

VIGENCIA Y SUPRESION DE LA PENA CAPITAL. LA POLEMICA DE AYER Y HOY.

(Argumentos, prejuicios y realidades)

"...El hombre teme no sólo su propia muerte sino también la muerte de los otros. Y, al mismo tiempo, acepta fácilmente la muerte causada por la violencia, y lo que menos temas es aquella muerte de la cual él es autor y causa, el homicidio que es obra de sus propias manos. (...) Los asesinatos no son cometidos exclusivamente por los fascinerosos: hay asesinatos organizados en gran escala por los Estados, por hombres que se encuentran ya en el poder o que acaban de apoderarse del poder. Y ante todos estos asesinatos el horror a la muerte se muestra embotado o aún ausente, siendo así que este horror tendría que ser doblemente intenso, pues se trata de la muerte, y de la muerte causada por un asesinato. La pena de muerte no es considerada ya como un asesinato; tampoco la muerte en el transcurso de la guerra. Peor aún, deja de ser considerada como una fuente de horror..." (N. Berdiaev; "De l'esclavage et de la liberté de l'homme").

Dr. Fernando Cruz Castro

Profesor de la Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: 1.—Inviolabilidad de la vida humana. Abolición de la pena de muerte. 2.—Argumentos de los retencionistas: a) Criterios de autoridad; b) Argumentos teóricos; c) Argumentos prácticos. 3.—Argumentos de los abolicionistas. 4.—La pena de muerte y la Prevención General. La investigación de I. Ehrlich. 5.—La pena de muerte y los objetivos del Derecho penal moderno. 6.—La pena de muerte en la Unión Soviética y en los Estados Unidos. Algunas observaciones sobre la nueva legislación penal cubana. 7.—Vigencia de la pena de muerte: las ejecuciones extrajudiciales. 8.—La pena de muerte y el aumento de la delincuencia. 9.—La reincidencia y su supuesta vinculación con la pena capital. 10.—La supervivencia de la pena de muerte, el carácter necrófilo, el "chivo expiatorio", y la insensibilidad ante la violencia. 11.—La supresión de la pena de muerte en Costa Rica. Una tradición abolicionista que supera los cien años. 12.—La pena de muerte en el Derecho Internacional: a) Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948); b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; c) La Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 13.—La pena de muerte como respuesta política autoritaria y represiva. 14.—Conclusiones.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

A.D.P.C.P.: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

C.P.C.: Cuadernos de Política Criminal. España, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

D.P.: Doctrina Penal, Argentina.

La pena de muerte parece que es un tema agotado, especialmente en Costa Rica, donde fue abolida hace más de cien años. Sin embargo, esa impresión sólo responde a una visión parcial y superficial del problema, puesto que la pena capital subsiste en la legislación de muchos Estados (U. S. A. y la Unión Soviética, por ejemplo) y también sobrevive, de hecho, en las crueles ejecuciones extrajudiciales (los famosos "desaparecidos"); en muchos países, aunque la hayan abolido formalmente, estas ejecuciones ilegales y clandestinas demuestran que la realidad desborda y trastorna las pretensiones de las normas que no cuentan con un contexto socio-político que propicie su plena realización.

También la pena de muerte sobrevive en el corazón del ciudadano; casi siempre la corriente de opinión predominante aprueba la aniquilación física del delincuente, ya que se considera que tal medida permitirá disminuir la delincuencia y defender eficazmente a la sociedad. Esta es una opinión que se fundamenta en prejuicios y conceptos cuya racionalidad sólo es aparente.

La abolición de la pena de muerte, que debe ser uno de los presupuestos para lograr una verdadera humanización (personalización) de las relaciones sociales, no es, tal como lo demuestran algunas de las observaciones que he citado, un tema agotado o definido, por esta razón este breve ensayo tiene el propósito de analizar los hechos y argumentos que explican la persistente supervivencia de la pena capital y las dificultades que surgen al pretender suprimirla.

1. Inviolabilidad de la vida humana. Abolición de la pena de muerte.

Uno de los valores esenciales que debe reconocer la política criminal es la inviolabilidad de la vida humana. Para que un Estado sea auténticamente democrático, para que el régimen pueda lograr la verdadera dignificación de la persona, es necesario que renuncie a una de las notas características de la política criminal autoritaria y represiva: la pena de muerte.⁽¹⁾ Aunque aparentemente la polémica de la pena de muerte ya

(1) GARCIA VALDES, Carlos. "Derecho penal autoritario: notas sobre el caso español". C. P. C. N° 3, 1977, p. 65. Es esencialmente contradictorio que un Estado admita la pena de muerte, y a su vez considere que la vida es el derecho individual más importante, y lo es aún más si pretende ser un Estado Democrático. Encontramos así una coincidencia entre el respeto a la vida, la abolición de la pena capital y el Estado democrático. BARBERO SANTOS, M. "Pena de muerte y Estado Democrático". D. P. N° 24, 1983, p. 662.

se ha superado,⁽²⁾ es necesario detenerse, aunque sea brevemente, sobre los argumentos que usualmente se utilizan para justificar la pena capital para legitimar su abolición.

2. Argumentos de los retencionistas:

Los principales argumentos en favor de la pena de muerte, se pueden resumir en tres aspectos: mantenimiento de la autoridad y las justificaciones teóricas y prácticas.⁽³⁾

(2) A veces se piensa, equivocadamente, por supuesto, que el problema de la pena de muerte ya está superado. Sin embargo, de acuerdo con una reciente investigación hecha por Naciones Unidas, se ha logrado establecer que en el período 1975-79, de un total de 152 Estados miembros, sólo el 13% (19 países) eran totalmente abolicionistas. En el mismo estudio se logró demostrar que en la aplicación de la pena capital ocupa un primer lugar en los debates contra el gobierno, de lo cual se deduce que se utiliza más como instrumento para proteger y mantener un determinado régimen socio-político que como sanción de un hecho delictivo. LOPEZ, Rey y ARROJO, Manuel: "Criminalidad y Abuso de Poder" Ed. Tecnos, España, 1983, p. 99-100.

(3) BERISTAIN, Antonio. "Pro y contra de la pena de muerte en la política penal contemporánea", publicado en la obra "Cuestiones penales y criminológicas". Ed. Reus, España, 1979, p. 581. Los principales argumentos de los abolicionistas y antiabolicionistas, son los siguientes: a) *Argumentos abolicionistas*: La pena de muerte es un abuso legislativo; siempre es violencia y destrucción; constituye un terror penal completo; es contraria a los fines de la pena; el Juez siempre tiene mucho temor de aplicarla; es contraria a la actual patrimonio cultural; tiene un efecto criminógeno y glorificador. Sobre este último aspecto, Von Hentig cita dos ejemplos en los que se revela claramente ese efecto; dice el citado autor alemán que "...a mediados del siglo XIX podía verse en todas las paredes de París el retrato del asesino Lacenaire. De todas partes enviaban a su celda selectas golosinas y los mejores vinos; cada día le visitaban literatos que anotaban sus sarcásticas observaciones y todas las frases efectistas que imaginaba en su borrachera. Mujeres jóvenes, hermosas y elegantemente vestidas, se disputaban el honor de serle presentadas y quedaban inconsolables cuando él las rechazaba...", y refiriéndose a otro caso, nos describe que "...cuando fue condenado a muerte en 1946, en Inglaterra, Walter G. Rohland, se presentó un hombre cuya confesión era manifiestamente falsa. Reconoció más tarde que los datos que proporcionó eran absurdos, que había querido desempeñar el papel de héroe y que siempre fue su deseo morir ahorcado. La vida carecía realmente de valor, no merecía la pena de ser vivida, por ello era bueno morir ahorcado como un héroe...", ver VON HENTIG, Hans: "La pena", Ed. Espasa Calpe, España, 1968, T. II, p. 136 y 138b. *Argumentos antiabolicionistas*: La pena de muerte es un medio de selección artificial; su costo es menor que el que se requiere en otras sanciones penales. Este argumento es totalmente contrario a los derechos humanos, ya que en cuanto a la vida y dignidad de la persona, las consideraciones económicas pasan a un segundo plano. Otros consideran que es un remedio violento contra la violencia o que puede ser eficaz en la prevención de los actos de justicia popular. Finalmente, uno de los argumentos que más se utiliza consiste en el hecho de considerar que la pena capital elimina la parte enferma de la sociedad, ver GARCIA VALDES, Carlos: "No a la pena de muerte", Ed. Cuadernos para el Diálogo, España, 1975, p. 114.

a) *Criterios de autoridad*: Una gran parte de las justificaciones filosóficas y teológicas sobre la pena capital se fundamenta en la necesidad de mantener el principio de autoridad, de manera que la pena de muerte se justificaría en los casos de extrema gravedad, cuando está en peligro el orden y la seguridad del régimen.⁽⁴⁾

b) *Argumentos teóricos*: En forma resumida, Antonio Beristain menciona los siguientes: "...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..."⁽⁵⁾

c) *Argumentos prácticos*: De acuerdo con algunos especialistas, fundamentándose en experiencias del pasado y en las estadísticas actuales, tratan de demostrar que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital.⁽⁶⁾

3. Argumentos de los abolicionistas:

No puede considerarse que la pena de muerte sea el último instrumento para el mantenimiento del Derecho, ya que en muchas ocasiones la salvación de una vida humana que ha sido condenada a la pena capital depende del oportunismo político del Gobierno afectado,⁽⁷⁾ o de que ceda ante las presiones externas o internas, o que se produzcan otra serie de acontecimientos que son totalmente ajenos al Derecho. Esto convierte la vida del condenado en una mercancía, cuya suerte no depende de razones jurídicas, sino que está en función de cuestiones tan frívolas como la publicidad o la simpatía que despierte el caso.⁽⁸⁾

No es posible pensar que la autoridad del Estado pueda llegar a tal extremo, aunque se haya cometido un delito muy grave, de que pueda disponer de la vida de uno de sus conciudadanos. La vida de cualquier

(4) BERISTAIN, A. Ibid.

(5) Ibid. p. 583.

(6) Ibid.

(7) Generalmente la pena capital se aplica más contra las personas que provienen de los grupos marginados, de las minorías étnicas o de las agrupaciones que se oponen a un gobierno autoritario. La imposición de la pena de muerte muchas veces obedece a motivaciones políticas LOPEZ, Ray y ARROJO, M. Supra nota 2, p. 97.

(8) GARCIA VALDES, Carlos. Supra, nota 3, p. 287-288.

persona está por encima del "pacto social", la "defensa del régimen" encuentra su límite en la inviolabilidad de la vida humana.

Sabemos que el delito tiene, en alguna medida, un origen social es decir que el contexto socio-político puede ser criminógeno; en estas condiciones, por qué razón consideramos que en algunas ocasiones se puede aplicar la pena capital a un delincuente?, ¿en qué casos el delito por el que se le condena se origina en condiciones sociales injustas y criminógenas?, no lo sabemos, pero esta duda cuestiona profundamente la simplicidad con que la pena de muerte pretende resolver la culpabilidad de un delincuente.

