

Este libro ofrece una compilación de trabajos escritos
entre el siglo pasado y los primeros años del presente que
abordan la dimensión histórica, política, social, jurídica y crimi-
nológica de la pena de muerte en España. En estas páginas se hace
referencia a sus formas de ejecución desde la cultura celtibérica
hasta los códigos penales de los siglos XIX y XX, así como sobre
ejecuciones llevadas a cabo en la última etapa del franquismo.

La colección española de la *Red Académica Internacional contra
la pena de muerte* se suma con esta obra colectiva a la propuesta
que en 2015 se alcance una moratoria universal de la pena
de muerte, con ocasión del debate y revisión de los Objetivos del
Milenio como primer paso para conseguir su completa abolición.

CLÁSICOS ESPAÑOLES SOBRE LA PENA DE MUERTE

CLÁSICOS ESPAÑOLES SOBRE LA PENA DE MUERTE



CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE

EDITORA

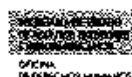
LUIS GARGALLO VAAMONDE

COORDINADOR



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN



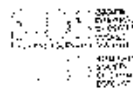
OFICINA
DE DERECHOS HUMANOS



SECRETARÍA
DE ESTADO
DE JUSTICIA



INTERNATIONAL ACADEMIC NETWORK
FOR THE ABOLITION OF CAPITAL PUNISHMENT
RED ACADÉMICA INTERNACIONAL
CONTRA LA PENA DE MUERTE



SECRETARÍA
DE ESTADO
DE JUSTICIA



SECRETARÍA
DE ESTADO
DE JUSTICIA

CLÁSICOS ESPAÑOLES SOBRE LA PENA DE MUERTE

CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE
EDITORA

LUIS GARGALLO VAAMONDE
COORDINADOR

TEXTOS CLÁSICOS ESPAÑOLES SOBRE LA PENA DE MUERTE

Edita: Universidad de Castilla-La Mancha
 Edición: Cristina Rodríguez Yagüe
 Coordinador: Luis Gargallo Vaamonde
 Acción Complementaria del Ministerio de Economía y
 Competitividad (DER 2009-08240E) para el Programa de la pena de muerte.
 ISBN: 978-84-9044-044-5
 Depósito Legal: CR 440-2013
 Impreso en España – Printed in Spain
www.librosmundi.com
editorial@librosmundi.com
 Polígono Industrial Larache, C/ Tomelloso, 18.
 13005 CIUDAD REAL

José CANALEJAS MÉNDEZ: <i>Sobre la pena de muerte.</i>	[15]
Pedro DORADO MONTERO: <i>La pena de muerte.</i>	[27]
Juan ESLAVA GALÁN: <i>Un teatro para la ejecución.</i>	[29]
Ángel PULIDO FERNÁNDEZ: <i>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.</i>	[35]
Mariano RUIZ FUNES: <i>Progresión histórica de la pena de muerte en España.</i>	[41]
Marino BARBERO SANTOS: <i>La pena de muerte, problema actual.</i>	[111]
Luis JIMÉNEZ DE ASÚA: <i>La pena de muerte.</i>	[155]
Marino BARBERO SANTOS: <i>La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia.</i>	[163]
Antonio BERISTAIN IPIÑA: <i>El catolicismo ante la pena de muerte.</i>	[179]
José JIMÉNEZ VILLAREJO: <i>Perspectivas actuales de la pena de muerte.</i>	[207]
Carlos GARCÍA VALDÉS: <i>La pena de muerte en España.</i>	[235]
Daniel SUEIRO: <i>El garrote.</i>	[277]

Marino BARBERO SANTOS: <i>La pena de muerte en la Constitución.</i>	[305]
Gerardo LANDROVE DÍAZ: <i>La abolición de la pena de muerte en España.</i>	[351]
Nicolás GARCÍA RIVAS: <i>La reinstauración de la pena de muerte en el Código penal militar.</i>	[379]
Nicolás GARCÍA RIVAS: <i>El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España.</i>	[391]
Soledad GALLEGO-DÍAZ y Bonifacio DE LA CUADRA: <i>Una cuestión de conciencia: la abolición de la pena de muerte.</i>	[401]
Pedro OLIVER OLMO: <i>El final de la pena de muerte en España. El abolicionismo democrático y lo que queda en la memoria.</i>	[409]
Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: <i>Pena de muerte en Latinoamérica.</i>	[453]
Luis ARROYO ZAPATERO: <i>La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña.</i>	[471]

NOTA DE LOS EDITORES

Los múltiples testimonios y formas de ajusticiar que nuestro Francisco de Goya recoge en sus series de *Desastres de la guerra* (1810-1815) constituyen una revelación atroz de la saña y sangre fría con la que desde el Estado y sus pretendientes se activaron los distintos recursos, instrumentos y razones morales dispuestos al servicio de la pena capital. La discusión y debate sobre la naturaleza de la misma ha tenido un lugar significativo en los escritos de nuestros más sobresalientes juristas, tribunos y pensadores, quienes no renunciaron a analizar la dimensión política, histórica, jurídica, social y criminológica de la controvertida pena capital. Este volumen, ofrece, pues, una selección de dichos estudios con el fin de divulgar la evolución de la misma y las razones que condujeron hacia su abolición en el artículo 15 de la Constitución Española.

Varios son los aspectos aquí analizados. El lector encontrará la posición abolicionista sostenida sobre los principios del regeneracionismo del político liberal y presidente del Consejo de Ministros entre 1910 y 1912 José Canalejas (1907); la reflexión del Catedrático de Derecho penal salmantino Pedro Dorado Montero, extraída de sus *Bases para un nuevo Derecho penal* (1902), quien no sólo introdujo en el pensamiento español el movimiento positivista extendido en las ciencias jurídicas europeas frente al sesgo etnocentrista del *iusnaturalismo*, sino que fue un defensor, desde algunas posiciones anarquistas y socialistas, de la *pedagogía correccional* y un precursor

de la *Defensa Social*; la reforma en 1900 del Código penal de 1870 con objeto de prohibir la ejecución pública de la pena capital propuesta por el diputado y miembro de la Real Academia Nacional de Medicina Ángel Pulido; la reflexión sobre la morbosa curiosidad insana del pueblo proyectada sobre los reos, excepcionalmente relacionada por el escritor Juan Eslava Galán (1993); el detenido recorrido histórico sobre las distintas formas de ejecución desde la España celtíbera, pasando por los fueros medievales y las partidas alfonsinas, hasta los códigos penales modernos analizadas por el Ministro de Justicia en el gobierno de Largo Caballero, Mariano Ruiz-Funes (1934); las reflexiones jurídicas en las que se estudian desde una perspectiva histórica y penal los argumentos a favor y en contra de la pena capital, así como su visión en el derecho español hasta su abolición en la Constitución Española, del prestigioso penalista Marino Barbero Santos, comenzando con su primer, valioso y valeroso texto de 1964 leído en acto público solemne en la Universidad de Murcia, cuando todavía estaba reciente la sangre de Julián Grimau así como sus textos sobre la posición ante la pena capital de los penalistas de la generación intermedia (1992) y la pena de muerte en la Constitución española (1981); el recorrido interdisciplinar en contra de la pena de muerte del jurista y presidente de la República española en el exilio Luis Jiménez de Asúa (1964); la posición de la doctrina católica –tanto testamentaria como encíclica– frente a la naturaleza de este castigo, expuesta por Antonio Beristáin Ipiña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco y entrañable Jesuita (1975); la construcción de José Jiménez Villarejo, Fiscal y Magistrado del Tribunal Supremo, sobre la condición innecesaria y con-

secuentemente injusta de este castigo, considerado en su realidad actual y diacrónica (1973); o un estudio específico sobre el garrote extraído de la obra del escritor Daniel Sueiro, Premio Nacional de Literatura en 1958 (1974).

Recogemos igualmente trabajos procedentes del periodismo, como el firmado por Soledad Gallego-Díaz y Bonifacio de la Cueva (1989); o de la historia contemporánea sobre las últimas ejecuciones tardofranquistas, del profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha Pedro Oliver Olmo (2008). Junto a estos trabajos el cuerpo final de este volumen ofrece las aportaciones procedentes de las actuales cátedras del Derecho Penal de la universidad española, tales como la reflexión sobre el camino recorrido desde las raíces librepensadoras del XVIII y cuna de la humanización del Derecho penal hasta el abolicionismo de la pena capital en nuestro sistema jurídico trazado por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia Gerardo Landrove Díaz (1981); el recorrido por las distintas formas de ejecución y el tratamiento penitenciario de los condenados a muerte propuesto por el Catedrático de la Universidad de Alcalá, Carlos García Valdés (1975); la dimensión de la pena de muerte en el Código Penal Militar español y el largo camino hacia su abolición total, analizada por Nicolás García Rivas, Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha (1986, 2013); una panorámica sobre la pena de muerte en los actuales Códigos penales iberoamericanos presentada por el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (2010); o el análisis sobre el proceso de abolición de la pena capital en Gran Bretaña del profesor Luis Arroyo Zapatero, Catedrático de

Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha y Presidente de la Société Internationale de Defense Sociale, un plástico ejemplo de que la pena de muerte no tiene mayor efecto intimidante que las penas largas de prisión (1981).

Presentamos, en definitiva, una compilación de trabajos que constituye igualmente un reconocimiento sincero a algunos de nuestros más sobresalientes juristas eméritos y pensadores, quienes con sus reflexiones, argumentos recabados en las ciencias jurídicas y penales y ejemplo personal, promulgaron desde la modernidad el derecho inalienable a la vida y fueron testimonio de su defensa en condiciones políticas adversas.

Agradecemos los permisos y facilidades que autores y editoriales nos han concedido para la publicación y divulgación de esta obra conjunta concebida sin ánimo de lucro alguno y cuya principal virtud ha de residir precisamente en su voluntad de ofrecer por vez primera una visión plural y diversa de las distintas consideraciones que la pena capital ha tenido en el pensamiento jurídico español. Dada la diferente naturaleza de los textos aquí publicados, así como los distintos contextos científicos que durante algo más de un siglo nos han procurado los trabajos aquí recopilados, hemos respetado en la presente edición las normas de estilo y cita que en cada momento conformaban los géneros de comunicación científica, renunciando a una homologación general y preservando la huella del tiempo en un volumen cuya naturaleza esencial es precisamente su condición diacrónica. Únicamente, y para facilitar la tarea del lector contemporáneo, hemos regularizado aquellas normas ortográficas sin valor fonológico caídas largamente en desuso.

Sirva en este sentido este volumen como un paso más en la dirección trazada por la Asamblea General de Naciones Unidas, desde donde el 19 de noviembre de 2012 se adoptó una resolución a través de la cual se insta a la declaración de una moratoria internacional en la aplicación de la pena de muerte, encaminada así a su abolición universal. El lector verá en cada artículo, pues, el paso feliz hacia ese fin deseable garantizan del inalienable derecho a la vida; la dignidad de la persona humana y la erradicación de las penas más crueles e inhumanas.

LUIS ARROYO ZAPATERO Y CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE

JOSÉ CANALEJAS MÉNDEZ

Sobre la pena de muerte¹

Desde que Beccaria planteó el problema de la abolición de la pena de muerte en su famoso libro "Tratado de los delitos y las penas" los grandes maestros de Derecho penal y las legislaciones de los pueblos más adelantados trabajan por eliminar de la realidad lo que es un vestigio de los tremendos castigos que se imponían en la Edad Media a los culpables

Mittermaier, Bentham, Guizot, Rossi, Sismorrdi, Lucas y muchos otros escritores ilustres, han propugnado por la desaparición de esa horrible pena.

En la primera Asamblea de la Revolución francesa, en la Constituyente de 1789, eligiéronse dos comisiones, una de Constitución y otra de Legislación general que elaboraron varios proyectos y entre ellos el más notable el de abolición de la pena de muerte: más tarde la Convención, no obstante las circunstancias tremendas porque atravesaba Francia, la adoptó en principio declarando que aplazaba su aplicación para la paz. Fue Robespierre, el que mayor número de cabezas segó con la guillotina, quien pronunció el discurso más ardoroso contra la pena capital.

Leopoldo I de Toscana en 1786 y su hermano José II en Austria tradujeron en proyectos de ley las ideas abolicionistas de Beccaria y

¹ Prólogo al Libro de PIETRO ELLERO: *Sobre la pena de muerte*. Madrid, 1907.

de Benthán: a ellos, representantes del derecho divino, cabe la gloria de haber sido los primeros en suprimir la horrible pena.

La revolución de 1830 en Francia, las Constituyentes belgas hacia la misma fecha, el estado de Luisiana y el de Michigan en los Estados Unidos por la misma época, acometen tan transcendental reforma.

En 1848, la segunda República francesa, respondiendo a aquel movimiento humanitario que la informó, declara abolida la pena capital y la gran Asamblea alemana reunida en Francfort la suprime en su Constitución no admitiéndola más que en los casos de guerra en que las circunstancias la hiciesen necesaria o en los de una insurrección en alta mar en que su aplicación fuese dolorosamente inexcusable.

