

prescindible a la hora de replantearnos la problemática de la pena de prisión a perpetuidad.

PEDRO-LUIS YÁÑEZ ROMÁN

SAVEY-CASARD, Paul: «*La peine de mort. Esquisse historique et juridique*». Genève, 1968; 179 págs.

El presente trabajo afronta el estudio de un tema que ha sustentado constante interés en la evolución de la Ciencia jurídico-penal: el relativo a la pena de muerte, que en definitiva reconduce a la cuestión del fundamento y fines del propio Derecho penal.

La circunstancia de que la pena de muerte presenta una amplia problemática que incide sobre una serie de aspectos tales como el moral, filosófico, social, religioso..., no limitándose su planteamiento al plano puramente jurídico-dogmático, fue ya puesta de relieve por Víctor Hugo.

Esta causa es determinante de que la investigación de la historia de la pena de muerte constituya, de modo necesario, una historia particularmente difícil de escribir.

Nota característica del pensamiento referente al derecho «de vida y muerte» es la continua serie de enconadas controversias suscitadas por la pretendida justificación del mismo. La amplitud y alcance de tales polémicas doctrinales de carácter dialéctico exceden con nitidez del plano jurídico y hallan extensión a líneas ideológicas de signo distinto, prevalentemente literario, filosófico o religioso.

En esencia, el punto de vista de los abolicionistas es contrarrestado con rigor por el de los defensores de la pena de muerte, en tanto que otro sector hace ciertas concesiones a la misma, sin proveer un reconocimiento de carácter general, por estimarla precisa sólo en algunos supuestos típicos de excepcional gravedad.

Dejando a un lado el inevitable carácter metajurídico, inherente al problema de la legitimidad de la pena capital, desde un punto de vista histórico no puede olvidarse que el «derecho de muerte» ha sido formulado, con extraordinaria frecuencia, como una manifestación del Derecho de guerra de primordial vigencia en el ámbito internacional; además, no sólo los juriconsultos romanos y de la Antigüedad clásica, sino también los teólogos del Medievo, los teorizantes del pensamiento absolutista y del Derecho divino, los filósofos del XVIII, los portavoces de las corrientes iluministas, los legistas de la Revolución, los autores románticos y los continuadores de las tesis socialista y marxista, entre otros, han hecho frente en alguna forma al planteamiento de esta cuestión.

La bibliografía sobre la pena de muerte es, por estas razones, muy copiosa. La presente obra de Savey-Casard aporta, en concreto, una contribución estimable en orden a la clarificación de las ideas, de primordial sentido ilusfilosófico, sustentadas con referencia a la pretendida legitimidad de esta sanción a través del proceso cultural de diversas civilizaciones. En su estudio son objeto de especial atención los aspectos histórico-literario y sociológico-jurídico que la temática ofrece.

Dedica el capítulo I al estudio de la pena de muerte en la antigüedad. Consta, ante todo, que ciertamente se queda corta la referencia de una historia de la pena de muerte, toda vez que en el ámbito de ésta —en cuanto castigo existente en las más remotas sociedades humanas— es de apreciar una verdadera prehistoria. A través de su análisis llega a la conclusión de que la mayor parte de las antiguas civilizaciones conocieron, sin duda, la pena de muerte, la cual se halla, desde luego, pronunciada en el Código de Hammurabi, en las leyes hititas, en la Ley de Manú, en la de los aztecas, en el antiguo Derecho chino, en el Pentateuco, en la ley de las XII tablas, en los reglamentos de Dracon, así como en los usos del Derecho germánico. Las formas de ejecución son muy variadas y, sin embargo, en términos generales todas ellas se inspiran, directa o indirectamente, en el «ojo por ojo y diente por diente», cuyas reminiscencias alcanzan una amplitud verdaderamente extraordinaria. De otra parte, muchas de las conminaciones legales de pena de muerte no se fundamentan en este período en definidas razones jurídicas, sino que en ellas juega un importante papel un intuitivo sentido de justicia. No en vano los filósofos griegos señalaron la circunstancia de que el pueblo obedece más a una situación de necesidad que a un imperativo racional.

