

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE

EFRAÍN MONTES FLORES

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Estas reflexiones es a proposito de la discusion de dos proyectos en el Congreso de la República en el que el grupo oficialista estarian impulsando la pena capital en nuestra legislacion nacional buscarian añadir al Código Penal la pena de muerte en los delitos de terrorismo y violacion de la libertad sexual; estos proyectos tienen como antecedente en la oferta electoral que el actual jefe del Estado realizo como candidato presidencial y que volvio a confirmar estando ya en ejercicio de la presidencia. Esta forma de pena no es nuevo siempre ha existido y ha acompañado al hombre a traves de su historia. Del mismo modo es un tema muy sensible y debe ser un tema que suscite mas controversia que un problema filosofico, juridico y politico ya que se trata de la existencia misma del ser humano¹, al respecto anota Zaffaroni al respecto que “la pena de muerte era la más radical de la viejas penas corporales o afflictivas, que se ejecutaban sobre el cuerpo mismo del condenado. Se trataba de una supervivencia del tiempo en el que el estado tenía como funcion *la administracion de la muerte*, porque aún no había asumido la de la vida”², por lo general se le imponian la pena de muerte pública a los autores de delitos graves que a decir de zaffaroni constituian un espectáculo festivo en las plazas³; Mir Puig citando a Antón Oneca relata un pasaje en el que un aleman llamado Carpzovio se jactaba de haber pronunciado más de diez mil condenas capitales y de haber enviado más de un centenar de brujos a la hoguera⁴. Esta forma de pensar ha sido dejado de lado con el triunfo de las ideas de la ilustración y con la dacion de un *contrato social* por el que los ciudadanos cedemos una parte de nuestro derecho al Estado a fin de que lo administre esto con la finalidad de ejercitar plenamente la parte del derecho que no cedemos⁵, entre la parte que no cedemos estan los derechos fundamentales de primer nivel como la vida y salud que constituirian la esencia misma de la persona humana, asi la Constitución Política del 1993, empieza señalando en su artículo 1º que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa y respeto de la persona y de su dignidad, enseguida en el artículo 2º establece que toda persona tiene derecho a la vida, si bien es cierto, el Estado al ejercer su derecho subjetivo es titular del *ius puniendi* (capacidad punitiva), sin embargo, de ninguna manera puede legislar en favor del establecimiento de la pena de muerte menos en un Estado Democrático de Derecho que nos rige debido a que los ciudadanos no hemos cedido ese derecho, mas bien lo que debe hacer el Estado es establecer mecanismos para su efectiva proteccion, en el pasado específicamente en el derecho penal colonial pese a que existia la pena de muerte esta no se aplicaba con frecuencia al respecto Jiménez de Asúa señalaba citando a José Rafale Mendoza que la condena a muerte no se ejecutaba casi nunca ya que en

¹ Bramont Arias, Luis; *Temas de Derecho Penal* N° 3, “La pena de Muerte”, SP Editores, Lima, 1988, p.75.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl; *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 919.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 36.

⁴ Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, PPU, S.A., Barcelona, 1996, p.689.

⁵ Kindhäuser Urs; *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1996,p. 20-21.

reiteradas comunicaciones los Tenientes de Justicia Mayor de Guayana, La Victoria y Villa de Cura dirigian a la Real Audiencia solicitando la ejecucion de condenas criminales, debido a que en esos lugares no había verdugo ni ejecutor de justicia⁶ y cuando se imponía y ejecutaba lo hacian mediante la horca, la decapitacion, el garrote, el arcabuceo, y el descuartizamiento por tiro de caballos que se dio en la ejecucion de Tupac Amaru. Cesare Beccaria es considerado un precursor en la lucha contra la pena de muerte a su vez un precursor de Beccaria es Fray Martín Sarmiento quien ataco y nego la finalidad ejemplificadora de la pena de muerte señalaba que “por malvado que sea un hombre es más útil a la sociedad vivo que muerto”⁷, Beccaria lo que buscaba demostrar era que la pena de muerte era inuntil y innecesaria demostrando ello daría un triunfo a la humanidad⁸ aunque admitia la posibilidad de su imposicion en algunas situaciones, el valor de su aporte radica en su constante critica radical a la pena de muerte.

