

LA PENA DE MUERTE EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y EN LOS DERECHOS PENAL MILITAR E INTERNACIONAL PENAL

Dr. José Luis Guzmán Dalbora *

1. Carmignani dio en el clavo al calificar la pena de muerte como el *gran y lúgubre argumento* de la discusión penalista. No es por cierto el único de los problemas cardinales del Derecho penal. Sin embargo, de las proporciones y la trascendencia de nuestro tema es índice la inmensa bibliografía existente sobre él, que ya era imposible de abarcar con la mirada a mediados del siglo XIX, cuando el debate al respecto no cumplía aún cien años, y sigue multiplicándose incluso en los países que han suprimido este castigo de sus sistemas penales. También, la significativa consideración de que esas controversias rebasan el campo estrictamente jurídico y solicitan el interés de filósofos, teólogos, psicólogos, sociólogos, literatos, artistas, etc., es decir, a una plétora de saberes y pensadores a la que tampoco se sienten ajenos los legos y hasta personas de rudimentaria o nula ilustración¹.

Esto último sugiere que en la pena de muerte está encajado todavía un retazo de aquel pasado histórico en que los sistemas de garantías sociales no se diferenciaban entre sí, cuando el Derecho no conseguía erigirse con perfiles nítidos, en un afán de perfeccionamiento cultural y racionalización de la vida colectiva, frente a los postulados religiosos y morales. No hay para extrañarse de que la carga de irracionalidad de que es portadora la pena capital, su núcleo mágicoreligioso, uncido al más atávico y radical temor humano —el miedo al aniquilamiento, espoleado por la riqueza proteiforme del impulso de conservación—, encuentren vía para expresarse en los encendidos tonos que suele adoptar el debate, ni de que éste rebrote de tiempo en tiempo y con análogos arrestos bajo circunstancias propiciatorias. Por lo mismo, la indudable imbricación de la pena de muerte con los problemas del fin de toda pena y de la justificación y los límites del *ius puniendi*, si pone de manifiesto la envergadura del tema, está también lastrada por una formidable tensión reactivoafectiva que entorpece y dilata el triunfo de la causa de la razón, que rechaza considerar el sacrificio de un hombre como posible contenido de esa institución civil que es la «pena». De ahí, en fin, que quien se adentre en la historia, fenomenología y polémica del máximo suplicio será invadido por un sentimiento sombrío y fúnebre. El

* Catedrático de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso (Chile).

¹ “En la pena de muerte hay muchos problemas: un problema moral, un problema psicológico, un problema criminológico, un problema penal, un problema político y un problema histórico”. Ruiz Funes, *Actualidad de la venganza*. (Tres ensayos de Criminología). Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 99.

argumento, pues, no sólo es grave, sino lúgubre; toma de la muerte el rasgo que la caracteriza: una profunda tristeza².

Pero en contra de la necesidad de tratarlo en estas páginas conspiran varios factores. La vigésima centuria, con su vocación por la guerra, la servidumbre y el sometimiento, ha producido verdaderas hecatombes humanas. Mantiene a más de la mitad del orbe sumida en la miseria, el hambre y la enfermedad, en agudo contraste con una minoría de privilegiados que disfruta de la opulencia y aparenta ignorar el sufrimiento y la consunción del prójimo. Al número de las víctimas de políticas sociales y económicas erradas, cuando no derechamente perversas, se añade la ingente realidad de las ejecuciones parajudiciales, que cobran muchas más cabezas que las abatidas por el verdugo. Todo esto puede hacer figurar como un ejercicio ocioso, un *divertimento* de doctos, ocuparse de la destrucción ordenada jurídicamente de un solo hombre³. Frente a esos hechos lacerantes, que rebasan con holgura su ceñido objeto, puede poco la doctrina penal. Reducida, pues, a *su* lúgubre argumento, lo ha estudiado y discutido hasta la saciedad. Las posturas ante él están muy bien definidas; los planteamientos en pro y en contra, reserva hecha de matices, son siempre los mismos y lo tiñen de cierta monotonía, que arriesga tornarle rutinario. El generalizado retroceso de esta pena en el panorama comparativo y el Derecho internacional, acompañado por la repulsa que prevalece entre los estudiosos, ha dado nuevo norte a los desvelos de la ciencia, hoy más preocupada de sus subrogados jurídicos y sucedáneos fácticos, de las condiciones de legitimidad requeridas para los primeros y los medios con que conjurar los últimos. Así y todo, sobre éstos continúa la pena de muerte arrojando su antiguo y funesto espectro, máxime en los ordenamientos que le conceden aceptación. Presencia inquietante cuyos efectos reflejos corrompen una miríada de instituciones jurídicas, en tanto permanezca en pie siquiera en un solo paraje del mundo (y desafortunadamente no son pocos), apremia al penalista el deber de encarar al monstruo del Lerna y ahogarlo en sus aguas cuantas veces asome la cerviz. “Para que se elimine de los Estados que aún la admiten y para que no se reinstaure en los que la abolieron, es menester que el jurista se mantenga en vela. [...] Sólo así podrá conseguirse que llegue un día en que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste en matar”⁴. Hasta que tal cosa no ocurra, permanecerá como un problema de permanente actualidad.

Ahora bien, nuestra intervención pretende abocetar el estado y los problemas de la punición capital en los Derechos penal militar e internacional penal, es decir, los últimos bastiones donde ella se ha refugiado tras su creciente y ostensible derrota en el Derecho penal común de los Estados. Que en ambos campos experimente ahora una retirada, que

² “Un momento trágicamente profundo y sugestivo en el estudio de la vida del hombre delincuente, es la condena y ejecución de la pena de muerte”. Ferri, que asistió a una doble ejecución capital en París, el 17 de agosto de 1889, para imponerse directamente de la realidad terrible de su cumplimiento, hasta el final de sus días fue asaltado por el angustioso recuerdo de la agonía de los condenados. Con su habitual estilo brillante describe la escena en *Los delincuentes en el arte*. Temis, Bogotá, 1990, págs. 81-101.

³ En este sentido, Jiménez de Asúa, *La pena de muerte*, en *El criminalista*. 2ª serie, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1966, t. VII (XVII de toda la colección), págs. (179-183) 179, y Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, en *La pena di morte nel mondo*. Convegno internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982). Marietti, Casale Monferrato, 1983, págs. (15-32) 15.

⁴ Barbero Santos, *Pena de muerte*. (El ocaso de un mito). Depalma, Buenos Aires, 1985, págs. 260-261.

anuncia tal vez su completa desaparición también en tales reductos, no nos exime de, antes bien, nos obliga a ocuparnos de ciertos pliegues de la polémica doctrinal sobre el máximo suplicio, pues de ellos depende la solución de si es lícito o no su empleo en la excepcional situación de la guerra, así como en los crímenes más graves contra el Derecho de gentes, o sea, el genocidio y los delitos de lesa humanidad.

En efecto, la riqueza de aspectos, argumentos y réplicas encerrados en la controversia sobre la pena de muerte hace aconsejable examinarlos a la luz de su correspondiente naturaleza, que es dispar. Exponer los motivos con que sus partidarios procuran cohonestarla, contraponiéndoles las razones aducidas para conseguir su supresión — proceder habitual en la doctrina—, oculta el verdadero calado de las cuestiones involucradas y es fuente de serios malentendidos, por ejemplo, que la pena de muerte sería en principio compatible con cualquiera organización política, que habría que rechazarla en general, pero acoger en ciertos casos —como en los crímenes de guerra y otros internacionales—, o que el debate instaurado en torno a ella poseería un carácter más sentimental que racional. Una mera secuencia expositiva no hace justicia a extremos que deben ser jerarquizados. Para evitar derroteros falsos y las conclusiones a que pueden precipitar, es preciso analizar el problema teórico siguiendo sus flexiones, determinadas a su vez por el ámbito de los saberes jurídicos que éstas comprometen temáticamente. La primera y más importante, por su función rectora de la ciencia jurídica, concierne a la Filosofía del Derecho. Se trata de la justificación o falta de justificación *tout court* del castigo capital, o sea, contemplándole en términos incondicionados y al contacto de los supuestos también absolutos del Derecho. En cambio, las razones, evidencias empíricas y propuestas nacidas de la Política criminal y la Criminología, que conciernen únicamente a la conveniencia o inutilidad de la pena de muerte, y no a su justificación política y jurídica, nos interesarán aquí muy de pasada.