Los que tratan de justificar la pena capital a través del argumento de que para impedir la infección en el organismo (la sociedad) se debe eliminar al delincuente, adoptan una argumentación ilógica, muy discutible, desde un punto de vista filosófico. Cuando se amputa una parte del cuerpo, el trozo que se quita no tiene un fin en sí mismo, sino que lo que interesa es el servicio que presta; sin embargo, la persona humana no puede concebirse, si se quieren evitar los excesos del totalitarismo, como un mero instrumento de la sociedad, sino que tiene un fin específico, independiente del cuerpo social. Por otra parte, la amputación del miembro sólo se justifica, desde un punto de vista médico, cuando sea imprescindible para salvar el resto del cuerpo; si se pudiese aplicar un procedimiento menos radical, a él se deberá recurrir. De manera que esta argumentación sólo será medianamente aceptable si se demuestra que la desaparición de un ser humano resulta imprescindible para la salvación de la sociedad. (9)

4. La pena de muerte y la prevención general.

Uno de los argumentos medulares que utilizan los defensores de la pena de muerte, es el siguiente: la pena capital logra intimidación significativa sobre los delincuentes potenciales (prevención general).⁽¹⁰⁾ Esto

- (9) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Contra la pena de muerte", publicada en "Estudios de Derecho Penal", Ed. Civitas, España, 1976, p. 25.
- (10) El efecto preventivo general de la pena capital es uno de los argumentos que más utilizan los que defienden su vigencia. Se pueden mencionar tres razones que explican el predominio de este argumento: 1.—La primera es que parece una justificación muy razonable. El temor a la muerte es un sentimiento compartido por todos y se supone que las personas harían cualquier cosa por evitarla. Da la impresión de que el efecto inhibitorio que produce la amenaza de muerte contiene una estructura lógica impecable, sin embargo, si se profundiza la afirmación mencionada, se llega a la conclusión de que no es cierta. 2.—La segunda razón es que el argumento preventivo general proporciona una justificación más civilizada y razonable que los argumentos que se fundamentan en motivaciones retributivas o de venganza. 3.—Finalmente, la supuesta inhibición que produce la pena capital sobre los delincuentes potenciales, salvando así muchas víctimas inocentes, parece establecer una razonable función utilitaria a la pena capital. Ver FATTAH, Ezzat. "Is capital punishment a Unique Deterrent? A dispassionate Review of Old and New Evidence", Canadian Journal of Criminology, July, 1981, Vol. 3, N° 3, p. 292.

argumento no tiene una fundamentación empírica aceptable. Muchos estudios y análisis que han hecho distintos investigadores, demuestran que la pena de muerte en nada influye sobre la prevención general.⁽¹¹⁾ Se han hecho investigaciones que pretenden establecer alguna relación entre la tasa de homicidios y la pena capital, comprobándose que la primera no sufre ninguna variación significativa al suprimir o introducir la pena capital.⁽¹²⁾ Además, es necesario tomar en cuenta que la identificación, persecución y acusación de los responsables de hechos delictivos está, en un alto grado, determinado por factores sociales, de manera que es probable que quien comete un crimen, le dé mayor importancia a la posibilidad de ser descubierto y procesado, que a la gravedad de la pena que se le impondrá, ya que este aspecto luce mucho más lejano que el proceso.⁽¹³⁾ Si en realidad se pretende que la pena de muerte logre una intimidación general significativa, debería generalizarse, pero esto contradice los valores fundamentales de un Estado democrático de Derecho y los objetivos político criminales que éste puede desarrollar. La generalización de la pena capital significa una alarmante devaluación del respeto que el Estado debe darle a la vida, lo que podría traducirse, eventualmente, en un aumento de la violencia social e individual; por ejemplo, se ha comprobado que las sociedades que han tenido que enfrentar una guerra, sufren un aumento del índice de homicidios.⁽¹⁴⁾ Esta situación permite darle validez,

- (11) GIMBERNAT ORDEIG, E. Supra nota 9, p. 26. BERISTAIN, Supra nota 3, p. 588 y 592. Existen muchos ejemplos que demuestran que la pena de muerte no tiene la virtud intimidativa que se le atribuye, por ejemplo, según narra Von Hentig, un hombre que no admitía la designación de un defensor ni quería que se interpusiera ninguna apelación, ya que sólo deseaba morir. Mylius se refiere a un edicto del 17 de mayo de 1711, en el que se de muestra la poca intimidación que ejercía la pena capital; la misma se prescribía, antes del decreto mencionado, contra las desertiones, que eran cada vez más frecuentes, por lo que en vista de su ineficacia, fue sustituida por "...el corte de nariz, de una oreja, trabajos forzados con grilletes..." Cuando se aplican penas tan drásticas como la pena de muerte, fácilmente aparecen callosidades psicológicas, tal como ocurre con el cuerpo cuando éste se adapta a un estímulo permanente. Esto fue lo que ocurrió, durante la etapa del terror revolucionario de la revolución francesa. VON HENTIG, Hans: "La pena". Ed. Espasa Calpe, España, 1968, T. II, p. 131-132.
- (12) TIFFT, Larry: "Capital Punishment research, Policy, and Ethics: Defining Murder and Placing Murderers", Crime and Social Justice, N° 17, 1982, p. 63. CHAMBLISS comparó el número de prisioneros que fueron ejecutados y los índices de homicidios entre los años 1951-1966 y comprobó que la disminución de las ejecuciones no produjo una variación significativa en el índice de homicidios. FATTAH, Ezzat. Supra nota 13, p. 295.
- (13) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 307.
- (14) BOWERS y PIERCE han encontrado que la pena capital permite legitimar, aunque sea a nivel inconsciente, la violencia y la destrucción. En el estudio citado, que abarcaba los años 1907 a 1963, se encontró que el número de homicidios crecía ligeramente después de que se producía alguna ejecución. TIFFT, Larry. Supra nota 12, p. 65.

aunque muy relativa, a la afirmación de que cuando el Estado introduce la muerte como parte de su política criminal, lo que hace es propiciar un factor criminógeno en relación a la criminalidad violenta; por otra parte, la pena de muerte, aunque sólo se aplique en casos aislados, promueve los antivalores de la violencia, ya que ésta no deja de ser lo que es por el hecho de que haya sido la culminación de un proceso en el que se han respetado todas las garantías procesales y sustantivas que requiere el proceso penal de un Estado de Derecho.

Como parte de la intimidación general que supuestamente alcanza a la pena capital, se afirma que la ceremonia de ejecución del condenado logra un efecto psicológico (inhibitorio) importante sobre la sociedad; sin embargo, de acuerdo con algunos estudios que se han hecho, se ha comprobado que después de la ceremonia de ejecución de algún ciudadano más bien aumenta, aunque ligeramente, el índice de homicidios.⁽¹⁵⁾ Esta situación plantea la posibilidad de que al aplicar el Estado la pena capital refuerza y promueve la cultura de la violencia, puesto que al privar de vida a un ciudadano que ha ofendido a la sociedad, parece admitir la posibilidad de que la violencia sea un procedimiento legítimo para resolver los conflictos individuales y sociales.⁽¹⁶⁾

La pena capital propicia algunas situaciones que anulan totalmente el efecto preventivo general que supuestamente propicia; dentro de estas situaciones, vale la pena mencionar las siguientes:

a) La pena capital produce un efecto inhibitorio sobre los jueces o el jurado. El hecho de que sea una sanción tan radical infunde temor al juzgador, especialmente en un Estado democrático de Derecho, y por este motivo más bien se convierte en un medio para proteger innecesariamente al inculpaado a través de la intimidación del juzgador, ignorando t

talmente la protección que se le debe dar a la sociedad. En cierta medida ocasiona una pérdida significativa de la objetividad que debe inspirar a quienes deciden sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado. De manera que en muchos casos en los que se habría condenado al acusado, se dicta sentencia absolutoria, ya que una pena tan radical y violenta como la pena capital produce efecto inhibitorio, trastornando totalmente la decisión que debió adoptarse.⁽¹⁷⁾

b) La pena capital se utiliza tan esporádicamente, que en realidad este hecho, por sí mismo, debilita su efecto preventivo general, puesto que es tan excepcional su aplicación, que el delincuente potencial siempre la verá como una eventualidad muy improbable. Por otra parte, si se utiliza en forma generalizada, entonces también pierde su efecto inhibitorio, pues la gente, se acostumbra a su aplicación, perdiéndose el supuesto efecto disuasorio que produce.⁽¹⁸⁾

c) Otro aspecto interesante sobre las paradojas que se suscitan al analizar el supuesto efecto disuasivo de la pena capital se refiere a la naturaleza de los delitos para los que se prevé la pena de muerte, ya que usualmente se establece para crímenes violentos o contrarios a la libertad sexual, y en estos casos, dada la naturaleza del infractor y las circunstancias en que se producen estos delitos, el efecto preventivo general casi es nulo;⁽¹⁹⁾ en cambio, en otro tipo de infracciones, tal vez podría lograrse un efecto disuasorio significativo, como ocurre con la criminalidad de los poderosos (grandes fraudes económicos, etc.), sin embargo, para este tipo de criminalidad, nunca se prevé la pena de muerte.⁽²⁰⁾

La investigación de I. Ehrlich. Sus resultados sorprendentes sobre el efecto preventivo general de la pena capital son sólo aparentes.

Hasta 1975 los investigadores que analizaron la relación entre el homicidio y la pena de muerte tenían la convicción generalizada de que la pena capital no producía ningún efecto visible sobre la tasa de ho-

(15) Ibid. Los resultados de las investigaciones que se han hecho en este campo no son plenamente coincidentes. SAVITZ (ver "Study in Capital Punishment" Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, 49, p. 338 s. 1958) estudió los efectos que produjeron sobre el índice de homicidios cuatro ejecuciones de muerte que fueron ampliamente comentadas en los medios de comunicación colectiva (1940), y llegó a la conclusión de que el índice de homicidios no aumentaba ni disminuía después de que se imponía la pena de muerte en los cuatro casos analizados. Phillips también estudió este problema (ver "The Deterrent effect of capital punishment: new evidence on an old controversy", American J. of Sociology, 86 (July), p. 139 s. 1980) analizando los índices semanales de homicidios de la ciudad de Londres entre 1858-1921, llegó a la conclusión de que el índice de homicidios disminuye durante la semana en que se produce una ejecución que recibe mucha publicidad; esta disminución también se mantiene en la semana posterior a la ejecución. Posteriormente, el índice aumenta nuevamente y cinco o seis semanas después de la ejecución, la disminución inicial es compensada por un aumento de los homicidios. En realidad no existe evidencia científica que permita considerar que la pena de muerte produce un efecto inhibitorio significativo sobre los infractores potenciales. FATTAH, Supra nota 10, p. 299.

(16) TIFFT, L. Ibid, p. 65.

(17) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 302.

(18) Ibid, p. 302-303. No debe olvidarse que al ser humano le cuesta mucho pensar en su propia muerte o destrucción, salvo que por algún trastorno psicológico posea una fuerte motivación autodestructiva. Además, la pena de muerte siempre luce lejana e improbable.

(19) Generalmente la pena de muerte se establece para el delito de homicidio, sin embargo, es una de las acciones delictivas en las que esa sanción ejerce un efecto preventivo ineficaz; se reconoce que el delito de homicidio es el resultado de una reacción eminentemente irracional (impulsos emocionales) o el producto de una patología permanente o transitoria (influencia de las drogas), no teniendo especial influencia el control que puede ejercer el análisis racional o el temor por las consecuencias más o menos graves de la sanción. Debe recordarse, finalmente, que un porcentaje importante de los homicidas demuestran indiferencia por la muerte, no le temen, o tienen un deseo inconsciente de morir. FATTAH, Ezzat, Supra nota 10, p. 304, 305, 306.

