

Nº 23
Tercer trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 23. Septiembre 2020

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (acreditado ANECA) y Director del Título de Especialista en Contratos Públicos. Abogado-Consultor.
(www.jaimepintos.com)

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia.
Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE.

D. Francisco José Negro Roldan..... 15

ANÁLISIS CRÍTICO DEL EMPLEO DE UMBRALES DE SACIEDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN "PRECIO"

D. Roberto Carrodegas Méndez..... 52

LA MEJORA SALARIAL DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, UNA CONDICIÓN SOCIAL CON LUCES Y SOMBRAS EN SU APLICACIÓN

D^a Amaia Labella Cámara..... 89

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA

D. Pedro José Díaz Calderón..... 117

DE NUEVAS CON LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES DE CASTILLA-LA MANCHA: PROPUESTAS DE REFORMA

D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez 151

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA
D^a Lidia Valiente Castellanos.....180

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

EL DERECHO A LA CULTURA Y LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
D. Antonio Maniatis229

LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO COMPARADO DE LA PERSPECTIVA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL REINO DE ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES
D. Oscar D'oleo Seiffe.....256

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2613/2016, DE 9 DE JUNIO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL
D^a Marta Alarcón del Pico.....312

BASES DE PUBLICACIÓN.....375



EDITORIAL

En el número 23 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés y una reseña de jurisprudencia.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Francisco José Negro Roldán con el artículo que lleva por título “El reequilibrio económico de una concesión de obra pública desnivelado por la actuación (previsible) de otra administración distinta a la contratante”.

A continuación, D. Roberto Carrodegua Méndez aborda un tema de rabiosa actualidad, sobre el análisis crítico del empleo de umbrales de saciedad en la contratación pública para la valoración del criterio de adjudicación “precio”

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Amaia Labella Cámara, que aborda la problemática existente respecto de la mejora salarial como condición social dentro de un proceso de contratación pública.

D. Pedro José Díaz Calderón, en su artículo “La evolución del derecho ambiental internacional y la contratación pública ecológica” analiza cómo la normativa en materia de contratación pública ha tratado de adaptarse a lo largo de los años, a la preocupación ambiental, en la misma medida que la realidad y las exigencias sociales.

D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez, continuando con su trabajo publicado en el número 15 de la Revista, vuelve a tratar con exquisitez otras reformas de las que sería susceptible la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de “La pena de muerte en España” de D^a Lidia Valiente Castellanos se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publican los trabajos de D. Antonio Maniatis y de D. Oscar D’oleo Seiffe. Interesantes reflexiones que esperemos que el lector disfrute.

En la sección Reseña de Jurisprudencia, la autora D^a Marta Alarcó del Pico comenta de una manera exhaustiva, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2613/2016, de 9 de junio. Análisis del artículo 311 Código Penal.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL



LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

D^a Lidia Valiente Castellanos

Abogada. Despacho de abogados Alarcón Ortega

Resumen: Esta investigación se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia. Se estudia también el camino abolicionista emprendido particularmente por este país. Y finalmente se valoran los problemas que supondría para un Estado totalmente abolicionista como España la reintroducción de esta pena como una sanción jurídicamente aplicable por los Tribunales de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Desde el punto de vista metodológico se han utilizado fuentes actualizadas y especializadas en la materia, así como otras monografías y obras colectivas de Derecho Penal para abordar cómo esta sanción afecta a los derechos fundamentales de la persona. En su conjunto, como puede verse en el apartado bibliográfico, se ha hecho uso de una notable variedad de fuentes y autores, lo que refleja la importancia doctrinal del tema.

Palabras Clave: Constitución, Derecho Penal, derechos de los prisioneros, derechos humanos, España, pena capital, pena de muerte, sanción penal, régimen jurídico.

Abstract: This research focuses on the study of the application that death penalty had in Spain throughout history, along with the regulation that currently exists on an internal level regarding this matter. This article also examines the abolitionist approach undertaken throughout the years, as well as the problems that the reintroduction of this penalty as a legal sanction applicable by the Courts would entail for an abolitionist state like Spain and its current legal system. Regarding the methodology, updated and specialized sources have been used, as well as other monographs and collective works about criminal law that address how this sanction affects the fundamental rights of the person. As a general approach, a remarkable variety of sources and authors has been used, evidence of the doctrinal importance of the subject.

Keywords: Constitution, Criminal Law, rights of prisoners, human rights, Spain, capital punishment, death penalty, criminal sanction, legal regime.

Sumario: 1. Introducción, 2. Antecedentes históricos, 3. El camino hacia la abolición de la pena de muerte, 4. Análisis de la regulación actual, 5. Antinomia entre la pena de muerte y el Derecho español, 5.1 Obstáculos legales, 5.2. Principios del Derecho Penal Constitucional, 5.2.1. Fines de la pena, 5.2.2. Principio de humanidad, 5.2.3. Principio de proporcionalidad, 5.3. Derechos fundamentales de la persona, 5.3.1. El derecho a la vida, 5.3.2. El derecho a la dignidad, 6. Conclusiones, 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La pena de muerte es una sanción penal que supone la privación definitiva de la vida, el bien jurídico más fundamental para el ser humano, así como la violación de otro conjunto de derechos fundamentales. Esto ha producido que muchos países como España, con larga tradición retencionista, finalmente hayan decidido emprender el camino abolicionista limitando, en primer lugar, el uso de la pena de muerte, para finalmente culminar el proceso logrando su total abolición de la legislación.

Sin embargo, el proceso abolicionista no es una tarea legislativa sencilla y en ocasiones supone problemas. Por otro lado, también debemos destacar que el uso de esta pena es una cuestión tradicionalmente polémica, de modo que incluso en aquellos Estados dónde está totalmente abolida en ocasiones surgen iniciativas populares que reclaman su reintroducción, la cual probablemente ya no sea posible realizar sin emprender una importante reforma constitucional.

Todas estas cuestiones serán puntualmente abordadas en cada uno de los apartados en los que se articula este ensayo que, además, también incluye unas conclusiones finales. En concreto; en primer lugar, se realiza una aproximación al uso histórico que se ha realizado de la pena de muerte en España; en segundo lugar, desde una perspectiva legal se estudiará el proceso abolicionista que experimentó el país en su momento; a continuación, se analizará detenidamente la regulación que rige actualmente en España sobre el uso de la pena capital, así como los problemas terminológicos e interpretativos que puede sugerir la misma; y finalmente, se explican las razones por las que la pena de muerte no encaja en el sistema penal español, introduciéndose, con ello, los

principales argumentos que actualmente sirven para vertebrar el debate en torno a la abolición de esta sanción penal.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La pena de muerte en España ha estado muy presente a lo largo de su historia ya que se ha recurrido intensamente a esta sanción por delitos de todo tipo y se ha ejecutado de diversas formas. La historia de la pena capital en España hasta su codificación no muestra diferencias sustanciales. Podemos decir que la represión penal era muy fuerte y hasta los siglos XII y XIII se aplicaba la pena de muerte a delitos como el parricidio, el aborto homicida, la traición e incendio, o el homicidio de parientes. Y sus formas de ejecución consistían en la lapidación, el despeñamiento, la crucifixión, el enterramiento en vida, así como la muerte por hambre, sed, frío o el fuego¹.

Esta situación se mantuvo sin sufrir cambios importantes hasta que finalmente con la llegada del Antiguo Régimen, las ejecuciones comenzaron a estar marcadas por un importante componente religioso, ya que muchos delitos se castigaban por considerarse pecados contra la Iglesia y se buscaba con la ejecución del reo una última alternativa para la salvación divina de su alma, a la vez de tratar de aportar un mensaje ejemplarizante y moralizante hacia el resto de la sociedad, pues la ejecución del condenado se realizaba en plazas muy concurridas, haciéndose de ella un espectáculo y normalmente este ajusticiamiento se producía tras el padecimiento de todo tipo de torturas.

¹ GARCÍA VALDÉS, C., "La pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013. págs. 235 y 236.

El panorama comenzó a cambiar hacia el S. XIX, cuando el humanismo irrumpe en la filosofía jurídico-penal de España y se pretende lograr el fin de los castigos corporales y hacer de las prisiones la gran alternativa a las penas capitales². En este contexto llega la codificación de la pena de muerte al Estado español con el Código Penal de España de 1822, inspirado en las ideas de BECCARIA y BENTHAM, que trae consigo una atenuación en la crueldad de los métodos de ejecución de la pena de muerte³, fijando el garrote⁴ como único sistema para ajusticiar a los reos. Sin embargo, la vigencia del Código Penal de 1822 duró apenas un año, pues en 1823, en España se volvió nuevamente al sistema absolutista que regía anteriormente, reinstaurándose también el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición y junto a él las modalidades de ejecución anteriores, fundamentalmente la horca⁵.

² OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, SÍNTESIS, Madrid, 2008, págs. 21- 23.

³ El artículo 36 del C.P. de 1822 determina que el reo condenado a muerte sufrirá en todo caso la de garrote, "sin tortura ni mortificación previa a la persona". Vid. LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fascículo 1, 1981, pág. 21.

⁴ El garrote era un instrumento surgido en el siglo XVI con la Inquisición, y era utilizado como herramienta de tortura. Sin embargo, posteriormente se empleó para llevar a cabo las ejecuciones y hacer menos cruel la pena de muerte en la hoguera, ya que previamente se agarrotaba al condenado y una vez muerto por estrangulamiento se le quemaba. Vid. SUEIRO, D., *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, págs. 119-141.