En el capítulo II lleva a efecto el examen de la pena de muerte en la Edad Media. Sin duda, durante los primeros siglos de esta época histórica la Iglesia católica ha ejercido una influencia considerable sobre los espíritus, las costumbres y las leyes. El análisis que a este respecto efectúa abarca desde la consideración de los Evangelios hasta las de las doctrinas de San Pablo, San Agustín y San Ambrosio, fundamentalmente. De igual modo, hace objeto de atención los pronunciamientos de San León el Grande, en el siglo V, del Papa Nicolás I en 865, el Decreto de Graciano y las Decretales de Gregorio IX. Destaca también la labor de teólogos y canonistas del siglo XII, en que se deniega por completo el derecho de guerra a la Iglesia (*Ecclesia abhorret a sanguine*), si bien todavía se le reconoce con limitaciones al Príncipe (*Judex non occidit sed lex.*): en todo caso, al clérigo abarca la prohibición de pronunciar una sentencia capital. Parece asistirse durante los siglos XIII, XIV y XV a un endurecimiento de la Política criminal en numerosos Estados. Pero teólogos y canonistas habían establecido una sabia distinción entre los derechos de la sociedad temporal y los de la sociedad espiritual, en términos tales que la misericordia y la indulgencia se imponen en la Justicia eclesiástica en tanto que el rigor debe prevalecer en la Justicia seglar. El más preclaro representante de esta dirección teológica es Santo Tomás de Aquino, según el cual la ley natural exige el castigo del culpable, dejando al Príncipe el cuidado de determinar el *modus* y el *quantum* de tal sanción conforme a las circunstanciales contingencias políticas. La doctrina de este autor posee una flexibilidad tal que hace posible la adaptación a las exigencias propias de la evolución de las civilizaciones.

En el capítulo III contempla la pena de muerte en la época del Renacimiento. La progresiva separación de la Política criminal respecto de los postulados canónicos clásicos operada a partir del XVI tuvo en 1515 un singular predecesor en Maquiavelo, quien pretende configurar una norma exclusivamente realista: justifica toda medida penal que sea necesaria a la salud del Príncipe o del Estado. El pensamiento de la subordinación a la

salud estatal es extensivo a la pena de muerte, que puede concretarse bien por una necesidad personal del soberano bien por una necesidad objetiva del Estado. Lutero, despreciando la preterida separación entre textos de preceptos y textos de consejo, operó una nítida distinción entre los derechos del gobernante espiritual y los derechos del gobernante temporal, entendiendo que en tanto al primero está vedada la aplicación de la pena capital al segundo es reconocida tal posibilidad, toda vez que la pena de muerte impide a la sociedad precisamente caer en la anarquía, al mismo tiempo que, lejos de violar el Evangelio, cumple la voluntad de Dios. Calvino señala la necesidad de proceder con extraordinaria prudencia en la aplicación de tal sanción. Tras ellos, otros reformadores más absolutistas opusieron un obstáculo categórico a la pena de muerte en nombre de las exigencias de la caridad cristiana. Según Lugo y Suárez, Dios quiere el orden natural de las cosas; este orden implica la existencia de una sociedad; y la existencia de la sociedad implica el recurso a la pena capital. Indica Suárez que es preciso dar entrada al consentimiento de la sociedad, la cual actúa, no por derecho propio o en virtud de la titularidad de un derecho de propiedad, sino en calidad de delegación. Tomás Moro no excluye en términos absolutos la pena de muerte, pero limita la aplicación de la misma a casos «desesperados». Considerando abominable y repulsiva cualquier índole de suplicios, Grocio reduce la pena capital a supuestos rigurosamente excepcionales.