2. También para los Derechos penal militar e internacional penal el primer desafío que se plantea a la Filosofía jurídica reside en determinar si la pena de muerte presenta un contenido que se corresponda con el de las puciones en general, es decir, si constituye en verdad una «pena». La observación, plena de sugerencias, de que “en la pena de muerte hay, respecto de las otras, algo de anormal y de excepcional”, debida a Carnevale⁵, adelanta de algún modo la respuesta a un problema sobre el cual la especulación jurídica vino a fijar su mirada recién a principios del siglo XX.

La pena, como especie de sanción jurídica y, a la vez, concepto fundamental del Derecho, ha de estar provista de un contenido que el ordenamiento juzga como desfavorable, lo que traducido al lenguaje dogmático importa una pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos. El «mal» de la pena —admitiendo que se pueda quitar a esta palabra toda resonancia moral— tiene que estar concebido objetiva e impersonalmente, pues lo que decide no son las impresiones de este u otro justiciable, sino el superior punto de vista del ordenamiento. Asimismo, dado que el Derecho es un medio práctico de regulación de la conducta interindividual, no un criterio teórico que arroje enseñanzas, predicciones u oráculos acerca de los últimos arcanos del mundo, ese mal será por principio incapaz de

⁵ *La cuestión de la pena de muerte*. La España Moderna, Madrid, 1890, pág. 249.

sobrepasar tanto nuestras posibilidades cognoscitivas como la esencial historicidad del hombre y de las normas que rigen su comportamiento ante los demás. Ninguna pena puede representar “una salida extemporánea de los límites del *lugar* y del *tiempo* en que transcurre la convivencia humana”⁶. Lo que queda al margen de aquellos supuestos no está al alcance del *ius puniendi*; así, sería absurdo y hasta risible el legislador que conmine a título de pena una privación de la libertad superior al arco vital de los seres humanos.

Pues bien, prevalece entre los penalistas la opinión de que la pena de muerte satisfaría tales exigencias, como quiera que el mal que entraña es la pérdida de la vida, el mayor bien de que es portador el hombre, conforme escribió Manuel de Lardizábal en el siglo XVIII⁷. Contra esto, se afirma, nada podría el argumento de que hay individuos —los suicidas⁸— que prefieren morir a continuar viviendo, porque estos son fenómenos excepcionales a los que el legislador es libre de hacer oídos sordos. Cualquier bien jurídico cuya pérdida se imponga al penado, también su vida, podría formar, pues, el sufrimiento de la pena moderna⁹.

Es digno de nota que la réplica a esta extendida manera de pensar haya provenido de un psiquiatra, Alfred Hoche, probablemente porque sólo los médicos adquieren una familiaridad directa con el tema¹⁰. Descontado lo que tiene en cuanto destrucción química del cuerpo, nosotros no sabemos realmente en qué consiste la muerte y, por ende, ignoramos qué es lo que se cumple cuando el verdugo concluye su labor. La muerte se presta mejor a ser considerada como una situación límite de la existencia o como un insondable misterio —nadie ha vuelto de la mansión de Hades a procurarnos informaciones que nos lo desvelen—, que a tratarla entre las materias posibles de las sanciones dictaminadas por el Derecho¹¹. Cabe entonces preguntarse cómo podemos condenar a algo

⁶ Del Rosal, *4 Penas de muerte*, 4. Teoría. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1973, pág. 161.

⁷ *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Estudio preliminar (*Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal*) por Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2001, cfr. págs. 170 y 178.

⁸ Que, dicho sea de paso, abundan entre los asesinos, o sea, precisamente aquella categoría de delincuentes sobre los que pesa por lo común la amenaza capital. Es una vieja lección, acreditada por la observación sistemática de los hechos, que muchos asesinos se denuncian o suicidan, lo que prueba su escaso interés en vivir y las pulsiones inconscientes que les impelen al patíbulo. “El suicidio es para estos tipos la última erupción procedente de las angosturas de una vida mal empleada. Es la última de sus aventuras, en lo que, como siempre, está su vida en juego y concluye con una gran tranquilidad”. Von Hentig, *Estudios de psicología criminal*, V. *El gángster*. Traducción y Notas de José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe. Madrid, 1980, pág. 143.

⁹ Así, Engisch, *Todesstrafe-Ja oder nein?*, en *Pena de morte*. Coloquio internacional conmemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. 4 vols. Coimbra, 1968, t. II, cfr. págs. (273-308) 288.

¹⁰ *Die Todesstrafe ist keine Strafe*, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*, t. 23, 1932, págs. 553 y ss.

¹¹ “El nacimiento y la muerte son misterios cuya naturaleza impide absolutamente considerarlos entre las categorías de los males o bienes”. Dreher, *Für und wider die Todesstrafe*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlin-New York, t. 70, 1958, págs. (543-565) 552.

cuyo significado desconocemos. Lo único que se puede afirmar con certeza, dice Hoche, es que la ejecución capital termina precisamente en el momento en que comienza.

Esta aparente paradoja ceta una cuestión de fondo. El real contenido de la pena de muerte reside en el *miedo a morir*, con lo cual ella se nos muestra en su verdadero atuendo, el de un ataque contra el instinto de conservación, algo que no puede graduarse y, en todo caso, resulta inadmisibile desde el prisma del Estado de Derecho¹². Por cierto, el miedo que comporta para los sentenciados la espera, prolongada a menudo durante años, del día en que se les ejecutará, es un tormento psíquico peor que la muerte misma, y sus efectos devastadores son susceptibles de comprobación experimental¹³. La historia del patíbulo corrobora esta apreciación. Entre las supersticiones ligadas a la estampa del verdugo figuró la que de que una cuerda rota, el golpe mal vibrado con la espada o el funcionamiento defectuoso de la guillotina bastaban para obtener el perdón del que libró con vida el trance: “así de común es la intuición de que sentirla es más terrible que la muerte y que quien ha experimentado este sentimiento ha purgado todas sus culpas”¹⁴. La reflexión contemporánea extrae las últimas consecuencias del argumento para dejar en evidencia la doble inhumanidad del juicio capital, por su insana pretensión de superar el terreno de lo se puede conocer y medir, y porque quebranta la única forma indiscutible de solidaridad, aquella que reúne a todos los hombres en su frente común contra la muerte¹⁵. De lo que es

¹² En el mismo sentido, Schaffstein, *Die Todesstrafe in Deutschland in Vergangenheit und Gegenwart*, en *Pena de muerte*, cit., t. I, págs. 213-232, cfr. pág. 222: “el mal de esta pena no es la muerte, sino morir”. Que el descubrimiento sea reciente no debe sorprender. Antes se sabía poco de la psicología del miedo a la muerte, y su historia demuestra, como la de la sensibilidad al dolor, que ha aumentado con el desarrollo de la civilización. Véase Radbruch, *Ars moriendi*, en su libro *Elegantiae Juris Criminalis*. Verlag für Recht und Gesellschaft AG., Basel, 2ª ed., 1950, págs. (141-173) 163. Esto es particularmente notorio en la sociedad actual, que hace todo lo que puede por restar a la muerte y su séquito (ceremonias fúnebres, sepelios, etc.) la conmovedora gravedad que les es propia, para que no se la perciba.