⁵ Op. cit., pág. 27.

Durante la denominada Década Ominosa (años 1823 a 1833), en España se multiplicaron las ejecuciones, pero también creció la oposición popular contra la justicia, por su arbitrariedad y corrupción. En contraste, aumentaba el apoyo popular al garrote por considerarlo más justo y humanizado⁶. Ante esta situación, finalmente se produjo la abolición definitiva de la horca en el año 1828, en favor del garrote (ordinario, noble o vil) como método de ejecución de las condenas capitales en España⁷.

En el año 1848 entra en vigor un nuevo Código Penal español, que elimina las distinciones en la pena de garrote resolviendo que éste (sin adjetivos) sería el único método de ejecución en la legislación ordinaria. Y como novedad, introducía una diferenciación con la legislación castrense, fijando los fusilamientos como nueva técnica de ejecución en España para los militares. De modo que la sociedad en general sería ejecutada por garrote, mientras que los militares serían fusilados.

El Código Penal español de 1870 sustituye por completo al de 1848 pero mantiene las disposiciones establecidas por éste respecto a la pena de muerte⁸. Aunque al mismo tiempo, introduce cambios importantes ya que la pena capital deja de ser una pena única para considerarse el grado máximo que se podía imponer a determinados delitos⁹. Ese mismo año

⁶ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 30.

⁷ Este cambio en el método de ejecución de la pena capital en España se introdujo con la Real Cédula del 28 de abril de 1828, en la que se establecía que existían tres modalidades de garrote: garrote ordinario, para el pueblo llano; noble, para la nobleza; y vil, para los reos de delitos infamantes. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit., pág. 21.

⁸ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 21.

⁹ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 32-35.

también se crea la Ley de Fugas que con el tiempo se ha convertido en una de las leyes más sanguinarias de la historia de España¹⁰.

Para la época del siglo XIX ya habían surgido en el país del que hablamos movimientos abolicionistas y comenzó a debatirse sobre la publicidad de las ejecuciones. Contra las que se situaban penalistas y reformadores de distintas épocas y nacionalidades, como BECCARIA, LARDIZÁBAL, ARENAL o PULIDO hasta que en el año 1900 se prohibieron los ajusticiamientos públicos en España con la “Ley Pulido”¹¹.

Con la dictadura de Primo de Rivera se produjo un endurecimiento del sistema penal mediante la aprobación del Código Penal español de 1928. Este cambio en la tendencia fue duramente criticado desde la aprobación del Código en

¹⁰ La Ley de Fugas permitía disparar y matar a los detenidos cuando se estaban fugando. Sin embargo, bajo su vigencia se han desarrollado “legalmente” todo tipo de prácticas represivas por parte de las fuerzas de seguridad contra los reos que estaban bajo su custodia, llegando incluso a asesinarlos con un disparo en la espalda, alegando después que se estaban fugando en el momento de producirse este disparo. Esta práctica se ha conocido popularmente en España como “los paseos”. Ibidem, págs. 46 y 47.

¹¹ La Ley Pulido fue aprobada el 9 de abril de 1900 y llamada de este modo en honor al Diputado a Cortes que la propuso, Ángel Pulido Fernández. El artículo único de la ley, decretaba que en adelante la pena de muerte se ejecutaría a la luz del día, mediante el garrote en el interior de las prisiones. Se izaría una bandera negra cuando el reo hubiese sido ajusticiado y se publicaría la ejecución en el Boletín Oficial de la Provincia. Para más información Vid. PULIDO FERNÁNDEZ, Á., “Proposición de Ley del Diputado a Cortes señor PULIDO, pidiendo la reforma de los artículos del Código penal relativos a la pena de muerte, al Congreso”. En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 35-39.

1928, hasta que finalmente el Colegio de Abogados de Madrid instó en 1930 la reintroducción del antiguo Código Penal español de 1870.

Finalmente, con la llegada pacífica de la Segunda República de España presenciamos la primera etapa abolicionista en este Estado. La República, de ideología liberal y progresista, elabora el nuevo Código Penal español de 1932, optando por la regeneración de los procesos judiciales, la humanización de los castigos y la abolición de la pena capital para los delitos comunes en tiempos de paz¹². Sin embargo, se produjo un aumento en la criminalidad y la sociedad, bajo una sensación generalizada de impunidad reclamaba un endurecimiento del sistema penal¹³ que llegó con la Ley de 11 de octubre de 1934, mediante la que nuevamente en España se restableció la pena capital para determinados delitos¹⁴.

Más tarde, durante la época que transcurre entre 1936 y 1939 tuvo lugar en este Estado la Guerra Civil española, pero el

¹² El Código Penal de 1932 suprime la pena de muerte para toda clase de delitos derogando los arts. 53 y 102 a 105 del Código Penal de 1870. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit., pág. 253.

¹³ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 99-108.

¹⁴ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 22. "Se trataba de una medida excepcional y muy selectiva, de hecho, en principio no implicaba la modificación del Código Penal de 1932. Se pretendía castigar con mayor dureza a los malintencionados que perturbaban el orden público y aterrorizaban a las gentes o realizaban alguna venganza de carácter social." Vid. GARCÍA VALDÉS, C., Ob. cit. págs. 116 y 117. Para más información: RUIZ FUNES, M., "Progresión histórica de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 109 y 110 y BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit. pág. 166.

relato sobre los usos y funciones de la pena de muerte durante esa época es una cuestión extensa y controvertida por lo que no conviene detenerse demasiado en este punto. No obstante, podemos decir que, durante estos años, en España, la noción de la pena capital como una sanción penal perdió completamente su significado, ya no se aplicaba de manera aislada sino masiva, y así fue utilizada como un instrumento de represión y terror bélico, para eliminar en masa a enemigos políticos e imponerse militarmente al contrario. El final de la guerra supuso el inicio de la dictadura franquista, que estuvo marcado por un ambiente, de extrema coacción y miedo, en el que se practicaban ejecuciones extrajudiciales y los procesos penales carecían de las mínimas garantías legales puesto que el nuevo régimen que se impuso en España pretendía aniquilar definitivamente la República, y para hacerlo el método más utilizado fue el uso de la pena de muerte contra cualquiera que hubiese tenido responsabilidades, lealtades o adhesiones a la misma¹⁵.

El panorama cambió a partir de la década de los años 40, cuando la dictadura franquista elaboró un nuevo Código Penal para el Estado español en 1944 con el que la situación se regularizó y comenzó a normalizarse, aunque la pena de muerte continuaba estando vigente, ya que el Código Penal español de 1944 determinaba en su artículo 83 que “la pena de muerte se ejecutará en la forma precisada por los Reglamentos”, es decir, mediante garrote¹⁶. Más tarde, en

¹⁵ Para llevar a cabo esta represión de posguerra se elaboraron la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939 y la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo de 29 de marzo de 1941. Vid. OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 155-159.

¹⁶ Según el art. 58 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado mediante el Decreto de 5 de marzo de 1948. Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 22.

1956, se aprobó un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones españoles, que restringió el uso de la pena de muerte puesto que dejó de estar prevista como pena única, y pasaba a ser el grado máximo de una sanción, además, se prohibieron las ejecuciones públicas que nuevamente venían practicándose desde el estallido de la Guerra Civil¹⁷.

A partir de la década de los años 60 la tendencia social abolicionista creció y el “caso Grimau” en España fue un punto de inflexión en el uso de la pena de muerte por la dictadura franquista¹⁸. En 1974 se produjeron las últimas ejecuciones por garrote. Y finalmente en 1975, se dictó el Decreto-Ley 10/1975¹⁹, con el que el Gobierno de España endurecería el sistema penal para tomar medidas drásticas contra la oposición política, pero ese mismo año también se produjeron los últimos fusilamientos y con ellos las últimas ejecuciones vividas por el Estado español.

3. EL CAMINO HACIA LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE

La llegada de la democracia en el país al que nos referimos produjo un cambio de sentido respecto al uso de la pena capital. Y así, España se convirtió en un Estado abolicionista

¹⁷ Ibidem, págs. 22 y 23 y OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 170.

¹⁸ Vid. OLIVER OLMO, P., Ob. cit., 185-202.

¹⁹ El Decreto - Ley 10/1975, aprobado el 26 de agosto de ese mismo año, trataba sobre la prevención del terrorismo y para combatirlo establecía la pena de muerte como pena única contra el delito de terrorismo y creaba un nuevo tipo penal en el que se criminalizaba la crítica de la pena capital y la apología del abolicionismo. Vid. LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 25.

de facto, cuando el 25 de noviembre de 1975, se promulgó un indulto general con el que quedaron conmutadas todas las penas de muerte impuestas por delitos cometidos con anterioridad a dicha moratoria. Posteriormente se redactó la Constitución española de 1978 (en adelante CE) que constituye la base fundamental de toda la legislación que rige en el Estado español, y la cual, en su artículo 15 prohíbe la tortura y demás penas inhumanas o degradantes, y literalmente determina que "(...) queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"²⁰.

En el ámbito punitivo, este hecho produce consecuencias muy trascendentes en la historia penal española ya que supone la supresión a nivel constitucional, por vez primera en el país, de la pena de muerte, y no sólo en la jurisdicción común, sino también en la militar en tiempos de paz²¹. España se convirtió con la entrada en vigor de la CE en un Estado parcialmente abolicionista de iure, pues suprimía la pena de muerte, pero mantenía la salvedad de aplicarla a delitos militares en tiempos de guerra.