En tiempos más próximos todas las Asambleas se han ocupado de tan importante cuestión, con la circunstancia de que un Rey, Oscar I de Suecia, siendo Príncipe real, escribió también su célebre tratado "De las penas y las prisiones" en el cual se pronuncia enérgica y rotundamente contra la pena de muerte.

Para comprender cuál es el estado del problema en el mundo, basta con trazar este cuadro: la pena de muerte está abolida en Finlandia desde 1826, en la Luisiana desde 1830, en Michigan desde 1847, en Rhode Island desde 1852, en Wisconsin desde 1853, en Maine desde 1877, en Illinois desde 1867, en el Cantón de Friburgo desde 1848, en Neufchatel desde 1854, en Zurich desde 1869, en la República de Colombia desde 1864, en Haití desde 1831, en la República de San Marino desde 1859, en Rumanía desde 1860, en el Ducado de Nassau desde 1849, en el Gran Ducado de Oldem-

burgo desde 1849, en el Gran Ducado de Brunswick desde 1849, en el Gran Ducado de Weimar desde 1862, en el Ducado de Sajonia desde 1862; en Holanda esta abolida de hecho desde 1860 por la ley desde 1870, en Portugal abolida de hecho desde 1843 y por la ley desde 1867 y en Bélgica abolida de hecho desde 1863.

Añádase a esta lista el reciente ejemplo de dos naciones latinas como Italia y Francia: en la primera quedó suprimida por el Código de Zanardelli y en Francia desde hace un año por la supresión pura y simple del verdugo.

He reservado para lo último recordar las tentativas generosas realizadas en nuestra Patria en el sentido de la abolición de la pena de muerte.

En 1854 presentó a las Cortes el Diputado Sr. Seoane una proposición de ley que fue tomada en consideración casi por unanimidad pidiendo la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos. En la base sexta del proyecto de constitución que aprobó aquella Asamblea se consignaba el principio y los Sres. Figueras, Ruiz Pons, Orense, Ferrer y Garcés, García Ruiz, Gil Sanz y Gamín de propusieron una enmienda concebida en estos términos:

"Queda abolida la pena de muerte, la cual se sustituirá por la de deportación perpetua a nuestras Colonias de Asia".

En Marzo de 1859 proponía también la minoría progresista la abolición de la pena capital para los delitos políticos y la proposición iba firmada por los Diputados Sres. La Torre, Calvo Asensio, Ballesteros, Peris y Valero, Rodríguez e Higuera.

En la sesión del 9 de Abril de 1869 el Diputado progresista D. Francisco Javier Moya apoyó elocuentemente una proposición pi-

diendo la abolición de la pena de muerte y votaron a su favor, entre otros, los Diputados siguientes: Llano y Persi, Marqués de Sardoal, Sánchez Ruano, Carratalá, Romero Ortiz, Sagasta, Rodríguez (D. Gabriel), Balaguer, Gil Berges, Martos, López Domínguez, Echeagaray, Merelo, Paul y Angulo, Moreno y Rodríguez, Pi y Margall, Palanca, García Ruiz, Capdepón, Moret, Valera, Becerra, Castelar, Orense, Benot, Figueras, Montero Ríos...

La proposición no fue admitida porque el Ministro de Gracia y Justicia, Romero Ortiz, después de haber votado a favor de la toma en consideración pidió que se dilatase el planteamiento de esta reforma hasta que el país hubiera entrado en un período de normalidad.

En las últimas Cortes, las de 1905, el Diputado Sr. Morote presentó una proposición pidiendo la abolición de la pena de muerte en el fuero civil ordinario y en el fuero de guerra.

No obstante perdurar la horrible pena de "garrote vil" en nuestro Código, la practica cada vez más acentuada de los indultos la va suprimiendo de hecho en España y la prueba está en la estadística publicada por el Señor Salillas en la "Revista Penitenciaria" estadística que comprende desde 1867 a 1899. En ese largo período de 33 años la proporción entre indultados y sentenciados a la pena de muerte es de un 64 por 100, variando desde el 10 al 93 por 100. Este estudio tiene el interés de demostrar que en los períodos de acentuada política liberal la aplicación de la pena de muerte se reduce casi al *mínimum*, mientras en los años 1874, 1875, 1876, 1877 y 1878 llega la cifra de los ejecutados en garrote al número de 28 por año en 1886, el primer año de la Regencia y primero también del Gobierno liberal, se reduce el número de ejecutados a 2 y en 1894

en que asimismo nos rige un Gobierno liberal sólo son 4 los reos que suben al patíbulo.

Interesa distinguir los años en que es superior a la media proporcional el número de ejecutados, los años en que se mantiene la media y los años en que es inferior a la media. En 1867, 1870, 1871, 1875, 1876, 1877, 1878, 1879, 1880, 1882 y 1884 hubo 186 reos ejecutados; en los años 1868, 1874, 1883, 1885, 1889, 1893, 1895, 1896, 1897, 1899 fueron 126 los reos ejecutados, y en 1869, 1872, 1873, 1881, 1886, 1887, 1888, 1890, 1891, 1892, 1894 y 1898 fueron tan sólo 86 los reos ejecutados.

En total en el período de 33 años los reos sentenciados a muerte fueron 1145, de los cuales 398 ejecutados y 747 indultados.

De lo dicho se deduce que en 1867 la proporción de los indultos de la pena de muerte sólo alcanzó el 29 por 100; que en 1868 se elevó al 64 por 100 y en 1869 al 83. No hay que decir a qué influjos obedece la tendencia. Esos años aunque se tocan se distancian considerablemente por la desviación del espíritu español. Es la influencia de la Revolución de Septiembre la que se traduce en la progresiva y considerable atenuación en la aplicación de la última pena. El influjo de atenuación continúa con menos intensidad durante los años de 1870 y 1871 (56 y 40 por 100) y desciende a la mínima intensidad en la aplicación de la pena de muerte en 1872 y 1873 (71 y 80 por 100).

Entre nosotros se presentan los fenómenos sociales sorprendiéndonos porque no los estudiamos. Así, en muchas cosas nos llamarnos imitadores sencillamente, porque un suceso sigue a otro suceso. No es esto decir que no haya influido el acuerdo abolicionista fran-

cés en la proposición abolicionista española como influye todo lo que es progreso.

Cuando en un país y en el año en que impone el mayor número de penas de muerte en 1894 la proporción de indultos alcanza el 93 por 100 habiendo sido ejecutados tres hombres y una mujer e indultados 54 hombres y 2 mujeres, bien puede decirse que de una manera oficial se ha suprimido casi de hecho la pena de muerte. Y esto es tan exacto que en los indultos de la pena de muerte hay que apreciar muchos factores.

No influye únicamente el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado y el Ministerio de Gracia y Justicia cuando informan. Influye de un modo manifiesto la opinión, pues no se da ningún caso en que el pueblo sospeche la aplicación de la pena de muerte sin que al punto se ponga en movimiento la Prensa, las Corporaciones, los partidos políticos sin distinción de colores y, en fin, la población entera en donde se trata de levantar el patíbulo. Y es que esa pena irreparable que no tiene condición ninguna de ejemplaridad, que hace imposible la corrección futura del criminal, pone espanto en el ánimo, sobre todo pensando en un posible error judicial por el que se condene a un inocente.

Una ejecución en garrote vil no sólo despierta piedad para los ajusticiados sino también y principalmente una suprema angustia y repugnancia que prueba se ha alcanzado un grado mayor de civilización en la escala ascendente del progreso humano. Y como el deber de todo legislador es apreciar los estados de conciencia de su pueblo y conforme a ellos modificar las leyes no hay razón para mantener la pena de muerte desde el momento que la rechaza y execra el alma nacional.

El derecho a la vida, la falibilidad de la justicia humana, la falta de ejemplaridad en la pena capital y la evidente posibilidad de corrección del delincuente, aunque éste pertenezca al grupo de los criminales natos de que hablan Lombroso, Ferri, Garofalo y tantos otros campeones de la nueva escuela antropológica, son incontestables argumentos contra la horrible pena de muerte.

El derecho a la vida es una conquista de la edad moderna que cada vez tiende más y más a fundarse en principios justos y humanitarios. ¿Es legítima la defensa social que suprime una existencia por razón de su crimen? ¿Hay en la sociedad que pretende ser ejemplo y espejo de justicia derecho a matar o devolver mal por mal como una reminiscencia de la pena del "Talión, ojo por ojo y diente por diente"? Declarada legítima como un derecho absoluto y perfecto del Estado a título de que es preciso matar al que mata, valdría tanto como fundar todo el régimen penal en el monstruoso y absurdo sistema de la venganza. Al ladrón se le cortarían las manos para que no vuelva a robar, al blasfemo, la lengua para que no vuelva a blasfemar, al sátiro se le pondrá en condiciones de que no vuelva a atentar al pudor. ¿Dónde nos llevaría semejante concepto del derecho penal? Eso está bien en los pueblos salvajes y bárbaros sin ninguna noción de los deberes del Estado. Cuando existía en el mundo el tormento para hacer declarar a los reos y aún a los testigos, las penas infamantes como los azotes, el paseo del criminal montado en un pollino con coraza y sayal de penitente, el martirio bajo todas sus formas desde la cruz y la rueda y el potro hasta la hoguera, la pena de muerte sencilla y rápida podía constituir casi un beneficio inmenso para el delincuente porque amenguaba sus dolores y sufrimientos.

Entonces no sólo se practicaba la privación material de la vida sino también la privación moral, lo que se llamaba la "muerte civil".

Todo eso por fortuna ha desaparecido de los códigos de los pueblos civilizados y únicamente queda como rastro de la barbarie antigua la pena de muerte con todo el lujo de la publicidad en unos países y en secreto y misterio en otros. Se mata todavía en el mundo y se mata por procedimientos variados: la horca, el garrote, la guillotina, la electricidad, el fusilamiento; ora en la plaza pública, y con todos los honores oficiales, ora en el patio de una cárcel entre cuatro paredes y en presencia de unos cuantos funcionarios. Pero la idea abolicionista hace su camino y cada día se dictan leyes nuevas para disminuir el dolor y la pena del ajusticiado, para evitar el espectáculo del cadalso. ¿Qué prueba eso sino que la marcha ascensional del progreso tiende a reconocer el derecho a la vida? El fin de la pena es reparar el mal causado por el delito y la pena capital no repara nada ni en orden a la sociedad ni en orden al individuo; en orden a la sociedad, porque añade al horror del crimen el horror de la ejecución; en orden al individuo, porque la pena de muerte es irreparable y no es ejemplar.

Supóngase por un momento, y es hipótesis que causa espanto, que al condenar el Consejo de Guerra de 1895 al desgraciado Dreyfus no le hubiese confinado a la isla del Diablo, sino que le hubiese impuesto la última pena. Ciertamente que el confinamiento en las circunstancias dantescas en que la padeció el Capitán judío se le presentaba como cosa mil veces peor que la propia privación de la vida. Pero al fin Dreyfus vivía aunque en triste agonía. ¿Qué hubiera ocurrido de haber sido pasado por las armas? Muerto Dreyfus a causa de un error

judicial, monstruoso, como después se probó, hubiera sido probablemente imposible proclamar su inocencia, porque hubiera faltado el principal testimonio de su inocencia misma que era él. Muerto Dreyfus se podía devolver el honor a la familia, pero no la vida a la víctima del error judicial. Por el efecto mecánico de un artículo del Código quedaba suprimida la hermosa campaña, la noble campaña de los Zola, Clemenceau, Jaurés, Picquart, Bernard-Lacaze, Scheurer-Ketnester, Anatole France, Labori, Cornély, Mirabeau, Pressensse, Claretie, Reclus, etc. Y no se diga que la revisión del proceso Dreyfus se hubiera hecho del mismo modo citando el ejemplo también hermoso de Voltaire rehabilitando a Calás después de muerto. Las generaciones actuales están más por las empresas útiles que por las empresas ideales. Gran cosa ciertamente es rehabilitar a un muerto; pero cosa mucho mejor rehabilitar a un vivo que puede reingresar en el mundo alta la frente, limpio de mancha, siendo provechoso a los suyos, y a su Patria. Lo que importa es que el abismo del no ser, no se abra entre la condena injusta y el poder de reparar el daño hecho. Lo que importa es que la pena capital irremediable no consagre para siempre el error de la justicia humana.

El cadáver de Dreyfus podía levantarse como un acusador de sus verdugos; pero Dreyfus hablando ante el segundo Consejo de Guerra era la acusación, viva, terminante.

Además el caso de Dreyfus no es único en la Historia ni presente ni pasada. Llena están las crónicas criminales de todos los países del mundo de hechos análogos.

Y si a lo irremediable de esta pena se une el que constituye un caso de singularísima sugestión para los verdaderos criminales, para

la turba infecta del hampa social que ve en el cadalso algo así como un pedestal levantado en premio a sus hazañas para admiración de la multitud, para ser cantadas en romances y en historias, tendremos probado que la más elemental higiene y salud del Estado reclama la abolición de la pena de muerte.

