

**DOS MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCION: INCONDICIONAL ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE E INCONDICIONAL SANCION CONTRA LA TORTURA
(RESUMEN)**

Antonio Beristain

*Catedrático de Derecho penal
Universidad del País Vasco*

1. En defensa del derecho a la vida...

«La función militar y la función judicial son antitéticas entre sí y dañan y perjudican... la disciplina, que acaso robustece y encauza la voluntad, atrofia y estropea aquella especie de inteligencia necesaria para bien juzgar».

Miguel de Unamuno
La patria y el ejército

La abolición total e incondicional de la pena de muerte y la sanción inexcusable de la tortura aparecen y se imponen apoyadas en sólidos argumentos jurídicos, históricos y criminológicos, cada día más irrefutables. Sin embargo, ninguna de las dos ha conseguido plasmarse definitivamente en la ciencia y en la legislación patria. Concretamente, la Constitución española de 1978, en su artículo 15, establece la abolición de la pena de muerte, pero no de manera absoluta, ya que textualmente dice: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Esta formulación deja indudablemente un resquicio legal que permite la imposición y la ejecución de la pena capital en España, realidad digna de ser estudiada y criticada seriamente, por sus consecuencias transcendentales teóricas y prácticas en el campo jurídico y en otros muchos campos.

Si se mantiene el texto del artículo 15, los tribunales militares estarán autorizados y, llegado el caso, obligados para imponer la pena de muerte. En contra de tal posibilidad y obligación expresan su opinión, decidida y seriamente fundada, eminentes especialistas del Derecho penal y de la Criminología, según los cuales si alguien debe considerarse desautorizado para imponer la pena de muerte, es precisamente un tribunal militar, ya que dada la formación y la profesión principal de quienes componen esos tribunales, y dado el contexto socio-político y la situación en que intervienen, resulta el tribunal menos apto y menos capacitado para atender y entender con justicia al momento de valorar los hechos y de dictar su sentencia. Como escribe Unamuno, «el bien juzgar exige, ante todo y sobre todo, independencia de criterio, y la disciplina jerárquica, así como el detestable y dañosísimo espíritu de cuerpo, ahoga toda independencia de él... Hay, además, algo acaso más delicado que juzgar y es enjuiciar. Para enjuiciar hace falta más práctica, más tino, más inteli-

gencia especial, más tradición técnica que para juzgar. Lo difícil no es fallar un proceso sino llevarlo a cabo».

«Y es muy fácil, facilísimo, que quien está educado para mandar y obedecer como en la milicia se manda y se obedece, se vea inducido, por la fuerza del hábito, a aplicar al enjuiciamiento de supuestos delitos, procederes y métodos que no son los más adecuados para obtener la verdad de los hechos».

Las circunstancias personales y cívicas en que actúan los tribunales bélicos contribuyen a que la serenidad y la imparcialidad brillen por su ausencia. Sus condiciones sociales y temporales se prestan a mortales e *irremediables* errores.

Irrebatibles trabajos de especialistas patrios y extranjeros (principal, pero no exclusivamente juristas) se manifiestan en este sentido, y aducen múltiples argumentos para que la Constitución española modifique el texto del artículo 15, y formule la abolición de la pena de muerte en todos los casos. También, y puede decirse que *especialmente*, en los casos que las leyes penales militares para tiempos de guerra pudieran preceptuar lo contrario.

Otro argumento en favor de la abolición total de la pena capital se deduce de la *historia multiseccular en el Derecho comparado*. La evolución de los teóricos que a lo largo de los siglos han estudiado el tema, así como las sucesivas legislaciones al respecto, permiten concluir —aunque no evidentemente— que se debe abolir sin condiciones la pena capital, mayormente cuando se trata de delitos políticos, como lo muestran las investigaciones presentadas, y posteriormente publicadas en tres volúmenes, al Congreso celebrado en Coimbra, el año 1967, con motivo del 2.º Centenario de la abolición de la sanción máxima en Portugal. La ciencia jurídica a lo largo de la historia se ha manifestado ambigua respecto a la pena capital en todos los países y en todos los campos del saber. Lo mismo en filosofía, que en derecho, en teología, en sociología, etc., abundan las opiniones tanto en favor como en contra de la pena máxima. Pero puede decirse que, a través del conjunto, predomina la línea que tiende cada día más hacia el abolicionismo. Concretamente, hoy 136 países del mundo mantienen en su legislación esta pena última (residuo de las penas corporales, universalmente rechazadas en nuestra órbita cultural, especialmente desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948) mientras que otros 17 (entre los que se encuentra España) la han suprimido con ciertas restricciones, y en cambio, 26 países la han abolido sin condiciones.