El cambio de paradigma que introduce la Constitución española de 1978 determinó que fuera necesario reformar la legislación penal preconstitucional. Así, por un lado, se aprobó el Código Penal Militar de 1985, que sustituyó al Código de Justicia Militar de 1945, el cual conforme al artículo 15 CE regulaba las infracciones militares que podrían ser castigadas con la pena de muerte en tiempos de guerra, y de

²⁰ La redacción de este artículo produjo un intenso debate político tanto en el Congreso como en el Senado. Para más información referente a esta controversia. Vid. GALLEGO- DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., "Una cuestión de conciencia: la abolición de la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 401-408.

²¹ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución". *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n. °42, 1981, pág. 51.

acuerdo a esto fijaba más de 30 delitos penados con la condena capital²². Por ello, en 1991 el Estado español tuvo que realizar una reserva al art. 2.1 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al prever la CE la salvedad de aplicar la pena de muerte a delitos sumamente graves de carácter militar cometidos en tiempos de guerra.

Pero más tarde, tras la aprobación del Código Penal español de 1995 también se aprobó la Ley Orgánica (LO) 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra, la cual resulta muy relevante para el tema que nos ocupa, pues con esta LO ya se puede considerar a España un Estado totalmente abolicionista de iure a partir del año 1995, al suprimir esta Ley definitivamente de la legislación española la pena de muerte sin excepciones. Y más tarde, en el año 1998 se eliminó también la reserva realizada al Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP²³ comentada anteriormente.

Por último, en el año 2015 se aprobó un nuevo Código Penal Militar español, que derogó al anterior de 1985 y se encuentra

²² En el Código Penal Militar de 1985 se podían castigar con la pena de muerte los siguientes delitos: traición, espionaje, sedición, rebelión, cobardía, desobediencia; delitos contra las leyes y los usos de la guerra; contra centinela, fuerza armada o policía militar que causaran lesiones graves o muerte; atentados contra la autoridad militar con iguales resultados; el maltrato de un superior delante de un enemigo, rebelde o sediciosos; los delitos contra los deberes de mando; el abandono de un servicio de armas, transmisiones o centinela; los delitos contra la integridad de un buque, aeronave militar, etc.

²³ De manera que internacionalmente quedó prohibido para España reintroducir la pena de muerte en la jurisdicción militar para los tiempos de guerra.

actualmente vigente. Este nuevo Código no contempla la pena de muerte como una sanción aplicable a delitos militares. Después, siguiendo en el año 2002 la Recomendación 1246 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, también se ratificó por parte del Estado español el Protocolo núm. 13º al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Y así, mediante estos mecanismos legales de Derecho interno e internacional, la pena de muerte quedó abolida en España tanto en la legislación ordinaria como en la legislación militar, y tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz²⁴.

4. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ACTUAL

Como es evidente, el artículo 15 CE es el centro de la regulación de la pena capital en España. Este artículo, como hemos visto, proclama la abolición legal de la pena de muerte pero lo hace de manera parcial porque elimina la pena capital en la legislación ordinaria, pero no en la legislación militar, y aunque posteriormente ha entrado en vigor la LO 11/1995, lo cierto es que la CE todavía mantiene esta redacción y plantea el primer problema, ya que la abolición en la jurisdicción militar española no está garantizada constitucionalmente.

No obstante, el texto constitucional de España establece una serie de límites para aplicar la pena capital; en primer lugar, delimita el marco formal en el que debe establecerse la previsión legislativa que la contemple, y este marco corresponde a una Ley Orgánica conforme al art. 81.1 CE; en segundo lugar, encontramos una delimitación material, pues la pena de muerte únicamente se podrá establecer mediante leyes penales militares; y por último, la Constitución española realiza una tercera delimitación de carácter temporal para permitir la aplicación de la pena capital, ya que la máxima

²⁴ Op. cit., págs. 394 y 395.

sanción sólo podrá ejecutarse legalmente en España cuando el país se encuentre en “tiempos de guerra”²⁵.

Sin embargo, a pesar de todos estos límites la disposición constitucional del art. 15 no resulta demasiado garantista, pues se trata de un precepto en blanco que nos remite a un texto extraconstitucional para fijar las conductas que pueden sancionarse con la pena capital: el Código Penal Militar español de 2015. De esta manera, el precepto en blanco del art. 15 CE obliga al ordenamiento a legalizar los posibles delitos capitales mediante Leyes Orgánicas y no mediante la propia CE. Dejando un tema tan relevante como la regulación del uso de la pena de muerte sin las garantías constitucionales que debería recibir por su importancia, ya que afecta a un derecho fundamental básico como es la vida.

Además, el art. 15 CE presenta otros problemas que pasamos a analizar brevemente a continuación.

En primer lugar, la propia Constitución incurre, en un mismo artículo, en una grave antinomia, cuando por un lado, el artículo 15 CE proclama *erga omnes* el reconocimiento del derecho a la vida y por otro lado, mantiene la posibilidad de que el Estado español pueda privar a determinadas personas de ese derecho fundamental²⁶. El derecho a la vida y la pena de muerte son claramente una contradicción en sí misma, pero ambos quedan reconocidos en un mismo artículo de la

²⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los libros de la catarata, Madrid, 1995, págs. 29 y 30.

²⁶ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º Extra 11, 1986, pág. 348 y 349.

CE. No obstante, esta grave antinomia se va a desarrollar más tarde en profundidad.

En segundo lugar, el siguiente problema aparece cuando encontramos la expresión “en tiempos de guerra” en el artículo 15 de la CE. Para entender el significado que debe atribuirse a este concepto jurídico podemos recurrir a la propia Constitución, la cual en su artículo 63.3 nos explica que estaremos “en tiempos de guerra” cuando así lo declare el Rey, previa autorización de las Cortes Generales. Sin embargo, el problema aparece cuando el Código Penal Militar de 2015, redactado posteriormente, omite el uso de la expresión “en tiempos de guerra” en todo su articulado, y en su lugar utiliza la expresión “en tiempos de conflicto armado”, como al determinar el ámbito de aplicación del propio Código en su art. 1.4.a).

Observando estos preceptos es evidente que el legislador, al redactar el Código Penal Militar de 2015, no considera la locución utilizada por la CE, sino que emplea una nueva.

Para saber qué debemos entender por “conflicto armado” podemos recurrir a numerosas disposiciones de Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), teniendo en cuenta estas disposiciones, elaboró un Dictamen en marzo de 2008 para aclarar que un “conflicto armado” es aquel en el que se enfrentan dos o más Estados recurriendo a la fuerza armada, sin tener en consideración las razones o la intensidad del enfrentamiento²⁷. Y además, añadió este Comité que no era necesaria una declaración oficial de guerra o un reconocimiento de dicha situación por las partes²⁸. De este

²⁷ Dictamen del CICR, de marzo de 2008, sobre la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario. I.1).

²⁸ Para mayor información puede consultarse el texto completo de la Disposición del CICR, disponible en:

modo nos encontramos con una situación en la que por un lado; la CE exige la existencia de una declaración formal de España para entender iniciada una guerra, mientras que por otro lado; para el Código Penal Militar de 2015 basta con la existencia de un enfrentamiento abiertamente armado entre España y uno o varios Estados, sin ser necesaria esta declaración formal del Estado.

Este problema normativo plantea la duda de si la declaración formal de guerra contenida en el precepto de la CE es una *coditio sine qua non* para considerarnos “en tiempos de guerra”, o basta con el estallido de un “conflicto armado” como establece el Código Penal Militar de 2015²⁹. La contradicción contenida en el ordenamiento convierte la locución “en tiempos de guerra” en un concepto jurídico indeterminado, lo que resulta bastante reprochable dada la inseguridad legal que producen estas disposiciones imprecisas y aún más, cuando se trata de un precepto que afecta directamente a un derecho fundamental como es la vida.

En tercer lugar, debemos mencionar que tal y como aparece redactado el artículo 15 CE, hay autores que critican la existencia de una fórmula discriminatoria en el mismo contra el cuerpo militar. Por ejemplo, GALLEGO- DÍAZ y DE LA

<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf> (consultada el 11 de enero de 2018).

Para mayor información puede consultarse el texto completo de la Disposición del CICR, disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf> (consultada el 11 de enero de 2018).

²⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), Ob. cit. págs. 22 y 23 y GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, págs. 350-351.

CUADRA manifiestan que la Constitución establece una "*siniestra excepción*"³⁰, en este artículo que puede traducirse por "*nadie podrá ser ejecutado excepto los militares*", lo cual, supone permitir en el Estado español las ejecuciones cuando éstas se produzcan dentro del grupo de personas que ostentan la condición militar. La existencia de esta discriminación es tan reprochable desde el punto de vista ético como jurídico, pues si atendemos al art. 14 de la propia CE, éste enuncia la igualdad *erga omnes* ante la ley sin que puedan establecerse excepciones bajo ninguna circunstancia personal o social, pero al mismo tiempo en el siguiente precepto se permite el uso de la pena de muerte en tiempos de guerra contra las personas que integran las Fuerzas Armadas de España.

En cuarto lugar, nos encontramos con otro problema al intentarse justificar la aplicación de la pena capital porque el país se encuentra "en tiempos de guerra". Cuando en realidad, la guerra en sí misma, supone el fracaso del Derecho como sistema pacífico de resolución de conflictos. De manera que resulta plenamente contradictorio apoyar esta medida jurídico-penal, que justifica la aplicación de la pena de muerte por encontrarnos en una situación que precisamente lo que niega es eso, el Derecho³¹.

