marino (1848), Suecia (1921), Suiza (1942) e Islandia (1940).

Está abolida, también en tiempo de guerra, en: Austria (1968), Finlandia (1972) y Suecia (1973). Abolida sólo de hecho, pero no legalmente, en: Liechtenstein y Gran Ducado de Luxemburgo.

En América del Norte son abolicionistas legalmente: Canadá, Méjico (en octubre de 1974 se abolió en el último Estado mejicano que la admitía, el Estado de Sonora) y los Estados Unidos siguientes: Alaska (1957), Hawai (1957), Iowa, Maine (1887), Michigan, Minnesota (1911),

Oregón, Virginia occidental y Wisconsin. En algunos otros Estados de América del Norte la abolición es parcial (11).

En América del Sur, está abolida legalmente en: Colombia (1910), Costa Rica (1882), Ecuador (1897), República Dominicana (1924), Uruguay (1907) y Venezuela (1863).

Y, para colmo, la pena de muerte es *irreparable*. Esta su irreparabilidad le suscita muchos y serios adversarios que subrayan la gravedad peculiar y exclusiva de esta sanción. Los tribunales se han equivocado, se equivocan y se seguirán equivocando, sobre todo en juicios capitales, pues en ellos se dispone de menos indicios, ya que con frecuencia ha desaparecido la víctima, y de menos objetividad, ya que los jueces no están inmunizados contra las campañas de los medios de comunicación tan insistentes y apasionadoras. Los errores judiciales en otras sanciones pueden repararse de alguna manera; en la sanción capital, no. Aquí no es ni graduable ni remediable. Estos actos equivocados de la «justicia» permanecerán injustos para siempre. Y sus víctimas —quizá totalmente inocentes— quedarán sin indemnización posible.

4. Todos somos verdugos y médicos

La pena de muerte, a pesar de su inmensa negrura, tiene, como todo lo humano, algunas facetas positivas. Una de ellas, el servir de estímulo para estudios mediante los cuales se descubren y formulan importantes verdades en el Derecho penal, en la Criminología y en la Política criminal. Las investigaciones teóricas y empíricas sobre la sanción máxima nos muestran, por ejemplo, que ante este problema, y ante el problema general de la criminalidad, todos somos verdugos y médicos. Todos condenamos y todos amnistiamos.

Hasta hace algún tiempo, se ha creído generalmente que los «médicos» de la delincuencia eran sólo los penalistas. Antes se calificaba de mejor o peor tal doctrina, tal sistema o tal institución penal, según el número de delincuentes que hubiera en aquella comunidad. En una sociedad con delincuencia muy voluminosa, se consideraba que su Derecho penal era censurable, negativo, poco científico. En cambio, si las estadísticas disminuían, se interpretaba como señal de que el sistema penal, en sentido amplio incluyendo también el penitenciario, había mejorado.

Hoy, en cambio, se sabe que el volumen y la gravedad de la delincuencia depende, también, de otros mil factores. Hoy, se comprende que el Derecho penal puede influir en la cantidad y calidad de la delincuencia, pero también —y no menos— pueden influir el urbanismo, la desigual distribución dineraria, la especulación del suelo, los barrios y las áreas delincuenciales, las instituciones opresivas, y otras mil realidades sociales, políticas y económicas.

Actualmente, nadie duda que la criminalidad atañe a todos y es obra

(11) Véase la anterior nota (3).

de todos; que los controles sociales, sin olvidar la pena de muerte, también son obra de todos. Cuando se ejecuta a un condenado, todos somos cómplices, y nuestros dedos o nuestro silencio quedan manchados con salpicaduras de su sangre.

En resumen, la delincuencia y la sanción, especialmente la capital, son realidades y *construcciones sociales más que individuales*, y convencionales no menos que objetivas. Si la sanción penal, más que consecuencia del delito, es *respuesta* formulada por quien manda y por la sociedad ante o contra las acciones que el poder etiqueta como delictivas, lógicamente todos contribuimos a la criminalización y a la descriminalización, al empeoramiento y a la curación de la «enfermedad» delito-pena.

Si la historia, en general, es el proceso de gestación de dos gérmenes contrarios que anidan y se desarrollan en cada hombre y en cada estructura, las páginas anteriores pueden resumirse en una frase: todos somos necesariamente verdugos y médicos. No podemos prescindir de ambas profesiones, pues nuestras acciones importantes estigmatizan y liberan. Pero, todos podemos escoger cuál de estas dos posibilidades lleva la preferencia en nuestra actividad cotidiana. Cuando la mayoría nos decidamos a portarnos más como médicos que como verdugos, llegaremos a la cota básica de la justicia humana que consiste en la liberación y la generosidad más que en la defensa y la seguridad, en preferir ser víctima a delincuente, en comprender y perdonar siempre, y en nunca matar.

5. Praxis en línea con la Política criminal contemporánea

Poco a poco, el mundo va acercándose a esa cota de equidad elemental ante el delincuente. Dos películas recientes describen algo de esta evolución cívica. Artísticamente, MARTÍN PATINO, en su «*Queridísimos verdugos (Garrote vil)*», hace caer en la cuenta a los espectadores que esta profesión pertenece a otros tiempos menos humanos, menos justos. BERTRAND TAVERNIER, en su sugerente *Le juge et l'assassin*, muestra que muchos condenados son víctimas de innegables y patentes enfermedades mentales; les declaran sanos y responsables quienes aprovechan la administración de la justicia para obtener ventajas y privilegios, para colmar su ambición, para mantener y aumentar las desorbitadas desigualdades estructurales, aunque sea quitando la vida a un «loco de atar».