La viuda se le llama a la guillotina en Francia para demostrar que ésta está pidiendo eterno desposorio, constante himeneo de los delincuentes con la muerte. En las obras de los criminalistas y de los antropólogos, en las memorias de los agentes de policía, se encuentra a millares ejemplos del que sube al cadalso tranquilo el rostro, sereno el pulso, impávido el ánimo, orgulloso de aquel término triunfal de su carrera.

En el libro famoso de Lombroso se registran multitud de casos en que por medio de toscos versos, de tatuajes, de inscripciones indecorosas en los muros de la cárcel, de las frases escapadas a los ajusticiados en sus postreros instantes se esculpe la vanidad morbosa del criminal. Para éste la muerte, lejos de ser un castigo y una expiación suele representar en la mayoría de los casos la gloria, la celebridad, la apoteosis.

No es menester recordar porque eso está en las crónicas de todos los periódicos, en los hechos diversos de todas las Gacetas, el espectáculo odioso y repugnante de la ejecución que es como cátedra para las aberraciones del histerismo, para el contagio de la pasión delincuente. Rara es la ejecución que no se sella con sangre entre los espectadores o admiradores del cadalso y frecuente, frecuentísimo, el que de allí broten gérmenes de futuros monstruosos crímenes. Como que hay una estrecha relación, un parentes-

co cien veces demostrado entre la abundancia de ejecuciones y la abundancia de delitos. Como que el indulto de la pena de muerte determina la disminución lenta o rápida del número de atentados contra la ley. A mayor rigor mayor criminalidad. No ha habido época más espantosa para los anales perversos de la delincuencia humana que la época en que el tormento, la rueda, el potro, crucifixión y las múltiples maneras de eliminar al criminal hacían brotar en todos los medios sociales. Nunca se persiguió la impiedad por modo tan extremo y cruel como en la época de la Inquisición, ni nunca tampoco la irreligiosidad bajo todos sus órdenes hizo mayores estragos.

La pena de muerte no es una medicina, no es una triaca contra el morbo social, sino una consecuencia del estado de atraso en la Civilización, de imperfección en los Códigos, de abandono en los establecimientos penales, de falta absoluta de precauciones y cuidados en la profilaxis del delito.

Y no hay por qué tomar siquiera en cuenta el argumento de que la pena de muerte no se podrá abolir en España hasta tanto que no lleguemos a un estado de relativo progreso en las cárceles, prisiones y presidios, porque eso equivaldría a haber esperado a abolir la esclavitud hasta el momento en que el esclavo tuviera condiciones de ciudadano libre o a haber dilatado la supresión del tormento hasta el instante en que los criminales quisieran confesar voluntariamente. No; la pena de muerte es por sí un elemento de reacción y de atraso y su abolición constituye un elemento educativo.

Por eso es de una gran utilidad para ilustrar la cuestión, para abrir los ojos del legislador, para promover reforma tan necesaria justifi-

cándola y demostrando su posibilidad la traducción de un libro tan interesante y de autor tan ilustre como el insigne maestro Ellero.

El Sr. Gómez Tortosa, jurisconsulto esclarecido, magistrado dignísimo, con quien me ligan los más estrechos vínculos del afecto, ha prestado a la cultura patria un gran servicio y de la cultura propia ha dado una gran muestra con su irreprochable traducción.

Precursor este trabajo de otros muchos más acomodados aún a las excepcionales dotes del Sr. Gómez Tortosa, deseo que al complacerle secundando los nobles empeños humanitarios a que principalmente responde la traducción del libro de Ellero, sirvan estas líneas, escritas a vuela pluma, de estímulo para que deseche los reparos de su modestia y enriquezca la Literatura jurídica nacional con trabajos por él comenzados y bien dignos de ver la luz pública.

J. CANALEJAS

Madrid, 18 de Julio de 1907

PEDRO DORADO MONTERO

La pena de muerte¹

De todas las penas, la considerada siempre como la más grave ha sido la pena de muerte. No se concibe, por lo general, una más grave que ella. Por eso ha figurado en todas partes a la cabeza de la escapa penal. Lo único que se ha hecho con frecuencia ha sido agravarla o entibiarla, por decirlo así, acompañándola o no de torturas, y de torturas más o menos refinadas, en su ejecución. La confianza que en ella se ha tenido, y todavía tienen muchos como medio para contener la delincuencia, depende justamente de su gravedad y de su consiguiente eficacia intimidativa. De ello hacen uno de los principales argumentos, en defensa de dicha pena, sus partidarios.

Pues bien, sépase que dicha eficacia intimidatoria de la pena de muerte es nula, o poco menos que nula, según lo demuestran aquellos escritores que han estudiado el punto expresamente. De los datos por ellos recogidos, resulta que la mayoría de los criminales condenados a muerte habían presenciado una o varias ejecuciones capitales. Además, es un hecho perfectamente comprobado, tanto desde el punto de vista histórico como desde el psicológico, que la abolición, legal o de hecho, de la pena de muerte, abolición

¹ Texto aparecido en la obra: *Bases para un nuevo Derecho penal*, Analecta editorial, Barcelona, 1909 (última reimpresión en Navarra, 2003).

que en el siglo XIX ha tenido lugar en diferentes países, lejos de fomentar la comisión de los crímenes graves, ha disminuido el número de éstos².

² Entre los muchísimos trabajos que acerca de este particular pueden recomendarse, y de cuya cita hago gracia al lector por razones de espacio, sobresale uno publicado por M.A. Francart en el *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*, tomo VIII, 1898, p. 36 y sigs, y ampliamente extractado en la *Revista general de Legislación y jurisprudencia*, tomo XCIII, 1898, p. 183 y ss.

JUAN ESLAVA GALÁN

Un teatro para la ejecución¹

Cuando se implantó la guillotina en Francia, el primer público que acudió a presenciar las ejecuciones con el nuevo artilugio se sintió un tanto decepcionado. No por la máquina, que era muy ingeniosa, sino por el espectáculo en sí: es que a la innovación le faltaba todavía el ritual, no había desarrollado aún su peculiar liturgia. A poco, con esa innata predisposición para lo teatral que caracteriza a los franceses, el ritual fue restablecido y las ejecuciones volvieron a ser tan vistosas como antaño.

La ejecución pública es un teatro moral cuyos protagonistas son el reo y el verdugo, convenientemente acompañados por una serie de actores secundarios más o menos relevantes y muchos comparsas: el capellán, los cofrades de las hermandades benéficas, el alguacil, el médico, los guardias, etc. El teatro de la ejecución es tan antiguo como el otro y probablemente se confundan en su origen, si es que no partieron de un mismo hecho sacrificial. Y, como se trata de una función cuyo desenlace se conoce de antemano (aunque la representen distintas compañías), el público tiene derecho a la sana crítica, al aplauso o a la protesta. Siempre hay quien no lo entiende así, claro está, como aquel cronista que presenció en 1737, la decapitación

¹ Texto publicado en el libro *Verdugos y Torturadores*. Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1993.

de Beaulieu de Montigny y se escandalizó de que los espectadores aplaudieran al verdugo porque se había mostrado hábil con el cortante. Por el mismo motivo se quejaba el verdugo de Roma en 1825: «Lo bien que lo hago —decía— y nunca me aplauden». Esto lo cuenta Cunqueiro.

El auto sacramental de la muerte requiere un espacio físico, un teatro, con su tablado en alto para que la escena pueda ser cómodamente seguida por los espectadores. En Madrid comenzó siendo la Plaza Mayor, capaz escenario, de noble y conveniente arquitectura; de allí se trasladó a la Plaza de la Cebada y, posteriormente, a las afueras de la Puerta de Toledo. Por fin, hacia 1838, al Campo de los Guardias. Parece ser que las más memorables funciones se dieron en la Plaza de la Cebada, quizá porque su configuración ambiental se prestaba a ello. «La plazuela de la Cebada —escribe Galdós— tenía el aire villanesco y zafio que la hace tan antipática, el mismo ambiente malsano, la misma arquitectura irregular y ramplona(...) un amasijo de tapias agujereadas». No obstante, a veces se ajusticiaba a los delincuentes en el mismo lugar del delito, si las condiciones materiales se prestaban a ello. Por ejemplo, en 1814 agarraron al reo Antonio Martínez en la plazuela de Santo Domingo, donde había cometido el homicidio por el que se le condenaba. En Barcelona, el lugar de ejecución fue el Patio de Cordeleros; en Granada, las afueras de la Puerta de Elvira; en Jaén, el Egido de Belén y anteriormente la Plaza de Santa María, bella fachada de la catedral; en La Coruña, el campo Volante, donde se realizó la última ejecución pública que ha presenciado aquella ciudad en la persona de un bizarro e impulsivo militar que había

inmolado a su bella prometida por un asuntillo de celos. Leemos en la crónica:

El público lloraba y él reía cuando salió montado en el asno de la cárcel del Parrote; le leyeron la sentencia y pidió un vaso de agua que le fue servido por una criada de don Cándido Salinas, ayudante de Obras Públicas y eximio poeta.

Desde la más remota antigüedad, la ceremonia de la muerte se ha venido representando en dos actos. El primero, el traslado del reo desde la cárcel al lugar de su sacrificio; el segundo, la ejecución propiamente dicha. A veces se añade un tercero, de menor interés: la contemplación del cadáver o de sus pedazos (si es que era destazado para mayor escarmiento). Una réplica de este teatro, dicho sea con todos los respetos y salvando las naturales diferencias, pervive en nuestras tradicionales procesiones de Semana Santa. El reo, sus verdugos, sus comparsas, los parientes, los amigos, los enemigos, las distintas fases de la ejecución, todo es convenientemente representado en efígie. Los actores parten de un lugar determinado para llegar a otro, siguiendo un itinerario previamente fijado, a lo largo del cual se agolpa la gente para asistir al tremendo espectáculo del cumplimiento de esa pena de muerte; que, siendo la misma en esencia, admite variaciones regionales de acuerdo con los diversos gustos de los diferentes auditorios: observe el lector, por ejemplo, que las procesiones castellanas tienen menos color que las andaluzas, pero sus Cristos presentan más a lo vivo las heridas y la sangre.

Es cierto que desde que se suprimió la publicidad en las sentencias de muerte (por decisión de las autoridades, presionadas por una

exigua minoría de intelectuales, que no porque el público en general perdiera interés), el teatro moral ha decaído mucho. Los comparsas de este teatro eran las asociaciones benéficas creadas para auxilio del reo. Antiguamente las hubo casi en cada ciudad: la de los Desamparados, la de la Sangre, la de Nuestra Señora de la Caridad del Campo del Rey, la de la Santa Caridad de Toledo —que existía ya a principios del siglo pasado— y la más famosa de todas, la Hermandad de la Paz y Caridad, de Madrid, fundada en 1687. En las paredes de su oficina en la cárcel celular de Madrid figuraba el larguísimo censo de los reos de muerte que llevaba asistidos desde su fundación; al lado de cada nombre se mencionaba el delito por el que se le había condenado a muerte. Cuando el reo entraba en capilla, los hermanos de estas cofradías —pacíficos ciudadanos, devotos cristianos, ejemplares padres de familia, tenderos del ramo de ultramarinos o laboriosos trabajadores de cualquier otra honrada ocupación u oficio— comparecían en número sobrado con sus hábitos blancos, sus escapularios verdes, sus modales suaves, y se ocupaban de acompañar al reo atendiéndolo para que no le faltara de nada. Y luego, en la vía dolorosa del camino al suplicio, deambulaban de un lado a otro de la procesión haciendo sonar la calderilla en sus cajas o taleguillas para la colecta entre los espectadores. El dinero recaudado solía dividirse en tres partes iguales, destinadas a sufragar misas por el alma del reo, a sus familiares y a los de la víctima, caso de que lo ajusticiaran por asesinato.

No siempre se interpretó benévolamente el interés de las caritativas personas que se ofrecían a compartir con el condenado sus últimas horas. En una real orden de 1864 se deplora «la cen-

surable costumbre de que los reos condenados a la última pena, y puestos en capilla, sean objeto de una curiosidad inconveniente que los retrae del recogimiento con que deben prepararse cristianamente para la muerte». «Los reos de pena capital —insiste un observador en 1894—, en sus horas postreras suelen ser asunto de una afrentosa y despiadada curiosidad». En la crónica de otra ejecución (Sevilla, 1909), leemos: «Las damas catequistas lograron, después de una primera negativa, que se les permitiera visitar al reo en capilla; las señoras dirigieron al Herrero palabras de aliento y consuelo, entregándole unos libros religiosos y un escapulario». La misma piadosa intención advertimos en las personas que desfilaron en 1890 por la capilla de Higinia Balaguer, la asesina de la calle Fuencarral; entre ellas el duque de Alba y la condesa de Pardo Bazán. «Allí entraban movidos de curiosidad o compasión —lamenta Galdón en similar ocasión— muchos personajes de viso, señores obispos, consejeros, generales, gentilhombres». Más recientemente, en una ejecución en Barcelona, Vicente López, verdugo titular de aquella plaza, se queja de la mucha gente que consigue permiso para verlo actuar: «¡Si había allí más de treinta personas, hombre, o cuarenta, con los hábitos esos blancos, rezando el rosario!».