(20) Ibid, p. 303.

micidios.⁽²¹⁾ Pero en 1975 se publica un trabajo en el que se logra una conclusión distinta. El trabajo fue hecho por Ehrlich, un economista de la Universidad de Chicago. Sus hipótesis las adoptó a un modelo económico métrico, llegando a la conclusión, de acuerdo a sus presupuestos, de que cada ejecución podría inhibir a algunos criminales potenciales, salvándose un promedio de ocho personas por cada ejecución. La investigación abarcó un período de treinta y cuatro años (1933 a 1967) y sus resultados permitieron respaldar la tesis favorable a la pena capital ante los tribunales norteamericanos, tal como ocurrió en el caso de Fowler vs. North Carolina y el de Gregg vs. Georgia.⁽²²⁾

Las críticas que se le hicieron a la investigación de Ehrlich, fueron las siguientes:

a) Se encontraron algunas debilidades en sus presupuestos, en el modelo y en el análisis aplicado. En realidad la evidencia sobre el efecto preventivo de la pena de muerte depende, en gran parte, de una presunción restrictiva sobre la relación matemática entre homicidios y ejecuciones. Se incluyeron en el modelo algunas observaciones muy particulares y se utilizaron variables de control muy limitadas. Por otra parte, el contenido de la variable esencial, como ocurre con el porcentaje de ejecución, resulta muy discutible.⁽²³⁾

b) El estudio de Ehrlich es muy sensible al período que se utiliza en la investigación. Por ejemplo, entre 1962 y 1969 las ejecuciones crecieron, mientras que los homicidios crecieron, pero no en una proporción mayor que el resto de los delitos, lo cual pone en tela de juicio el significativo efecto preventivo de la pena capital. Bowers y Pierce reprodujeron el modelo de Ehrlich, pero variando ligeramente los períodos de análisis comenzando en todos los casos en el año 1935, pero terminando en un año diferente de la década del sesenta; sus conclusiones fueron, en todos los casos, diferentes a las de Ehrlich.⁽²⁴⁾

c) La crítica más interesante la formuló Hahn, quien considera que la utilización de los modelos de comportamiento que emplean los economistas requieren datos precisos y relevantes, pero esto no lo logró Ehrlich y pasarán muchos años antes de que esa precisión se logre. En realidad se trata de una investigación que obtuvo resultados muy circunstanciales y discutibles.⁽²⁵⁾

(21) FATTAH, E. Supra nota 10, p. 299-300.

(22) Ibid.

(23) Ibid.

(24) Ibid. p. 301.

(25) Ibid.

5) La pena de muerte y los objetivos del Derecho Penal moderno.

Los que consideran que la pena de muerte es una reacción justa, una equitativa retribución a la acción del delincuente, desconocen la función esencial que debe cumplir el Derecho penal en una sociedad moderna y democrática. El comportamiento humano es el resultado de una infinidad de factores (biológicos, psicológicos y sociológicos) y nadie está en capacidad de establecer la medida y la forma en que esos factores han podido influir en el comportamiento de la persona, por esta razón es que resulta muy difícil hablar de expiación y retribución. Es bastante difícil determinar el grado de libertad que tiene una persona en cada uno de sus actos, tampoco tenemos plena seguridad sobre el contenido y las razones que legitiman la expiación a la que es sometido el delincuente. Esta argumentación nos lleva al problema del fin del Derecho penal. El objetivo fundamental de éste no es la moralización ni la retribución, tiene un propósito mucho más modesto: defender la Sociedad e impedir la lesión de los intereses jurídicos de mayor relevancia social. De acuerdo con esta finalidad, la pena de muerte sería totalmente inútil, ya que si no tiene relevancia alguna en la prevención de los delitos, no tiene sentido imponer una sanción que ocasiona la pérdida del bien más importante del hombre y que no produce ninguna utilidad a la sociedad,⁽²⁶⁾ siendo sus efectos, por otra parte, irreparables, especialmente cuando se produce un error judicial.⁽²⁷⁾

(26) GIMBERNAT, E. Supra nota 9, p. 27.

(27) Según estudios que se han realizado en Inglaterra, se logró demostrar que entre el siglo pasado y el actual, en once casos en los que se impuso la pena capital, se cometieron errores judiciales. En cuanto a los Estados Unidos, Wood-Waite afirman que el error judicial se produce, por lo menos, en un once por ciento de las sentencias de asesinato en primer grado. BARNES y TEETERS consideran que el error judicial afecta, de alguna forma, el cincuenta por ciento de las sentencias norteamericanas. Esta cifra puede ser exagerada, pero lo importante es que tenemos suficiente evidencia sobre la posibilidad de que una persona puede ser privada de su vida, siendo inocente. GARCIA VALDES, Carlos: "Introducción a la penología", Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, España, 1981, p. 56. VON HENTIG cita casos reales y dramáticos sobre los errores judiciales, lo que demuestra uno de los más graves peligros que encierra la pena de muerte. VON HENTIG, H. Supra nota 11, p. 164 ss. Uno de los casos más dramáticos en los errores judiciales es el de Timoty Evans, quien fue ejecutado por el asesinato de su mujer y de su hija. Sin embargo, en 1953, cuatro años después de la ejecución, John Christie, principal testigo en el juicio contra Evans, fue condenado por asesinato de varias mujeres, confesando Christie, durante el proceso, que había matado a la esposa de Evans. En este caso la pena capital impuso una absoluta irreparabilidad del error judicial. Citado por BARBERO SANTOS, M. Supra nota 1, p. 666-667. Sobre el tema del error judicial puede consultarse la obra de René Floriot, "Los errores judiciales", Ed. Noguer, España, 1972.

6. *La pena de muerte en la Unión Soviética y en los Estados Unidos. Algunas observaciones sobre la nueva legislación penal cubana.*

Es curioso que en los dos países más poderosos de la tierra, cuyos modelos socio-políticos inspiran la mayor parte de las naciones del Tercer Mundo, mantienen la pena capital.⁽²⁸⁾ En el caso de la Unión Soviética, sus leyes prescriben la muerte por fusilamiento para 18 diferentes delitos en tiempos de paz, algunos de ellos son delitos económicos o políticos en los que no ha existido ningún tipo de violencia.⁽²⁹⁾ Según de

(28) En muchos aspectos existe coincidencia entre el modelo soviético y el norteamericano, por esta razón es necesario buscar nuevas formas de convivencia, o como llama GARAUDY, un proyecto de civilización (ver del autor "La Alternativa", Ed. Tiempo Nuevo, Venezuela, 1972, p. 93 ss.), que eviten la deshumanización que se ha producido en la sociedad soviética y en la sociedad "consumista" norteamericana. La coincidencia entre algunas de las características del modelo capitalista (norteamericano) y socialista (soviético) lo señala muy acertadamente JAGUARIBE, en los siguientes términos: "...En lo esencial, la sociedad capitalista contemporánea se funda en desigualdades sociales cuyos desniveles (en el ámbito de los países centrales) serán eventualmente tolerables, pero no suprimibles, dentro del sistema. Estos desniveles, además de otras características del sistema vigente, importantes en tanto que hacen del Estado de bienestar social una gran máquina de manipulación de masas, imponiendo conformidad y reprimiendo, en mayor o menor grado, las verdaderas formas de independencia. Añádase, como vimos, que el capitalismo de bienestar social de los países centrales no es universalizable. Este expresa, precisamente, la convergencia, para tales países, de los beneficios que se derivan de formas fuertemente inegalitarias de la distribución internacional de las tareas productivas y de su producto. El "welfare state" de un pequeño número de países centrales tiene como contrapartida la marginalidad de los países periféricos, habitados por más de dos tercios de la población mundial..." En cuanto a la Unión Soviética, a pesar de sus éxitos innegables en términos de desarrollo económico y tecnológico, no ha logrado instaurar una sociedad básicamente igualitaria, asentada en valores humanistas. El pueblo soviético presenta diferencias notables entre los sectores urbanos y rurales, lo mismo que entre las nacionalidades y las regiones. Por otra parte, está dividido en tres clases básicas (la clase baja de los trabajadores manuales, la clase media de los administradores, y la clase alta de dirigentes políticos e intelectuales), entre las que existen diferencias en términos de ingresos, de status y de oportunidades. A cambio de esa estructuración desigual, el pueblo soviético continúa pagando el precio de una regimentación burocrático-totalitaria que impide el disfrute de una plena libertad política y personal. JAGUARIBE, H. "Hacia la Sociedad no represiva", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 142, 143 y 144.

(29) "Presos de conciencia en la U.R.S.S.". Informe de Amnesty Internacional, España, 1980, p. 2. En la Unión Soviética la pena capital ha sido abolida en varias ocasiones, pero siempre se ha restaurado poco tiempo después. Por ejemplo, después de la guerra, mediante decreto del 26 de mayo de 1947, se abolió la pena capital. Sin embargo, el espíritu que impuso la guerra fría propició su reintroducción el 12 de julio de 1950, estableciéndola para los traidores a la patria, espías y saboteadores. El 30 de abril se extendió su aplicación a los condenados por el delito de homicidio con premeditación.

tos que proporciona Amnistía Internacional,⁽³⁰⁾ de acuerdo con los medios oficiales de comunicación de la U.R.S.S., se informa de la condena de muerte de treinta personas, aproximadamente, pero es muy posible que el número de ejecuciones sea superior a la cifra citada.^(30bis)

Respecto de los Estados Unidos, en muchos Estados se aplica la pena de muerte. Antes de que se produjese el histórico fallo del 29 de junio de 1972, emitido por el Tribunal Supremo, la pena capital se había abolido en nueve Estados.⁽³¹⁾ En los Estados Unidos se ha producido una derogatoria parcial de la pena de muerte, aunque no por vía legislativa, sino a través de una decisión del Tribunal Superior en el caso de Furman v. Georgia, en el que se determinó que: "...el pronunciar y aplicar la pena de muerte en estos casos constituye una pena cruel y desacostumbrada que viola las enmiendas ocho y catorce de la Constitución."⁽³²⁾ En

tación. En el código penal soviético, (del 27 de octubre de 1960), reformado por ley del 25 de julio de 1962) el artículo 23 prevé la pena capital como sanción, excepcional, manifestándose, según declaraciones oficiales, que algún día se decretará su completa abolición. La pena capital no siempre se impone en la U.R.S.S. por delitos violentos, puesto que por ejemplo el 28 de abril de 1982 los medios de comunicación occidentales se referían a la noticia publicada el día anterior en "Pravda", en la que se comentaba el fusilamiento del ex-vice ministro de Pesca soviético Rytov, ya que los tribunales consideraron que estaba implicado en el escándalo del caviar. (Ver BARBERO SANTOS, Marino. Supra nota 1, p. 671-672). Actualmente, en la U.R.S.S. la pena de muerte puede imponerse, entre otros, por los siguientes delitos: por participar en la creación de organizaciones para cometer delitos especialmente peligrosos contra el Estado o contra cualquier otro "Estado popular de trabajadores", o a quienes organicen bandas armadas. Ver JOHNSON, E. L. "El sistema jurídico soviético", Ed. Península, España, 1974, p. 198-199. Ver también "Marxismo y Democracia" (Enciclopedia de Conceptos Básicos) Ed. Rioduero, España, 1975, p. 10-11-12.

(30) En el año 1979, Amnistía Internacional pudo establecer que en la U.R.S.S. se había impuesto la pena capital a cuarenta y tres personas. Ver "Informe de Amnistía Internacional", 1980, p. 270.

(30bis) "Presos de conciencia de la U.R.S.S." Supra nota 29, p. 2.

(31) GARCIA VALDES, Carlos. Supra nota 3, p. 47, 48 y 49.