La historia del Derecho Penal ha sido la historia de su progresiva humanizacion⁹, no se puede explicar que mentes lucidas como Sócrates, Platón, Tomas de Aquino, Lutero, y Kant entre otros hayan podido justificar la imposicion de la pena de muerte¹⁰, el desarrollo historico de la pena de muerte a traves de la historia se dio en tres etapas claramente diferenciables **primero** en la etapa del *Derecho Penal de la Monarquia* o llamada tambien *Antiguo Regimen*, con anterioridad al siglo XVIII, donde la pena principal era la pena de muerte, **segundo** en la *etapa de las luces* o de la *Ilustracion*, con posterioridad al siglo XVIII, donde la pena de muerte sólo se aplica como una excepcion aquí hace su aparicion la pena privativa de la libertad y finalmente en **tercera** etapa siglo XX, que supuso un cuestionamiento radical a la pena de muerte aquí tienen aparecen los movimientos *abolicionistas*¹¹, es decir del sistema penal que en sus inicios tenia como pilar fundamental a la pena de muerte, penas corporales y el trabajo fisico coactivo luego con la superacion de esta forma de pena aparecio con gran protagonismo la pena privativa de libertad, el Código Penal Peruano del 1924, establecia la pena de muerte pero en algunos casos habia sido sustituida por la de internamiento de veinticinco años como minimo¹², es con el Código de 1991 que se suprime completamente del catalogo de penas a la pena de muerte; pero esto no quiere decir que se haya borrado del todo ya que en el articulo 140º de la Constitucion del 1993, subsiste la pena de muerte en casos de delitos de traicion a la patria en caso de guerra, añadiendo tambien al caso de terrorismo; sin embargo, sobre ésta última es inaplicable debido a que en el año 1981 entro en vigor en el Perú la Convención Americana de Derechos Humanos que en su articulo 4º establece que en los paises en los que no se han abolido la pena de muerte , ésta sólo podra imponerse en delitos más graves y de conformidad

⁶ Jiménez de Asúa, Luis; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 5ª edición actualizada, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, p.980.

⁷ Ob. Cit. Jiménez de Asúa, Luis, p. 839.

⁸ Beccaria, Cesare; *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p.74.

⁹ Zugaldia Espinar, José y otros; *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 211.

¹⁰ Barbero Santos, Mariano; “*Pena Capital y Estado Democratico, (Panorama político – criminal de la pena de muerte)*” en *El poder penal del Estado Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p.106.

¹¹ Ob. Cit. Zugaldia Espinar, José y otros, p. 214. el mismo en *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.256-257.

¹² Véase en ese sentido la exposicion de motivos de la Ley N° 4868 del 11 de enero de 1924.

con leyes que estén en vigor al momento de cometerse el delito y no se podrá extender su aplicación a delitos a los cuales no se aplicaba, ni se podrá restablecer la pena de muerte en los Estados que la han abolido, pero sí puede presentar su reserva para aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra, conforme al Derecho Internacional, en caso de un delito muy grave de carácter militar¹³ plantear en la actualidad la implantación de esta forma de sanción sería regresar a un estado de barbarie, que solo se puede concebir en estados totalitarios como en su momento convivió Alemania con el nacional socialista en el que se abusó de esta pena¹⁴; un Estado que se ufane de ser civilizado no puede actuar de manera irracional su actuación debe ser lo más racional y formal posible, esto es no debe responder el golpe con golpe. La posibilidad de la renuncia a la pena de muerte constituye un parámetro de la integridad social y jurídica de un ente colectivo y de su estado de desarrollo político criminal en la humanización de la persecución penal¹⁵. Si hablamos sobre la utilidad de esta forma de pena comprobaremos que esta en primer lugar es irreparable ya que sucedería si una vez ejecutado se prueba que no era el autor del delito por el cual se le privó su vida, el maestro sanmarquino Bramont Arias señala que los profesores Cuello Calón, Benthan, Florian y otros consideran que este criterio es suficiente como para fundamentar una abolición de la pena máxima¹⁶, pueda que tengan razón en ello pues atrás quedó la imagen del juez encerrado en una urna de cristal como dice Muñoz Conde, esto para preservarlo de toda contaminación o ideológica partidista ya que los jueces son personas de carne hueso, con sus pasiones y sentimientos¹⁷ por ende son susceptibles de cometer errores judiciales por su condición misma la realidad y la literatura es rica en demostrarnos los errores judiciales¹⁸. Del mismo modo hay que preguntarnos si la pena de muerte produce un efecto intimidatorio o produce efectos preventivos en la sociedad, la realidad nos demuestra que no cumple esa finalidad¹⁹ ya que anteriormente cuando la pena de muerte estaba vigente la comisión del delito no había desaparecido. Tampoco esta pena cumple alguna finalidad ya que no tiene como efecto la reducción, resocialización y reincidencia del delincuente, a lo afirmado líneas arriba hay que añadirle que tratar de implantar la pena de muerte sería institucionalizar en nuestro sistema el llamado derecho penal del enemigo que es descrito por el profesor Günther Jakobs²⁰ y sus seguidores entre ellos Miguel Polaino -

¹³ Remotti Carbonell, José Carlos; *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Idemsa, Lima, 2004, p.107-108.