Afortunadamente, la historia política y religiosa de los pueblos cada día se mancha menos con lapidaciones, ahorcamientos, crucifixiones y otras muertes legales. Eran sanciones propias de Derecho penal pastoril o artesanal, incompatibles con la Política criminal de nuestra sociedad empresarial.

Avances positivos significan también las serias refutaciones «tradicionales» contra los argumentos en pro de la pena de muerte. Estos pueden rebatirse, más o menos, en bloque y uno a uno. Pero, la Política criminal

contemporánea aconseja preferentemente *reflexionar sobre otros planteamientos distintos*. Ella parte de concepciones más científicas de la criminalidad como realidad social normal, ambivalente y positiva, y de los controles sociales encaminados a fomentar, o al menos, a permitir la diversidad y la libertad personal y estructural; y aboca a respuestas penales que imposibilitan aun la idea de la pena de muerte, pues descubre que esas muertes siempre son delictivas y, además, nefastas para la comunidad.

Los *medios de comunicación* pueden informar y formar a sus lectores, oyentes y televidentes, sobre la nocividad de esta pena. Resulta vergonzoso enterarnos que en Estados Unidos, el día que se ejecutó a Gilmore, se pidió que la televisión retrasmite la ejecución de la próxima pena capital. Los *mass media* deben fomentar campañas públicas abolicionistas, pues todos somos, más o menos, corresponsables en este campo (12).

Los *partidos políticos* han de manifestar en sus programas cuál es su postura ante este problema. También los organismos universitarios, académicos, sindicales y laborales.

Los *creyentes* de cualquier religión —no sólo, ni principalmente sus Jerarquías— deben reflexionar sobre el testimonio de G. RADBRUCH, según el cual, los argumentos propiamente decisivos contra la pena de muerte pertenecen al campo ético y religioso. Afortunadamente, cada día mayor número de creyentes, impulsados por su dinamismo utópico-misterioso y por su misión de proyectar y realizar sin límites el futuro, se enrolan en las filas abolicionistas (13).

Los *educadores y los trabajadores sociales* pueden contribuir beneficiosamente en los movimientos contra la sanción capital, pues en este campo va bien orientado quien sabe experimentalmente qué es amor.

Los *legisladores y los jueces*, oponiéndose a la pena de muerte, pueden dar un paso definitivo para resolver una radical antinomia que implica el concepto de justicia. Esta debe pretender el progreso de la sociedad y la unión de los ciudadanos; pero, con frecuencia consigue lo contrario, por insistir en los derechos de cada uno, en la defensa individual, y en la protección de lo propio, más que en la comprensión y admisión del otro distinto, más que en los derechos, la defensa y la protección de los demás aun a costa de lo propio. El Derecho, con frecuencia, desarrolla el egoísmo más que el altruismo, la autodefensa más que la simpatía, y separa más que une, y oprime más que libera.

(12) Los juristas, dicho sea de paso, hemos de elaborar nuevos conceptos y nuevas normas para control y *desarrollo* de la moderna información que, impunemente descerebra, manipula y lanza a miles y miles de personas a actividades catastróficas comparables a la bomba atómica.

(13) Cfr. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*, trad. del italiano (Madrid, 1975, Ed. Paulinas), 2.^a ed. A. BERISTÁIN, "El catolicismo ante la pena de muerte", en *Iglesia Viva*, núm. 69 (1977), con abundante información bibliográfica sobre la sanción capital en general, y en BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte. 6 respuestas*, 2.^a ed. (Madrid, 1978, BOE).

Los jueces y los legisladores tienen derecho a *sancionar* con *penas*, no a *castigar* con *castigos*, y esto último sería el condenar a muerte. El Estado democrático de Derecho ha de aunar, como sugiere Elías Díaz, socialización económica con libertad política; ésta ha de incluir la emancipación personal y la declaración eficaz de la ilegalidad de la pena de muerte.

Los *artistas y los poetas* al desvelar el misterio del ser, vivir y convivir, del hacernos, deshacernos y rehacernos, pueden iluminar caminos para superar conflictos sociales más idóneos que el camino legal de la sanción capital. Ante miles de espectadores contestatarios, en circunstancias que a cualquier jurista le hubiesen impulsado a protestar y patalear «en legítima defensa», el bersolari vasco XALBADOR, con generosa inspiración poética, cantó así:

«txistuak jo dituzute bainan
maite zaituztet orainik!»

«Me silbáis y me abucheáis
pero, yo os sigo amando!»

Como resultado, los abucheos y los vituperios se tornaron en aplausos, admiración y afecto de todos.

A la luz de lo expuesto hasta aquí, se puede concluir que media un abismo entre la *sanción* penal reeducadora-reestructuradora y el *castigo* mortal irreparable. El Derecho penal empieza a ser Derecho, la administración de justicia empieza a ser humana, cuando desaparece la pena capital en la legislación común y en la especial, durante la paz y durante la guerra.