(32) BARBERO SANTOS, Marino: "La pena de muerte en el Derecho histórico actual" publicado en la obra titulada: "La pena de muerte: seis respuestas", España, 1978, p. 64. En el caso Furman v. Georgia la mayoría de los jueces de la Corte Suprema consideraron que la legislación de algunos Estados que establecían la pena capital, especialmente Texas y Georgia, no se ajustaban a las exigencias establecidas por las enmiendas ocho y catorce de la Constitución. A raíz de esta decisión, los tribunales superiores de varios Estados, invalidaron las normas que establecían la pena capital. En la resolución sobre el caso Furman, la opinión de los jueces tuvo distintos matices, tal como se demuestra en el siguiente resumen: a) Para el Juez Douglas la discrecionalidad que existía en cuanto a la decisión de imponer la pena capital, propiciaba sentencias caprichosas y arbitrarias. Es decir, que no existía un control que limitara la discrecionalidad en la individualización de la pena. Los Jueces Stewart y White coincidieron con este razonamiento; b) El Juez White también consideró que el hecho de que la pena capital

cuanto a la enmienda octava, ésta prohíbe las penas crueles y desacostumbradas, y la enmienda catorce contiene las garantías procesales, que contempla, entre otras, la igualdad en la protección judicial. En cuanto a este último aspecto se consideró que no había igualdad, ya que la pena de muerte se aplicaba con frecuencia a los grupos minoritarios (especialmente a la población de raza negra).⁽³³⁾ Este fallo, así como otros que se dictaron, se refería a casos en los que se concedía a los Tribunales la facultad para decidir sobre la vida y la muerte, o en los que se permitía a los jurados pedir clemencia. Pero el Tribunal Supremo no emitió ningún pronunciamiento sobre los casos en que la legislación de un Estado contempla la aplicación forzosa de la pena de muerte a las personas que han cometido delitos especialmente graves. Esta omisión es lo que ha permitido que algunos Estados hayan reinstaurado la pena capital, pues han hecho

sea una sanción bastante infrecuente hace que ésta carezca de un objetivo penológico definido y significativo; la indefinición en cuanto a la finalidad penológica se puede apreciar cuando se comparan casos en los que se ha impuesto la pena capital con otros en los que existen circunstancias parecidas pero no se ha decretado la pena de muerte; c) Para el Juez Marshall la pena de muerte instituye un mecanismo de discriminación que perjudica notoriamente a los acusados que pertenecen a grupos minoritarios. De todas las opiniones expresadas por los Jueces, sólo Marshall y Brennan consideraron que la pena capital era, por sí misma, inconstitucional. Esto explica, por lo menos en parte, la reinstauración de la pena de muerte unos años después del histórico fallo sobre el caso Furman. HERTZ, Randy; WEISBERG, Robert: "In mitigation of the Penalty of Death: Lockett v. Ohio and the Capital Defendant's Right to Consideration of Mitigating Circumstances", California Law Review, Vol. 69, 1981, p. 319. ARKIN, Steven: "Discrimination and Arbitrariness in Capital Punishment: An Analysis of Post-Furman Murder Cases in Dale County, Florida, 1973-1976", p. 77-78.

- (33) Siempre ha existido la presunción indiscutida de que la pena capital en los Estados Unidos ha reflejado la discriminación entre blancos y negros o entre los primeros y otras minorías étnicas; es decir, se ha considerado que la pena capital recae más sobre las minorías étnicas, particularmente los negros, que sobre otros grupos, especialmente la población de origen anglosajón. Sin embargo, las investigaciones que han tratado de comprobar la presunción mencionada, no han llegado a conclusiones que permitan demostrarla plenamente. Steven ARKIN no encontró evidencia científica significativa que demostrara la aplicación discriminada de la pena capital; aunque entre el año 1933 y 1967 el 53,5% de las personas ejecutadas eran de raza negra (siendo la población negra cinco veces menor que la población blanca), esta situación no demuestra la discriminación, ya que los grupos menos privilegiados de la sociedad incurrían en mayor proporción, en crímenes violentos, que es el tipo de delito para el que se prevé la pena capital. Los únicos estudios que demuestran una imposición discriminatoria de la pena de muerte se refiere a los delitos de violación en los estados sureños durante la vigencia del régimen de segregación. La discriminación era evidente cuando la víctima de la violación era de raza blanca y el acusado de raza negra. Sin embargo, estos estudios han perdido actualidad desde que la Corte Suprema al resolver el caso Coker v. Georgia, decidió que en los delitos de violación no podía imponerse la pena de muerte. Ver ARKIN, Steven. *Ibid.*, p. 82-83-90-100.

obligatorio lo que antes era discrecional. De todas maneras, el Senado, el 13 de mayo de 1974, se inclinó por su restablecimiento (54 votos a favor y 33 en contra).⁽³⁴⁾ La vigencia de la pena de muerte en los Estados Unidos, a pesar de la jurisprudencia abolicionista citada, es indudable, ya que a principios de 1980, más de 600 personas esperaban su ejecución en las prisiones norteamericanas.⁽³⁵⁾

Un caso muy interesante es el de la legislación penal cubana, ya que se trata de un país del Tercer Mundo, al igual que Costa Rica, de manera que los problemas del subdesarrollo, aunque con diferencias importantes, nos identifican. El caso cubano es interesante, ya que en su Código Penal, de reciente promulgación, se mantiene la pena de muerte para una gran cantidad de delitos.⁽³⁶⁾ Esta situación tiene estrecha vinculación con la situación de los derechos humanos individuales en la sociedad cubana, cuyo balance no es muy favorable al régimen, ya que no puede ignorarse que muchos cubanos aspiran a tener una prensa no "esterilizada", a tener la posibilidad de viajar libremente, a expresarse contra el conformismo, etc.⁽³⁷⁾ Este panorama explica, en gran medida, el hecho de que el Código Penal cubano sea un instrumento de poder político excesivo, pues es extremadamente represivo, intimidativo y defensivo.⁽³⁸⁾ Utiliza la pena de muerte en forma excesiva, ya que la misma puede aplicarse en no menos de ochenta casos.⁽³⁹⁾ En algunos casos es evidente que la pena de muerte resulta excesiva en relación a la infracción, tal como ocurre con los siguientes delitos: a) El alistarse con ánimo de lucro en formaciones militares integradas en todo o en parte por individuos que no son ciudadanos del Estado en cuyo territorio se propone actuar; b) El penetrar clandestinamente en territorio cubano para cometer determinados delitos contra el Estado, entre ellos el que se denomina como propa-

(34) BARBERO SANTOS, M. *Supra* nota 32, p. 65.

(35) Ver "Informe de Amnistía Internacional VTRJ", p. 120.

(36) *Ibid.*, p. 111.

(37) BARTHELEMY, Françoise: "Las aspiraciones de los ciudadanos en una estructura estatal cortada a medida", publicado en "Le Monde Diplomatique" (en español) p. 26. El mismo autor agrega que la estructura política del Estado cubano está hecha a la medida del "líder máximo" (Fidel Castro). Este acumula las funciones de presidente del Consejo de Ministros, Presidente del Consejo Estado, comandante en jefe de las fuerzas armadas, Secretario General del Partido Comunista Cubano, y supervisa varios ministerios importantes.

(38) LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "Los nuevos códigos penales de Cuba y China", A.D.P.C.P., 1981, p. 604, 605.

(39) RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel afirma que la pena de muerte se establece en veintinueve delitos del código penal cubano, pero LOPEZ-REY objeta esta cifra, ya que en la misma no se toma en cuenta el hecho de que en muchos delitos se enumeran una serie de modalidades que deben estimarse como casos en los que se prevé la pena capital. Ver LOPEZ-REY y ARROJO. *Ibid.*, p. 605 y RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: "El nuevo código penal de Cuba" (1979), D. P., 1980, p. 376.

ganda enemiga (art. 132); c) El causar un hecho muy grave durante un tumulto o desorden en un establecimiento penitenciario (art. 186); ch) El acceso carnal con mujer menor de doce años, sin que sea mediante violencia ni intimidación, ni que el sujeto pasivo esté privado de razón ni de sentido, ni incapacitado para resistir (art. 353); d) El robo con violencia o intimidación, por el mero hecho de cometerlo en vivienda habitada o en vehículo de transporte público de pasajeros, o vistiendo ilegalmente uniforme de un cuerpo armado, o siendo reincidente por el mismo delito (art. 386); e) El robo con fuerza en las cosas, cometido en vivienda habitada, o vistiendo ilegalmente el uniforme de algún cuerpo armado (art. 387).⁽⁴⁰⁾

7) Vigencia de la pena de muerte: las ejecuciones extrajudiciales.

En muchos países, especialmente del Tercer Mundo, la pena de muerte ha sido abolida de la legislación. Pero esta situación no resuelve el problema satisfactoriamente, ya que por ejemplo, en la mayoría de los países latinoamericanos se desarrolla una política criminal paralela a la oficial, en la que con la complicidad de las autoridades oficiales, se extermina en forma indiscriminada a todo el que sea "peligroso" o "sospechosamente izquierdista". La complicidad del Gobierno es difícil de establecer, pero se puede considerar que ésta existe cuando frecuentemente y utilizando métodos similares se produce el asesinato de los opositores del gobierno sin que éste adopte medidas para evitarlos.⁽⁴¹⁾ Se trata de lo que podría calificarse como homicidios políticos gubernamentales, cuyas características define Amnistía Internacional de la siguiente forma: "...muerte ilegal y deliberada de personas a causa de sus opiniones o actividades políticas, reales o presuntas, de su religión y otra creencia, origen étnico, sexo, color o idioma, perpetrado por un gobierno o con su complicidad..."⁽⁴²⁾ Alternativamente también se habla de "ejecuciones extrajudiciales" cuando se priva arbitrariamente de su vida a cualquier ciudadano sin que haya existido un proceso judicial.⁽⁴³⁾ Muchos Gobiernos tienen participación directa o complicidad en las ejecuciones extrajudiciales, pero lógicamente, nunca lo admiten. La participación directa o indirecta de los gobiernos en las ejecuciones extra-judiciales debe deducirse a través de pruebas circunstanciales.⁽⁴⁴⁾ Las cifras relativas a las ejecuciones extrajudiciales son tenebrosas y deprimentes;⁽⁴⁵⁾ de acuerdo con una estimación hecha por el relator de la Comisión de los Derechos Humanos, señor S. Amos Wako, se considera que en los últimos quince años el número de ejecuciones extrajudiciales (sumarias o arbitrarias) llega a alcanzar, como mínimo, la alucinante cifra de dos millones.⁽⁴⁶⁾ Existen algunas condiciones mínimas que permiten determinar, en principio, que las ejecuciones extrajudiciales han sido investigadas con cierto grado de objetividad por parte de las autoridades.

(40) RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Ibid.*, p. 376-377.

(41) "Homicidios Políticos perpetrados por Gobiernos". Informe de Amnistía Internacional, Ed. Fundamentos, España, 1983, p. 135. Las ejecuciones extrajudiciales practicadas por algunos gobiernos, casi siempre se producen en medio de una situación política en la que se ha decretado la suspensión de los derechos constitucionales, y en la que se hace práctica común la intimidación de los testigos que han presenciado las violaciones a los derechos humanos, así como la supresión de pruebas y la pérdida de la independencia que corresponde al Poder Judicial. *Ibid.* p. 12. Uno de los indicadores más significativos en cuanto a la mayor o menor democratización de un sistema político se relaciona con el hecho de que existan posibilidades reales de identificar y sancionar a los funcionarios que incurrir en hechos delictivos por abuso de poder, especialmente cuando se trata de ejecuciones extrajudiciales. (LOPEZ-REY, Manuel: "Criminalidad y Abuso de Poder", Ed. Tecnos, España, 1983, p. 37).

(42) "Homicidios Políticos...", *Ibid.*, p. 13.

tido un proceso judicial.⁽⁴³⁾ Muchos Gobiernos tienen participación directa o complicidad en las ejecuciones extrajudiciales, pero lógicamente, nunca lo admiten. La participación directa o indirecta de los gobiernos en las ejecuciones extra-judiciales debe deducirse a través de pruebas circunstanciales.⁽⁴⁴⁾ Las cifras relativas a las ejecuciones extrajudiciales son tenebrosas y deprimentes;⁽⁴⁵⁾ de acuerdo con una estimación hecha por el relator de la Comisión de los Derechos Humanos, señor S. Amos Wako, se considera que en los últimos quince años el número de ejecuciones extrajudiciales (sumarias o arbitrarias) llega a alcanzar, como mínimo, la alucinante cifra de dos millones.⁽⁴⁶⁾ Existen algunas condiciones mínimas que permiten determinar, en principio, que las ejecuciones extrajudiciales han sido investigadas con cierto grado de objetividad por parte de las autoridades.