En el capítulo IV examina el tránsito desde el siglo del Derecho divino a la época de las luces: puede entenderse que los siglos XVII y XVIII, a que hace referencia, se hallan inspirados en la misma tradición jurídica. Thomas Hobbes ofrece una nueva explicación no sólo de la sociedad política sino también de la sanción penal de referencia, que es desconectada del contexto teológico-religioso precedente. La vida en sociedad viene determinada por la existencia de pactos de unos hombres con otros en orden al respecto de las condiciones existenciales precisas en virtud de un mecanismo de contraprestación ideológica. Pero los pactos sin el reconocimiento del derecho de muerte se reducen a meras palabras. El pacto en virtud del cual se abandona la propia vida es, evidentemente, nulo respecto de aquel que lo ha concluido; pero el pacto mediante el cual el soberano aparece armado contra el ciudadano en el supuesto de infracción adecuada es perfectamente válido y eficaz en favor del titular, el soberano: éste tiene derecho a hacer ejecutar al culpable por la fuerza armada, y tal ejecución es justa porque es conforme a los términos del pacto. La teoría de Hobbes condujo al absolutismo del soberano. El derecho de muerte tuvo fácil explicación en la teoría del derecho divino de los Príncipes, cuya existencia ha de reconocerse en virtud de delegación divina. Pero el amplio elenco de variedades de suplicios y tormentos allanó el terreno para un ataque serio y efectivo contra la pena de muerte. En el mejor de los casos, el espectáculo de la ejecución deshonra, en boca de la Bruyère, a la sociedad misma que le organiza. Una dura repulsa de las torturas incorpora Montesquieu en diversas de sus obras. Diderot proscribía la inútil atrocidad de las penas. Voltaire denuncia, en tales supuestos, la tiranía frente a la Justicia. Para Rousseau, el derecho de guerra se concreta en el derecho de matar al vencido. Contemplada desde este punto de vista, la pena de muerte no constituye verdaderamente la consecuencia de un dere-

cho, sino que en rigor ella sólo es efecto del «derecho» de guerra. Beccaria no excluye de modo absoluto la pena de muerte, sino que la ve como último recurso en los supuestos de circunstancias políticas extremadamente graves, esto es, como un remedio extremo cuyo empleo debe ser restringido en los mayores límites posibles.

Dedica el capítulo V al examen de la obra de la Revolución francesa. En él observa, en primer lugar, las posiciones en Inglaterra de Bentham y Romilly; a continuación, el progreso que en el orden de las ideas significó el Código penal francés de 1791, por cuanto suprime *expressis verbis* en la ejecución de la pena de muerte todo tipo de torturas en los condenados; después, analiza las críticas circunstancias características de los años siguientes, que determinaron la constatación de la que califica «Justicia revolucionaria» o de guerra; y, por último, la regulación del Código penal de 1810.

En el capítulo VI estudia la época romántica comprendida entre 1810 y 1870. Indica que no conviene exagerar la influencia de los movimientos literarios sobre la evolución jurídica de los pueblos, pero considera que en modo alguno es arbitrario prestar atención al romanticismo en materia de la historia de la pena de muerte, toda vez que los escritores inordinados en este fenómeno literario han tomado parte en la controversia, protestando con energía contra el cadalso. Interesantes desarrollos de tal punto de vista es dado observar, por ejemplo, en la obras de Vigny, de Lamartine, de Víctor Hugo, de George Sand, de Charles Lucas, de Mittermaier, de Shelley.