Y en quinto y último lugar, encontramos nuevamente un problema en el año 2002 cuando España ratifica el Protocolo núm. 13 al CEDH, el cual, a partir de entonces entra a formar parte del ordenamiento jurídico según el art. 96 CE, y contiene una disposición que prohíbe el uso de la pena capital en tiempo de guerra. Sin embargo, la Constitución española mantiene en su art. 15 la excepción a la abolición de la pena de muerte para estos casos. Observando la existencia de esta contradicción entre la propia CE y un instrumento legal de

³⁰ GALLEGO-DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., Ob. cit., pág. 407.

³¹ Op. cit., 347 y 348.

carácter internacional, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 95 de la CE que exige la revisión de la Constitución española cuando se celebre un tratado internacional por parte de este Estado que contenga estipulaciones contrarias a lo establecido en la propia Constitución, se debería emprender dicha revisión de la Constitución, abriéndose la posibilidad tanto para que el Gobierno de España como cualquiera de las Cámaras de este Estado soliciten que el Tribunal Constitucional español, como máximo intérprete de la Carta Magna, se manifieste respecto a esta contrariedad vigente en el ordenamiento³².

Por lo tanto, al observar la situación actual podemos ver como la ratificación del Protocolo núm. 13 al CEDH, junto con la retirada de la reserva al Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, constituyen un bloqueo internacional para que el legislador ordinario español haga uso de la excepción mencionada en el art. 15 de la CE. No obstante, un significativo grupo de penalistas mantienen que mientras este artículo conserve la salvedad de imponer la pena de muerte en tiempos de guerra, todavía existe la posibilidad de que algún día esta previsión se pueda cumplir³³. Para evitarlo, sería imprescindible que el Parlamento español emprenda la reforma del art. 15 CE siguiendo el mecanismo establecido por el art. 168 de la propia Constitución española, con la finalidad de derogar esta excepción y así dotar de mayor coherencia a todo el ordenamiento jurídico de dicho Estado³⁴. Sin embargo, en España también existe otro sector social que

³² GARCÍA RIVAS, N., "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España", págs. 394 y 395

³³ Vid. por ejemplo, ibidem, pág. 398 y LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 32.

³⁴ OLIVER OLMO, P., Ob. cit., págs. 246-248, GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 382 y "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España", pág. 398.

exigen la reforma constitucional pero en el sentido contrario, es decir, para llevar a cabo la reintroducción de la pena de muerte en la jurisdicción ordinaria en tiempos de paz, lo que convertiría al Estado español nuevamente en un país retencionista que aplicaría legalmente la pena capital como una sanción vigente³⁵.

ANTINOMIA ENTRE LA PENA DE MUERTE Y EL DERECHO ESPAÑOL

En este punto del estudio se exponen las razones por las que la pena de muerte no encaja en el sistema penal español, junto con los problemas que su reintroducción supondría para el Derecho español a pesar de que periódicamente cierto sector social reclama su reincorporación al ordenamiento del país. Sin embargo, esta vuelta al pasado que se pretende lograr con la reconversión de España en un país retencionista no es un planteamiento realista³⁶.

Actualmente, aunque la democracia española es relativamente joven, realmente hace varios años que se emprendió en España el camino de la abolición, un camino que culminó en 1978 con la aprobación de su actual Constitución y durante todo este tiempo se ha construido progresivamente un sistema legal contrario a la pena de muerte, en el que encontramos numerosos motivos de

³⁵ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 32.

³⁶ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., "¿El restablecimiento de la pena de muerte? La respuesta del Derecho Penal francés?". En CAIRO, R., La pena de muerte en el umbral del tercer milenio, EDERSA, Madrid, 1996, pág. 105.

carácter ético, técnico y jurídico que impiden la reintroducción de la pena capital en España.

1.1 Obstáculos legales

Existen numerosas disposiciones contrarias a la pena de muerte en el Derecho español vigente, por lo que si se pretendiese la reintroducción de esta sanción encontraríamos varios obstáculos legales que nos dificultarían su reincorporación en el sistema de penas del ordenamiento punitivo español.

Un primer obstáculo sería la Constitución española, ya que suponiendo que una propuesta de reintroducción consiguiese ser votada en el Parlamento de este Estado y obtuviera la mayoría necesaria para convertirse en Ley (art. 81 CE), esta Ley debería ser conforme a la Constitución, la cual, en su art. 15 no solo reconoce el derecho a la vida *erga omnes*, sino que también promulga abiertamente la abolición de la pena de muerte en la legislación ordinaria. Ante esta situación, si se quisiera reintroducir la pena capital sería necesario iniciar el mecanismo de reforma constitucional establecido por el art. 168 CE, y de este modo se podrían modificar aquellos preceptos constitucionales que resultan contrarios a la aplicación de la pena de muerte³⁷.

Sin embargo, nos encontraríamos una nueva barrera legal en los Tratados Internacionales ratificados por España contrarios a la pena capital. Fundamentalmente el Protocolo núm. 13º al CEDH, que ratificado por el Estado español en el año 2002, se opone definitivamente al uso de la pena de muerte en cualquier circunstancia, y al tener un valor supralegislativo,

³⁷ Ibidem, págs. 111 y 112.

durante su vigencia su cumplimiento se impone a la autoridad judicial (art. 96 CE). De manera que, aunque se reintrodujese la pena de muerte en el Código Penal ordinario de España mediante la aprobación de una LO y reformando la CE, cualquier condena a muerte o ejecución seguiría siendo ilegal por la vigencia en España del Protocolo 13 del CEDH.

Llegados a este punto, para convertirse en un Estado retencionista España debería denunciar el Protocolo 13 del CEDH, pero ¿acaso se puede denunciar este protocolo sin denunciar el propio CEDH? Si la respuesta es negativa surge entonces un obstáculo insalvable para la reintroducción de la pena de muerte en España, a menos que el país esté dispuesto a abandonar la Unión Europea para reintroducir la pena de muerte en su legislación ordinaria³⁸. Y aún con ello, deberíamos plantearnos una realidad muy relevante: España seguiría estando rodeada de países abolicionistas.

La relevancia de este planteamiento radica en el hecho de que los autores de los delitos capitales tendrían la posibilidad de huir a los países abolicionistas contiguos a España para evitar una posible condena a muerte en este Estado, que por su parte, podría solicitar la extradición de estos sujetos a sus Estados vecinos europeos. Sin embargo, lo más probable es que este requerimiento resultase frustrado, pues el país requerido, teniendo en cuenta su condición de Estado abolicionista, se negaría a apoyar un proceso que expondría al extraditado a la aplicación de la pena capital en España³⁹.

5.2. Principios del Derecho Penal Constitucional

Siguiendo con las razones que impiden la reintroducción de la pena de muerte en España, debemos decir que la misma

³⁸ Ibidem, pág. 112.

³⁹ Ibidem, págs. 111-114.

resulta contraria a principios generales del ordenamiento jurídico, concretamente a algunos sobre los que se basa el sistema penal español. La sociedad en su conjunto, es consciente de la necesidad de un Derecho Penal que haga posible la vida en comunidad. Según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “se toma como punto de partida la consideración del Derecho Penal como instrumento de control social, al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos”⁴⁰. Sin embargo, este Derecho Penal no puede aplicarse de cualquiera forma ya que debe estar legitimado.

En primer lugar, el poder punitivo que subyace tras el ordenamiento penal debe provenir de una fuente legítima como es en el caso de España, una democracia parlamentaria⁴¹. Y, en segundo lugar, este poder punitivo debe ejercerse de forma determinada, es decir, siguiendo unos principios que en el sistema penal español se establecen de acuerdo a los valores del pensamiento humanista surgido en Europa occidental durante el siglo XVIII. De este modo, para lograr la legitimación del sistema penal vigente en la democracia parlamentaria española, el ordenamiento jurídico de España promulga unos principios generales del Derecho en los que debe basarse el ejercicio del poder punitivo del Estado. Estos principios son inviolables y en el Derecho Penal dotan de legalidad a las sanciones que se imponen a los ciudadanos. Cualquier pena que no se adecúe a estos

⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Derechos humanos y Derecho Penal”. *Estudios penales y criminología*, n.º 11, 1986-1987, pág. 29.

⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediciones Experiencia, S. L., Barcelona, 2010, pág. 5.

principios sería una pena ilegal y no podría imponerse, ya que el Estado no estaría legitimado para ello.

Sin embargo, la pena de muerte no se corresponde con algunos de los principios del Derecho Penal constitucional español, de manera que si fuese aplicada en España resultaría ser una pena ilegal. Veamos ahora en qué consisten estos principios, su importancia para el Derecho Penal de España y las razones por las que la pena capital es contraria a los mismos.

5.2.1. Fines de la pena

Todo el sistema penal se crea atendiendo a las finalidades con las que se aplican las sanciones en los sujetos que cometen los hechos delictivos. España es un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE) y fija las finalidades de las penas atendiendo a los valores que subyacen a este sistema⁴².

El fin retributivo del poder punitivo ha desaparecido en sistemas penales como el español. De acuerdo a GARCÍA RIVAS, "la asignación a la pena de una función retributiva es absolutamente incompatible con el Estado social y democrático de Derecho"⁴³. En su lugar, el sistema Penal español busca la prevención del delito como finalidad de las sanciones. Puede considerarse a BECCARIA el padre de las teorías preventivas como fin de la pena⁴⁴. Gracias a autores

⁴² Ibidem, págs. 5 y 6.

⁴³ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 353.