El teatro moral fue durante mucho tiempo asunto principalmente de laicos y se mantuvo en un nivel discreto. En la época en que la Iglesia se hizo cargo de él, durante la Inquisición, sus valores escénicos y coreográficos progresaron notablemente debido a la gran experiencia litúrgica que el clero aportaba. Veamos cómo era un auto de fe en la época de los Austrias: con dos o tres semanas

de antelación se anunciaba el espectáculo para que cada aficionado pudiese hacer las previsiones necesarias y no se perdiera la función. Nos referimos al denominado «auto público general», claro está, porque también existía el «autillo», pieza menor de interés mucho más limitado y sin efusión de sangre, que solía celebrarse dentro de una iglesia, casi en privado. Pero éste sólo comprendía penas leves y abjuraciones *de levi*.

ÁNGEL PULIDO FERNÁNDEZ

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

Estados más perfectos de la civilización en los pueblos, y con ellos un conocimiento más exacto del espíritu humano y de los fundamentos del derecho penal, han venido modificando, en sentido humanitario y conveniente a los intereses sociales que se procura defender, las prácticas penales, muy especialmente en lo que se refiere a la última y más terrible de todas ellas: la pena de muerte.

Aunque en España han cambiado mucho estas prácticas, de acuerdo con los consejos de una justicia sabia, y con los procedimientos que siguen los demás pueblos, tanto de Europa como de América, aún resta bastante por modificar dentro de la ejecución de dicha pena (cuya necesidad no se procura aquí poner en tela de juicio) si ella ha de someterse a lo que recomiendan hoy, con razones superiores a todo debate, y por extremo persuasivas, el espíritu generoso en que se inspira actualmente la aplicación de las penas, la eficacia individual y social de la pena misma, y el efecto que causa en ese organismo social que es el principalmente interesado, y por cuyo bien todo se realiza.

La publicidad con que todavía hoy se cumple en España la sentencia de muerte, y los actos de notoriedad y siniestra exhibición que

le acompañan, son testimonio de atraso y de barbarie, que ocasionan muchos y variados daños, sin reportar bien alguno, lo mismo para el desgraciado reo sometido al suplicio, que para los individuos de instintos criminales, en quienes se desea producir un efecto de ejemplaridad, que para ese ya citado organismo social a quien se causa espantable sacudimiento y dolorosísima impresión, que supera muchas veces, pudiera decirse que siempre, en sus perjudiciales efectos, al daño mismo que un día causó el criminal con su penable delito.

Quizá sólo los médicos saben el número crecido de perturbaciones nerviosas que, en personas susceptibles y de curiosidad insana, ocasionan las ejecuciones y exposiciones con motivo de esta sentencia; el estado de angustia y terror que se apodera de una población, a quien se somete forzosamente al triste destino de identificarse con la suerte de un mísero condenado a muerte, arrancándola de su vida normal para sumirla en los rétricos espasmos del cadalso y de la ejecución; como sólo los criminalistas científicos, conocedores de la psicología del hombre delincuente y del criminal orgánico, aprecian bien hasta qué punto, lejos de producir esta escandalosa exhibición efectos saludables de ejemplaridad, convierte en héroe al reo, y provoca en organismos predispuestos, sugerencias y atractivos que interesa mucho prevenir y evitar.

Por estas y otras consideraciones que no procede analizar, ni aun exponer aquí, la totalidad de los pueblos de Europa y América donde todavía se conserva en vigor la pena de muerte, ejecutan la sentencia en lugares cerrados, a presencia sólo de personas y representaciones determinadas, librando a la sociedad de todo daño, terror y pesadilla, y comunicándola tan sólo, con austera y breve

noticia, la sentencia que hubo precisión de cumplir en un ser humano.

La ejecución y exposición de los cuerpos ajusticiados ante las muchedumbres, las numerosas horas de capilla, la limosna pública implorada en ocasiones y con aparato solemnes, la relación en la Prensa de esos detalles que devoran los sujetos nerviosos, todo esto es en absoluto funesto, perjudicialísimo, causa de daños imposibles de calcular, aunque de existencia segura, y cumple a la cultura de un pueblo civilizado, y a la recta administración de una justicia sabia y humanitaria hacerlo desaparecer; y puesto que las necesidades de la defensa social requieren todavía la conservación de la pena de muerte, interesa procurar que ésta se ejecute conforme a las exigencias de nuestras costumbres y progresos.

En virtud de dichas razones, el diputado que suscribe pide al Congreso se sirva aprobar la siguiente

PROPOSICIÓN DE LEY

Los artículos 102, 103 y 104 del Código penal vigente se reformaran conforme al siguiente texto:

Art. 102. La pena de muerte se ejecutara, en garrote.

La ejecución se verificara de día, a las doce horas de notificada la sentencia (comprendidas entre éstas las de una noche), dentro de la cárcel, y en el lugar cerrado que el Tribunal sentenciador señale.

Esta pena no se ejecutara en día de fiesta religiosa o nacional.

Art. 103. Durante las horas de capilla sólo podrán visitar al reo los funcionarios del Establecimiento y de la administración de justi-

cia que el Tribunal y el director de la prisión determinen, el sacerdote y el médico del Establecimiento, las personas de la familia del reo que obtengan licencia para ello, y los hermanos de la Congregación religiosa que cumpla este humanitario fin.

Art. 104. Asistirán a la ejecución el juez de instrucción, el inspector de policía, donde lo hubiere, y donde no el alcalde, el director de la prisión, el sacerdote, el médico, dos representantes del Ayuntamiento, el escribano de la causa y las personas que el Tribunal autorice.

Después de verificada la ejecución y de comprobado el estado de muerte por el médico, levantará el escribano un acta de aquélla y la firmaran todos los presentes

Se hará pública en términos breves y sencillos la ejecución de la sentencia, prohibiéndose relatos episódicos acerca de ella¹.

Palacio del Congreso, 6 de Agosto de 1896. Ángel Pulido.

¹ El texto definitivo de la Ley, publicada en la Gaceta de Madrid de 10 de abril de 1900, rezaba así: "Don Alfonso XIII, por la gracia de Dios y la Constitución Rey de España, y en su nombre y durante su menor edad la Reina Regente del Reino; a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente: Artículo único. Los artículos 102, 103 y 104 del Código penal quedarán redactados como sigue: Art. 102. La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo, y a las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa o nacional. Artículo 103.

Hecha la notificación expresada en el artículo anterior, la Autoridad judicial encargada del cumplimiento de la sentencia dispondrá que el reo sea instalado en lugar aislado de la misma prisión, y no permitirá que comuniquen con el condenado sino las Autoridades Superiores de la localidad, el Fiscal del Tribunal sentenciador o su delegado, los Sacerdotes o Ministros de la religión e individuos de Asociaciones de caridad que hubieren de auxiliarle, el Médico de la cárcel, un Notario, si el reo quisiere otorgar testamento o ejecutar cualquier acto oral, y los funcionarios públicos y personas que sean absolutamente indispensables para realizarlos, y mediante expreso consentimiento del reo, su representación y defensa en la causa; e individuos de su familia o cualquiera otra persona que por circunstancias especiales obtuviese permiso de la Autoridad judicial al Prudente arbitrio de ésta. 104. Asistirán al acto de la ejecución el Secretario judicial designado al efecto, los representantes de las Autoridades gubernativa y municipal, el Jefe y empleados de la prisión que el Jefe designe, los Sacerdotes o Ministros de la religión e individuos de las Asociaciones de caridad que auxilien al reo, y tres vecinos designados por el Alcalde, si voluntariamente se prestasen a concurrir. En el momento de la ejecución se izará, en parte visible desde el exterior de la prisión, una bandera negra, que se mantendrá ondeada durante todo el día. El cadáver podrá ser entregado para su inhumación a la familia del reo, y, en su defecto, a personas piadosas. El entierro no podrá hacerse con pompa. Para acreditar la ejecución de la pena, se extenderá acta sucinta del hecho, que suscribirán las personas que la hubiesen presenciado, y se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia. La Autoridad judicial observará y hará guardar y cumplir todas las disposiciones referentes a la ejecución. Por tanto: Mandamos a todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar la presente ley en todas sus partes. Dado en Palacio, a nueve de abril de mil novecientos. Yo, la Reina Regente. El Ministro de Gracia y Justicia, Luis María de la Torre.

MARIANO RUIZ FUNES

Progresión histórica de la pena de muerte en España¹

1. España primitiva

El Derecho penal de este período ha sido investigado, a través de meros arisbos, por el gran penalista español Dorado Montero², con datos que le han facilitado, para la mayor eficacia de su trabajo, Costa e Hinojosa.

Según el testimonio de Diodoro de Sicilia, la penalidad entre los celtíberos era muy cruel. En este largo período se aplican determinadas formas de muerte: la lapidación de los parricidas, ejecutada más allá de los límites de la ciudad (Estrabón); el despeñamiento, practicado entre algunas de las tribus que poblaban la Península Ibérica, como los lusitanos, cántabros, gallegos, astures, vascones y pirenaicos (Estrabón); como dudosa, la degollación; porque parece que los lusitanos sacrificaban en honor de Marte a los prisioneros de guerra, y, los sacerdotes, en clase de augures, buscaban en las entrañas palpitantes de los sacrificados los signos en que fundar sus agüeros y sus adivinaciones (Estrabón); y la mutilación, aunque sólo como pena corporal, sin que se llegara, mediante su empleo, a privar de la vida al delincuente. Refiere también Estrabón que los

¹ Este texto apareció publicado en la *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1934.

² *El Derecho penal en Iberia*, Madrid, Imprenta de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1901, páginas 20 y 22.

lusitanos ofrendaban a Marte las manos cortadas de los cautivos de guerra; y es conocido el hecho de que Escipión aplicó ese mismo castigo a cuatrocientos patriotas de Lutia, durante el sitio de Numancia. En opinión de Dorado, "debió imitarlo de la costumbre indígena".

Costa tiene por seguro que la crucifixión no se practicaba entre los iberos y los celtíberos, y que fue traída a la Península, primero, por los cartagineses, y después, por los romanos.

Cree Dorado que la forma general de ejecutar la pena de muerte fue el despenamiento, y el modo excepcional de aplicarla la lapidación.

En la España romana fueron conocidos los varios modos de llevar a cabo el último suplicio que registra el Derecho de aquel país, y según el testimonio de Saldaña³, nuevas formas de ejecución, ignoradas de las leyes romanas, como la de atravesar el cráneo con unos clavos y la de triturar los huesos con argollas de hierro, reveladas por diversos hallazgos de calaveras y huesos en distintos lugares de la Península.

2. El elemento germano y el Fuero Juzgo

De los Códigos de la época de dominación germana, alguno no se aplicó, y otro, como el *Liber Iudiciorum*, tuvo una vigencia parcial. Las más típicas manifestaciones de este Derecho son de carácter consuetudinario:

Don Eduardo Hinojosa, en un trabajo fundamental, ha demostrado la influencia del elemento germánico en el Derecho español, a

³ Adiciones a la traducción española del *Tratado de Derecho penal*, de LISZT, Madrid, Reus, 1914, I, pág. 124.

base de los principios del Derecho castellano, principalmente de los Fueros municipales.

Según el testimonio de Hinojosa, existe la composición en el homicidio, y sólo se aplica la pena en el caso de que no se pague el Wergeld; así, el Fuero de Teruel dispone que se concedan al culpable tres plazos de nueve días, y si al extinguirse los terceros nueve días no ha pagado, sea entregado al linaje de la víctima, que puede matarlo de hambre, pero no dejarlo morir de otro modo.

El homicida insolvente es condenado a muerte, que se ejecuta por medio de la suspensión; así lo prueba un convenio celebrado entre algunas ciudades de los reinos de Castilla y Aragón en el siglo XIII. El origen, probablemente visigótico, de esta costumbre, y su antigüedad, se desprenden, según Hinojosa, de un diploma portugués de 943, procedente de una comarca que pertenecía al entonces reino de León.

Se reserva a la familia el derecho de venganza, si el culpable de homicidio intenta esquivar el castigo por medio de la fuga; tal ocurre con una disposición del Fuero de Alfofates. Fuera de este caso, el homicidio y los demás delitos contra las personas se castigan, en ese Fuero, con la pena de muerte. La venganza de la sangre, sin embargo, es reemplazada desde mediados del siglo XII y principalmente desde el XIII, en León y Castilla, y más tarde en Aragón y Navarra, por las penas de Derecho público.

Existe la pérdida de la paz, pronunciada contra el delincuente por medio de una carta. El reo es entonces *encartado* (*incartatus*) y queda como enemigo de la ciudad, pudiendo cualquiera, por esta condición de enemigo (*inamiciada*), darle muerte. La comisión del

delito o la consideración de que el delincuente ha sido, al cometerlo, traidor y alevoso origina, *ipso facto*, la pérdida de la paz. Se exceptúan los delitos flagrantes, para los que se precisa un procedimiento y una resolución especial. (Ejemplo de ello, las disposiciones recogidas luego en el Fuero Real sobre el rapto y la violación).