¹³ “El hombre es destruido por la espera de la pena capital bastante antes de morir. Se le imponen dos muertes, siendo la primera peor que la otra, mientras que él sólo mató una vez. Comparada con este suplicio, la pena del talión todavía aparece como una ley civilizada. Ésta jamás pretendió que hubiera que reventar los dos ojos al que dejara tuerto a un hermano”. Camus, *Reflexiones sobre la guillotina*, en Camus y Koestler, *La pena de muerte*. Traducción de Manuel Peyrou e Introducción de Jean Bloch-Michel. Emecé Editores, Buenos Aires, 1960, pág. 140.

¹⁴ Paolo Rossi, *La pena di morte*. Scetticismo e dogmatica. Pan, Milano, 1978, pág. 251. Toda una batería de creencias arcaicas y raras costumbres sirvieron antaño de compañía al sayón y su obra: la última cena concedida al reo (llamada «comida del verdugo»), servirle alcohol hasta su embriaguez, indultarle con ocasión de festividades religiosas o si una prostituta se le ofrecía en matrimonio, etc., etc. No se puede pasar a la ligera sobre estas prácticas, “que en la mayoría de los casos se remontan a utilidades pretéritas”. Von Hentig, *La pena*. 2 vols. Traducción castellana y Notas por José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe, Madrid, t. I (*Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*), 1968, pág. 92.

¹⁵ De ahí que “sólo puede legitimarlo una verdad o un principio que se coloque por encima de los hombres”. Camus, op. cit., pág. 154. Pensamos que ni siquiera una Filosofía religiosa del Derecho y, por consiguiente, una consideración superadora de valores, podría entregarnos esa verdad, sino más bien otra: la de que la muerte, al margen de su última significación metafísica, es el más antiguo enemigo del hombre.

lícito concluir que la llamada pena de muerte no es una pena, ni siquiera una medida de seguridad, sino un *factum*, un mero hecho de beligerancia¹⁶.

3. Otra cuestión iusfilosófica se refiere al vínculo entre pena de muerte y organización política. Este aspecto resulta decisivo para determinar si la entidad estatal, al dictado de la doctrina que la informa en su constitución íntima, está legitimada para imponer el fúnebre castigo. La querrela sobre el particular surge con el movimiento abolicionista y se nutre de argumentos de hondo calado, lo que es harto comprensible, pues aquí está comprometida una de las facetas más importantes de la relación entre Estado e individuo¹⁷.

Urge, empero, esclarecer un error de apreciación. La subsistencia contemporánea del máximo suplicio en algunas naciones democráticas hace creer que sería compatible con cualquiera doctrina política. Para Frosali, por ejemplo, “la pena de muerte no está en una antítesis absoluta con el espíritu de régimen político alguno, sino es sólo el producto de una concepción jurídica”, de modo que no sería necesariamente un “signo iliberal” del ordenamiento que la acoja¹⁸. También Bettioli, fundándose en que ha coexistido con toda suerte de regímenes políticos, sostiene que sería vano el intento de buscar en la fuente de un pensamiento liberal razones tajantes en su contra, siquiera reconoce, como Frosali, que es en aquél donde habrá mayores resistencias a aceptarla, mientras que los ordenamientos autoritarios la admitirán con mayor facilidad y en los totalitarios constituye un modo de ser normal del Derecho punitivo¹⁹. A todo lo cual debe objetarse que si la realidad de los hechos políticos y jurídicos entra a veces en pugna con el sistema de principios que debiera cimentarlos y servirles de orientación, eso en nada altera la esencia de la *doctrina* política inspiradora de los regímenes correspondientes, siendo en *su* estructura teórica donde hay que encontrar la guía especulativa que permita resolver el problema propuesto.

Invocar al efecto la palabra «democracia» no es apropiado. La democracia es sólo una concepción acerca del origen y ejercicio de la soberanía, y de su postulado central, condensado en la voluntad popular como raíz de la autoridad pública y en la igualdad de los

¹⁶ “Una guerra della nazione con un cittadino”, en palabras de Beccaria. *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell’opera e alla sua fortuna nell’Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi. Einaudi, Torino, 3ª ed., 1973, pág. 62. En su libro *El problema de la pena*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Rodamillans, Buenos Aires, 1999, págs. 40-42, Carnelutti sostiene que matar al reo puede ser una medida de seguridad, porque respondería a sus fines preventivos, pero nunca una pena. El argumento no convence, deja intacto el problema y sólo lo desplaza al campo de las medidas.

¹⁷ “En la respuesta afirmativa o negativa a la pena de muerte se manifiesta siempre la confesión de un determinado y fundamental parecer sobre la relación del individuo con el Estado y el Derecho”. Engisch, op. cit., pág. 274; además, Würtemberger, *Das Problem der Todesstrafe*, en *Universitas. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur*, cuaderno 10, octubre de 1961, cfr. págs. (1.091-1.104) pág. 1.096.

¹⁸ *Voz Morte (pena di)*. *Diritto penale comune*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, t. X, 1964, págs. (941-943) 941.

¹⁹ Cfr. *Diritto penale*. Parte generale. 12ª ed., cuidada por Luciano Petoello Mantovani. Cedam, Padova, 1986, pág. 836, y *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, en sus *Scritti giuridici*. 2 vols. Cedam, Padova, 1966, t. II, págs. (884-892) 888.

miembros de la comunidad, no se deduce que a un régimen democrático deba parecer repugnante la pena de muerte, porque una democracia puede estar orientada en sentido supraindividual y exigir, en consecuencia, la destrucción de un sujeto para salvaguardar la existencia del pueblo²⁰. La contraposición ideológica de Rousseau y Beccaria resulta en esto asaz aleccionadora. Sobre la premisa del contrato social como fundamento de la sociedad civil y del poder político, negó el milanés la legitimidad de la pena de muerte, porque en la renuncia de esas pequeñas porciones de libertad que formaron el pozo que garantiza la libertad de todos, nadie entendió sacrificar su propia vida, y porque la vida es un bien irrenunciable y el suicidio algo reprobado, al paso que el ginebrino estima válido el pacto social en este punto, arguyendo que no es opuesto a él que uno se someta a la muerte con el fin de conservar la vida, ya que si el contrato tuvo como objetivo la preservación de quienes lo contraen, entonces “para no ser víctima de un asesino se consiente en morir si se convierte en tal”²¹. Con su proverbial penetración, Radbruch enseña que esta diferencia depende del diverso entendimiento de Rousseau y Beccaria sobre el pacto social, que para el primero es una alienación completa y para el segundo parcial de los derechos originarios de los hombres²²; una discrepancia que versa en definitiva acerca de la vocación individualista o bien transpersonalista de la democracia. Tampoco lleva muy lejos recurrir al concepto de república como parapeto definitivo contra la pena de muerte, a diferencia de lo que ocurriría en los sistemas monárquicos. Se trata de dos formas de gobierno que pueden ser llenadas con contenidos también diferentes, si bien al haber en los sometidos a la corona un conjunto de súbditos, y no un plexo de ciudadanos como los hijos de un régimen republicano, cuadra más a las monarquías el mantenimiento del cadalso²³.

Cuando se presta atención a la substancia que estas formas demandan aparece con claridad el eje de la cuestión. La pena de muerte es completa e insanablemente contradictoria con una concepción individualista de la sociedad y del Estado, aquella en que el hombre es el fulcro de las relaciones colectivas y se le reconoce una dignidad eminente, que no puede ser aherrojada a los designios del todo ni a los de nadie en particular, y donde impera un relativismo valorativo que tiene como último límite el respeto de la esencia de la personalidad. Bien anota Carnevale que el individualismo es el único terreno abonado para que germine la aversión a la pena de muerte, y de ello son testimonio las etapas de su decadencia. La expresión política de tal sistema axiológico es el liberalismo, ámbito imprescindible para que se formen las grandes convicciones y se desarrollen la idea y el

²⁰ Engisch, op. cit., cfr. pág. 291.