⁴⁴ LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno", *Revista Derecho Penal y*

como él, el Derecho Penal se aplica en España intentando lograr fines fuera de la propia pena, y explicando no sólo por qué se castiga, sino para qué se hace. Como se va a exponer a continuación, esta finalidad preventiva del Derecho Penal tiene dos vertientes; una de ellas es la prevención general y otra la prevención especial, la cual también está vinculada con el principio de resocialización⁴⁵.

En primer lugar, uno de los fines de las penas en el Derecho Penal español es la prevención general, la cual pretende evitar la comisión de delitos a nivel colectivo mediante la promulgación de sanciones que provoquen en los ciudadanos el temor de sufrir su aplicación. Es decir, la pena se dirige al conjunto de la sociedad para que, en el futuro, ante la amenaza de ser sancionados se abstengan de cometer el hecho delictivo por el que el Derecho Penal aplica la sanción. De este modo se busca crear en el Derecho Penal un cierto componente intimidante⁴⁶.

Al pensar en la pena de muerte podemos decir que se trata de la pena más grave que puede sufrir un sujeto, y muchos autores explican su uso advirtiendo que la pena capital es la sanción que logra con mayor éxito dotar de esa eficacia intimidante a los sistemas penales que la contemplan⁴⁷. No obstante, si profundizamos más en el tema observamos que no existe unanimidad respecto a esta idea sobre la eficacia preventivo general y disuasoria de la pena de muerte. De hecho, los estudios realizados sobre el aumento o la disminución de la criminalidad en un Estado en función del

Criminología, Vol. 37, n.º 101, julio- diciembre 2015, págs. 134 y 140 y CUNEO NASH, S., "Prisión perpetua y dignidad

⁴⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., págs. 25 y 26.

⁴⁶ Ibidem, págs. 26-28.

⁴⁷ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit. pág. 123.

uso o la abolición de la pena capital no ofrecen resultados definitivos⁴⁸. De esta forma no podemos afirmar que la pena de muerte tenga eficacia preventivo general ya que como dice ALONSO ÁLAMO, “sus pretendidos efectos disuasorios y de disminución de la criminalidad no han podido ser acreditados con datos empíricos concluyentes”⁴⁹.

Debemos recordar también que ya antiguamente los ajusticiamientos, lejos de producir terror y ser tomados como lecciones o correctivos, se desarrollaban como espectáculos públicos que servían, por un momento, de entretenimiento al concurrido público que acudía a presenciarlos. Según las palabras de ESLAVA GALÁN “la ejecución pública es un teatro moral cuyos protagonistas son el reo y el verdugo”⁵⁰. Por tanto, si las ejecuciones realmente producían en los ciudadanos una sensación de espanto, no parece lógico que tantas personas asistieran a contemplar cómo se desarrollaban éstas⁵¹. Teniendo en cuenta esta realidad que; por un lado, convierte en ocasiones las ejecuciones en espectáculos públicos; y que, por otro lado, no muestra un evidente aumento de la criminalidad cuando se produce la abolición de la pena capital en un Estado⁵². Muchos especialistas no dudan en afirmar que la pena de muerte no

⁴⁸ ALONSO ÁLAMO, M., “La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso”. En ARROYO, L; NIETO, A; SCHABAS, W., Ob. cit., págs. 38 y 39 y LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 148.

⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

⁵⁰ ESLAVA GALÁN, J., “Un teatro para la ejecución”. En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. Cit, pág. 29.

⁵¹ Op. cit., pág. 48, OLIVER OLMO, P., Ob. cit., pág. 17 y BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte en la Constitución”, págs. 39 y 40.

⁵² “Puede afirmarse que la mayor aplicación de la pena de muerte no coincide con los periodos de mayor cifra de la criminalidad”. Vid. RUIZ FUNES, M., Ob. cit., pág. 95.

produce efectos intimidativos en el conjunto de la sociedad sobre la que se aplica⁵³.

Pero otros autores no sólo niegan el fracaso de la prevención general en la pena capital, sino que advierten incluso una eficacia opuesta a la intimidante. Al parecer, la pena de muerte produciría los efectos contrarios a los que se pretenden con su aplicación, ya que en lugar de lograr una disminución de los delitos por los que se aplica, lo que conseguiría es menguar en los ciudadanos su respeto por el derecho a la vida humana y aumentar su atrocidad⁵⁴. SELLIN y FALCÓN, por ejemplo, plantean esta cuestión recordándonos que algunas personas han cometido un delito capital impulsadas por su deseo de ser condenadas a muerte y así obtener a través de su ejecución un efecto glorificador que les convierta en mártires de un sistema injusto⁵⁵. Y también puede apreciarse el fracaso de la eficacia intimidante en la pena capital cuando en un Estado retencionista algunos ciudadanos se declaran culpables de delitos capitales que han cometido otros sujetos⁵⁶.

Tras todos estos planteamientos podríamos concluir diciendo que, realmente, la pena de muerte no logra los efectos preventivos generales que el Derecho Penal español busca en la aplicación de las sanciones, de manera que su imposición

⁵³ BERISTAIN IPIÑA, A., "El catolicismo ante la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., pág. 203.

⁵⁴ Vid. DORADO MONTERO, P., "La pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Ob. cit., págs. 27 y 28, RADBRUCH, G., "La supresión de la pena de muerte como símbolo de la reforma del derecho penal". Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 1, 2014, pág. 254 y LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 148.

⁵⁵ Vid. FALCÓN y TELLA, M. J., "Hacia un Derecho Penal más humano". Anuario de Derecho Humanos, n.º 6, 2005, pág. 257 y BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual", pág. 129.

⁵⁶ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte, problema actual", pág. 129.

no puede justificarse por la disminución del número de delitos capitales a los que se aplica.

En segundo lugar, otro de los fines con los que se aplican las penas en el sistema punitivo de España es la prevención del delito pero de carácter especial, la cual está enfocada ya no en la colectividad en general, sino particularmente en el sujeto que ha delinquido. Dirigiéndose concretamente a él mediante la ejecución de la pena, con la finalidad de evitar que vuelva a cometer un hecho delictivo y, que, de este modo, logre vivir integrado en el conjunto de la sociedad sin recurrir nuevamente a la criminalidad⁵⁷. Es decir, dentro de la prevención especial deben distinguirse a su vez dos finalidades diferentes:

- La prevención especial en sentido negativo: que pretende lograr la inoctrinación del reo.
- La prevención especial en sentido positivo: que trata de conseguir su reinserción en la sociedad.

Según las palabras de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "la prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado social de Derecho"⁵⁸ ya que en la ejecución de la pena se buscan dos consecuencias: por un lado, se trata de lograr que el reo no cometa nuevos delitos; y por otro lado, se busca ofrecer al ciudadano las oportunidades que le han sido socialmente negadas y le han llevado probablemente a delinquir, logrando así que en el futuro se integre en la sociedad alejado definitivamente de la delincuencia⁵⁹.

⁵⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., pág. 28.

⁵⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", Ob. Cit, pág. 44.

⁵⁹ Ibidem, pág. 45.

Por un lado, al hablar de la prevención especial en sentido negativo. Es decir, la utilización de la pena para que el sujeto que ha delinquido no vuelva a hacerlo⁶⁰, mediante su inocuización, neutralización o la eliminación del delincuente que supone un peligro para el resto de la sociedad. La pena de muerte resulta un instrumento infalible para lograr la prevención especial negativa que busca el Derecho Penal en sus sanciones⁶¹. Otros autores manifiestan que la prevención especial negativa podría justificar el uso de la pena de muerte, ya que debemos admitir que la pena capital logra inocuizar definitivamente al sujeto que ha delinquido mediante su ejecución, y de este modo, sin lugar a dudas el reo no podrá perpetrar nuevos delitos contra la comunidad libre⁶². De hecho, este planteamiento es uno de los utilizados por los defensores de la pena de muerte pues consideran que ninguna otra sanción resulta suficiente para proteger a la sociedad de los grandes criminales⁶³.

Sin embargo, esta justificación en el uso de la pena de muerte no puede ser aceptada por el sistema penal español, ya que supondría negar la utilidad de otros métodos de prevención especial negativa utilizados por el Derecho Penal de este Estado como son las prisiones⁶⁴.

Y por otro lado, no debemos olvidar que la prevención especial no sólo tiene su vertiente negativa sino que también busca lograr un efecto en sentido positivo, esto es mediante la reinserción del sujeto que ha delinquido. En este sentido, la prevención especial positiva que busca el sistema penal español en la ejecución de sus sanciones, se verá completamente frustrada al utilizar la pena de muerte.

⁶⁰ Ibidem, pág. 57.

⁶¹ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

⁶² CUNEO NASH, S., Ob. cit., pág. 7

⁶³ Op. cit., pág. 38.

⁶⁴ FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., págs. 254 y 255.

Debemos admitir que se trata de una contradicción en sí misma, ya que como nos advierten algunos autores, la ejecución de la pena capital elimina cualquier posibilidad de resocialización, rehabilitación o reinserción del delincuente en la sociedad⁶⁵.

De este modo, únicamente podríamos justificar el uso de la pena de muerte y el respeto de la finalidad preventiva especial positiva del Derecho Penal si considerásemos la existencia de sujetos cuya resocialización es imposible⁶⁶. Es decir, si admitiésemos que hay delincuentes incorregibles, delincuentes natos que por ostentar esta condición deben ser tratados como seres inferiores a los que es necesario eliminar definitivamente de la comunidad social⁶⁷.