Reúne Hinojosa en dos grupos los delitos que producían la pérdida de la paz: los que infringían un determinado deber de fidelidad y los de desobediencia a la autoridad judicial. Se incluyen entre estos delitos: la muerte de una persona, sin previo desafío o declaración de enemistad, después de la reconciliación, en tiempo de tregua, o luego de haber prestado la *fideiussura de salvo*, que consistía en una "promesa solemne, a fin de precaverse contra la agresión de una determinada persona". Esta institución estuvo muy extendida en Aragón y Castilla, en los siglos XII y XIII.

También perdía la paz el que abusaba de una menor que le estaba confiada ("niña en cabellos"), o de la parienta que vivía con él, sin ser servidora suya (Fuero de Llanes).

Algunos Fueros de León y Castilla privan de la paz a los homicidas y a los que ofenden el honor de una mujer. En otros, los que realizan estos delitos son sometidos únicamente a la venganza de la sangre (Fueros de Castroverde, de Campos y de Salamanca)⁴.

El *Liber Iudiciorum*, comenzado por Chindasvinto y continuado en tiempos de Recesvinto estuvo en vigor sólo en parte. Inspirado en

⁴ HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, especialmente los capítulos II, *La venganza de la sangre*, y III, *La pérdida de la paz*. Este estudio fue publicado por su autor en alemán y traducido al español por el Profesor Galo SÁNCHEZ, Madrid, Publicaciones del Centro de Estudios Históricos, 1915, especialmente págs. 53, 68, 70, 72 y 76 y sus notas.

el Derecho germánico, contiene, en sus diversas redacciones, leyes emanadas de varios monarcas visigodos.

Castiga con la pena de muerte los siguientes delitos:

- a) el parricidio (lib. VI, tít. V, ley XVII, redacciones recesvintiana y ervigiana);
- b) el robo de noche, imponiéndose la pena al ladrón nocturno en el momento de ser capturado (lib. VII, tít. II, ley XVI; *Codex Revisus* de Leovigildo y redacciones de Recesvinto y Ervigio);
- c) el abandono de la centena (categoría militar) al enemigo por el centenario, huyendo éste a su casa (lib. IX, tít. II, ley III; procede esta ley del *Codex Revisus* de Leovigildo, y pasó a las redacciones de Recesvinto y Ervigio);
- d) el matrimonio, después de haber sido la mujer forzada por el varón, imponiéndose la muerte a ambos cónyuges (lib. III, título III, ley II, de la redacción de Recesvinto);
- e) el contraer unión con mujer libre el siervo que se la llevó por la fuerza ("debe ser descabezado") (lib. III, tít. III, ley VIII; redacción antigua);
- f) la muerte, por la mujer libre o sierva, de su hijo, en el vientre o después de nacido, tomando hierbas para abortar o haciéndolo de alguna manera; se mata también al marido que la induce; el Juez puede optar entre la pena de muerte de la mujer o su cegamiento (lib. VI, tít. III, leyes I y II; redacciones de Recesvinto y Ervigio);
- g) el homicidio de grado y no por ocasión (lib. VI, tít. III, ley XI; redacción de Recesvinto);
- h) el parricidio (lib. VI, tít. V, leyes XVII y XVIII, de la redacción antigua);

- i) los atentados contra la patria o contra la gente goda (lib. IX, tít. II, ley IX; redacciones recesvindiana y ervigiana);
- j) la circuncisión de un cristiano por un hebreo ("debe ser descabezado") (libro XII, tít. II, ley XIV, de Sisebuto);
- k) las prácticas contra la fe cristiana, realizadas por cristianos y judaizantes (libro XII, tít. II, ley XVI, de Chindasvinto, que pasa a las redacciones de Recesvinto y Ervigio).

En el *Placito* hecho por Recesvinto a los judíos de Toledo sanciona con la muerte, en el fuego o a pedradas, a los que contravinieren las prescripciones en él contenidas.

Prescribe el tormento para los hombres libres y franqueados, con la limitación de que no llegue a producirse la muerte del reo; y, si se produce, el Juez es entregado a los parientes del muerto para que le apliquen igual pena, salvo que pruebe que no le atormentó para que muriese (lib. VI, tít. I, ley II).

3. Libro de los Fueros de Castilla

Sostiene el Profesor Galo Sánchez que las redacciones más interesantes del Derecho territorial, desde el punto de vista legal, son el libro de los Fueros de Castilla, (siglo XIII) y el Fuero Viejo de Castilla (siglo XIV), los dos de carácter privado y hechos a base del Derecho consuetudinario, circunstancias ambas que garantizan la fidelidad con que recogen las prácticas del país⁵.

⁵ *Algunas observaciones para la historiografía del Derecho penal*, en CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1926, nota a la pág. 54.

Dispone el título XIV de esta colección que "finque a juicio del rey" el cuerpo de los violadores. Castiga con la declaración de enemistad —y con la pena pecuniaria correspondiente— las heridas de muerte, cuando la llaga no se cierre ni se cure.

Recoge varias *fazañas* relativas a la sanción de ciertos delitos con la pena de muerte. Son muy curiosas. La *fazaña* incluida en el título 116 castiga con la horca a un caballero que sorprendió en flagrante delito a su mujer y limitó su venganza a castrar al adúltero, y "a la mujer no le hizo nada". Declara que debe matarse a los dos. En otra *fazaña*, recogida en la ley 206, se declara *enemigo* de los parientes del muerto, por Fuero de Logroño, y se sanciona con la pena de doscientos sueldos al hombre de la villa que hiere a otro con cuchillo o lo mata. También se declara enemigo al que mata a su padre, a su hermano o a su pariente (ley 163). Se falla en la *fazaña* incluida en la ley 253 el caso de un gascón que dio muerte a un astur que tomó una gallina. Se le condena a ser puesto en *aspas* en un madero, dejándolo al sol hasta que muera.

También recogen *fazañas* las leyes 259 (que condena a la horca al autor del homicidio en riña, dentro de una iglesia, por medio de una cuchillada), la 260 (que sanciona igualmente con la horca los delitos de hurto y de adulterio), la 261 (que manda dar muerte por medio de la horca al marido que se negó a acoger de noche en su casa a la mujer que salió de ella y resultó, fuera, herida de una pedrada, por miedo a que muriera, y por no acogerla su marido muere en otra casa de la villa), la 272 (que impone la muerte por la horca a un ladrón que trató de robar unas maletas a unos alemanes, consignando

que han tirado de la sogá con que se executó la sentencia sus padres y un pariente), la 289 (que determina que han sido ajusticiados los que hirieron o mataron durante treguas) y la 302 (que se refiere al hecho de una manceba que se querelló contra un hombre de Castro Urdiales que la había forzado y le había quebrantado "su natura con la mano": le cortaron la mano al autor del hecho y fue ahorcado).

Aparte de los títulos en que se recogen *fazañas*, a modo de jurisprudencia, hay otros, en el libro de los Fueros de Castilla, en los que, con carácter general, se impone la pena de muerte. Tal ocurre con el título 158, que dispone que al reo del primer hurto lo deben señalar, y al del segundo, ahorcarlo, "y si es encartado de sabiduría de jurados del rey, débenlo ahorcar".

El título 284 contiene la excepción de que "no debe justiciarse a la preñada hasta que sea parida"⁶.

4. Fuero Viejo de Castilla

Lo considera el Profesor Galo Sánchez, tal y como actualmente se le conoce, la obra de un anónimo que, desprovisto de toda autoridad oficial, recogió el Derecho territorial castellano de mediados del siglo XIV, en parte no escrito aún. Se valió parcialmente de algunos textos, como la relación territorial, hoy perdida, que sirvió de fuente al libro de los Fueros de Castiella y el pseudo-Ordenamiento de Nájera. Al lado del Derecho consuetudinario figuran en él algunas *fazañas*.

⁶ Del *Libro de los Fueros de Castiella*, ha publicado en 1924 una edición el Profesor Galo SÁNCHEZ, entonces de la Universidad de Barcelona, editada por dicho centro de enseñanza. (Barcelona. Imprenta Ortega). De esta edición tomamos las citas recogidas en el texto.

Pronuncia la pena de muerte para el violador y para el que haga fuerza a las mujeres, previa querrela de la ofendida (lib. II, tít. II, leyes II y III).

Al que es condenado a muerte debe pregonársele por los mercados, para que ningún hombre lo acoja en su casa ni lo encubra (lib. II, tít. I, ley V).

5. Fueros municipales

La imposibilidad de ofrecer, con acusado detalle, el Derecho penal de los Fueros municipales es notoria. Habría que acudir a un examen especial de cada uno de ellos, lo que haría interminable la exposición. Sería también posible elegir un Fuero tipo de cada una de las familias en que, para facilitar su estudio, se han agrupado; pero esta división tiene mucho de arbitraria. Preferimos sintetizar los preceptos penales de los Fueros más importantes, en los que se pronuncia la pena de muerte, a base de los delitos que son objeto de la más grave de las sanciones, y referir algunas especialidades no delictivas que asimismo dan lugar a la muerte.

En el homicidio se impone pena capital al moro que mata a cristiano (Brihuega). El homicida es despeñado, sin derecho de asilo. Si convida a comer y beber al muerto y lo mata, o mata a su señor o lo pone en manos de sus enemigos, o mata a otro que se confía en él, es enterrado vivo bajo el muerto (Zorita de los Canes, Plasencia y Cuenca). Si el homicida es vecino, es soterrado. Al que mata a señor de la villa o castillo, "pártanlo por miembros" (Cuenca). El homicidio cometido dentro de la villa, y en quince millas alrededor, se castiga con la lapidación (Toledo), o con la

horca (Cáceres, Escalona). Se da muerte al homicida de un vecino o de un hijo de vecino (al delincuente o a su hijo) (Castroverde). Se impone la muerte como pena subsidiaria al homicida que no paga la calofía (Molina de Aragón y Brihuega). Se da muerte al homicida, despedazándolo (Zorita de los Canes). Se da muerte por los vecinos al homicida expulsado de la ciudad, si se resiste a ser aprehendido (Uclés). Se impone la muerte por despeñamiento u horca al hombre de otra villa que comete homicidio en Sepúlveda, aunque el muerto fuera enemigo, sin derecho de asile en iglesia, palacio o monasterio (Sepúlveda). Se da muerte al judío o al moro que mata a un cristiano. Igual pena se ejecuta, por despeñamiento, en el moro o judío que mata a los jurados o Alcaldes (Sepúlveda). Se da muerte al parricida (Brihuega).

En el robo, se aplica la horca a los ladrones (Salamanca). Se les despeña y mutila (Béjar y Madrid). Se da muerte al que roba uvas de noche (Usagre y Cáceres). Se despeña al que hurta o roba (Cuenca y Cáceres), o se le ahorca (Escalona).

El robo con homicidio se sanciona con la horca (Cuenca): Se mata al que roba o mutila al enemigo, después de muerto (Soria).

El párrafo III del Fuero de Salamanca dice: "Todo ladrón que conceyo justiciar tomen los sayones su despojo edem las sogas".

Los delitos sexuales son sancionados con penas crueles, independientes, en muchas ocasiones, de la gravedad de los hechos. Se mata al violador (Toledo), o se quema al violador de mujer casada, o se despeña al que, forzare religiosa, o al que abusare de alguna en el baño de las mujeres (Cuenca). Se mata al que fuerza mujer (Escalona). Se despeña a todo judío y moro hallado con cristiana, y a ella

se la quema (Sepúlveda). Son quemados la mujer y el moro o judío sorprendidos en adulterio (Brihuega).

Se sancionan la poligamia y la poliandria. Hombre que tuviera dos mujeres, sea ahorcado, dispone el Fuero de Brihuega. La mujer con dos maridos, sea quemada (Brihuega y Zorita de los Canes). Se pronuncia la muerte para el rapto y la violación (Zorita de los Canes). Se da muerte a la mujer casada que hiciera fornicio con otro (Soria).

El sodomita es muerto por medio del fuego (Sepúlveda y Cuenca, y Zorita, en caso de delito flagrante). Se aplica la misma pena a la mujer que ligare hombres o bestias (Zorita de los Canes).

Se sancionan también con la muerte los delitos siguientes:

- a) de los jugadores (Salamanca);
- b) de la mujer que abortara (quemándola viva) (Cuenca, Baeza) y a la partera que la haga abortar (Baeza);
- c) del traidor, que muere en la horca (Escalona);
- d) la fuerza hecha en casa ajena (Molina);
- e) al que penetra, persiguiendo a su enemigo, en el término de una ciudad de la que no es vecino (Nájera, Fresnillo, Azurara de Beira en Portugal, Urrios, Calatayud, Teruel);
- f) al que vendiere cristiano por moro, si se lo pudiesen probar (Sepúlveda) y al cristiano que se diere a vender como moro (Sepúlveda).