Entre nosotros merece recordarse el influjo positivo ejercido por Don Manuel de Irujo, durante la época en que ocupó el cargo de Ministro de Justicia de la República española en Madrid, defendiendo tajantemente una postura abolicionista total, basada en sus convicciones democráticas y cristianas.

En la *Criminología contemporánea* predomina la tendencia abolicionista, aunque los estudios serios sobre el tema no logran la unanimidad que algunos desearíamos. Adoptan una oposición frontal a la pena de muerte las publicaciones de Amnistía Internacional y últimamente las monografías, en lengua castellana, de los seis autores del libro *La pena de muerte. Seis respuestas*, de Manuel López-Rey, Raúl Zaffaroni, etc. Y en lengua alemana, las intervenciones de Jescheck, en el recientemente celebrado, en Friburgo, Primer Coloquio alemán-soviético sobre Derecho penal y criminología¹, y de Günter Kaiser (*Kriminologie*, Heidelberg, 1984) y de otros.

1. Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK y Günter KAISER, *Erstes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp. 20 ss.

En Norteamérica –en cuyas cárceles actualmente se encuentran mil condenados a muerte esperando el momento de la ejecución o la resolución de los recursos presentados– han despertado gran atención los artículos aparecidos en el último número del *The Journal of Criminal Law and Criminology*, especialmente los que subrayan, sobre bases empíricas más que sobre principios teóricos, la escasa fuerza intimidativa de esta pena, su efecto brutalizante (*brutalization effect*) así como la diferente aplicación judicial según la raza del delincuente y de las víctimas.

Al terminar de leer este grueso volumen, queda patente que los peligros que implican el terrorismo, los asesinatos individuales o masivos y la gran criminalidad no ofrecen motivos suficientes para seguir admitiendo hoy la pena capital en Estados Unidos. Su abolición brindará efectos sociológicos más beneficiosos (*greater good*).

2. En defensa del derecho a la incolumidad personal

La «Voluntad del Pueblo» no es la «Voluntad de Dios».
Julio Caro Baroja, *El Laberinto vasco*.

Respecto a la tortura, hay que investigar principalmente dos aspectos distintos: el *psicológico* del torturador tanto en las comisarías de policía como en las instituciones penitenciarias en casi todos los países del mundo; y, por otra parte, el *técnico-dogmático* del concepto de tortura (diferenciándolo de los tratos crueles, inhumanos y degradantes) junto con el del contenido de su injusto, que alcanza una gravedad tal que convierte este delito en uno de los poquísimos que nunca y en ninguna circunstancia admiten justificación ni exculpación alguna, algo así como sucede con el *genocidio*.

Urge colmar la laguna en nuestra Constitución española, artículo 15, que no establece la distinción aquí indicada, que equipara (o no distingue) la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, al decir «Todos tienen 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 o degradantes».

Sería deseable que la Constitución –y en su tanto el Código penal– estableciera la separación por nosotros y por otros autores propugnada, tomando en cuenta las diferencias cualitativas y cuantitativas entre ambos delitos. El desvalor de la acción más el desvalor del resultado (el *KZ-Syndrom* estudiado por G. Keller junto al *síndrome de Estocolmo*) alcanzan alturas mucho mayores en la tortura.

Esta diversificación conceptual viene exigida para lograr una condena tajante y sin excepción de la tortura que no se logrará mientras siga equiparándose con los tratos inhumanos degradantes, pues todos comprendemos que a veces esos tratos, aunque sean criminales, sin embargo pueden cobijarse en alguna de las circunstancias eximentes o exculpantes del Código penal (artículo 8). Por desgracia, la legislación y la jurisprudencia (nacional y extranjera) en este campo están todavía en formación. Se ha de agradecer las aportaciones tan atinadas y documentadas de Amnistía Internacional, del Profesor Otto Triffterer en Alemania, y del Profesor del Toro, en España.