No obstante, hay autores que consideran al ser humano un ser susceptible siempre de mejora, por lo que según este planteamiento deberíamos entender que no existen sujetos incorregibles, sino sujetos que no han sido todavía corregidos⁶⁸. Además, el hecho de renunciar a la resocialización de algunos sujetos supone un indudable paso atrás en la humanización del Derecho Penal y choca frontalmente con la principal finalidad perseguida por éste y proclamada por la CE en España; la reinserción real y efectiva de los delincuentes en la sociedad tras haber estado sometidos a un proceso Penal.

En tercer y último lugar, al hablar de las finalidades de las penas debemos centrarnos también en el principio de resocialización, que queda consagrado definitivamente como un principio general del ordenamiento jurídico-penal con el establecimiento en la CE del artículo 9.2 que determina como

⁶⁵ Op. cit.,pág. 47.

⁶⁶ Vid. op. cit., pág. 255

⁶⁷ CUNEO NASH, S., Ob. cit.,pág. 8.

⁶⁸ Vid. FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit.,pág. 252.

finalidad de la intervención de los poderes públicos lograr la real y efectiva libertad e igualdad de los ciudadanos en la participación de la vida política, económica, cultural y social. Y con la enunciación del artículo 25.2 CE, que fija como finalidad de las penas la reeducación y la reinserción social. De este modo, el Estado español tiene la obligación de construir un sistema penal en el que la ejecución de las sanciones ofrezca a los condenados, los medios y oportunidades necesarios para lograr su reinserción. Sin perjudicar, al mismo tiempo, el objetivo de prevención general que se ha expuesto anteriormente⁶⁹. Esta resocialización real y efectiva consiste en volver a hacer participe de los valores de la sociedad a aquél a quién, mediante el Derecho Penal, se ha impuesto una sanción por perpetrar los bienes jurídicos más importantes para la comunidad. Este sujeto debe volver a participar en la sociedad sin recaer en el delito, con independencia de que asuma o no los valores inherentes a la vida en comunidad⁷⁰.

En contraposición con esta concepción del Derecho Penal español, estarían aquellas teorías⁷¹ que proclaman el retribucionismo como única finalidad de las penas⁷². Sin embargo, aceptar el fin retributivo de las sanciones supone admitir la pena como una expiación a la venganza, concebir la sanción como un fin en sí misma, no buscar finalidades fuera de la propia pena.

De este modo, y centrándonos ya en la pena de muerte parece evidente que, en su aplicación, el fin retributivo del

⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., págs. 80-82.

⁷⁰ Ibidem, págs. 30 y 82.

⁷¹ Se trataría de las teorías absolutas del Derecho Penal sobre los fines de la pena, las cuales supondrían considerar la retribución del delito cometido como única finalidad de la pena. Vid. ibidem, pág. 25.

⁷² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", pág. 30.

Derecho Penal no es únicamente el principal, sino el único que se logra. Según RADBRUCH, “exigir la pena de muerte es el bramido `sangre por sangre´, el deseo de retribución, el instinto de venganza”⁷³. El retribucionismo no justifica el uso de la pena capital⁷⁴, pues como nos advierte GARCÍA RIVAS; la función retributiva del Derecho Penal se opone totalmente a los principios del Estado social y democrático de Derecho⁷⁵. Es decir, a tenor de la afirmación anterior, debemos comprender que no parece razonable ni lógico aprobar el uso de la pena de muerte en un sistema penal como el español que, al mismo tiempo, pretende defender eficazmente la finalidad de la reinserción mediante la aplicación de una pena que reeduce al sujeto⁷⁶. La concepción actual del Derecho Penal que se tiene en España implica buscar en el ejercicio del poder punitivo una utilidad tanto para la comunidad cuyos valores se han perpetrado, como para el sujeto que ha delinquido. Este doble beneficio se logra con las finalidades preventivas que; por un lado, alejan de la reincidencia al sujeto y así favorecen a la sociedad; y por otro lado, le reinsertan nuevamente en la comunidad beneficiando también al propio sujeto⁷⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pena de muerte para ser legal en España debería resultar útil. Sin embargo, la mayoría de autores niegan esta utilidad en la pena capital afirmando que la misma no corrige ni resocializa a nadie, simplemente elimina de la vida en comunidad al delincuente que la perturba⁷⁸, frustrando, por tanto, cualquier finalidad de

⁷³ RADBRUCH, G., Ob. cit., págs. 253

⁷⁴ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 48

⁷⁵ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, pág.353.

⁷⁶ RADBRUCH, G., Ob. cit., pág. 254.

⁷⁷ BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., pág. 186.

⁷⁸ Ibidem, pág 202. Vid. igualmente, FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., pág. 257.

reinserción y dotando de ilegalidad a la pena capital conforme al planteamiento del Derecho Penal español.

5.2.2 Principio de humanidad

El principio de humanidad del Derecho Penal se comenzó a extender a partir del S. XVIII, con la influencia del pensamiento de la Ilustración⁷⁹ y este principio, junto al de la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta al delincuente (que se expone en el siguiente punto), son para algunos autores las principales aportaciones de BECCARIA en su célebre *Tratado de los delitos y de las penas*⁸⁰. La humanización del Derecho Penal tiene varias consecuencias; por un lado, se suaviza el régimen procesal y penal del reo; se produce la secularización del Derecho Penal⁸¹; y además, supone también el tránsito de una dureza y severidad extremas en el tratamiento del delincuente por el poder punitivo, hacia el humanitarismo y la sensibilización de esta relación, que está vigente en las nuevas instituciones públicas creadas por las sociedades modernas, pues tienden a impedir los abusos del poder y lograr la igualdad entre los ciudadanos⁸².

En armonía con esta idea, el Estado social y democrático de Derecho existente en España proclama en su Constitución una serie de garantías y derechos fundamentales mediante el enunciado de los arts. 9, 10, 14, 15, 17, 24, 25, 71,

117, 120, 125 y 126 de la Constitución española, que vinculan directamente al Derecho Penal, limitándolo y

⁷⁹ FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., pág. 249.

⁸⁰ Vid. LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., Ob. cit., pág. 144.

⁸¹ LANDROVE DÍAZ, G., Ob. cit., pág. 18.

⁸² FALCÓN y TELLA, M. J., Ob. cit., págs. 248 y 249.

humanizándolo⁸³. De manera que podemos afirmar que el Derecho Penal se humaniza cuando restringe el ejercicio del *iuspuniendi* del Estado, lo cual supone, entre otras cosas, la exigencia al poder punitivo de actuar bajo el principio de intervención mínima, primando en la aplicación de las penas el interés individual del reo sobre el interés colectivo de la comunidad. En virtud de este planteamiento, el principio de humanidad supondría para el Derecho Penal la eliminación de aquellas sanciones que traten al delincuente como no-hombre en beneficio de la sociedad. Este sería el caso de la pena de muerte, ya que la misma supone la ejecución de un individuo para proteger y resarcir de su criminalidad al resto de la comunidad⁸⁴.

Para algunos autores la humanización del Derecho Penal se ha manifestado en muchas sociedades contemporáneas con la supresión o restricción de la pena capital en sus legislaciones⁸⁵. Pues de este modo se consigue limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, en favor del respeto por los derechos individuales de los ciudadanos que están sometidos a un proceso penal. Este sería el caso de la legislación española, que mediante el art. 15 CE y el art. 3 del CEDH proclama explícitamente la prohibición de someter a cualquier persona a aquellas penas que resulten inhumanas o degradantes⁸⁶, por lo que no parecería lógico que, al mismo tiempo, el sistema penal aplicase una sanción como la pena de muerte, que ha sido considerada inhumana por varios autores⁸⁷.

⁸³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", págs. 37, 38, 45 y 46.

⁸⁴ CUNEO NASH, S., Ob. cit., págs. 3 y 10.

⁸⁵ Ibidem, pág. 1.

⁸⁶ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 45.

⁸⁷ Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., pág. 188.

Esta sanción se estima inhumana por dos razones fundamentales; en primer lugar, ya que los errores judiciales son irremediables, la Constitución española exige que sus daños se reparen (art. 121 CE), no obstante jamás podría repararse a un eventual perjudicado si éste ha sido condenado a pena de muerte⁸⁸, pues con su ejecución nos encontraríamos ante lo que RADBRUCH ha llamado un “asesinato judicial”⁸⁹; y en segundo lugar, hay quienes juzgan la pena capital como una sanción inhumana porque su uso supone admitir la existencia de la figura del verdugo⁹⁰. Por ello, podemos concluir diciendo que la pena de muerte resulta injustificable dentro del ordenamiento jurídico de España ya que, considerando todo lo anterior, contradice el principio de humanidad que deben cumplir las sanciones impuestas por el Derecho Penal español.

5.2.3 Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad de las penas es una conquista histórica en la progresiva humanización del ordenamiento punitivo: *“constituye un precipitado inmediato de la consideración del Estado como democrático”*⁹¹. Este principio general se ha reclamado en la aplicación del Derecho Penal desde la Ilustración y la Revolución Francesa, de la cual surgió la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en su artículo 8 determinaba que *“la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”*.

⁸⁸ Op. cit., págs. 39 y 43 y BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte, problema actual”, pág. 139.

⁸⁹ RADBRUCH, G., Ob. cit., pág. 254.

⁹⁰ BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte en la Constitución”, pág. 39 y “La pena de muerte, problema actual”, págs. 142 y 143.

⁹¹ GARCÍA RIVAS, N., “La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar”, pág. 353.