El que no paga las multas (calofías), cuando se le han impuesto por delitos graves, debe yacer en el cepo sin comer ni beber, hasta que muera (Fuentes, Molina y Madrid); y si los Alcaldes no encontraren donde hacer efectivas las multas, los fiadores deben pagarlas en un pla-

zo de tres veces nueve días, y pasado el plazo "se les vedará" de comer y beber, hasta que mueran de hambre y de sed, en la prisión.

Las formas de ejecución de la muerte son: la horca, el hambre, la cremación, el descuartizamiento, el enterramiento vivo de delincuente. Martínez Marina reconoce, sin embargo, que en el antiguo Derecho criminal español escaseó mucho la pena de muerte.

El quebrantamiento del Fuero por aquellas personas para las que se ha declarado su obligatoriedad constituye un delito gravísimo, sancionado con la última pena. Así, el Fuero de León dispone que todo hombre "de nuestra raza o de raza extranjera que intente a sabiendas violar o romper esta Constitución..., será condenado a que se le arranquen los ojos, y se le quebranten las manos, los pies y el cuello y se le arranquen los intestinos, y herido de lepra por la espada del anatema, sea entregado a la condenación eterna, en compañía del diablo y de sus ángeles malos" (*evulsis oculis, frasta manum, pede et cervice, fustis intestinis, percussus lepra, una eum gladio anathematis in aeterna damnatione cum diabolo et angelis ejus erat*).

El Fuero de Castrojeriz prescribe: *Et aducimus illos perreros ad illa ponte de Fitero et fecimus illos saltum facere in aqua et interfecti sunt ibi*⁷.

⁷ GUTIÉRREZ: *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1870, págs. 129 y sigs.
CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, cit., págs. 64 y siguientes.
SANCHO IZQUIERDO: *Fuero de Molina de Aragón*, Madrid, Suáñez, 1916, págs. 239 y sigs.
HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, cit., págs. 56, 59, 61, 62.
PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, 5ª ed., I, Madrid, Tello, 1881, págs. 38 y 39.
BERNALDO DE QUIRÓS: *La historia y fuentes del Derecho penal en España*, Madrid, Rodríguez Serra, 1904, págs. 105 y ss.
DU BOYS: *Historia del Derecho penal de España*, traducción de Vicente y Caravantes. Madrid, Imprenta Pérez, 1872, págs. 49 y sigs.
SALDAÑA: *Adiciones a Lisset*, op. cit., tomo I, página 237.

6. Fuero Real

El Profesor Galo Sánchez subraya el hecho de que el Fuero Real, que en 1255 estaba ya redactado, no estuvo en vigor, a pesar de haber sido concedido como Fuero especial a determinadas ciudades. Inspirado en el Derecho germánico, a través del Fuero de Soria, se aparta de esta inspiración precisamente en lo relativo a la materia penal. Consecuencia de ello fue su inobservancia, según el testimonio del referido historiador de nuestro Derecho.

Pronuncia el Fuero Real la pena de muerte en los siguientes casos: por medio del fuego, para el cristiano que se torna o hace a su hijo judío o moro (tít. I, ley I); para el judío que sonsaque cristiano (tít. II, ley II); para el que horadare por fuera casa o iglesia (tít. V, ley VI); para los sodomitas, que será castigados los dos ante todo el pueblo y, al tercer día, colgados por las piernas hasta que mueran (tít. IX, ley II); para el que se lleva por la fuerza a mujer soltera y monja o de Orden y yace con ella, y para los que se la llevan en cuadrilla, si todos tienen con la mujer acceso carnal (tít. X, leyes I, II y IV); para el escribano falsario en pleito de cien o más maravades (tít. XII, ley I); para el que a sabiendas cambie hombre libre o le dé o venda contra su voluntad, y el que lo reciba (tít. XIV, ley I); para el que mate a otro a sabiendas o a traición y con alevosía: en la última hipótesis será arrastrado y ahorcado (tít. XVII, leyes I y II); para el que abre una fosa de un muerto (tít. XVIII, ley I); para todo el que haga traición en los rieptos y desafíos (tít. XXI, ley XXV).

El título XXIII dispone que todo hombre que desechare un niño o no encontrase quien lo tome para criarlo, dando con ello lugar a su

muerte, debe morir, "pues si hizo algo por su muerte es tanto como si lo matara" (ley III).

La ley II del título I prescribe que los Prelados y Obispos quemarán a los herejes si no quieren volver a la fe católica o practicar los mandamientos de la Iglesia.

La ley II del título V exime de que le sea aplicada la pena de muerte a la mujer encinta hasta que no dé a luz. Todas estas leyes y títulos corresponden al libro IV.

7. Leyes de Estilo

Aunque no estuvieron en vigor, reseñamos, para dar una idea cíclica de los preceptos del Derecho español sobre la pena de muerte, aquellas de sus disposiciones que la pronuncian. Estas leyes son prescripciones que emanaron de las resoluciones del Tribunal Regio, y tienen una marcada influencia germánica. Las Leyes del Estilo debieron compilarse, según el Profesor Galo Sánchez, en tiempos de Fernando IV. Las integran advertencias y aclaraciones al Fuero Real y a otros textos legales, y reglas para la administración de justicia.

El malhechor que no se entrega de grado, puede ser muerto por el alguacil encargado de prenderlo (ley 47).

Debe morir el ladrón que entrase en la casa por la ventana o el tejado, subiendo por la pared u horadando o abriendo la puerta con llave o de otro modo y descerrajare arca o lo encontraren escondido (ley 74).

Igualmente deben morir el que reincide en el hurto; el que hiere o mata durante una tregua; el carcelero guardador de un preso que ha muerto, si no da descargo de su muerte (leyes 75, 78 y 111).

La ley 127 dispone que si el alguacil persigue a un hombre diciendo "mátale" y alguno lo mata, el alguacil será condenado a muerte, "porque debe prender o mandar prender, mas no matar ni mandar matar, sin mandato del alcalde". También, se dará muerte al que lo mató por mandato del alguacil, si lo hizo por malquerencia.

8. El Espéculo

En este Código de Alfonso X, que algunos consideran como un antecedente de las Partidas, y otros como un cuerpo de leyes independiente, sin vigor también, hay, igualmente, algunos preceptos que sancionan con la pena de muerte los delitos de la más varia gravedad.

Ya dibuja con trazos especiales los dos crímenes clásicos del Derecho romano imperial, el de herejía y el de *majestatis*. Pronuncia la pena de muerte para los que se resisten a creer en los artículos de la fe y los contradicen en todo o en parte, y para los que no prestan asentimiento o niegan los Sacramentos de la Iglesia, y especialmente la Eucaristía (lib. I, tit. III, leyes II, III y IV).

Junto a estas disposiciones, contiene otras en las que igualmente se sanciona con la última pena, "con la muerte más cruel y más vil posible al traidor al rey y a sus hijos y descendientes directos, sin que pueda nadie perdonarle esta pena". Igual sanción se aplica a los que aconsejan, ayudan, defienden o encubren este delito, y a los que hieren al rey, con sus auxiliadores y encubridores, y a los que lo venden, engañan o entregan a sus enemigos por celada o de otra manera, o lo matan con cosa de comer o de beber, o menoscaban su cuerpo por otro medio, o lo hieren con arma o de otro modo, castigándose en estos delitos, no sólo la acción directa, sino la ayuda

y el consentimiento (lib. II, título I, leyes VI, VII y IX), y a los que deshereden al rey, por traidores (lib. II, título VI, ley II), y a los que pierdan castillos del rey, también por traidores (lib. II, título VIII, ley III). Asimismo se declaran traidores a los que no dan al nuevo rey castillos y fortalezas y no lo reconocen por señor (libro II, tít. XVI, leyes III y IV).

Otras veces, cuando se trata de delitos de infamia o de desacato, queda el reo *a mesura* del rey, que puede disponer de su vida (lib. II, tít. I, ley X, y tít. II, ley I).

También se pronuncia la pena de muerte por ofensas a la reina (traición) en el alma en el cuerpo, y por heridas, o profanación de ella u homicidio en su persona (lib. II, título III, leyes preliminar y II).

Igualmente se sancionan con la muerte los delitos contra el hijo mayor del rey, que ha de sucederle, y cualquiera de los otros hijos (homicidio), y a los "de ganancia" (o heridas), castigándose al autor, consejero, auxiliador (lib. II, tít. IV, leyes V, VI y VII), y al que impida heredar al hijo mayor del rey el señorío de su padre, o a la hija mayor, si no hubiese hijo (lib. II, tít. XVI, ley I).

Ciertos homicidios son penados con la muerte: el del capellán mayor de la casa del rey; el de los cancilleres; el de los físicos del rey, clérigos o legos; el de los clérigos de casa del rey; el de los escribanos y los notarios del rey; el del alférez del rey; el del mayordomo; el de los adelantados; el de los merinos; el del alguacil de casa del rey; el de los criados del rey, cometido por otro criado. También se sancionan con la muerte las lesiones e injurias (deshonras) a algunas de estas personas privilegiadas (lib. II, título XII, leyes I, II, IV, V, VI, y tít. XIII, leyes I, II, III, IV, V y IX).

Se da muerte al que hiere ante el rey, al que esté en su corte y al que *escemare* bestia, ave o cosa del rey, si no es *rico ome* u *ome de grand guisa*, y al que mata o hiere, tomándolos o robándolos, ganados del haber del rey (lib. II, tít. XIV, leyes III, VIII y IX).

Se castigan, asimismo, con la muerte varios delitos contra la honestidad: el que yazga, rapte o seduzca en matrimonio a una mujer de gran linaje que tuviese, el rey y *no fuese de bendición* (lib. II, tít. III, ley I); el que yazga con parienta del rey o de la reina, en casa de la reina, por fuerza, sea virgen, casada, viuda o de orden (religiosa); si es de grado, debe morir ella también, y si es viuda o virgen los que lo aconsejen o manden, sean varones o mujeres; se tiene por alevoso al reo cuando la víctima es viuda o yace con ella por fuerza y en casa de la reina o es *rica-hembra* (lib. II, tít. XV, leyes I y II).

Las mismas disposiciones rigen para iguales delitos cometidos con las criadas de la reina y con las dueñas, casadas o viudas, de grado o por fuerza, debiendo morir asimismo los consejeros y mandantes; y con las amas que crían a los hijos del rey, y con las sirvientas, cristianas o moras, que fueron forzadas; muriendo las mujeres cuando voluntariamente acceden (lib. II, tít. XV, leyes III, IV, VI y VII). Se castiga con igual pena de muerte al hombre *de baja guisa* que aceche para yacer con alguna mujer de la casa de la reina (lib. II, tít. XV, ley IX).

Finalmente, son sancionados con la misma pena los siguientes delitos:

- a) el de los merinos menores que no acuden al llamamiento real para hacer justicia (lib. II, tít. I, ley III);
- b) los que dejan a sus señores morir o ser presos en la batalla (lib. III, tít. V, ley XVII);
- c) el que hiere o mata a su caudillo (libro III, tít. VII, ley X);

- d) el que entrega secretos al enemigo, que será traidor o alevoso, según su origen y categoría social (lib. III, tít. VIII, ley II);
- e) se da muerte sobre el cadáver de la víctima al que matare a otro en hueste o en cabalgadura (lib. III, tít. VIII, ley IV);
- f) el reincidente en el delito de hurto cometido en hueste o en cabalgadura (lib. III, título VIII, ley V).

9. Las Partidas

Constituyen el más importante de los Códigos de Alfonso el Sabio. Ayudan poderosamente la penetración en León y Castilla del Derecho romano y del canónico, y la formación del derecho territorial. Su redacción, según el parecer del Profesor Galo Sánchez, fue comenzada en 1256 y terminada en 1263 o 1265. Se duda si tuvieron vigor en tiempo de Alfonso X, o al disponerlo así el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI.