²¹ *El contrato social*, libro II, capítulo 5 (*Del derecho de vida y de muerte*), citado según la traducción de Enrique Azcoaga, Sarpe, Madrid, 1983.

²² *Isaak Inseln über Cesare Beccaria*, en *Elegantiae Juris Criminalis*, ed. cit., cfr. pág. 186. Y véanse al respecto las lúcidas reflexiones de Mario Cattaneo, *Morale e politica nel dibattito dell'Illuminismo*, en *La pena di morte nel mondo*, cit., págs. (107-133) 119 y ss.

²³ En el discurso con que Bismarck lo defendió ante el *Reichstag* durante la discusión del que sería el Código penal alemán de 1871, expuso que la pena de muerte es la única divisoria que separa el principio monárquico constitucional del republicano. Ruiz Funes, op. cit., cfr. pág. 137. Esto, por cierto, nada tiene que ver con, ni es desmentido por, el hecho de que numerosos Estados monárquicos de la Europa de hoy, la hayan suprimido de sus sistemas penales.

sentimiento del Derecho²⁴. La democracia actual, que sitúa la dignidad y el valor del hombre en el corazón de sus Constituciones, y los ordenamientos personalistas resultantes, son por eso incompatibles con el patíbulo. En cambio, sólo una concepción supraindividualista, que supedita los valores de la personalidad a algo que está más allá de la persona, a la totalidad social, moral, divina, etc., puede reconocer al Estado un derecho absoluto sobre la vida y aprobar la muerte como pena. La versión política de semejante sistema axiológico es el autoritarismo y, en sus formas extremas (transpersonales y substancialistas), el totalitarismo. A ellos corresponde la visión del hombre como simple parte de un conjunto, más o menos orgánico, y ordenamientos basados en el principio de que debe ser Derecho aquello que es útil al pueblo²⁵. Este es el fondo del argumento de Tomás de Aquino —subordinarse el hombre, ser imperfecto, al ser perfecto del todo—, tantas veces repetido en la historia, que degrada al individuo, del fin que es, a medio al servicio de la colectividad²⁶. Por eso la pena de muerte es siempre una pauta para conocer cuál es la concepción colectiva que emerge de un ordenamiento jurídico²⁷. Que esté presente todavía en países democráticos es una concesión fáctica a concepciones defensistas e impulsos primitivos, y una salvedad lamentable a las demandas de la dignidad humana, excepción que los regímenes tiránicos elevan a principio general sirviéndose de la muerte como pena y, a gran escala, como medida parajudicial²⁸.

²⁴ El despotismo, en cambio, no los produce nunca. Guizot, *De la pena de muerte en materia política*. Traducción de José Ferrater Mora. Cruz del Sur, Santiago de Chile, 1943, cfr. pág. 68. “Solamente las fuerzas liberales son ideológicamente contrarias a la pena de muerte; las otras fuerzas pueden serle favorables hoy y contrarias mañana, según la oportunidad de los cambios políticos”, observa Nuvolone, *Le probleme de la peine de mort en Italie*, en *Pena de morte*, cit., t. I, págs. (188-196) 195.

²⁵ En la conocida tesis del ministro del régimen de Hitler, Hans Frank. Cfr. Düsing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe*. Druck- und Verlagshaus Hermann Kuhn, Schweningen/Nekar, 1952, pág. 187.

²⁶ El argumento está presente en Alfonso de Castro, Montesquieu, Lardizábal, etc. Como es sabido, en *Summa Theologica*, II, 2, *quaestio* 64, el Doctor Angélico aduce la necesidad de preservar el bien común ante individuos peligrosos, que pueden corromper la sociedad y cuya eliminación debe considerarse «laudable y salútfera», del mismo modo que la amputación de un miembro podrido, que precave la salud del cuerpo humano. Norberto Bobbio, op. cit., cfr. pág. 17, lo enlaza a la concepción orgánica del Estado oriunda de Aristóteles, y, de hecho, Séneca, el primero en esgrimirlo, se basó precisamente en el Estagirita; cfr. *Sobre la ira*, libro I, capítulos XV y XVI, en *Tratados filosóficos, tragedias, epístolas morales*. Prólogo de José María Pemán y traducción de J. Azagra. Edaf, Madrid, 1964, págs. 358-360. Huelga decir que el Estado no es un organismo o una persona conjunta de que los individuos representarían nada más que partes constitutivas, concepción que, a fuer de trasnochada, lleva a invertir la relación entre persona y entidad estatal, erigiendo a ésta en el único sujeto de fines, y remata en el totalitarismo.

²⁷ Lo destaca Rivacoba, *El espectro de la pena de muerte y la actualidad política argentina (1960)*, en la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, año XXIII, 3ª época, 1961, números 107-108, págs. (257-290) 261.

²⁸ Es decir, como asesinato político, cuya simplicidad lo hace preferible a la pena de muerte propiamente dicha en los regímenes de terror. Zaffaroni, *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 vols. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, t. V, cfr. pág. 99. Las miles de penas de muerte aplicadas durante la opresión nacionalsocialista, con ser una cifra enorme, empalidecen ante los millones de individuos asesinados en los campos de concentración, hospitales, etc.

4. Muy aliado al anterior, un tercer problema se ofrece a la consideración filosófico-jurídica. Ahora entra en juego decididamente aquello que el vínculo entre pena capital y organización política anticipó. Se trata de saber si este castigo se compagina con la justificación del Derecho penal, materia que “no puede ser independiente de la solución que se dé al problema preliminar sobre la génesis racional del derecho de punir”²⁹.

Obsérvese, sin embargo, que un sector de la doctrina desautoriza desde la partida semejante indagación, por cuanto estima que determinar si el Estado tiene el derecho de servirse de la pena de muerte sería un *quid* irracional, una cuestión de fe más que de saber, a la que no puede darse cabal respuesta en el plano estrictamente jurídico. La presencia o ausencia de esta sanción en el Derecho positivo, pues, vendrían dictadas más bien por el medio cultural, así como éste traduce sus exigencias en un concreto momento de la historia de la comunidad respectiva. “La justificación ética de esta pena, como igualmente de todas las demás penas, depende de las concepciones morales que tengan valor en un pueblo”, y su empleo, “lo mismo que la formación y determinación de todo el sistema penal, es un problema de cultura”, escribió Merkel³⁰. En el mismo surco especulativo, Bettiol sostuvo que si hoy la consideramos como inhumana, es porque contradice las demandas culturales de nuestro tiempo³¹. En síntesis: la supervivencia del máximo suplicio sería una opción confiada a la Política criminal.

Aunque haya que reconocer que las consideraciones sentimentales tienen en nuestra polémica una influencia que no se debe desdeñar, sería ir demasiado lejos reducirla a un enfrentamiento de posturas cuyo último sustento se sumerge en los pliegues insondables de lo irracional. Puesto que toda pena tiene que hallar su fundamento en la justificación del derecho de castigar, y éste en la justificación del Derecho en su conjunto, con el juicio sobre la pena de muerte se decide a la vez la razón del ser del *ius puniendi* como parte de los poderes de coerción de la comunidad organizada respecto de los justiciables. Esta no es una disputa de afectos, sino un problema intelectual³². Cabe resumirlo en los siguientes términos: sobre el común predicamento de salvaguardar las condiciones fundamentales de

²⁹ Carrara, *Programma del corso di diritto penale*. Del delitto, della pena. Il Mulino, Bologna, 1993, pág. 436.

³⁰ *Derecho penal*. 2 vols. Traducción de Pedro Dorado Montero. La España Moderna, Madrid, s/f, t. I, págs. 303-304.

³¹ *Sulla pena di morte*, en sus *Scritti giuridici 1966-1980*. Cedam, Padova, 1980, págs. (16-27) 24. En un escrito anterior en varios años, Bettiol opinó que la pena de muerte no contradiría la dignidad humana en términos absolutos, con tal que sea aplicada por delitos graves, establecidos a través de objetivas garantías jurisdiccionales, y ejecutada según formas que ahorren sufrimientos innecesarios al condenado. *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, cit., cfr. pág. 890.