También el ordenamiento jurídico español lo exige en el art. 9.3. CE al proclamar la "*interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*", ya que, de este modo, cuando se produzca una intervención de los poderes públicos en los derechos de los ciudadanos, esta intervención deberá ser siempre necesaria, adecuada, y proporcional⁹².

Podemos entender que una intervención del Estado sobre nuestros derechos se produce cuando éste ejerce su poder punitivo, para castigar mediante el Derecho Penal aquellas conductas que constituyen un tipo delictivo, y consecuentemente llevan aparejada la imposición de una sanción que afecta directamente a nuestros propios derechos. Pues bien, esta intromisión del Estado en nuestros bienes jurídicos sólo resultará legal y legítima si es proporcional al delito que hemos cometido y para determinar su proporcionalidad deberemos valorar también la necesidad y adecuación de dicha intromisión, además de la proporcionalidad en sentido estricto entre el delito cometido y la pena que se impone⁹³.

En primer lugar, dentro del principio de proporcionalidad debemos valorar la necesidad de las penas pues ya BECCARIA advertía en su *Tratado de los delitos y de las penas* que "*toda pena que no se deriva de una absoluta necesidad es tiránica*". La discusión sobre la necesidad de la pena de muerte se inició en occidente, durante la transición de los Estados teocráticos del Antiguo Régimen a las democracias modernas de la actualidad⁹⁴. Y aunque hoy en día este debate sigue abierto en muchos países, la opinión mayoritaria defiende que la pena de muerte no es una sanción necesaria.

⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit., pág. 69.

⁹³ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit. pág. 49

⁹⁴ Ibidem, pág. 38.

La realidad nos muestra que los Estados que han eliminado la pena de muerte de su jurisdicción hacen de las prisiones la gran alternativa a la pena capital, y utilizan la privación de libertad como la sanción impuesta contra los delitos más graves⁹⁵. Si nos fijamos podemos observar que la pena capital es una sanción aplicada fundamentalmente en Estados con inestabilidad política (Siria), conflictos bélicos activos (Afganistán), regímenes autoritarios (Corea del Norte), etc. De manera que fundamentalmente son las condiciones sociales y políticas de un país las que crean la "necesidad" de recurrir a la pena de muerte para mantener el orden público⁹⁶. Como indica ALONSO ÁLAMO, *"la discusión sobre la necesidad de la pena de muerte tiene una incuestionable significación política"*⁹⁷.

Pero entonces, ¿se necesita en España realmente la pena de muerte? La respuesta es negativa. España es un Estado social y democrático de Derecho, con estabilidad política, en el que se consigue mantener el orden público sin recurrir a las ejecuciones. El Estado español dispone de otras penas consideradas muy graves para combatir los delitos que atentan contra los bienes jurídicos más protegidos, y no está acreditado que la pena de muerte sea adecuada ni idónea para lograr tal protección⁹⁸. Por esta razón, cualquier uso de la pena capital en España debería ser considerado como desproporcional por no resultar realmente necesario y en consecuencia sería ilegal.

En segundo lugar, al valorar la proporcionalidad de las penas también se debe valorar su adecuación. Esto supone para el

⁹⁵ Ibidem, pág. 38.

⁹⁶ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", págs. 32 y 33.

⁹⁷ Op. cit., pág. 38.

⁹⁸ Ibidem, pág. 49

Derecho Penal la obligación de imponer aquellas sanciones que; cualitativamente, resulten convenientes para lograr el fin por el que se aplican; y cuantitativamente, la intervención punitiva no sea excesivamente gravosa para el sujeto al que se impone. Sobre la adecuación cualitativa ya se ha hablado anteriormente al explicar qué fines persigue el Derecho Penal español con la imposición de las penas. Este apartado, sin embargo, se centra en la adecuación cuantitativa de las sanciones, es decir, en valorar su intensidad para que éstas no resulten desproporcionadas. Y por ello se deben seguir una serie de pautas en su imposición:

- En primer lugar; el Derecho Penal actuará como *ultima ratio*, es decir, interviniendo únicamente cuando el resto de ramas del ordenamiento resulten insuficientes para proteger ciertos bienes jurídicos.
- En segundo lugar; se deberá establecer una relación de valores entre el delito causado y la pena a imponer, puesto que sólo contra los delitos más graves corresponderá imponer las sanciones más graves.
- Y finalmente; cuando el Estado afecte los bienes jurídicos propios del individuo mediante la ejecución de la sanción impuesta, esta afectación deberá hacerse bajo el principio de intervención mínima, es decir, garantizando al sujeto sancionado el disfrute pleno de aquellos derechos y libertades que no han quedado condicionados por la pena impuesta⁹⁹.

Resulta difícil entender una sanción como la pena de muerte dentro de un sistema jurídico que concibe el Derecho Penal de esta forma, ya que al hablar sobre la pena capital,

⁹⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, Ob. cit. págs. 72-74.

observamos que en este caso lo que se está produciendo es una intromisión del Estado que priva definitivamente al sujeto condenado del bien jurídico de la vida. Podemos decir sin lugar a dudas que se trata de la mayor intrusión que un sujeto puede sufrir, porque con ella se afecta al mayor derecho que un individuo ostenta, su derecho a la vida.

Este tipo de intromisión del poder punitivo en la esfera de bienes jurídicos privados del condenado no puede ser calificada nunca como una intervención mínima. Del mismo modo que tampoco se puede garantizar al ejecutado el pleno disfrute del resto de derechos y libertades como exige el Derecho Penal, porque con la ejecución de la pena de muerte se agotan todos los derechos y libertades del condenado. Es una sanción que, en el momento de imponerse, acaba por completo, y de manera definitiva con los bienes jurídicos que configuran la esfera privada del sujeto al que se aplica. Por eso nunca debe considerarse una intervención mínima del poder punitivo del Estado, sino que debe observarse como una sanción excesivamente gravosa para quien se impone¹⁰⁰.

Y entendiendo el Derecho Penal de España como actualmente se entiende, no puede incluirse una pena de este tipo en el sistema de penas de este Estado, porque no puede ejecutarse a alguien bajo el principio de intervención mínima que exige el Derecho Penal español, y por lo tanto, en España, debe considerarse una sanción desproporcionada e ilegal.

Y finalmente, al valorar la proporcionalidad de una pena debemos centrarnos en su proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica establecer una relación de valores para que exista proporción entre la gravedad de la afectación al bien jurídico que se pretende proteger, y la gravedad de la sanción impuesta al sujeto que ha afectado el bien jurídico protegido por el Derecho Penal. De manera que cuando el

¹⁰⁰ Op. cit., págs. 48-50.

Derecho Penal español castigue a un individuo con la imposición de una pena, esta pena deberá graduarse, ya que atendiendo al principio de proporcionalidad no se puede sancionar del mismo modo una puesta en peligro del bien jurídico que su afectación parcial o total, y la graduación de la pena se realizará atendiendo a la gravedad del injusto y la culpabilidad del sujeto, todo ello con la finalidad de crear límites en las sanciones para corregir sus excesos y evitar penas que resulten demasiado gravosas para el individuo condenado¹⁰¹.

La novedad de los Estados sociales y democráticos de Derecho como España es que la proporcionalidad exigida a los sistemas penales de estos países tiene un sentido garantista, es decir, el Derecho Penal debe determinar los grados máximos en los que se puede imponer una pena, pero por el contrario no debe definir los grados mínimos irreductibles a los que se puede atenuar una sanción¹⁰². Sin embargo, como es evidente la pena de muerte es una sanción que afecta directamente a la vida del sujeto condenado, y ésta no es un bien jurídico graduable, ya que por su propia naturaleza no puede sufrir atenuaciones parciales como otros derechos (propiedad, libertad...) ¹⁰³. Esto nos debe llevar a entender la pena capital como una sanción que no puede someterse a aquellas limitaciones que sirven para corregir los excesos del ordenamiento punitivo¹⁰⁴, y al no poder ejecutar la pena de muerte dentro de un límite, su uso en España siempre resultará excesivo para el sujeto al que se aplica. Por esta razón, se debe entender la pena capital como una

¹⁰¹ Ibidem, págs. 47 y 49.

¹⁰² Op. cit., pág. 77.

¹⁰³ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 354.

¹⁰⁴ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., pág. 47.

sanción que no cumple con el principio de proporcionalidad en sentido estricto y que, por lo tanto, es ilegal.

5.3 Derechos fundamentales de la persona

Finalmente, concluimos este apartado explicando las últimas razones por las que una sanción como la pena de muerte no resulta admisible en el sistema penal español. Y esto es, porque vulnera directamente dos derechos fundamentales de su ordenamiento jurídico: el derecho a la vida y la dignidad de la persona¹⁰⁵.

5.3.1 El derecho a la vida

La vida es inherente al ser humano, es un valor supremo cuyo respeto debe imponerse en cualquier circunstancia¹⁰⁶. El derecho a la vida, por tanto, es el derecho más elemental y valioso del que disponen los hombres, ya que sin el reconocimiento y la protección incondicional del derecho a la vida ningún otro derecho estaría totalmente reconocido ni protegido. Por esta razón, la Carta Magna de España proclama explícitamente *erga omnes* el derecho a la vida en su artículo 15 CE¹⁰⁷. Consagrándolo así como un derecho fundamental, un bien jurídico ingraduable que se protege completamente mediante el reconocimiento, al mismo tiempo, del derecho a la integridad física y la integridad moral, y la prohibición de la pena de muerte junto con todas aquellas penas o tratos que resulten inhumanos o degraden

¹⁰⁵ Ibidem, pág. 50

¹⁰⁶ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., Ob. cit., pág. 110.