Hace objeto del capítulo VII el examen de un nuevo afrontamiento doctrinal, con referencia a esta materia, durante el período comprendido entre 1870 y 1914. Si bien es cierto que el número de ejecuciones no fue en aumento tras la etapa romántica, del mismo modo es sabido que los partidarios de la pena de muerte vuelven a «levantar la cabeza» proponiendo renovados argumentos y descubriendo horizontes desconocidos. Propugnan, en definitiva, los postulados de la eliminación y de la selección. En este ámbito, Durkheim encarnó el propósito de rehabilitar, cuando menos, las nociones de expiación o de venganza, que se hubiera podido juzgar caducadas. Para Lombroso, la pena de muerte, que no se halla escrita en el libro de la naturaleza sino en el de la historia, debe ser reservada a los casos verdaderamente desesperados: «es suficiente que permanezca suspendida como la espada de Damocles sobre la cabeza de los más terribles malhechores, aquellos que, habiendo sido condenados, han atentado varias veces contra la vida ajena». También Ferri justifica en supuestos de extrema necesidad la pena de muerte, estimando la conveniencia de aplicar una tal eliminación a los criminales natos. Garófalo hace extensivo este proceso de política eliminatória y de selección artificial a una más amplia serie de criminales, como los instintivos, los parricidas y los asesinos por depravación o perversidad, por ánimo de lucro, con ánimo sádico, a impulsos patológicos o contra un desconocido inofensivo.

En el capítulo VIII contempla la renovación de la pena de muerte a través del período de revoluciones europeas y de guerras mundiales, comprendido entre 1914 y 1945. Es de constatar que en la época contemporánea el problema concerniente a la pena de muerte no se simplifica sino que se torna más complejo, por cuanto inciden en él graves controversias morales, socia-

les y criminológicas al tiempo que también acontecimientos de carácter político e histórico le condicionan en considerable medida.

De este modo se observa que, mientras de una parte los países anglosajones reducen paulatinamente en sus respectivos territorios el número de ejecuciones capitales, como en la mayor parte de América latina y cierto número de países de Europa septentrional y central que se mantienen bastante firmes en el abolicionismo, de otra los países de Europa oriental, los de Asia y Africa, España y Francia mantienen, con mayor o menor crudeza, el castigo supremo.

Al modo de ver Savey-Casard, sólo los fanáticos o los ambiciosos pueden ser «partidarios» *stricto sensu* de la pena de muerte. En su virtud, la constatación del problema queda reducida a estas dos posturas: la de quienes postulan la definitiva abolición de la pena de muerte y la de quienes, aceptando esta modalidad punitiva, se definen como meros «retencionistas» de la misma por cuanto limitan en gran medida el aspecto cualitativo y cuantitativo de su aplicación.

La problemática que la pena de muerte suscita, habida cuenta de sus dimensiones jurídica y metajurídica, es en extremo amplia y sugerente. En el momento presente, además, sobre no haberse obtenido resultados definitivos, se halla sometida a revisión.

Acaso la propia complejidad de la materia determine al autor de la presente monografía a no proponer, al término de su estudio, conclusiones de pretendido valor dogmático acerca de una proyección de futuro de la pena de muerte, ni tampoco siquiera a rendir cuenta en forma expresa de un balance de los aspectos positivo y negativo que el examen histórico-jurídico de esta sanción penal presenta. Se limita a indicar que la misma podría perfectamente ser suprimida en cierto número de Estados sin detrimento alguno para el orden público. Testimonio de ello es la experiencia de naciones que han adoptado, desde hace décadas, una reforma legislativa en este sentido.

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

ZIPF, Heinz: «*Einwilligung und Risiköübernahme im Strafrecht (Consentimiento y aceptación del riesgo en Derecho penal)*». Luchterhand Verlag. Darmstadt, 1970; 104 págs.

Aparentemente el consentimiento no plantea graves dificultades a la dogmática del Derecho penal. Se considera como una causa de justificación, a no ser que el actuar en contra de la voluntad del titular del bien jurídico protegido sea una característica expresamente exigida en el tipo delictivo, ya que entonces la eficacia del consentimiento es la de excluir dicho tipo delictivo. La importancia práctica de esta distinción incide fundamentalmente en el ámbito del error, *error de prohibición* en el primer caso, *error de tipo* en el segundo.

Para Zipf esta consecuencia es, sin embargo, insatisfactoria. Los casos de consentimiento que hasta ahora se han considerado como causas de justificación, son problemas que afectan ya al tipo, se refieren a la realización