³² De hecho, también el argumento cultural es fruto de la razón, pero la inteligentísima frase que lo sintetiza, de que son penas justas aquellas que se adecuan al estado de la cultura nacional y sólo ellas (Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. Keip Verlag, Goldbach, 1997 [reproducción facsimilar de la edición de Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923], cfr. pág. 435), mantiene abierta la cuestión de si la comunidad, más allá del dato adventicio de su concreto estadio cultural, posee radicalmente el poder jurídico de aniquilar a uno de sus miembros. Debido a tal deficiencia, este tipo de razonamiento se ha prestado lo mismo para combatir (Pellegrino Rossi, el propio Mayer, Bettiol, etc.) que para defender (Romagnosi y otros autores del pasado) aquella potestad.

subsistencia y los intereses más caros de la comunidad organizada —que en ello está enfeudada la razón última del Derecho punitivo—, las posiciones se divorcian en torno a cómo entender la comunidad, si como una totalidad dotada de una existencia autónoma y un valor superior, o como una libre asociación de individuos en que el valor inmanente a cada uno de éstos da sentido y límites a la agrupación.

La primera postura corresponde a las concepciones supraindividualistas y, en general, a quienes construyen a partir del Estado una suerte de hipóstasis, una personificación que puede requerir, llegado el caso, la pena de muerte como medio de su salvación. Hegel, un ejemplo característico de semejante temperamento, negó que la esencia de la comunidad estatal fuese la defensa y garantía incondicionales de la vida y las propiedades de los individuos como personas, porque es el Estado “lo más elevado que pretende, también, esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de ellas”³³. Sea que se identifique el Estado con una personificación de la moralidad (como en Hegel), un organismo (íd., Aristóteles) o el comisionado de Dios en la tierra, el resultado no varía: la justificación del Derecho penal se obtiene yendo de arriba hacia abajo y, con ello, la legitimidad de la pena capital resta inconcusa.

En cambio, desde sus orígenes el movimiento abolicionista irguió sus pretensiones sobre un entendimiento que llega al derecho de castigar siguiendo el derrotero inverso, o sea, del individuo hacia el Estado. La doctrina del contrato social, imperante entonces, fijó *ethos* y *pathos* a la discusión. Hoy parece claro que el valor de esta doctrina es ante todo metodológico —o, si se prefiere, discursivo—. Estado y Derecho penal adquieren justificación cuando pueden ser pensados, en cada uno de sus instantes, como producto de un acuerdo que los pone al servicio de los miembros de la comunidad, según la esencia racional de éstos. Pero de ello se infiere, además, la significación política de la doctrina, que sitúa al individuo en el centro de las relaciones sociales y lo protege de un Estado de otro modo omnipotente. Que sea posible imaginar el acuerdo “también en el momento en que el asesino pone la cabeza en el tajo”, ha de repugnar al postulado, básico en esta teoría, según el cual no es hacedero respetar la personalidad sin reverenciar la vida de su titular; o como explica Radbruch, nunca podrá demostrarse “que la pena de muerte puede estar al servicio del propio interés del delincuente, por la sencilla razón de que destruye el objeto de dicho interés”³⁴.

La archirepetida objeción de que cuanto precede sería válido para las condiciones normales u ordinarias de la comunidad, mas pudiera experimentar una modificación en situaciones excepcionales, como guerras, revoluciones políticas y otras graves subversiones del orden social, resulta menos contundente que lo que aparenta. El propio Beccaria, en el célebre pasaje en que admite la pena capital “*quando la nazione recupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell’anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi*”³⁵, no

³³ *Filosofía del Derecho*. Introducción de Carlos Marx. Traducción de Angélica Mendoza de Montero. Editorial Claridad, Buenos Aires, 1937, § 100, págs. 107-108.

³⁴ *Filosofía del Derecho*. Traducción de José Medina Echevarría. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952, págs. 224 y 226.

³⁵ *Dei delitti e delle pene*, ed. cit., pág. 62.

afirma que entonces quede legitimada, sino que «puede creerse justa y necesaria», ya que tampoco ha pretendido aludir a la muerte como pena en sentido jurídico, mas a un acto de necesidad o de defensa que apremia realizar a falta de genuina tutela jurídica. Parecidamente se puede entender los *Discursos* del abolicionista Robespierre, favorables a la ejecución de Luis XVI, a quien acusó de haber violado el contrato social y cuya persona era preciso eliminar como extrema medida de salvación pública, no a título de pena³⁶.

Con lo que no queremos significar, desde luego, que el primer abolicionismo haya sido por entero coherente con sus puntos de partida, sino poner de manifiesto la patología del discurso contractualista retratada en esos corolarios. La inclusión legal de medios de defensa del Estado que impliquen *apertis verbis* la destrucción de un ciudadano, es algo que sobrepasa y desnaturaliza los derechos oriundos de la necesidad. La contraprueba se obtiene con Filangieri y Romagnosi, que si se pronunciaron en pro de la pena capital fue precisamente porque confunden en esto el derecho de defensa individual con el derecho social de castigar³⁷. Además, esos medios legales «de excepción» son altamente peligrosos. Incluso un abolicionista de pura cepa como Radbruch, el mismo que refutó el paralogismo de derivar la pena de muerte de las situaciones necesitadas con el certero argumento de que las acciones realizadas en legítima defensa o estado de necesidad se dirigen a conjurar el ataque o aniquilar la capacidad agresora, pero no a la inexorable destrucción de una vida, cedió a la tentación de las «razones de Estado» cuando, en 1922, ocupando el cargo de ministro de justicia y aún no disipada la tremenda impresión del asesinato de los ministros Matthias Erzberger y Walther Rathenau por fanáticos de derecha, prestó aquiescencia a una Ley de protección de la República de Weimar que impuso la pena de muerte a los casos de participación grave en el delito de alta traición³⁸. Por hacer de la necesidad una virtud, el criterio de las excepciones invierte las premisas individualistas de que una vez partió, cae en el fraude de etiquetas y abre las puertas a todo género de abusos, comenzando por el peor: abandonar el Estado su papel de protector de la persona, para defenderse únicamente a sí mismo. Ninguna conmoción social, ningún inusitado recrudecimiento de delitos gravísimos autoriza la muerte como pena, porque la facultad implicaría un cambio indebido de Constitución en la comunidad, en ostensible atropello de su base personalista. Tampoco las guerras internacionales e intestinas pueden servir de justificación suficiente. La guerra no puede ostentar el privilegio de un espacio jurídicamente vacío; muy por el contrario, está

³⁶ Cattaneo, op. cit., cfr. pág. 130, y Rivacoba, en su *Estudio preliminar al Discurso sobre las penas*, de Lardizábal, ed. cit., cfr. pág. C.

³⁷ “Por el mismo principio y por el mismo derecho que el de la guerra defensiva, se prueba también rigurosamente el de castigar hasta con la muerte”. Romagnosi, *Memoria sobre las penas capitales*, en su *Génesis del Derecho penal*. Traducción de Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956, págs. (589-601) 594. Para Filangieri, *Ciencia de la legislación*. Traducción de Juan Ribera. 2ª ed., revisada y corregida, Burdeos, t. III, 1823, pág. 337, “el derecho que tiene el Soberano, ya para imponer la pena de muerte ó cualquiera otra, no depende de la cesión de los derechos que tenía cada uno sobre sí mismo [en el estado natural, que Filangieri y Romagnosi rechazan], sino de la cesión de los derechos que cada uno tenía sobre los demás”.