(43) *Ibid.*

(44) Las principales circunstancias indiciantes que permiten deducir alguna responsabilidad del Gobierno, son las siguientes: 1) Que las víctimas hayan sido catalogadas como opositores del gobierno; 2) Que existan algunas evidencias que demuestren que las víctimas fueron vistas con vida, por última vez, bajo la custodia o responsabilidad de funcionarios gubernamentales; 3) Que el Gobierno tenga antecedentes que demuestren su participación en la violación de derechos humanos, especialmente en la tortura y desapariciones; 4) Que no exista otra explicación razonable sobre el homicidio en cuestión, aparte de la acción deliberada de las autoridades oficiales; 5) Que el gobierno no investigue ni detenga a las personas que podrían ser responsables del homicidio; 6) Que existan contradicciones entre las explicaciones dadas por el Gobierno y las obtenidas en otras fuentes de información; 7) Que el gobierno se niegue a colaborar con las autoridades judiciales que investigan el asunto. Se trata de un conjunto de circunstancias indiciantes que deben ser graves, precisas y concordantes y que se deben deducir a través de un cuidadoso análisis objetivo. Por otra parte, si sólo se demuestra que existen ejecuciones extrajudiciales, sin ninguna vinculación con el gobierno, o si sólo se puede determinar que los responsables de las mismas son funcionarios gubernamentales, estas dos circunstancias no demuestran, por sí mismas, la complicidad del gobierno. *Ibid.* p. 15. Las ejecuciones extrajudiciales, muchas veces van acompañadas de las siguientes medidas gubernamentales: I) Imposición del estado de sitio o cualquier otro estado de excepción; II) detenciones y encarcelamientos irregulares; III) creación de cárceles clandestinas; IV) constitución de grupos irregulares o paramilitares con el fin de combatir a los "grupos rebeldes"; V) Se menciona enfrentamientos con grupos armados en los que perecen sus miembros, pero dichos acontecimientos nunca se logran aclarar cuando se investigan sus causas o cuando se pretende establecer la forma en que ocurrieron. Se da a conocer la muerte de personas cuando "intentaban escapar". *Ibid.*, p. 135-136.

(45) Por ejemplo, un millón de armenios fueron exterminados a causa de la política brutal que desarrolló el gobierno turco. LOPEZ-REY, Manuel: "La Criminalidad", Ed. Tecnos, España, 1976, p. 90-91.

(46) LOPEZ REY, Manuel. *Supra* nota 1, p. 106. Se trata de un estudio auspiciado por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., en el que se considera que los casos más graves de ejecuciones extrajudiciales han ocurrido en Irán, Sudáfrica, Argentina, Colombia y Guatemala. Ver cable de A.P. publicado por el periódico "La Nación" del 27 de febrero de 1983, p. 28-A.

des oficiales,⁽⁴⁷⁾ pero estas condiciones casi nunca se logran, ya que existe estrecha relación entre las ejecuciones extrajudiciales, la participación directa o indirecta de las autoridades gubernamentales y la crisis del sistema socio-político. El homicidio político perpetrado por los gobiernos es la respuesta usual de los Estados que se encuentran en una grave crisis de legitimidad. Lo más difícil en estos casos es poder individualizar e identificar a las autoridades responsables de las "desapariciones" o "ejecuciones extrajudiciales", ya que resulta muy fácil lograr la impunidad a través del ejercicio abusivo del poder.⁽⁴⁸⁾

8) *La pena de muerte y el aumento de la delincuencia.*

Casi siempre se piensa que si se elimina la pena de muerte, aumentará, irremisiblemente, la delincuencia, pero desde el siglo pasado se han hecho investigaciones que no demuestran una relación causal entre el nivel de delincuencia y la pena de muerte. En un informe hecho en Inglaterra, en 1836, se determinó que la abolición de la pena capital para algunos delitos, no ocasionó un aumento de la criminalidad. Resultados muy similares se han obtenido en investigaciones realizadas en Dinamarca, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos y Suiza.⁽⁴⁹⁾

(47) Existen algunas condiciones mínimas que permiten considerar que un gobierno ha investigado de buena fe los informes sobre ejecuciones extrajudiciales. Esas condiciones son: 1) juez imparcial; 2) audiencias públicas; 3) participación de los familiares de la víctima, así como su abogado, en las investigaciones sobre el hecho delictivo; 4) acceso a los expedientes militares que puedan proporcionar datos sobre la identidad de los autores del hecho; 5) publicación de los resultados de las investigaciones; 6) posibilidad de interponer recursos de apelación contra la resolución adoptada por el tribunal. Ver Homicidios Políticos, Supranota 1, p. 134. Los conceptos tradicionales de autoría, complicidad, encubrimiento y culpabilidad, resulta insuficientes para hacer frente a la criminalidad no convencional, especialmente la que proviene del abuso de poder. LOPEZ-REY, Manuel. Supra nota 41, p. 49-50-51-52.

(48) La criminalidad proveniente del ejercicio abusivo del poder, que abarca, inevitablemente, las ejecuciones extrajudiciales promovidas por la autoridad oficial, se debe enfrentar con instrumentos jurídicos distintos a los tradicionales, adoptándose cuatro principios básicos: 1) Se debe someter a juicio a los culpables sin importar el país en que se encuentren; 2) No debe existir un plazo de prescripción de la acción penal; 3) El derecho de asilo no debe servir para evadir la responsabilidad de los culpables; 4) Los culpables deberían estar sometidos a un juicio que debe ventilarse ante un Tribunal Internacional. Ver Homicidios Políticos. Supra nota 41, p. 139. Es conveniente recordar que no sólo los gobiernos autoritarios y antidemocráticos propician las ejecuciones extrajudiciales, sino que también éstas se producen, y en gran cantidad, durante las etapas revolucionarias. VON HENTIG, Hans. Supra nota 3, p. 75-76-77.

(49) SERRANO GOMEZ, Alfonso: "Efectos de la abolición de la pena de muerte en España", A.D.P.C.P., 1982, p. 611. En igual sentido LOPEZ REY y ARROJO, Supra nota 41, p. 101 y GARCÍA VALDES, Carlos. Supra nota 27, p. 59 ss. La disminución de la cifra negra delictiva, mediante un aumento de los coeficientes de delitos descubiertos, puede ser más importante que el efecto que pretende lograrse con las penas rigurosas e inhumanas. VON HENTIG, H. Supra nota 3, p. 41 ss.

9) *La reincidencia y su supuesta vinculación con la pena capital.*

Existe también la opinión generalizada, cargada de emotividad y subjetivismo, de que la pena capital permite resolver el problema de la reincidencia. Frente a esta afirmación ligera e inhumana, surgen dos objeciones:

a) Las penas de prisión prolongadas (entre los diez y quince años), que es usualmente la alternativa penológica de la pena de muerte, ya evita, de por sí, y salvo casos excepcionales, la reincidencia. b) En un estudio que se hizo en Finlandia, se determinó que la probabilidad de reincidencia de los homicidios era de 0,0023, que a pesar de ser una tasa superior a la media de la población, sin embargo, no obstante esa diferencia numérica, en caso de ejecutarse la pena capital, el número de ejecuciones superaría el de las víctimas evitadas.⁽⁵⁰⁾

Tampoco existe evidencia científica que demuestre que la publicidad de las ejecuciones produzca un efecto ejemplarizante y por ende, inhibitorio; en este sentido puede citarse el caso de España, en donde por una orden del Ministerio de Gracia y Justicia del nueve de febrero de 1874, se instruyó a los Presidentes de las Audiencias para que evitaran los excesos del público que asistía a las ejecuciones.⁽⁵¹⁾

10) *La supervivencia de la pena de muerte, el carácter necrófilo, el "chivo expiatorio" y la insensibilidad ante la violencia.*

A pesar de todos los argumentos que se han expuesto en contra de la pena de muerte, ésta aún sobrevive, no sólo entre la opinión del ciudadano común,⁽⁵²⁾ puesto que así lo demuestran muchas encuestas que

(50) SERRANO GOMEZ, A. Ibid., p. 612,

(51) Ibid., p. 613.

(52) La opinión pública adopta una postura variable en relación a la pena de muerte. Algunas encuestas de opinión que se han realizado en los últimos años demuestran un aumento significativo de las opiniones favorables al restablecimiento de la pena de muerte. El predominio de estas opiniones se debe, en gran medida, a la excesiva violencia que se vive en las sociedades modernas, y a las violentas acciones del terrorismo internacional. Los legisladores deben impedir que la violencia irracional que nos rodea, nos pueda llevar a una solución penológica también irracional, pues tal como lo he mencionado en este ensayo, la pena de muerte, no disminuirá la crueldad y la violencia delictiva, ni tampoco es una buena respuesta ante el fenómeno terrorista. Por el contrario, cabe la posibilidad de que la pena capital tenga un efecto contrario, ya que ésta promueve la espiral de violencia, pues quienes están decididos a realizar acciones violentas, recurren muy fácilmente a las armas si ven que el Estado también utiliza respuestas crueles y violentas. Ver JESCHECK, H. H. "Tratado de Derecho Penal", Ed. Bosch, España, 1981, Tomo II, p. 1056.

se hacen sobre las sanciones que debe utilizar el sistema penal, sino también por la gran cantidad de ejecuciones extrajudiciales en las que tiene participación directa o indirecta muchos gobiernos. La supervivencia de la pena de muerte, a pesar de las corrientes abolicionistas, es un hecho indiscutible, y no es fácil encontrar una respuesta satisfactoria que permita explicar este fenómeno, sin embargo, podemos recurrir, entre otras, a las siguientes explicaciones:

a) *Predominio del carácter necrófilo:*

Según lo define Erich Fromm, la necrofilia "...en sentido caracterológico puede describirse como la atracción apasionada por todo lo muerto, corrompido, pútrido y enfermiso; es la pasión de transformar lo viviente en algo no vivo, de destruir por destruir, y el interés exclusivo por todo lo puramente mecánico. Es la pasión de destrozarse las estructuras vivas. ..." (53) La supervivencia de la pena capital demuestra el claro predominio de una tendencia necrófila. Cuando en un Estado se decide utilizar abusivamente el poder a través del respaldo directo o indirecto de las ejecuciones extrajudiciales, lo que se hace es convertir la política en un instrumento eminentemente destructivo, se propicia la violenta desaparición de las estructuras vivas. En la política debe predominar una ética biófila, (54) pero por lo general, especialmente en los países donde existen estructuras socio-económicas injustas y opresivas, y en los que se aplica una política criminal represiva, predomina las soluciones necrófilas. En estos casos el Estado aplica una política en la que se considera que la única y primera solución de los problemas socio-económicos consiste en la destrucción violenta de los adversarios o disidentes. (55) En estos casos, quienes

(53) FROMM, E. "Anatomía de la destructividad humana". Ed. Siglo XXI, México, 1977, p. 330.

(54) La ética biófila se rige por dos principios fundamentales: el bien es todo aquello que favorece la vida y el mal todo aquello que propicia la muerte. Por tanto será bueno todo aquello que exalta la vida, el crecimiento, el desarrollo, etc., y será malo todo acto que tienda a suprimir o reducir la vida. Ibid., p. 362.