La Partida séptima forma un conjunto orgánico de leyes penales. Hay en ella conceptos de carácter general sobre el delito, la pena y su clasificación, la imputabilidad, total o parcial, y la justificación, y todo un sistema de delitos en particular, agrupados bajo rúbricas abstractas e inspirados en la especial categoría de la norma violada. Por estas razones, al hablar de los actos criminales, sancionados con la pena de muerte, hay que referirse a cada una de estas rúbricas, y así, se castigan con la última pena:

I. La traición, que es crimen de lesa majestad en las siguientes figuras:

- a) muerte o ataque a la honra o dignidad del rey, trabajando para que sea privado del reino o con un rey enemigo suyo;

- b) concierto con el enemigo para declarar la guerra, o en daño del reino (castigándole también al auxiliador y al mandante);
 - c) concierto con otros para desobedecer al rey o alzarse contra él;
 - d) actos para estorbar las donaciones hechas al rey por otro monarca o señor;
 - e) alzamiento contra el rey, por el que posee castillo, villa o fortaleza, o donación de éstos a sus enemigos, o pérdida de los mismos por su culpa o por un engaño, o abastecimiento de un lugar para guerrear contra el rey;
 - f) desamparar al rey en batalla, marcharse de la hueste o lidiar con los enemigos antes que el rey lo mandare o sin que lo sepa, o descubrirle los secretos del rey en daño de él;
 - g) hacer asonadas o levantamientos en el reino;
 - h) dar muerte a los adelantados mayores, a los consejeros del rey, a los caballeros creados para guardar su cuerpo o a los juzgadores que enjuician por su mandato;
 - i) quebrantar lugar u hombre que el rey hubiese asegurado, matando, hiriendo o deshonrando, contra su defensa;
 - j) dar en rehenes al rey, o matarlo o hacerle huir; ya se cometa el delito individual o colectivamente;
 - k) dar soltura al traidor aprehendido;
 - l) no dejar su oficio ni abandonar las fortalezas al adelantado u oficial mayor, destituido por el rey, ni querer recibir a su sustituto;
 - m) quebrantar, romper o derribar maliciosamente alguna estampa erigida, para honra del rey, en determinado lugar;
 - n) fabricar moneda falsa o falsificar los sellos del rey (tít. II, ley I).
- En el crimen de *perduello* se puede acusar al reo después de muerto (título II, ley III).

II. *Rieptos*. Se aplica la muerte al que en ellos fuere vencido o dado por traidor (título III, ley IX).

III. *Falsedades*. Se castigan con la muerte:

- a) las cometidas en juicio por los siervos;
- b) las de carta, privilegio, bula, moneda o sello del Papa o del rey, por sí o por otra persona;
- c) la fabricación de moneda falsa de oro, plata u otro metal (se quema al autor de este delito y a los que le prestaren consejo o ayuda o lo encubran) (tít. VII, leyes VI y IX).

IV. *Homicidios*. Se sancionan con muerte:

- a) como especialmente agravado, el parricidio cometido en ascendientes, descendientes, colaterales hasta el segundo grado, afines, entenados y prohijados o adoptados. Cuando se comete este delito a traición, con armas, con hierbas, clara o secretamente, será azotado públicamente, ante todos, el autor, y merido después en un saco de cuero con un perro, un gallo, una culebra y un mono; con la boca del saco cosida, será arrojado al río, o lanzado al mar. Los auxiliadores o inductores, parientes o extraños, tendrán la misma pena que el ejecutor. También debe ser muerto el que compre hierbas para matar a su padre, aunque no cometa el delito (tít. VIII, ley III);
- b) el homicidio del físico o cirujano que, a sabiendas o maliciosamente, comete algún error que ocasione la muerte;
- c) el de la mujer encinta que bebiere hierbas u otra cosa para expeler el feto, o se hiriese en el vientre con los puños o de otro modo, con intención de perder la criatura, o se perdiese, si la criatura estaba viva (título VIII, leyes VI y VIII).

Habla del asesinato, igualmente sancionado con la muerte, la ley III del título XXVII, referente a "los hombres desesperados o malos que matan a traición, de manera que no es posible guardarse de ellos". Sus encubridores e inductores son también sancionados con la muerte.

V. *Delitos contra la propiedad*. Pena de muerte para:

- a) los ladrones que desentieran a los muertos para hurtar sus vestidos, o los despojan, cuando cometen el delito llevando armas;
- b) para el siervo que forzare con armas y sin saberlo su señor;
- c) para el hombre vil que con armas y con el auxilio de otros incendia campo o mies (debe ser quemado en el incendio, a ser posible);
- d) para el autor, auxiliador, consejero o encubridor de un hurto en los caminos, en el mar, con navíos, en corso, o entrando por fuerza en las casas o en otros lugares, con o sin armas, o en la iglesia u otro sitio religioso, para apoderarse de cosa sagrada o santa;
- e) para el oficial del rey que estuviere encargado de la guarda de algún tesoro o hubiere de recaudar derechos o impuestos y los hurtare, o encubriere a los que lo hicieren;
- f) para el juzgador que hurtare los maravedís del rey o de algún Consejo, mientras desempeñe el cargo;
- g) para el abigeato, en el caso de la habitualidad del reo, o, sin esta circunstancia, cuando hurte diez o más ovejas, o cinco cerdos, o cuatro yeguas u otras tantas bestias o ganados de los que nacen de éstas, porque en esa cifra todas estas cosas hacen *grey* (rebaño);

- e) para el que hurta hijos de hombres o siervos ajenos, para llevarlos a vender a tierra enemiga o para utilizarlos en servidumbre, si no es fijodalgo. Si es siervo, "debe ser echado a las bestias bravas, que lo maten" (título IX, ley XII; tít. X, leyes VIII y IX; título XIV, leyes XVIII, XIX y XXII).

VI. *Delitos contra la honestidad.* Pena de muerte para:

- a) el adulterio, con aplicación al hombre que lo efectuó. Si la mujer casada se prueba que cometió adulterio con su siervo, deben ser quemados los dos;
- b) para el varón que comete a sabiendas "pecado de lujuria" con hermana política o parienta (equiparado al adulterio);
- c) para los que yacen, por medio de halago o engaño, sin emplear la fuerza, con vírgenes, mujeres de orden o viudas honestas, si son siervos o sirvientes de la casa (muerte por cremación);
- d) para el raptor de mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa, o para el que yace con ella por la fuerza, así como para el que rapta o fuerza a su esposa y para los que le ayuden;
- e) para los sodomitas, salvo que uno de ellos sea forzado o menor de catorce años; y para los autores de pecado de bestialidad, matando, además, a la bestia, "para amortiguar la remembranza del hecho";
- f) para los alcahuetes que no doten y casen a las mujeres libres que tienen en la putería; y a los que comercian con su mujer o con otra, casada, virgen, religiosa o viuda de buena fama, con fines de lucro o promesa de él; y a las mujeres que se dediquen a este tráfico (tít. XVII, ley XV; tít. XVIII, ley III; tít. XIX, ley II; tít. XX, ley III; título XXI, ley II; tít. XXII, ley II).

VII. *Delitos contra los presos.* Son sancionados con la muerte:

- a) el carcelero o guardador de presos que comete crueldad con ellos, por precio, malquerencia, ruego o afecto a los que mandaron prender;
- b) el guardador que mate al preso que custodia, o le diese un brebaje u otro medio para que se suicide;
- c) el que por su autoridad y sin mandato del rey constituye a otro en prisión, cepo o cadena; así como los oficiales del rey que, sabiéndolo, no lo escarmientan o prohíben, o no lo hacen saber al rey (tít. XXIX, leyes XI, XII y XV).

VIII. *Delitos religiosos.* De estos delitos son castigados con la pena de muerte los siguientes:

- a) el cristiano que se torna judío o hereje;
- b) el judío que yazga con cristiana y la cristiana que se entregue a todos;
- c) el judío que a sabiendas compre a un cristiano como siervo;
- d) el cristiano que se torne moro, si fuere hallado en el señorío del rey;
- e) la cristiana virgen y la viuda que yazgan con moro por segunda vez; si es casada, será entregada al marido para que la queme, la liberte o haga de ella lo que quiera; y si es mujer de mala fama que se dé a todos, y, a la segunda vez, "muera por ello";
- f) los herejes que fueren predicadores o consoladores y los creyentes que se dejaren convencer por ellos. Deben ser condenados por el juez después de haber intentado la Iglesia convencerles de su error, y quemados en el fuego. Igual pena se pronuncia para los descreídos.

- g) los agoreros, sorteros, adivinadores y nigromantes; contra esta disposición se establece un premio —como signo de las costumbres de la época— para los que usasen del encantamiento con buenos fines, como echar demonios del cuerpo, desligar, proteger cosechas, destruir plagas del campo (título XXIV, leyes VII, IX y X; tít. XXV, leyes IV y X; tít. XXVI, ley II; tít. XXIII, ley III).

IX. Otros delitos castigados con la pena de muerte:

- a) el juzgador que, injustamente, sentencia a muerte;
- b) el homicida a traición si es siervo; y, según fuero de España, todo hombre que cometa tal delito;
- c) los siervos que vean matar a sus señores y a los hijos de ellos y no los socorran, pudiendo hacerlo o ayudándoles con sus manos, y en vez de esto “se van dando voces para que acudan”. Se exceptúan de esta pena los sirvientes “muy viejos, flacos, sordos, mudos, o presos o encerrados, o menores de catorce años, porque “no lo hacen por maldad, sino por embargo de su cuerpo o mengua de entendimiento” (tít. VIII, leyes XI, XV y XVI).

X. Disposiciones sobre la pena de muerte

En la Partida séptima hay un concepto de la pena y una determinación de los fines que ha de cumplir. La pena es “enmienda de pecho o escarmiento”, y sus fines son el mismo escarmiento, el ejemplo y el apercibimiento (tít. XXXI, ley I).

Las penas se dividen en mayores y menores. La de muerte es la primera de la escala de las penas mayores. Se ejecuta cortando la cabeza con espada o con cuchillo, “no con segur, ni con hoz de segar”;

por la horca; quemando al reo; echándolo a las bestias bravas. Están prohibidas la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento desde una peña, una torre, un puente u otro lugar (título XXXI, leyes IV y VI).

La condición de la persona influye en el modo de ejecución de la pena, de muerte, y así, la ley VII del título XXXI dispone que el “hidalgo u otro hombre que fuese honrado por su ciencia o por otra bondad que hubiese en él, débenlo matar haciéndolo sangrar o ahogándolo”.

También influye en la pena de muerte la especial situación del reo. Tal es el caso de la mujer encinta, “que no la deben matar hasta que sea parida”. “Si el hijo que es nacido —agrega esta ley— no debe recibir pena por el yerro del padre, mucho menos la merece el que está en el vientre por el yerro de su madre”, agregando que “el que ajusticiare a sabiendas mujer preñada, debe recibir igual pena que el que mata a traición” (tít. XXXI, ley XI).

La pena de destierro puede transformarse en la de muerte, cuando el desterrado a perpetuidad, desobedeciendo la sentencia, salga de la isla o entre en tierra, sin mandato del rey. Si esto ocurre, debe morir, según dispone la ley X del título XXXI de la Partida séptima.

10. Ordenamiento de Alcalá

El Ordenamiento de Alcalá es de 1348. Tiene como bases: los acuerdos de las Cortes de Villarreal; el Ordenamiento de los Fijosdalgos, hecho en Nájera por Alfonso VII; las Partidas (que lo influyeron parcialmente), y los Ordenamientos de Valladolid y de Segovia de 1347.

Castiga con la muerte:

- a) al guardador de presos que no los custodia bien, cuando hay evasión y el reo huído estaba condenado a muerte (tít. XX, ley V);
- b) al que hiera o prenda a alcaldes, jueces, justicias, merinos, alguaciles u otros oficiales de las villas o ciudades (tít. XX, ley XVI);
- c) al que yaciere con la barragana conocida de su señor o con doncella que tenga en su casa o con camarera conocida de la señora o con parienta o con ama del hijo del señor (ley II del tít. XXI);
- d) al que no siendo fijodalgo viva con otro de la misma condición y se casare con la hija o con la parienta que tenga en su casa aquel con quien viviere. Dispone que con su mandato sea echado del reino para siempre, y si tornare, que la justicia lo mate (ley II del tít. XXI);
- e) como delitos contra la integridad corporal, sanciona al que hiere alguno a traición, por consejo o por promesa; al que mata a otro, aunque sea en riña (tít. XXII, leyes I y II);
- f) las diversas formas de traición: lesa majestad, alzamiento contra el rey, deserción, guerra civil (título XXXII, ley V);
- g) al que mate a un plebeyo en la tierra donde goce de fuero (tít. XXXII, ley XXIV).

11. Ordenamiento de Montalvo

Las Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas por el jurisconsulto Alonso Díaz de Montalvo, llamadas también Ordenamiento de Montalvo, son de 1484. Castigan con la pena de muerte:

- a) la traición a la persona del rey;
- b) la asociación con los enemigos para hacer la guerra;

- c) el levantamiento, con o sin tropas, contra el rey;
- d) el obstaculizar las adhesiones o tributos de otros reyes o señores;
- e) la donación de villa o fortaleza a un enemigo del rey, y la pérdida por culpa suya o por un engaño de que fue víctima;
- f) la negativa de dar al rey, cuando lo pide, castillo, villa o señorío suyos;
- g) el desamparo hecho al rey en la batalla; la deserción al enemigo o la marcha de la hueste;
- h) el poblar sin mandado del rey. Se pronuncia, además, en estos delitos, la confiscación de bienes, y el cuerpo del delincuente puede quedar a merced del rey (libro VIII, tít. VII, leyes I y II).

Hay homicidios especialmente agravados, por la condición de la víctima, que se sancionan con la muerte. El de las personas del Concejo del rey, alguaciles de la Corte, adelantados, merinos mayores, Alcaldes y alguaciles mayores de las ciudades de Toledo, Sevilla, Córdoba, Jaén, Murcia y Algeciras, y los de los jueces y justicias de las ciudades, villas y lugares, o el aposentador (libro VIII, tít. XII, leyes I, II y V, y título XIII, ley X).