³⁸ Schaffstein, op. cit., cfr. pág. 218. No fue ésta la única vez en que el político desautorizó al científico: después del hundimiento del régimen nazi, Radbruch apoyó la condena capital de los principales criminales de guerra. Lange, *Die Todesstrafe im deutschen Strafrecht*, en *Pena de muerte*, cit., t. I, págs. 161-171, cfr. pág. 164.

sometida a límites jurídicos, y también para ella rige el principio de que lo fundamental es salvar al individuo y no manipularle so pretexto de preservar el todo. Préstese atención a que el estatuto del soldado reposa en que el Estado que él defiende no le mande a una muerte segura en el frente de batalla, ya que “la exposición y riesgo de la propia vida se pide en interés de los mismos que la arriesgaron y que quizá sobrevivan a todo peligro”³⁹. Por todo esto, bien pudo proclamar Pietro Ellero que “en ninguna circunstancia social puede ser necesaria la pena de muerte [...] Aun en el caso que el legislador creyese necesaria la muerte de un hombre, no podría aplicarla, pues nadie tiene el derecho de servirse de un ser libre, aun siendo culpable, como víctima expiatoria en aras del bien social”⁴⁰. En síntesis: la pena de muerte vuelve a mostrárenos como una situación límite, un incondicional o *aut-aut* reñido con las medias tintas. O se está absolutamente en contra de ella, o se la aprueba en idénticos términos. Lo que es válido, también, a la hora de calibrar la posición adoptada por un Derecho positivo. Basta que la acoja en un solo caso para llamarle mortícola⁴¹.

5. Queda finalmente la cuestión de cómo se comporta la pena de muerte ante la pregunta por el fin de las penas en general. Con esto quedaremos en condiciones de abordar el problema de su empleo en los Derechos penal militar e internacional penal.

La armonización de la sanción capital con las teorías absolutas o relativas depende de la imagen del hombre en que éstas se sustentan. Mientras las primeras, y principalmente la retribución modernamente entendida, toman al hombre como un ser de conocimiento y voluntad, capaz de proponerse fines y de hacer de éstos un motivo concreto de su conducta, las doctrinas de la prevención consideran al individuo como un ente que puede ser dirigido o determinado por fuerzas extrínsecas a la entidad misma⁴². La función de la pena de muerte no escapa a estas coordenadas. Aquello que para la teoría retributiva es un problema de legitimidad moral, para las teorías de la prevención es sólo un problema de oportunidad política. De hecho, el movimiento abolicionista, que inició su itinerario empleando consideraciones preventivas, se vio precisado a aceptar que en situaciones excepcionales la pena de muerte podía estimarse necesaria. Por este camino, en efecto, no es posible alcanzar una respuesta definitiva al tema propuesto y, antes bien, se lo entrega a las cambiantes exigencias de tiempo y poder político. Con éstas nos adentramos en los

³⁹ Radbruch, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pág. 226.

⁴⁰ *Sobre la pena de muerte*. Prólogo de José Canalejas y traducción por Antonio Gómez Tortosa. Madrid, 1907, págs. 143 y 144.

⁴¹ “Admitida la pena de muerte para un solo delito, digamos, traición en tiempo de guerra o genocidio, ha de entenderse, a nuestro juicio, que se está en la corriente que acepta la pena capital”. Esta observación de Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general. 2 vols. Ediar-ConoSur, Santiago de Chile, 1985, t. II, pág. 535, halla eco en otra, de Radbruch: “No se puede aprobar la pena de muerte para determinados crímenes y, al mismo tiempo, defender eficazmente, para la inmensa mayoría de los hechos punibles, las grandes ideas de la resocialización, corrección, educación a través de la pena”. *Das Ende der Todesstrafe*, en su *Gesamtausgabe*, Obras completas editadas por Arthur Kaufmann. 20 vols., C.F. Müller, Heidelberg, t. IX (*Strafrechtsreform*), 1992, págs. (339-341) 340.

⁴² Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993, cfr. págs. 44-45.

dominios de la utilidad, que puede exigir que el individuo sea sacrificado en aras del bienestar de la mayoría. Sólo que en tal caso la pena de muerte pasa a ser un acto de higiene o profilaxis social, de eliminación del delincuente como si de una bestia nociva se tratase, o de mero aleccionamiento. “¿En qué consiste —se pregunta Nietzsche— que toda ejecución nos choque más que un asesinato?. La sangre fría del juez, los preparativos del suplicio, la idea de que en tales circunstancias se utiliza a un hombre para atemorizar a los demás”⁴³. La adhesión a las concepciones de la defensa social, sea por prevención general o especial, conduce irremediamente a justificar la destrucción de sujetos rotulados como peligrosos e irrecuperables y, en todo caso, a un creciente rigor, al terrorismo punitivo. Planteado en estos términos, es patente que la culpabilidad del ser nocivo carece de importancia —salvo como pretexto para ultimarle—, como tampoco la tiene su individualidad ética. La pena de muerte, en cuanto «pena», no se presta para ser discutida de la mano de criterios de defensa o utilidad, refractarios como son a las exigencias morales y de humanidad. “Quien niega la idea de culpabilidad como esencial fundamento de la pena estatal, no podría encontrar una justificación ética para la pena de muerte ni para la pena como tal”⁴⁴.

En cambio, el problema de la culpabilidad asume crucial trascendencia en el marco del pensamiento retributivo, del que Bettiol dijo ser el único capaz de brindar una justificación racional y ética a esa pena que consiste en matar⁴⁵. Por cierto, lo hizo en el pasado. Hasta el siglo XVIII, y aún después, del macizo coro de defensores de la retribución surgieron voces proclives al patíbulo, claro que a raíz de haber confundido la retribución con la venganza, el talión o la expiación, que son algo muy distinto⁴⁶. La desaprobación pública y graduada de los delitos, que opera a través de la pena retributiva, nada tiene que compartir con impulsos irracionales, arrestos matemáticos de igualación ni afanes de catarsis o elevación religiosas. Expurgada de estas excrecencias y firmemente anclada en los valores que inspiran a un ordenamiento positivo, la retribución jurídica de los delitos descansa, entre otros, en dos presupuestos fundamentales. Primero, que el individuo es la única razón del Estado, amén de suelo y cima del Derecho. La repulsa a utilizar al condenado como instrumento para dar testimonios de intimidación, cohesión social o de la majestad triunfante del Derecho que se impone, obedece a que para la idea retributiva la personalidad humana es el fin del Derecho; éste existe para el hombre, no al revés. Ya por eso la pena de muerte debe ser considerada conceptualmente extraña a la teoría retributiva, que sólo puede desplegar sus

⁴³ *Humano demasiado humano*, en sus *Obras inmortales*. 4 vols. Trad. de Enrique Eidesltein, Miguel Ángel Garrido y Carlos Palazón. Edicomunicación, Barcelona, 2003, t. IV, pág. 1.543.

⁴⁴ Würtemberger, op. cit., pág. 1.101.

⁴⁵ *Sulla pena di morte*, cit., cfr. pág. 24.

⁴⁶ En su *Metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts. Traducción y Notas de Adela Cortina Orts y Jesús Cornil Sancho. Tecnos, Madrid, 1989, cfr. págs. 167-169, Kant desarrolla una teoría de la retribución moral, que luego gradúa en sus manifestaciones concretas por medio del talión, al que considera como el único equivalente capaz de satisfacer a la justicia. Por eso justifica la pena de muerte para el asesinato. Sin embargo, Cattaneo, op. cit., cfr. pág. 132, ha demostrado la contradicción de esta postura de Kant con su formulación del imperativo categórico (el principio de la dignidad del hombre), y afirma que la batalla contra la pena de muerte puede ser librada con armas kantianas. “La lucha contra aquella doctrina de Kant es, en realidad, una lucha por Kant, en conformidad con los mejores principios de su filosofía”.

efectos en sujetos vivientes; matar al destinatario de la pena equivale a dejar suspensa en el vacío la desvaloración de que es merecedor su hecho.