(55) Sobre la destrucción violenta de los adversarios políticos, existe una bella anécdota de Miguel de Unamuno, citado por E. Fromm, que ilustra muy bien este problema: con ocasión de un discurso pronunciado por el general nacionalista Millán Astray en la Universidad de Salamanca, uno de los asistentes gritó desde el fondo del salón: ¡Viva la muerte! Al terminar el discurso, Unamuno, rector de la citada Universidad, se levantó y dijo lo siguiente: "...Acabo de oír el necrófilo e insensato grito: ¡Viva la muerte! Y yo, que he pasado mi vida componiendo paradojas que excitaban la ira de algunos que nos comprendían, he de decirlos como experto en la materia que esta ridícula paradoja me parece repelente. El general Millán Astray es un inválido. (...) Es un inválido de guerra. También lo fue Cervantes. Pero desgraciadamente en España hay actualmente demasiados mutilados. (...) Me atormenta el pensar que el general Millán Astray pudiera

ejercen el poder sólo tienen una reacción destructiva frente a los problemas de la vida, no tienen capacidad para realizar un esfuerzo comprensivo o constructivo. (56)

Es muy probable, por otra parte, que encontremos un predominio del carácter necrófilo cuando la mayor parte de la ciudadanía se pronuncia en favor de la pena capital, ya que en este caso, al igual que los Gobiernos represivos y dictatoriales, las personas han renunciado a cualquier esfuerzo constructivo o comprensivo y prefieren que el fenómeno delictivo se resuelva mediante la destrucción (la desaparición radical del infractor). La aniquilación del delincuente además de que implica una respuesta típicamente necrófila, constituye una violación al principio de Humanidad, puesto que ignora totalmente la responsabilidad social que existe en relación al delincuente, al que la sociedad debe darle la oportunidad de recuperarse, en lugar de inclinarse por una solución tan simple o inhumana como la pena capital. (57)

b) *El delincuente y su función ritual de "chivo expiatorio":*

La sanción penal constituye, en parte, un permiso legitimador de una agresión social a la que se le da el nombre de "castigo", es una de las pocas válvulas que permiten a la humanidad civilizada desahogar su agresividad. Adoptando el punto de vista de Chapman, se puede admitir que el crimen es funcional para el sistema social, puesto que ante iguales infracciones, los grupos sociales reciben un trato desigual. Algunos grupos sociales son fácilmente tratados como criminales, en cambio esto es difícil que le ocurra a quienes pertenecen a otros estratos sociales (por lo general de nivel económico medio y alto) ya que la persecución del crimen es desigual. Por otra parte, además de que la identificación de una clase criminal sobre la que recae la sanción, constituye un desahogo de la agre-

dictar las normas de la psicología de la masa. Un mutilado que carezca de la grandeza espiritual de Cervantes, es de esperar que encuentre un terrible alivio viendo cómo se multiplican los mutilados a su alrededor" (M. de Unamuno, 1936). A esto Millán Astray, incapaz de reprimirse más tiempo, gritó: "Abajo la inteligencia ¡viva la muerte!" Los falangistas aclamaron esta réplica. Pero Unamuno prosiguió: "Este es el templo de la inteligencia. Y yo soy su sumo sacerdote. Estáis profanando su sagrado recinto. Venceréis porque tenéis sobrada fuerza bruta. Pero no convenceréis. Para convencer hay que persuadir. Y para persuadir necesitaréis algo que os falta: razón y derecho en la lucha. Me parece inútil el pedirlos que penséis en España. He dicho..." Ibid. p. 329. Las palabras de Unamuno fueron proféticas, ya que el régimen franquista no logró sobrevivir después de la muerte de su líder.

(56) Ibid., p. 336.

(57) JESCHECK, H. H. Supra nota 1, Tomo I, p. 35.

(58) HACKER, Friedrich: "Agresión" (La brutal violencia del mundo moderno). Ed. Grijalbo, España, 1973, p. 303.

sividad social, políticamente cumple un objetivo específico: el aislamiento e identificación de una clase criminal reduce la hostilidad social contra las clases dominantes; la agresividad social se dirige hacia los grupos menos favorecidos, quienes al ser estigmatizados, vienen a cumplir la función ritual del "chivo expiatorio".⁽⁵⁹⁾ La pena de muerte es una de las sanciones penales que mejor expresa la función que cumple el delincuente como "chivo expiatorio", puesto que a pesar de todos los argumentos que justifican su abolición, aún se sigue utilizando, lo cual demuestra que su existencia obedece a motivaciones irracionales; los que defienden la pena capital, se aferran a una ilusión y no se dan cuenta que la pena capital subsiste, en parte, por el hecho de que el condenado a muerte asume toda la agresión que posee y proyecta la sociedad; sobre el condenado recae toda la agresividad social, el mal que hay en nosotros lo convertimos en el mal que hay en él, ejerciendo sobre éste nuestra propia agresión.⁽⁶⁰⁾ La pena de muerte, que es la respuesta penológica más violenta, demuestra que en ésta no interesa tanto su racionalidad, sino más bien sus elementos irracionales, que en este caso consiste en el hecho de que el condenado a muerte cumple la función ritual del "chivo expiatorio".

c) *Insensibilidad ante la violencia:*

Otra de las razones que permiten explicar la supervivencia de la pena de muerte consiste en el hecho de que nuestras sociedades, a pesar del gran progreso logrado, especialmente tecnológico, no abandonan el comportamiento violento y más bien se estimulan estas manifestaciones.

La violencia tiende en nuestra sociedad a legitimarse, ya sea consciente o inconscientemente.⁽⁶¹⁾ Los medios de comunicación colectiva,

(59) CASTILLO B., Enrique: "Becker y Chapman, Criminólogos interaccionistas", (El interaccionismo simbólico en criminología, visto en dos de sus representantes) ILANUD, Costa Rica, 1980, p. 49. HIBBERT, C. "Las raíces del mal" Ed. Luis de Caralt, España, 1975, p. 406.

(60) HACKER, F. Supra nota 58, p. 302, 303, 336, 337.

(61) La violencia social cumple algunas funciones que pueden incluso ser beneficiosas para el sistema social, tal como ocurre cuando se considera la violencia como forma de logro, como señal de peligro, o como catalizador. a) *Violencia como logro:* En algunas ocasiones, algunos individuos están ubicados de tal modo en la estructura social que se encuentran excluidos de toda posibilidad de conseguir ascenso social o de lograr acceso legítimo a los objetivos sociales que permitirían catalogarse como personas que han alcanzado "el éxito". Cuando se produce este bloqueo o disfuncionalidad, la violencia puede brindar vías alternativas que resuelvan la frustración del individuo. Participar las acciones violentas puede significar para el oprimido y marginado una oportunidad para definir su identidad, reivindicando, a su vez, toda su hombría, que en muchas ocasiones les es negada por quienes ejercen el poder. Esta situación se aprecia claramente cuando se producen situaciones en las que impera la violencia revolucionaria. En las revoluciones, los actos de violencia permiten que el oprimido adquiera, en la "praxis", un compromiso con el nuevo modelo socio-político y una ruptura absoluta con

especialmente los audiovisuales (cine y televisión), convierten la crueldad de la violencia brutal en un acontecimiento trivial y rutinario.⁽⁶²⁾ La población que "consume" los mensajes de los medios de información, llega a saturarse, fácilmente, de estímulos agresivos.⁽⁶³⁾ La representación constante de una violencia accesible a todo el mundo, tal como lo que se mues-

el interior. En estas condiciones, desde el punto de vista del disidente, la violencia le permite un renacimiento que le ubicará en una nueva posición en el seno de la nueva sociedad revolucionaria. La violencia revolucionaria iguala, concediéndole a los actores oportunidades sociales que en el régimen anterior eran inalcanzables. b) *La violencia como señal de peligro:* Cuando en una sociedad aumenta desmesuradamente la incidencia de la violencia, esto debe considerarse como una clara señal de que existe un grave desajuste social. Los estallidos de violencia social son, indudablemente, uno de los indicadores más eficaces sobre las disfuncionalidades del sistema social; permiten detectar las deficiencias del régimen socio-político y dan oportunidad de buscar su remedio, ya que si no se hace, es probable que se socave todo el orden social; c) *La violencia como catalizador:* Los agentes del orden o incluso los grupos rebeldes que utiliza la violencia como instrumento para expresarse políticamente, pueden provocar, con sus actos violentos o ilegales, una corriente de opinión totalmente contraria a sus acciones. En determinadas circunstancias, la utilización de medios violentos extra-legales, puede provocar una reacción social totalmente contraria a tales métodos, lo que implicará, en algunas ocasiones, una profunda transformación de algunas pautas y valores sociales fundamentales. En muchas ocasiones las autoridades utilizan, exitosamente, métodos de control que conllevan el empleo ilegítimo de la violencia, pero el éxito desaparece desde el momento en que tales métodos demasiado visibles y públicos. Por ejemplo, en el sur de los Estados Unidos, durante mucho tiempo los ciudadanos pudieron haber conocido los métodos violentos e ilegales que empleaba la policía en contra de los negros, pero la situación cambió en forma drástica cuando esos métodos inhumanos se expusieron muy claramente a través de los medios de comunicación social, pues en este caso ya no podía ignorarse lo que era evidente. Las exhibiciones de violencia pueden ser suicidas, aunque las realizan autoridades oficiales, ya que transforman a las víctimas en mártires, quienes de esta forma, se convierten en símbolos de la iniquidad e insensibilidad de los gobernantes. COSER, Lewis: "Nuevos aportes a la teoría del conflicto social". Ed. Amorrortu, Argentina, 1970, p. 73 a 90.

(62) HACKER, Friedrich. Supra nota 58, p. 458.

(63) En los programas infantiles norteamericanos, los actos de violencia extrema aparecen cada 16,3 minutos como promedio. En este cálculo no se incluye la violencia que se muestra a través de los dibujos animados, en los que se proyectan verdaderas orgías de crueldad: en los dibujos animados los personajes se aplastan y se disparan tiros unos a otros cada dos o tres segundos; se agreden y se hacen volar por los aires. En estas circunstancias lo que ocurre es que se demuestra sin pausa ni tregua que la violencia brutal no tiene consecuencias y que en algunas circunstancias puede ser cómica. Esto sólo consigue algo que es sumamente inconveniente: no se muestran los peligros reales y las fatales consecuencias que produce la violencia. El niño norteamericano medio ve (entre cinco y quince años de edad) la aniquilación de un promedio de 13.400 personas, aproximadamente. Estas imágenes irreales de la violencia le quitan a ésta toda su gravedad y pueden convertirse en un medio para conseguir su legitimación inconsciente. Ibid. p. 446-447.

tra en la televisión y el cine, no permite llegar a la conclusión de que existe una relación de causalidad entre actos delictivos violentos y medios de comunicación,⁽⁶⁴⁾ sin embargo, en cuanto a la vigencia de la pena capital, la saturación de estímulos agresivos y violentos que sufre la población contribuye, de alguna forma, a legitimarla consciente o inconscientemente.

Es un contexto socio-cultural en el que se justifican las reacciones y soluciones violentas, es muy difícil lograr que los ciudadanos lleguen a percatarse que el mantenimiento de la pena capital obedece más a sentimientos irracionales violentos que a razones lógicas y prácticas que la justifiquen. La legitimación de la violencia brutal a través de los medios de información pública, refuerzan significativamente las corrientes de opinión mayoritarias que defienden la vigencia de la pena capital. En las sociedades modernas, con la omnipresencia de sofisticados instrumentos de comunicación masiva, existen suficientes recursos para constituir una "Cultura de la Violencia"⁽⁶⁵⁾, que hacen muy difícil la abolición de una respuesta penológica tan brutal e inhumana como la pena capital.