El concepto de tortura debe reducirse (marginando los inhumanos tratos) y, paradójicamente, ampliarse (incluyendo también la tortura psicológica), co-

mo indican algunos acertados tratadistas de Irlanda del Norte, Inglaterra y del Consejo de Europa, principalmente.

A la luz de la moderna técnica jurídica y de las últimas declaraciones internacionales (también la de las Naciones Unidas de este año 1985), ha de tipificarse e incluirse el delito de tortura claramente delimitado en Nuestro Código penal y en nuestra Constitución, como crimen que *nunca* circunstancia alguna puede justificar ni exculpar, pues viola tan gravemente la dignidad inalienable de la persona humana. Siempre debe preferirse que cien delincuentes se escapen de la sanción a que uno de ellos sufra la tortura, pues, como explican los filósofos kantianos y postkantianos, si llegase el caso de tener que escoger, preferimos que se hunda la nave del mundo a que se mancille gravemente la dignidad de su piloto. No olvidemos que, varios siglos antes, el Fuero de Vizcaya proscribía incondicionalmente el tormento.

Nuestra Criminología (ciencia pluri e interdisciplinar por antonomasia) puede prestar en este sector una aportación impar, si logra formular científicamente el valor de los argumentos metarracionales (aquí tan contundentes), corrigiendo el excesivo racionalismo heredado de la Ilustración francesa y la *Aufklärung* alemana; metarracionalismo que cada día se va abriendo más paso gracias a varios especialistas de la ciencia moderna, como Karl Popper y Javier Zubiri. También conviene integrar en este campo la experiencia secular de la ciencia teológica (recordemos especialmente a Francisco de Vitoria y a los Cursos de Verano que se celebran en la capital alavesa) y, sobre todo, de la



Ignacio Maiza, Fernando Ledesma, Gregorio Monreal, Juan Porres, Antonio Beristain. Acto de clausura del curso de verano sobre nuevos horizontes en criminología y derecho penal.

experiencia mística en las diversas iglesias. Concretamente brindan una mina, todavía casi intocada, los escritos de Teresa de Avila, Juan de la Cruz, Ignacio de Loyola y de otros autores semejantes en el extranjero.

Dentro de la pluridisciplinaridad criminológica debemos atender la opinión de los teólogos que en este punto ofrecen argumentos de solidez secularmente probada (aunque, a veces, muy enturbiada). Ya los Padres latinos, como León y Gregorio Magno, se apoyaron en la dignidad de la naturaleza (*dignitas humanae naturae, substantiae, condicionis*) para –como recuerda Compagnoni– condenar la tortura por ser inadmisibile sacrificar literalmente la persona humana en su constitutivo más específico, en su libertad racional, a la necesidad de una estructura social cuya finalidad última es el bien de todos los individuos. Sin caer en consideraciones de utilitarismo individual, me parece que una de las doctrinas centrales de la antropología teológica es la preeminencia absoluta de la dignidad creatural y cristiana.

3. A modo de conclusión

Tanto la tortura como la pena de muerte se pueden y deben equiparar a los más graves crímenes contra la humanidad y a los más repugnantes crímenes contra la paz. Los nuevos horizontes criminológicos estudiados en este Curso de Verano iluminan, –y exigen– fórmulas y tipos penales que proscriban, sin excepción posible, estas conductas, para proteger (recordemos a nuestro Dorado Montero) a todos los ciudadanos, cumpliendo así la noble función de los jueces y de los demás controles sociales frente a lamentables y devastadoras situaciones anómicas.

Además, por si fuera poco todo lo dicho e insinuado, tengamos presente que la pena de muerte es **inútil**, pues como describe Oteiza «solamente mueren los hombres y los pueblos que no han existido nunca»².

2. Jorge OTEIZA, **Ejercicios espirituales en un túnel. En busca y encuentro de nuestra identidad perdida**, 2. ed. 1984, p. 216.