Por otra parte, la pena demanda culpabilidad, un elemental precipitado jurídico de la índole racional del hombre. Pero el proceso de perfeccionamiento de nuestras cogniciones sobre la naturaleza humana acredita que la responsabilidad por nuestros actos jamás es absoluta. El hombre no es una mónada atemporal, ni la comunidad un conjunto de seres translúcidos. El hombre sólo es tal por vivir en sociedad, la que con sus accidentes, fricciones, grandezas y miserias modela la personalidad de cada cual. Corresponde a Moritz Liepmann la prioridad en haber destacado que, así como todo delito reconoce numerosas fuentes individuales y sociales de producción, también en los más graves existe una cocolpabilidad de la sociedad, y “una culpabilidad compartida exige una pena divisible”⁴⁷. La pena de muerte no cumplimenta este requerimiento, y sólo podría justificarla la presencia de una culpabilidad absoluta en el autor del maleficio, establecida dentro de un juicio contra su entera personalidad⁴⁸. Pero la humanidad ha abandonado hace tiempo la ilusión de un indeterminismo total, y los toscos medios del proceso penal tampoco permiten obtener la prueba de una culpabilidad incondicionada, suponiendo que exista⁴⁹. Si el dilema entre la libertad del querer y la determinación es, como piensa Arthur Koestler, la esencia de la condición humana, las leyes deben tener en cuenta los infinitos matices que median entre los cuernos del dilema. “La sola excepción, excluyendo toda posibilidad de compromiso razonable, es precisamente el caso en que la cuestión de la pena de muerte está en juego. Lo cual es insostenible en el plano de la lógica, y condenable en el plano de la moral”⁵⁰.

6. En el Derecho penal militar, empero, no son precisamente argumentos de retribución los que se ha esgrimido para defender la subsistencia del máximo suplicio.

La penalidad marcial, así como otros caracteres del Derecho punitivo que rige los cuerpos armados, viene determinada por la severidad que impera en éstos, mayor que la del Derecho común y oriunda de los especiales requerimientos de obediencia y disciplina

⁴⁷ *Die Todesstrafe*. Ein Gutachten. Guttentag, Berlin, 1912, en una página (la 24) sumamente interesante e instructiva, que combina con talento los aspectos filosófico-jurídicos y criminológicos del asunto. La cita que transcribimos la toma Liepmann del escrito *Moralstatistik und Todesstrafe*, de Georg Jellinek, quien, dicho sea de paso, hizo sus primeras armas como publicista en la Filosofía del Derecho y el Derecho penal.

⁴⁸ O mejor dicho, contra un sujeto *a priori*, libre de toda rémora empírica. Torío López, *La conception kantienne de la peine capitale. Un problème d'interprétation*, en *Revue Internationale de Droit pénal*, 58e année-nouvelle série, 3e et 4e trimestres 1987 (*La peine de mort*), págs. 609-612, cfr. págs. 611-612, aventura que aquí yace el fondo de la aprobación de Kant al máximo suplicio. Dado que el filósofo prusiano presenta al hombre en términos metafísicos, y a la sociedad como un reino puro de fines, le es posible hablar de una culpabilidad absoluta y una pena también absoluta.

⁴⁹ Cfr. Stratenwerth, *Juristische Erwägungen zur Todesstrafe*, en el volumen colectivo *Nein zur Todesstrafe*. Ein Podium von Amnesty International. Friedrich Reinhardt Verlag, Basel, 1978, pág. (37-53) 47.

⁵⁰ *Reflexiones sobre la horca*, en Camus y Koestler, *La pena de muerte*, cit., pág. 98.

castrenses⁵¹. Por eso, el proceso de abolición de la pena de muerte tropieza con grandes resistencias y ha sido más lento en este campo, y de ahí también que incluso abolicionistas convencidos la acepten como justificada para los delitos militares cometidos en tiempo de guerra, sobre todo la deserción, ya que la amenaza del patíbulo sería —según se afirma— el único medio para impedir que un soldado abandone su puesto.

Al discutirse en 1931 el Proyecto de Constitución de la República española, cuyo artículo 27 derogaba la pena de muerte, reserva hecha de la posibilidad de emplearla en tiempos de guerra por la jurisdicción militar, Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión parlamentaria que lo redactó, se opuso a la moción de abolirla totalmente. Sus argumentos sintetizan la tradición sobre el particular, a saber: que el fin de la pena militar es la intimidación, no la corrección que persigue la pena común; en seguida, la férrea disciplina exigida por el mando militar, que suele relajarse en un ejército en guerra y cuyo restablecimiento sólo puede ser alcanzado mediante la amenaza de una muerte más segura que la de las trincheras, y porque abolirla implicaría inexorablemente su aplicación ilícita, ya que los oficiales, para reducir el miedo mortal de las tropas ante el enemigo, la impondrían arbitraria y más copiosamente que si tuvieran que sujetarse a las decisiones de un Consejo de guerra⁵². Se trata, pues, de razones de necesidad, por un lado, y de intimidación, por otro. En palabras esta vez de Eduard Dreher, el problema de la pena de muerte sufriría una transformación en tiempos de guerra. El argumento de la legítima defensa, que en épocas normales no es aceptado como fundamento suficiente, adquiere relevancia cuando quiera que la seguridad del Estado está bajo amenaza. Privar entonces a desertores y traidores de su libertad ambulatoria, incluso a perpetuidad, sería una medida débil e inoperante para salvar al pueblo en peligro⁵³.

Débase reconocer que las objeciones teóricas a este punto de vista, salvo contadas excepciones —como el Uruguay, que suprimió la pena de muerte para la legislación militar en 1907—, no consiguieron empezar a minarlo sino desde el término de la Segunda conflagración mundial. Hasta ese momento, de poco sirvió alegar que la guerra no es una situación ajena al Derecho ni un subrogado de los derechos propios de la necesidad; que si las tropas carecen de espíritu de lucha, la amenaza del verdugo no se las dará; que un ejército cuya moral dependa de la amenaza de la pena capital, sale ya derrotado al campo de batalla; que los propios militares saben que no se puede dirigir compañías y divisiones con el sólo miedo al Consejo de guerra; que no se puede aprobar la pena de muerte para determinados crímenes y, al mismo tiempo, defender para la inmensa mayoría de los hechos punibles fines penales que descansan en la idea de salvar la figura humana del

⁵¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols. Losada, Buenos Aires, 5ª ed., actualizada, 1992, t. II (*Filosofía y ley penal*), cfr. págs. 1.361-1.362

⁵² Cfr. *La Constitución política de la democracia española*. Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942, págs. 38-39; además, Ruiz Funes, *Progresión histórica de la pena de muerte en España*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, págs. 88-100, y Barbero Santos, *La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia*, en Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Presentazione degli Atti del Convegno internazionale Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Maria Pacini Fazzi Editore, Lucca, 1994, págs. (90-104) 92-93.

⁵³ Op. cit., cfr. págs. 564-565.

penado⁵⁴. Fueron los hechos, los descarnados hechos del totalitarismo europeo, los que imprimieron un nuevo sentido a los estatutos castrenses y abrieron la posibilidad de prescindir del castigo capital. Su previsión en el ordenamiento soviético no fue obstáculo para que cuerpos especiales del Ejército rojo ametrallaran a sus propios camaradas si retrocedían ante el invasor en los sitios de Moscú y Stalingrado. Durante la opresión nacionalsocialista se pronunció dieciséis mil condenas a muerte, muchas por la judicatura castrense, con el beneplácito de Freisler, el presidente del «Tribunal del pueblo» (*Volksgerichtshof*), para quien la esencia de la pena de muerte, de la que él fue su más feroz defensor, radica en que sea realmente ejecutada⁵⁵. Tanta brutalidad hizo mella en Alemania, cuya Ley fundamental prohibió en términos absolutos la pena de muerte en 1949. La abolición *de iure* y sin excepciones se ha incrementado desde entonces: Austria (1968), Dinamarca (1978), Finlandia (1972), Noruega (1979), Portugal (1976), Suecia (1973), etc. Incluso en Italia y España, cuyas Constituciones exceptuaron a la interdicción el Derecho militar en tiempo de guerra, la abolición completa del máximo castigo ha llegado finalmente merced a reformas legales en 1994 y 1995, respectivamente.