11) *La supresión de la pena de muerte en Costa Rica. Una tradición abolicionista que supera los cien años.*

La pena de muerte se abolió mediante el decreto número siete y en el que se adoptó la Constitución de 1871, con algunas modificaciones.⁽⁶⁶⁾ Sin embargo, desde que don Tomás Guardia asumió el poder en 1870 siempre se conmutó la pena de muerte por la que le seguía en grado.⁽⁶⁷⁾ En el Proyecto de Código Penal de 1879, al establecerse las pe-

(64) LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel: "Criminología", Ed. Aguilar, España, 1975, Tomo I, p. 422.

(65) La masiva difusión de métodos que solucionan los conflictos a través de la violencia, empobrece la conciencia y puede hacerle pensar a muchas personas que la solución pacífica de los conflictos sociales e individuales es ideal absolutamente inalcanzable. Ibid. p. 448-449. Consultar además "La cultura de la violencia" de Israel DRAPKIN, publicación del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1976, p. 469 ss.

(66) Mediante el Decreto N° 7, del veintiséis de abril de mil ochocientos ochenta y dos, se adopta la Constitución Política de 1871, con algunas modificaciones; entre ellas se incluía la abolición de la pena capital, estableciéndose en el artículo cuarenta y cinco que la vida humana es inviolable en Costa Rica. Antes de la modificación aludida, el artículo cuarenta y cinco tenía la siguiente redacción: "...La pena de muerte sólo se impondrá en la República en los casos siguientes: 1) En el delito de homicidio premeditado y seguro, o premeditado o alevoso. 2) En los delitos de alta traición. 3) En los delitos de piratería (al adoptarse la constitución de 1871, también se derogó el artículo cuarenta y seis que era el que contenía la definición del delito de alta traición).

(67) En un discurso pronunciado el ocho de mayo de 1873, don Aniceto Esquivel afirmó que don Tomás Guardia siempre había conmutado la pena capital por la que le seguía en grado. En muchas ocasiones el Presidente Guar-

nas, ya no se incluye la pena capital, a pesar de que ésta estaba prevista en la Constitución Política.⁽⁶⁸⁾

dia se manifestó en contra de la pena de muerte, y luchó por su abolición; por ejemplo, en el mensaje del primero de mayo de 1873, al analizar este tema, afirmó lo siguiente: "...Desde el principio de mi Administración, proclamé como un principio de mi conducta el respeto a la vida humana. Me horroriza el pensar en la ejecución de una pena que priva a la sociedad de un miembro susceptible de corrección, arroja a una familia en la horfandad, en la desesperación y acaso en la miseria; y en caso de un error, jamás puede repararse. Movidio por estos sentimientos elevé a la Asamblea Constituyente de 1871, manifestándole la conveniencia de suprimir de nuestro código fundamental esa terrible pena. Ya la Constitución estaba decretada y mi exposición no pudo considerarse. Pero yo he sido consecuente con mi principio y siempre que ha ocurrido el caso, he hecho uso de la facultad de hacer gracia que la misma Constitución da al Poder Ejecutivo. Es para mi motivo de justa satisfacción el que durante el período de cerca de seis años que he ejercido el Poder Supremo en Costa Rica, ni una sola gota de sangre haya salpicado mi administración..." El 16 de mayo de 1879, don Tomás Guardia se volvió a referir al tema de la pena capital en términos muy parecidos a los que utilizó en su mensaje de 1873 y se ha transcrito parcialmente. Ver JINESTA, Ricardo: "La evolución penitenciaria en Costa Rica", Imprenta Falcó Hermanos, Costa Rica, 1940, p. 168 y 173.

(68) Don Rafael Orozco, autor de la exposición de motivos del Proyecto del Código Penal de 1879, justifica la supresión de la pena capital del proyecto mencionado, en los siguientes términos: "...No faltarán partidarios de la pena de muerte, que sientan su ausencia de nuestro sistema penal. A ellos diremos con Romero y Girón: A los que consideran la pena de muerte como salvaguardia única e insustituible del orden social y ampliando el aterrador concepto de De Maistre, piensan acaso que el verdugo debe ocupar la última categoría del orden judicial; podemos contestarles con el ejemplo de la Toscana, República de San Marino, Cantones de Friburgo y Nenchatel; con el de los Estados de Wisconsin, Michigan, Rhode Island y Colombia (y Costa Rica en la actual administración), en América, en ninguno de los que ha venido, ni viene por tierra ese mismo orden social que invocan los defensores de la pena capital...". Refiriéndose al efecto preventivo general de la pena de muerte, agrega don Rafael Orozco: "...y ni el orden social ha peligrado, ni la comisión de los crímenes atroces castigados con pena tan grave aumentan las casillas de la estadística criminal. Ejemplo significativo, que desaloja de sus últimas trincheras a los partidarios de la expiación sangrienta, que la califican de mal pero necesario; y que sólo al abrigo de tan angosto criterio, procuran mantenerla. (...) Si la inviolabilidad de la vida humana es un derecho irrecusable, no lo es menos al respeto que la sociedad debe guardar a la dignidad de todos sus miembros, dignidad más apreciable aún que la propia existencia. La sociedad al castigar no debe aparecer vengándose o ensañándose; que corrija sí, pero que procure al mismo tiempo moralizar al delincuente. Las penas infamantes ni corrigen ni moralizan: hacen perder al hombre el poder, la vergüenza, y acaban por habilitarlo a la degradación. Estos son los motivos que me han inducido para borrar de nuestro sistema penal, la pena de infamia, y no adoptar de otras legislaciones, la de cadena, argolla, grillete, etc..." (tomado de OROZCO, Rafael: "Elementos del Derecho Penal de Costa Rica", Imprenta Nacional de Costa Rica, 1882, p. 53-54). Don Rafael Orozco expresa ideas muy claras sobre la filosofía de la pena, demostrando que la abolición de la pena capital en Costa Rica no obedeció sólo a un intuitivo afán humanista o a

Es muy interesante resaltar el hecho de que un régimen dictatorial como el de Tomás Guardia fue el que abolió la pena capital. Generalmente los regímenes dictatoriales desarrollan una política criminal represiva y contraria a los derechos humanos, pero la dictadura de Guardia se separa de esa tendencia, ya que tuvo más bien un efecto democratizador, especialmente en el plano social.⁽⁶⁹⁾ Fue un gobierno duro y progresista, que rompió la hegemonía de la oligarquía, logrando establecer un Estado que dejó de ser simple instrumento de los grupos dominantes, adquiriendo de esta forma una autonomía relativa.⁽⁷⁰⁾ Los rasgos democráticos de la dictadura del General Guardia permiten calificarla como una especie de bonapartismo a nivel nacional.⁽⁷¹⁾

un simple sentimiento de piedad, sino que existió un planteamiento filosófico que respaldó tal decisión. Por otra parte, en su exposición el profesor OROZCO delimita con bastante claridad las atribuciones del poder estatal en relación al castigo mencionado, indirectamente, la pretensión rehabilitadora de la pena.

- (69) Según Ricardo Fernández Guardia, consiguió la anulación de las oligarquías político mercantiles, cuyos intereses se impusieron al poder público durante mucho tiempo. El gobierno de Guardia estableció las bases que permitirían las reformas liberales del 84 y el 88 y que son las que propiciarán la constitución de un Estado netamente civil. FACIO BRENES, Rodrigo: "*Estudio sobre economía costarricense*". Ed. Costa Rica, 1972, Tomo I, p. 65-66.
- (70) ROVIRA MAS, Jorge: "*Estado y política económica en Costa Rica*", 1983, p. 25.
- (71) CERDAS CRUZ, Rodolfo: "*La Crisis de la democracia liberal en Costa Rica*", Educa, Costa Rica, 1972, p. 53. El bonapartismo encarna un centrismo popular y plebiscitario. Es un centrismo que se ubica hacia la izquierda de las fuerzas políticas conservadoras, consiguiendo el apoyo de los sectores progresistas y de las fuerzas políticas de izquierda; es por esto que Duverger afirma, citando René Rémond, que: "...Bonapartismo y radicalismo han sido por dos generaciones sucesivas dos modos de expresión emparentados..." Votar bonapartismo en 1849 o en 1869, y votar radical en 1920 (o votar socialista en ciertas regiones en 1936, o incluso comunista en 1945), es en todo caso votar contra los señores. DUVERGER, Maurice: "*La democracia sin el pueblo*", Ed. Ariel, España, 1968, p. 210. En nuestro país, el bonapartismo de Juan Rafael Mora y de Tomás Guardia sirvieron para pronunciar una transacción de las clases que permitieron darle una fisonomía más definida a la estructura social y política, garantizando, por otra parte, el predominio de los grupos agro-exportador y mercantil-importador, aliados al capital extranjero, al que Tomás Guardia le abrió las puertas. Ver CERDAS, ob. cit., Ibid., p. 54 ss. La ofensiva antioligárquica de Tomás Guardia no permite, sin embargo, considerarlo como un gobernante socialista, puesto que no abolió la dominación de las oligarquías, y fue a través de su intervención que se hace presente en nuestro país el capital financiero internacional. VEGA CARBALLO, J. L. "*La formación del Estado Nacional en Costa Rica*", ICAP, Costa Rica, 1981, p. 276-277. El hecho de que Guardia no haya abolido la dominación del grupo agro-exportador y mercantil-importador, es una característica que se adapta perfectamente al concepto marxista de bonapartismo, pues, en realidad, éste existe y ha sido creado con la finalidad de mantener y reforzar la vigencia del orden social existente, asegurando el dominio del capital sobre el trabajo. El Estado bonapartista,

El espíritu democratizador de la dictadura de Guardia es lo que puede explicarnos, aunque sea en parte, el hecho de que un régimen dictatorial decidiera abolir la pena capital. Lo usual es que las dictaduras, de hecho o de derecho, admitan la pena capital, ya que su abolición casi siempre se produce en el seno de un Estado de Derecho que desarrolla una política criminal democrática y respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, tal como lo hemos mencionado, los rasgos democratizadores,⁽⁷²⁾ de la dictadura del General Guardia, al que algunos han considerado un caudillo revolucionario,⁽⁷³⁾ explican perfectamente el hecho de que este régimen suprimiera la pena de muerte, rechazando una de las respuestas penológicas que caracterizan la política criminal represiva de los regímenes autoritarios. El régimen dictatorial de Guardia logró una racionalización y modernización del Estado, permitiendo que éste adquiriera una "independencia" relativa frente a la sociedad civil (neutralizó la influencia excesiva de la oligarquía), y su legitimación no descansó, en primera instancia, en la utilización de la represión y la violencia, sino que más bien se fundamentó en la existencia de un ordenamiento jurídico-institucional que justificaba la intervención del Estado en las actividades públicas y privadas.⁽⁷⁴⁾ Dentro de este contexto tan peculiar, en el que encontramos un dictador que se ha considerado revolucionario y cuyo poder no estaba legitimado sólo por la fuerza, es lógico que se adoptara la decisión de abolir la pena de muerte. El régimen no requería una respuesta penológica tan drástica, en este sentido se puede decir que Guardia no utilizó una de las típicas disposiciones de la política criminal autoritaria. Se trata de un caso en el que se aprecia claramente la forma en que las transformaciones socio-políticas propician cambios en el sistema punitivo. Es una buena muestra de las relaciones que existen entre los factores socio-políticos y el sistema penal, si el primero se transforma, se producirá un cambio más o menos importante en el segundo.⁽⁷⁵⁾

aunque pueda ser independiente políticamente de una clase determinada, si- gue siendo, tal como debe ser en una sociedad de clases, el instrumento que protege a una clase económica y socialmente dominante. MILIBAND, Ralph: "*Marx y el Estado*", publicado en la obra titulada: "*Marx, el Derecho y el Estado*", Ed. Oikos, Tau, España, 1969, p. 61-62.