¹⁴ Jescheck Hans – Heinrich y Weigend Thomas, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 810.

¹⁵ Maurach Reinhart, Gössel Karl Heinz y Zipf Heinz, *Derecho Penal Parte General 2*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p.637 -638.

¹⁶ Ob. Cit. Bramont Arias, Luis; p.78.

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco; *La búsqueda de la Verdad en el proceso penal*, 2ª edición actualizada, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 27-28.

¹⁸ Una magnífica obra al respecto es el *Proceso a la verdad* de Anchorena More, Guillermo; que relata un proceso penal en el que se condena a pena de muerte a un procesado por supuestamente haber dado muerte a su propia madre, el autor relata como es condenado a la pena capital a un inocente que no sabe como explicarse como es que está en esa situación.

¹⁹ Gimbernat Ordeig, Enrique; “*Contra la pena de muerte*” en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 28.

²⁰ Jakobs Günther y Cancio Meliá, Manuel; *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 1-106

Orts²¹; esto ha sido objeto de fuerte crítica el delito de terrorismo, obviamente es un delito muy grave que requiere una respuesta de manera drástica por parte del Estado, que hubiera sucedido si en el régimen de Fujimori se hubiera implantado la pena de muerte por este delito como vemos se hubieran eliminado a miles de inocentes ya que tiempo después con la creación de la comisión de indultos quedó probado que eran inocentes, con esto quiero terminar señalando una hermosa frase muy reflexiva citada por el profesor Raúl Zafarroni tomando lo afirmado por Lord Hoffmann a propósito de la discusión que el máximo Tribunal Británico realizó sobre la adecuación a la Convención Europea de Derechos Humanos de la Ley antiterrorista de 2001 “ Naturalmente, el gobierno tiene el deber de proteger la vida y los bienes de sus ciudadanos. Pero éste es un deber que incumbe en todo los momentos y que está obligado a cumplir sin destruir nuestras libertades constitucionales” . Y más adelante agregó: “ la real amenaza para la vida de la Nación, en el sentido de un pueblo viviendo conforme a sus leyes y valores tradicionales, no proviene del terrorismo, sino de leyes como éstas. Esta es la verdadera medida en que el terrorismo puede llevarse a cabo. El parlamento debe decidir si le otorga al terrorismo semejante victoria”²² , pues sería un triunfo del terrorismo y de los delincuentes sexuales el que los ciudadanos vivamos permanentemente con la guadaña señalándonos en el cuello. Sobre ello un jurista no puede quedar callado como dice Muñoz Conde no debe limitarse a describir como funciona una silla eléctrica sin pronunciarse a favor o en contra de la pena de muerte²³ , de ahí que no estemos de acuerdo con la pena de muerte, bajo ninguna modalidad ya que admitir ello es como renunciar a seguir viviendo como humanos. En un Estado de Derecho todo hombre debe recibir igual trato por parte del Derecho Penal Democrático, del mismo modo se debe excluir la normatividad que establezca reglas y procedimientos de negación de la dignidad del ser humano, el Estado que realice lo contrario se desvincularía del Derecho²⁴ ese es el precio que debemos pagar para que nuestra sociedad exista como tal es decir como país civilizado²⁵

²¹ Polaino-Orts, Miguel; *Derecho Penal del enemigo Desmitificación de un concepto*, Grijley, Lima, 2006, p. 1-316.

²² Ob. Cit. Zafarroni Raúl; *El Enemigo en el Derecho Penal*, p. 184 -185.

²³ Muñoz Conde, Francisco; *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p.70.

²⁴ Gracia Martín, Luis; “*Consideraciones Críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”*”, en *Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación I*, 2005-1, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, p.149.

²⁵ Montes Flores, Efraín; “*Algunas consideraciones sobre la presunción de inocencia*”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, tomo II, Ara Editores, Lima, 2006, p.637.