En el ámbito Iberoamericano, el Código penal militar del Brasil continúa ordenando la muerte para un crecido número de crímenes militares perpetrados en tiempo de guerra. Se inscribe, pues, en una línea conservadora en estas lides. Afortunadamente, la Constitución federal, en sus artículos 5° y 84, la admite únicamente en caso de guerra externa, por agresión de país extranjero, y siempre que medie una declaración formal de las hostilidades. Esta sabia limitación se hace cargo de que la guerra no es un fenómeno fáctico, sino un concepto jurídico, pero también de que sólo las guerras entre Estados facultan a la judicatura castrense para aplicar penas de muerte. En Chile, país que está lejos de pertenecer a la tendencia abolicionista, era previsible que no ocurriese otro tanto. La Ley 19.734, de 5 de junio de 2001, derogó la pena capital de la legislación común, dejándola subsistente para los delitos que puedan cometerse en tiempo de guerra, pero sin formular la salvedad de los conflictos armados desprovistos de carácter internacional, o sea, la impropia denominada «guerra civil»⁵⁶. A su turno, el Código de justicia militar contiene una interpretación auténtica contextual de lo que para sus disposiciones debe considerarse como estado o tiempo de guerra. La cláusula indica que se entiende que éstos se dan, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere o se hubiere decretado la movilización para ella, aun a falta de declaración formal (art. 418)⁵⁷. El retraso del Derecho penal militar chileno y, yendo más allá, de las instituciones políticas del país, es paladino. Tal parece que

⁵⁴ Cfr. Barbero Santos, *Pena de muerte*, cit., págs. 202-203.

⁵⁵ Cfr. Düsing, op. cit., págs. 188 y 208.

⁵⁶ Cfr. Politoff Lifschitz y Matus Acuña, «De las penas», en *Texto y comentario del Código penal chileno*, obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Publicado, 1 vol. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pág. 275.

⁵⁷ Sobre lo cual puede consultarse nuestra contribución *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, al volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. Prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker. Edición de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, págs. (163-200) 173.

las penas de muerte impuestas por Consejos de guerra durante las semanas que siguieron al golpe de Estado de septiembre de 1973, cuando se «declaró» *ex post facto* la guerra interna para revestir con un guante de acero, empuñado en una lámina de aparente juridicidad, a la judicatura castrense en su contribución al aniquilamiento de los adversarios del poder ganado merced a la sedición, no sirvió de enseñanza suficiente al legislador de la democracia reconquistada⁵⁸. Esto aparte, se tiene aquí una ulterior demostración de que la pena de muerte termina por emponzoñar toda práctica democrática.

7. Como sea, el panorama es más alentador en el campo del Derecho internacional, y muy especialmente en su fracción penal.

Si bien la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales no rechazan *expressis verbis* la pena capital, la actividad y producción normativa posteriores de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos apuntan decididamente en el sentido de lograr su abolición en los Derechos nacionales. Las Naciones Unidas se han preocupado del problema por lo menos desde 1959, año en que tanto el Consejo como la Asamblea General consideraron “deseable la abolición de la pena de muerte”. El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (1966) declara que ninguna de sus disposiciones puede ser invocada por los Estados para demorar o impedir la supresión de la pena capital. La Resolución número 2.857, de 1971, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se pronuncia nuevamente por la conveniencia de derogar esta pena en todos los países, a través de la reducción progresiva de los delitos amenazados con ella. Un Protocolo Adicional a la Convención europea prohibió en 1983 la pena de muerte en tiempos de paz y consagra como un derecho del individuo el no ser sometido a ella en los países que lo firman, con lo que se vino a limitar la cláusula correspondiente del texto de 1950⁵⁹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, adoptó la fórmula de la derogación progresiva, por manera que no es posible establecerla en los delitos para los que no se hallaba vigente al tiempo de la ratificación, como tampoco reintroducirla en los supuestos para los cuales se hubiese derogado. También el Protocolo relativo al tema del Pacto de San José de Costa Rica declara que la tendencia de los Estados americanos es favorable a la abolición de la pena de muerte, y por eso impone a los países adherentes el deber de no aplicarla en sus territorios, si bien admite la reserva de podérsela irrogar “*en tiempo de guerra, conforme al Derecho internacional, por delitos sumamente graves de carácter militar*”⁶⁰.

⁵⁸ Acerca de esas «penas» de muerte y las circunstancias de su aplicación, cfr. Matus Acuña, *La pena de muerte en el ordenamiento jurídico chileno*, en la obra colectiva *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*. 2 vols. Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, t. I, págs. (353-366) 354-357.

⁵⁹ Cfr. Barbero Santos, *Pena de muerte*, cit., págs. 249 y ss., especialmente págs. 253-254.

⁶⁰ Art. 2°. El texto del Protocolo se recoge en el volumen *Prevención del delito, justicia penal y derechos humanos: instrumentos internacionales*, preparado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del delincuente y el Instituto Raoul Wallenberg de Derechos humanos y Derecho humanitario. San José de Costa Rica, 2003, pág. 263.

Pero la repulsa más significativa se ha producido en el Derecho internacional penal. Las Convenciones relativas al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad se preocuparon antes de caracterizar las infracciones correspondientes y de declarar su carácter imprescriptible, que de señalarles penas. Vivo estaba el recuerdo del artículo 27 del Estatuto del tribunal que sentenció a muerte en Nuremberg a algunos de los principales criminales del régimen nazi. Pues bien, los esfuerzos de la comunidad de naciones en orden a contar finalmente con un genuino tribunal penal internacional, que han cristalizado en el pacto firmado en Roma la noche de 17 de julio de 1998, consiguieron excluir como sanción de los gravísimos delitos de competencia de la nueva Corte penal internacional la pena de muerte. Genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión aparecen sancionados en la Carta de Roma (art. 77) con la pena perpetua de privación de la libertad o una temporal de hasta treinta años.

Algunas de las delegaciones que negociaron el tratado (como las de Trinidad y Tobago y muchos países árabes) querían penas más duras, y no les satisfizo la renuncia al máximo suplicio por el temor de que ello tuviese repercusiones en sus Derechos internos⁶¹. Una de las disposiciones del Estatuto salvó esta situación. Es posible que la renuncia merezca también reparos de cara al restante Derecho internacional, que no ha llegado a una condena completa y radical de la pena de muerte. Sin embargo, conviene recordar aquí que en los crímenes encomendados a la jurisdicción del Tribunal penal internacional figuran los hechos más nefandos contra la humanidad en su conjunto. Una profunda frase de Kelsen, en su famoso libro sobre el problema de la justicia, expresa que la democracia no debe ser defendida renunciando a sí misma⁶². Preguntémonos, pues, si acaso la humanidad puede ser defendida con medios que impliquen la negación de la humanidad⁶³.

⁶¹ Cfr. Ambos, *Sobre el fundamento jurídico de la Corte penal internacional*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, 2ª época, número 5, 2000, págs. (127-169) 166-167.

⁶² *¿Qué es la justicia?* Traducción de Leonor Calvera. Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981, cfr. pág. 116.

⁶³ La pregunta, por cierto, debiera extenderse a la privación perpetua de la libertad prevista por el Estatuto de Roma, e incluso a su pena temporal de treinta años. En verdad, a propósito de los subrogados tradicionales de la pena de muerte quedan nuevamente de manifiesto su nocivo espectro y su poder corruptor de las instituciones jurídicas, pues no se trata de reemplazar un castigo inhumano con otros de análogo cariz. Sobre la prisión perpetua como dudoso substitutivo de la capital, véase Barbero Santos, *La pena de muerte problema actual*, en su libro *Estudios de Criminología y Derecho penal*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, págs. (141-174) 167-169.