- (72) FACIO BRENES, Rodrigo, Supra nota 4, p. 66. ROVIRA MAS, J. Supra nota 5, p. 25.
- (73) La dictadura de Guardia permitió, a través de las radicales transformaciones político institucionales, una racionalización del proceso de acumulación de capitales. VEGA CARBALLO, José Luis, Supra nota 6, p. 267-268.
- (74) Ibid., p. 270.
- (75) El factor socio-político condiciona en gran medida el sistema punitivo de un país. Los cambios significativos en el modelo socio-político, conllevarán, en mayor o menor medida, una variación significativa del sistema penal. Esta relación se explica en gran medida por el hecho de todas las normas existentes en el ordenamiento jurídico, son las leyes penales las que más influyen, a veces muy dramáticamente, sobre las libertades y el ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano. La relación entre cambios políti-

12) *La pena de muerte en el Derecho Internacional:*

a) Declaración universal de Derechos del Hombre (1948).

El artículo tercero de la declaración establece que todo individuo tiene derecho a la vida. A partir de esta norma, no obstante la peculiar condición jurídica de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, se puede admitir que la pena de muerte es incompatible con la vigencia de los derechos humanos. Ningún Estado tiene derecho de disponer de la vida de una persona, no obstante, lo que ésta haya hecho.

b) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

En el pacto se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. En el artículo sexto se declara que la vida es un derecho de la persona humana, pero la realidad y la lenta evolución de los derechos humanos, no permiten la abolición de la pena capital, por eso se fijan límites a su ejecución.

c) *La Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).*

En la convención europea (artículo segundo) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4) se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. En cuanto a la Convención Europea, los ministros que asistieron a la XIII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Atenas, analizaron este tema el 28 de mayo de 1982, resolviendo, con el voto negativo de Turquía, que lo más pronto posible se pusiera en vigencia el Proyecto de Protocolo adicional a la Convención europea de Derechos del Hombre relativo a la abolición de la pena de muerte. De todas maneras, a pesar de los esfuerzos que hacen los abolicionistas, la realidad (o la parálisis de las concepciones ético-jurídicas co-

cos y transformaciones en las normas penales, ha sido evidente en España, ya que "...el trienio liberal de los tiempos fernandinos trae, como consecuencia de los principios, de la Constitución de 1812, el primer Código Penal de España: el de 1822, las tormentas revolucionarias de 1848 dan origen al Código de ese año, obra de un gobierno moderado, consolidador de tímida conquista liberal. El conservatismo que termina con el bienio moderado, impone las reformas de 1850, la Constitución de 1869, de índole progresista, hace necesario el Código de 1870; la dictadura de 1923, acarrea el Código de 1928; la República de 1931 tiene su ley penal con la reforma de 1932. El régimen totalitario que se instaura primero en parte del país y luego en su totalidad a partir de 1939, el Código de 1944 y las revisiones posteriores..." BARBERO SANTOS, Marino: *"Política y Derecho Penal en España"*. Ed. Túcar, España, 1977, p. 17-18 y ss.

jectivas) sigue imponiendo la vigencia, aunque sea para casos excepcionales, de la pena capital. Pero si se pretende lograr un respeto real de los derechos humanos, se debe lograr su abolición. Esta sanción es contraria a la dignidad humana y tampoco logra, tal como muchos pretenden, un efecto preventivo-general. Su mantenimiento obedece, entre otros motivos, a una inhumana irracionalidad que muchas veces orienta a la reacción social frente al delito. Es una irracionalidad que tiene estrecha conexión con la evolución o progreso moral, ya que en la medida en que vayamos captando la profundidad que tiene el reconocimiento y el respeto por la persona, las sociedades irán admitiendo que la pena de muerte, a pesar de su legalidad, es contraria a la dignidad del ser humano, y que el delincuente nunca pierde su condición de persona. La vigencia de la pena capital nos permite admitir que aún estamos lejos de "...haber alcanzado la cumbre de la noosfera, a lo más podemos pensar que hemos llegado a uno de los recodos decisivos..."⁽⁷⁶⁾

13) *La pena de muerte como respuesta política autoritaria y represiva:*

La pena capital mantiene su vigencia en muchos países, no sólo por la supervivencia de un irracional sentimiento de venganza,⁽⁷⁷⁾ sino que también es la respuesta predilecta de los regímenes antidemocráticos. Siendo en sí misma un abuso político,⁽⁷⁸⁾ es el recurso favorito de los Gobiernos que ignoran la eminente dignidad de la persona y que tratan de resolver los conflictos y disidencias mediante métodos opresivos y violentos. La vigencia de la pena de muerte conlleva el peligro de favorecer su extensión abusiva a los delitos políticos y económicos, y es casualmente cuando sur-

(77) Las encuestas de opinión muestran que existe un criterio predominantemente favorable hacia la pena de muerte, por ejemplo, Augusto DUTRA BARRETO, en un artículo en el que adopta una radical defensa de la pena capital, menciona el hecho de que en Brasil, de acuerdo con investigaciones estadísticas que se han hecho, el noventa por ciento de la población es favorable a la pena capital. (Ver *"Pena de Muerte o Direitos humanos"* publicado en revista *Justitia*, Brasil, Vol. 120, 1983); en Francia, en los meses de febrero y octubre de 1981, se hicieron estudios de opinión, obteniéndose porcentajes favorables a la pena de muerte (63% en febrero y 52% en octubre) BARBERO SANTOS, M. *Supra* nota 1, p. 688.

(78) Es necesario examinar que la lentitud calculada y la solemnidad con que se ejecuta la pena capital no permiten asimilarla al estado de necesidad o a la legítima defensa. BERSITAIN, Antonio: *"El catolicismo ante la pena de muerte"*, Iglesia Viva, 1977, p. 266. En la legítima defensa se toma en cuenta la inminencia o actualidad del ataque o agresión, en cambio cuando el Estado priva a un delincuente de su vida, debe tomar en cuenta el futuro, pues de lo contrario convertiría tal decisión en una simple venganza. Por otra parte, en la legítima defensa, si se produce la muerte del atacante, debe demostrarse que no existía otro método menos radical para evitar la agresión, y actualmente está demostrado que el Estado no necesita de una respuesta tan radical como la pena capital para contener la criminalidad. GARCIA VALDES, *Supra* nota 27, p. 57.

gen los regímenes antidemocráticos, la pena capital se convierte en un puro instrumento de opresión. Frecuentemente se impone a delincuentes políticos juzgados por tribunales especiales.⁽⁷⁹⁾ En este aspecto es típico el caso argentino, puesto que el gobierno militar surgido del golpe de Estado del 24 de marzo de 1976, la reinstauró. Esta reinstauración no es un hecho aislado, sino que es parte de un "contexto absolutista en el que la represión es la única respuesta del gobierno al descontento social. Elevada, pues, la represión al más importante rango de los instrumentos de gobierno, se produce una escalada legal que tiene que contar con la pena máxima..."⁽⁸⁰⁾ Si un Estado pretende orientar su transformación hacia lo que debe ser un verdadero Estado de Derechos democrático, debe abolir la pena capital se trata de una respuesta penológica inhumana y constituye una muestra indiscutible de una política criminal represiva y contraria a los derechos humanos.

Por otra parte, la abolición de esta pena coincide con las concepciones más avanzadas en el desarrollo de las concepciones ético-jurídicas colectivas.⁽⁸¹⁾

La vigencia de la pena capital en las legislaciones nacionales, de acuerdo con el derecho internacional, tal como lo hemos mencionado, respetando ciertos límites, no constituye, formalmente, una violación de derechos humanos. Sin embargo, si se conciben los derechos humanos con mayor amplitud, dándole el verdadero contenido al principio de la eminente dignidad humana, se llega a la conclusión de que la vigencia de la pena capital es una violación de los derechos humanos,⁽⁸²⁾ demostrando

(79) Ibid.

(80) SOLARI YRIGOYEN, Hipólito: "La pena de muerte en la actual legislación argentina", C. P. C. N° 4, p. 144. El Código Penal de Albania, vigente a partir del 1° de octubre de 1977, es un ejemplo de la utilización eminente política y represiva de la legislación penal; en los comentarios oficiales sobre la citada legislación, se rechaza de manera expresa el concepto de justicia imparcial. Se utiliza la pena capital contra los adversarios políticos, pues se prevé la misma para la mayor parte de los delitos de carácter político (contra el Estado). El artículo 53 del código citado, redactado con gran imprecisión (violando el principio de legalidad), se establece que "... Toda acción u omisión dirigidas a debilitar o socavar la actividad del Estado o la del Partido Albanés del Trabajo, la economía socialista, la organización y dirección del Estado y la sociedad se castigará con privación de libertad durante un período no inferior a diez años, o con la pena de muerte". La imprecisión de la norma y las penas tan desmedidas que prevé demuestran un total irrespeto por el principio de legalidad, un exceso en los límites de la potestad represiva del Estado y una utilización de la pena de muerte como instrumento de control político. (Ver Informe Mensual de Amnistía Internacional, enero 1985, p. 4).

(81) BARBERO SANTOS, Marino. Supra nota 1, p. 665.

(82) El derecho a la vida es un absoluto; ni el principio de culpabilidad ni el respeto al debido proceso permiten al Estado imponer la pena capital. Ibid. p. 668.

que las sociedades y los individuos se resisten a admitir, en la realidad, lo que con mucha facilidad se escribe y se habla. Los derechos humanos progresan, en la práctica, con demasiada lentitud. Se habla mucho de ellos, pero nos cuesta mucho dar testimonio de nuestra profunda convicción de que "el otro" también es digno y que el verdadero progreso humano sólo se logra a partir de la relación dialéctica entre la intimidad y la comunidad.

CONCLUSIONES

1.—La Administración de Justicia no puede ordenar la aniquilación física del delincuente, aunque sea después de un juicio en el que se han respetado las reglas esenciales del debido proceso. La gravedad de un delito no hace desaparecer la eminente dignidad del delincuente, por esta razón éste no puede convertirse en un simple instrumento al servicio de objetivos político-criminales.

2.—No existe ninguna evidencia científica significativa que demuestre una relación directa entre la pena de muerte y el efecto preventivo general de la sanción penal. Las investigaciones que se han hecho no demuestran que la supresión de la pena capital ocasione una importante variación en los índices de delincuencia.

3.—La pena de muerte es un signo característico de la política criminal autoritaria y represiva. Sus objetivos contradicen los valores esenciales del Estado democrático de Derecho; su vigencia casi siempre coincide con los regímenes autoritarios.

4.—Las ejecuciones extra-judiciales propiciadas directa o indirectamente por los gobiernos autoritarios, demuestran la supervivencia de la pena capital, pues aunque la misma se suprima de la legislación, la típica represión de los sistemas antidemocráticos la mantiene vigente.

5.—La supervivencia de la pena de muerte, especialmente en la opinión del ciudadano común, además de que se fundamenta en prejuicios y falacias, puede originarse en las siguientes razones: a) predominio del carácter necrófilo; b) el condenado a muerte canaliza toda la agresión real y potencial de la sociedad, asumiendo el papel de "chivo expiatorio"; c) la insensibilidad que vive el hombre frente a la violencia.

6.—La dictadura de Tomás Guardia logró una racionalización y modernización del Estado, permitiendo que éste adquiriera una independencia relativa frente a la sociedad civil. Fue una dictadura con espíritu democratizador (bonapartismo), por eso no resulta casual o incomprensible que fuese el régimen de Guardia el que decretara la abolición de la pena de muerte. La corriente abolicionista sólo encuentra pleno desarro-

llo en un régimen político predominantemente democrático, en el que impere un respeto indiscutible por la dignidad de la persona.

7.—El derecho internacional admite, aunque con importantes restricciones, la pena capital. Esta situación demuestra que los prejuicios no permiten un respeto pleno de los derechos esenciales de la persona, ni aún en las normas internacionales que regulan los derechos humanos.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Rafael González Ballar,
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.