¹⁰⁷ GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 349.

la dignidad de la persona¹⁰⁸. Por ello, resulta incomprensible que al mismo tiempo, la Constitución española en su art. 15 también contemple una excepción a la abolición para las leyes penales militares en tiempos de guerra, de la que ya se ha hablado anteriormente, ya que el derecho de un sujeto a la vida y el derecho de un Estado a utilizar la pena de muerte son una grave contradicción en sí misma.

Teniendo en cuenta el derecho a la vida *erga omnes* que proclama la CE en su art. 15, no parece lógico reintroducir la pena de muerte en la legislación común y negar este derecho a aquellos individuos que hayan cometido un delito para el que el sistema penal de España contemple la pena capital como una sanción aplicable. En consonancia con la protección al derecho a la vida que proclama la CE, una sanción como la pena de muerte no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico español¹⁰⁹, porque el uso de la pena capital supone reducir la vida humana a *nuda vida*, es una negación del derecho más importante que el hombre posee¹¹⁰, constituye una privación definitiva e irreversible del bien jurídico más elemental para un sujeto, su derecho a la vida.

5.3.2 El derecho a la dignidad

La dignidad de las personas está reconocida en el artículo 10.1 de la CE, como un derecho inherente e inviolable que

¹⁰⁸ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", pág. 52.

¹⁰⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., Ob. cit., pág. 110.

¹¹⁰ BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", págs. 42 y 43.

fundamenta el orden político del Estado¹¹¹. El reconocimiento constitucional de la dignidad, limita el poder punitivo del Estado porque supone para el Derecho Penal la obligación de tratar a los delincuentes como sujetos que ostentan bienes jurídicos inviolables, profesarles un trato humanizado, considerarlos un fin en sí mismos¹¹² y reconocer la igualdad entre las personas, lo que significa, entre otras cosas, que para el poder punitivo nadie es más digno que nadie y, por tanto, debemos ver en el delincuente a un semejante que, a la hora de ser sancionado por el Derecho Penal debe ser tratado como sujeto de dignidad al igual que el resto de individuos que componen la sociedad libre¹¹³.

Teniendo en cuenta esta concepción liberal del Derecho Penal, varios autores¹¹⁴ afirman que sería incompatible para el ordenamiento jurídico de España reconocer la dignidad de las personas y, al mismo tiempo, permitir la aplicación de una sanción como la pena de muerte ya que, en sí misma, supondría una vulneración de este derecho. BERISTAIN IPIÑA por ejemplo, nos explica que para considerar digna una pena, ésta debe rechazar la venganza y la crueldad, debe excluir siempre toda atrocidad e inhumanidad, y por lo tanto lo más lógico es que para respetar la dignidad de los delincuentes, las sanciones aplicadas por el Derecho Penal del Estado español supriman cualquier tipo de tortura o castigo corporal, lo cual no se produce en la ejecución del individuo¹¹⁵.

¹¹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", pág. 33.

¹¹² CUNEO NASH, S., Ob. cit., pág. 11.

¹¹³ Ibidem, págs. 11 y 18.

¹¹⁴ Vid. GARCÍA RIVAS, N., "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", pág. 349 y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal", págs. 37 y 38.

¹¹⁵ BERISTAIN IPIÑA, A., Ob. cit., págs. 188, 190 y 200.

Otros autores afirman directamente que la pena de muerte vulnera la dignidad de las personas, ya que resulta inhumana, cruel y degradante¹¹⁶ por varias razones; en primer lugar, el uso de esta sanción supone la instrumentalización del reo¹¹⁷, sin embargo reconocer el derecho a la dignidad de las personas implica tratar al delincuente como un fin en sí mismo; y en segundo lugar, debe considerarse una pena cruel porque ninguno de los métodos utilizados, hasta el momento, garantiza una muerte rápida y limpia, libre de padecimientos dolorosos y prolongados para el sujeto que se ejecuta¹¹⁸. De este modo debemos entender que la aplicación de la pena de muerte vulnera el derecho a la dignidad proclamado por el art. 10.1 de la Constitución española, y por lo tanto, en España no se puede limitar el reconocimiento de un derecho fundamental al grupo de la sociedad compuesto por aquellas personas que no han cometido delitos capitales¹¹⁹.

6. CONCLUSIONES

La investigación realizada a lo largo de este ensayo sobre la pena de muerte en España nos permite obtener diversas conclusiones respecto al tema.

¹¹⁶ ALONSO ÁLAMO, M., Ob. cit., págs. 42-45.

¹¹⁷ La pena de muerte instrumentaliza, sin más, al sujeto que la sufre porque le trata como un medio para lograr el fin de prevención general que busca el Derecho Penal en la aplicación de sus sanciones, y no pretende lograr ningún fin en el propio reo como la reeducación o resocialización de éste.

¹¹⁸ Recordemos que “experiencias recientes en Estados Unidos muestran la terrible crueldad de ejecuciones que se prolongan durante más de media hora. Poco importa que falte el «deseo» de torturar o producir padecimientos innecesarios. Estos se producen a pesar del recurso a métodos y procedimientos cada vez más sofisticados”. Op. cit. pág. 44.

¹¹⁹ CUNEO NASH, S., Ob. cit. págs. 1 y 7.

En primer lugar, al estudiar la historia de la pena de muerte en España podemos decir que se trata de un país con una larga historia retencionista, que ha buscado en el uso de la pena de muerte diversas finalidades de contenido fundamentalmente represivo, pero también religioso en el Antiguo Régimen, así como un instrumento de terror bélico durante la Guerra Civil, hasta que en el pasado siglo XX el Estado español decidió emprender el camino hacia la abolición de esta sanción.

Por otro lado, la regulación actual de España nos muestra que el país es un Estado totalmente abolicionista de iure, pues ha eliminado la pena de muerte de su legislación mediante mecanismos legales de carácter interno con su propia Constitución y la LO 11/1995, así como mediante mecanismos de carácter internacional con la ratificación del Protocolo núm. 13 al CEDH y el Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP. No obstante, la Constitución española contempla una salvedad en su art. 15 que permite aplicar la pena capital por delitos militares en tiempos de guerra, y aunque actualmente dicha excepción está derogada, el texto constitucional no ha sido modificado y su redacción podría plantear problemas. Podemos advertir, por tanto, que sería necesario para dicho Estado emprender el mecanismo de reforma constitucional establecido en el art. 168 CE para eliminar la salvedad contenida en el art. 15 CE, y así dotar de mayor armonía a todo el ordenamiento jurídico del Estado español.

Finalmente, las investigaciones realizadas sobre el estudio del sistema penal español han evidenciado que la reintroducción de la pena de muerte en su legislación ordinaria no es posible porque actualmente encontramos numerosos obstáculos legales que lo impiden. Y, además, la misma resulta contraria a varios principios del Derecho Penal constitucional, y vulnera algunos derechos fundamentales de la persona. Por lo que, aunque se reintrodujese la pena capital en el ordenamiento jurídico español, su aplicación seguiría siendo ilegal de

acuerdo con los principios constitucionales que sostienen al Estado social y democrático de Derecho en el que se constituye España.

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO ÁLAMO, M., "La pena de muerte como pena cruel y derecho penal del exceso". En ARROYO, L; NIETO, A; SCHABAS, W., *Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los libros de la catarata, Madrid, 1995.
- BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución". *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 42, 1981, págs. 31-56.
- "La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.
- "La pena de muerte, problema actual". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Derechos humanos y Derecho Penal".

Estudios penales y criminología, n.º 11, 1986-1987, págs. 28-60.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediciones Experiencia, S. L., Barcelona, 2010.

- BERISTAIN IPIÑA, A., "El catolicismo ante la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- CUNEO NASH, S., "Prisión perpetua y dignidad humana: Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras". *Política Criminal: Revista Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 21, 2016, págs. 1-20.

- DELMAS SAINT-HILAIRE, J. P., "¿El restablecimiento de la pena de muerte? La respuesta del Derecho Penal francés". En CAIRO, R., *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, EDERSA, Madrid, 1996.

- DORADO MONTERO, P., "La pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- ESLAVA GALÁN, J., "Un teatro para la ejecución". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- FALCÓN y TELLA, M. J., "Hacia un Derecho Penal más humano". *Anuario de Derecho Humanos*, n.º 6, 2005, págs.

247-270.

- GALLEGO–DÍAZ, S. y DE LA CUADRA, B., "Una cuestión de conciencia: la abolición de la pena de muerte". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles*

sobre la pena de muerte, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- GARCÍA RIVAS, N., "El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º Extra 11, 1986, págs. 347-354.

- GARCÍA VALDÉS, C., "La pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fascículo 1, 1981, págs. 17-32.

- LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. y LUGO ARTEAGA, L., "La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno". *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 37, n.º 101, julio-diciembre 2015, págs. 133-151.

- OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, SÍNTESIS, Madrid, 2008.

- PULIDO FERNÁNDEZ, Á., "Proposición de Ley del Diputado a Cortes señor PULIDO, pidiendo la reforma de los artículos del Código penal relativos a la pena de muerte, al Congreso".

En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- RADBRUCH, G., "La supresión de la pena de muerte como símbolo de la reforma del derecho penal". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2014, págs. 253-255.

- RUIZ FUNES, M., "Progresión histórica de la pena de muerte en España". En RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *Clásicos españoles sobre la pena de muerte*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2013.

- SUEIRO, D., *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.