Otros se agravan por el lugar: la Corte del rey (lib. VIII, tít. XIII, ley I). Algunos, por los medios y modos: por asechanza; consejo o promesa, o en pelea a traición o alevoso. Todos se castigan con la muerte por la horca. El cometido a traición, con la horca y arrastrando al reo (lib. VIII, tít. XIII, leyes II, III y XII).

Igualmente se pena con la muerte al que prenda a jueces o justicias de ciudades, villas y lugares; al que hiera, robe o hurte en la Corte del rey; al que hiera por asechanza, consejo o promesa (lib. VIII, tít. XII, ley V, y tít. XIII, leyes I y II).

Los rufianes que por tercera vez se hallen en la Corte, ciudades o villas de donde se les expulsó, son castigados con la horca (libro VIII, tít. XIV, ley II).

También dispone que se imponga la pena de muerte al que fornicica con la barragana conocida de su señor o con una la doncella que vive en su casa o con camarera de la señora o con la parienta que vive con ellos o con el ama que cría a sus hijos (lib. VIII, tít. XV, ley II).

Hay una disposición sobre el verdugo, contenida en la ley XXXVIII del título XIV del libro II, que dispone que para ejecutar la justicia en las villas y ciudades sea *quito* y exento de pedidos y monedas y demás impuestos y derramas reales y concejiles. Si hay que darle salario —agrega— se le dará de los bienes propios del Concejo, si los tuviere, y, si no, por reparto y pago de los vecinos, como los demás impuestos. La ley siguiente (XXXIX) fija los derechos del verdugo en treinta maravedises, y dispone que si fuera justicia de muerte (podrá utilizárselo también para los castigos corporales), “que lleve el verdugo la ropa de cabe la cinta”.

El rey puede otorgar su perdón a los reos, excepto a los que lo sean de delitos alevos, o de traición o de muerte segura (lib. I, título VI, ley I).

12. Leyes de Toro

Fueron aprobadas en las Cortes de Toro de 1505.

La última (núm. 83) establece un principio talional. Sanciona al testigo que depusiere falsamente en causa criminal con una pena igual a la que se imponga al reo. Puede resultar de la aplicación de este principio que si el reo sufre como sanción la muerte, sea esta pena también la que se imponga al testigo culpable de falso testimonio.

13. La Nueva y la Novísima Recopilación

La *Novísima Recopilación* (1805) es un conjunto de leyes de varios monarcas españoles, unas sueltas y otras recogidas en Códigos anteriores. Fue precedida por otra colección, la *Nueva Recopilación* (1567). Aunque hay leyes de ésta que no han pasado a la *Novísima*, las referentes al Derecho penal y, particularmente, todas aquellas que sancionan las más graves figuras de delito, pasan de uno a otro cuerpo de leyes. Por esta razón es innecesario al hacer la historia de la pena de muerte en España, traer a examen los preceptos de la *Nueva Recopilación*; todos ellos están incluidos en la *Novísima*.

En el libro XII está contenido el Derecho penal. Trata este libro de los delitos y sus penas y de los jueces criminales.

A. *Delitos religiosos*. Se sancionan con la muerte:

- a) a los judíos de ambos sexos que entren en España, fuesen o no de los expulsados con anterioridad, y aunque expresen su deseo de ser cristianos. Se exceptúa el caso de que se conviertan ante un escribano y testigos en el primer lugar donde entraren. Se obliga al que tenga esclavo judío a que dentro de un plazo de dos meses lo envíe fuera del reino o a que se convierta al cristianismo, y, si no, incurre en la pena de muerte (título I, ley IV);
- b) a cualquier moro que venga de fuera de España a saltar o robar, ejecutándolo en cuanto sea aprehendido (tít. II, ley I);
- c) a los que saquen moros o mudéjares o les presten consejo o ayuda para salir o pongan en salvo moros cautivos o malos cristianos que se tornen moros o judíos. A los que realizan estos hechos se les considera como alevosos (tít. II, ley II);

d) a los herejes considerados como tales que, ausentes de España, vuelvan a ella (título III, ley II).

B. Falsificaciones. Son sancionadas con muerte:

a) la introducción en el reino o recepción de moneda falsificada y el auxilio para que entre, "porque es delito de lesa majestad y de moneda falsa" (tít. VIII, ley IV).

C. Delitos contra la integridad física. Son castigados con la pena de muerte:

a) el que hiere, mata o prende a los miembros del Consejo del rey, alcaldes de la Corte, alguacil mayor, adelantado de la frontera del reino de Murcia y merinos mayores de Castilla, León y Andalucía (título X, ley I), o al aposentador mayor del rey (título XXI, ley VI);

b) los bandidos, contrabandistas y salteadores de caminos que hagan fuego o resistan con arma blanca a la tropa que los persigue (serán juzgados por la jurisdicción militar) (tít. X, ley X);

c) el que matare a obreros, labradores, vasallos o familiares de otros señores contrarios a él (tít. XV, ley V);

d) el que mate a otro a sabiendas o a traición y con alevosía (en este último caso se le arrastra y ahorca), o lo hiriese por asechanza, consejo o promesa (*fabla fecha*) le diese muerte en pelea (riña), o le mate o hiera en la Corte, o a traición, seguro o por asechanza, durante una tregua; y el que dispare arma de fuego y, por disparar, mata o hiere a otro (tít. XXI, leyes I, II, III, IV, V, X y XI).

D. Delitos contra la propiedad. Se establece la pena capital para las siguientes figuras de delitos de esta categoría:

a) los que teniendo diecisiete años cumplidos roben dentro de la Corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito, ya sea entrando en las casas o acometiendo en las calles o caminos, con armas o sin ellas, solos o acompañados, y aunque a la ejecución del delito no sigan lesiones u homicidio (título XIV, ley III). Es una ley de Felipe IV, que se hace luego extensiva a los delitos de esta clase que se cometan en la provincia de Guipúzcoa, sus distritos y jurisdicciones (título XIV, ley IV);

b) a los que aconsejen, ayuden, favorezcan o tomen directamente, por medio de la violencia, las rentas o derechos reales, o resistan a su cobranza (tít. XV, ley VII);

c) a los que hurten a los colonos de las nuevas poblaciones con violencia en las personas o en las cosas (tít. XV, ley X);

d) a los que hurten ganados por tercera vez, aunque cometan el delito sin violencia, y a los que de intento incendien casas, barracas o suertes, cercas, plantíos, labrados o aperos de labor de los colonos (tít. XV, ley XI).

E. Medidas de seguridad contra los gitanos. Se aplica la pena de muerte a los gitanos en cuadrilla de tres o más, con armas de fuego, cortas o largas, a pie o a caballo, vecinos o no del reino, aunque no se les pruebe la comisión de un delito; y a los que sean vistos en dichas circunstancias, aunque no hayan sido aprehendidos. Pueden librarse de la pena de muerte si entregan a la justicia a un compañero que no tenga "excepción de inmunidad" por menor edad, embriaguez y violencia (tít. XVI, ley VII).

La ley X del mismo título XVI ordena que todos los gitanos se restituyan a sus domicilios en el término de quince días, bajo la pena

de ser declarados bandidos públicos y de que sea lícito hacer armas contra ellos y quitarles la vida. Da órdenes, además, para que se aprehenda a los gitanos de ambos sexos que se encuentren por los caminos públicos, y por este solo hecho se les imponga la pena de muerte.

Dispone la ley XI de igual título XVI que a las personas que no hayan dejado el traje, lengua y modales de los gitanos, se les selle en la espalda con un pequeño hierro candente con las armas de Castilla y se les aperciba de que en caso de reincidencia "se les impondrá, irremisiblemente, la pena de muerte, y así se ejecutará sólo con el reconocimiento del sello y la prueba de haber vuelto a su vida anterior".

E. *Medidas de seguridad contra los salteadores.* A los que anduvieren en cuadrillas robando por caminos y poblados, se les llamará por edictos de tres en tres días, y si no comparecieran ante los jueces, se sustanciará el proceso en rebeldía y serán declarados, tenidos y reputados por rebeldes, contumaces y bandidos públicos. Cualquier persona podrá libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna; traerlos vivos o muertos ante los jueces, y si son habidos, serán arrastrados, ahorcados y hechos cuartos y puestos en los caminos y lugares donde hubiesen delinquido. Se exime de la pena de muerte al bandido que entregue a otro; y al que, no siéndolo, presente al que lo fuere ante la justicia, se le exime de las sanciones correspondientes a todos los delitos que haya cometido, con excepción de los crímenes de herejía, lesa majestad y falsificación de moneda. Al que no sea delincuente y entregue a la autoridad a un bandido jefe de cuadrilla, se le concede el indulto de dos delincuentes que designe, y si el bandido entregado no es jefe de cuadrilla, de un

delincuente, siempre que el aprehensor no sea él mismo bandido o autor de crímenes de lesa majestad, herejía y moneda falsa (tít. XVII, ley I).

Se castiga con pena capital a los que recepten, encubran o socorran a bandidos o salteadores en sus casas o heredades, y si los entregan, vivos o muertos, quedan indultados (tít. XVIII, ley VII).

G. *Otras aplicaciones de la pena de muerte.* Tienen lugar para los duelistas si salen al campo o puesto señalado, aunque no haya ríña, muerte o lesión (tít. XX, ley II).

Para las ofensas e injurias, cuya satisfacción ha resuelto el rey tomar sobre sí, y en las que, no sólo se procederá con las penas ordinarias, impuestas por el Derecho, sino que se las aumentará hasta el último suplicio (tít. XX, ley III).

Y también para el sodomita, que será "quemado en llamas de fuego en el lugar", aun cuando no consume el acto, si haya partido de él el propósito y la comisión del delito (tít. XXX, ley I).

14. Código Penal de 1822

La muerte es la primera de las penas corporales, según el artículo 28 de este Código, promulgado el 9 de julio.

La pena de muerte por el delito de traición lleva consigo la infamia (art. 30), que es una pena corporal "para todos los efectos civiles" (art. 29).

El Código detalla prolijamente la ejecución de la pena de muerte en los artículos 31 a 46.

Se notifica lo que llama el Código la "última sentencia" cuarenta y ocho horas antes de ejecutarla. Excepcionalmente, si el reo ne-

cesitare un tiempo mayor "para dar cuenta o arreglar sus negocios domésticos", "y hubiere grave perjuicio en que no lo haga", podrá el juez concederle un plazo de nueve días, (art. 31).

El legislador se siente benévolo con el condenado a la última pena y prescribe en el artículo 32 que se trate al reo "con la mayor conmiseración y blandura", que "se le proporcionen todos los auxilios y consuelos espirituales y corporales que apetezca, sin irregularidad ni demasía", que se le permitan comunicaciones familiares y disposiciones de última voluntad; "pero entendiéndose todo esto de manera que no se dejen de tomar las medidas y precauciones oportunas para la seguridad y vigilancia" de la persona del reo.

Respecto a la ejecución, dispone el Código que se anunciará al público por medio de carteles, determinando en ellos el día, la hora, y el sitio, y el nombre, domicilio y delito del reo (art. 37). La ejecución será pública, "entre once y doce de la mañana, y no podrá verificarse nunca en domingo, ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en el día de regocijo de todo el pueblo". Tendrá lugar "sobre un cadalso de madera o de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna, en ningún caso, y colocado fuera de la población, pero en sitio inmediato a ella y *proporcionado para muchos espectadores*" (arts. 37 y 39).

Una serie de impresionantes detalles rodean la ejecución y aparecen precisados en el artículo 40: "El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia". En caso de haberse impuesto la infamia, será conducido en un burro, con la cabeza descubierta. Si es traidor, llevará atadas las manos a la espalda, descubierta y sin

cabellos la cabeza y una soga de esparto al cuello. Si es asesino, una túnica blanca y la misma soga de esparto al cuello. Si es parricida, la misma túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos a la espalda y una cadena de hierro al cuello, llevada por uno de los extremos por el "ejecutor de la justicia", que deberá precederlo "cabalgando en una mula". Los sacerdotes no degradados cubrirán su tonsura con un gorro negro.

Un cartel, en el pecho y en la espalda, designará el delito del reo (traidor, homicida, asesino, reincidente en tal crimen, etcétera).

El reo debe llevar escolta y acompañarle los sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados (art. 41).

Al salir de la cárcel, al llegar al cadalso y en el camino, cada doscientos o trescientos pasos, hará público el pregonero el nombre del reo, el delito que ha cometido y la pena impuesta (art. 42). Lo mismo que se diga en el pregón se anunciará con letras grandes en un lugar visible del sitio de la ejecución (art. 45).

En el lugar de la ejecución y en los sitios del tránsito, debe reinar el mayor orden. El que lo turbe puede ser corregido con arresto de dos a quince días y multa de cinco a cuarenta pesetas. Los que dieren gritos o voces o intenten impedir la ejecución, serán considerados como sediciosos, y se advertirá así en los pregones (art. 43).

Llegado el momento de la ejecución, no será permitido al reo atengar al público ni hablar con determinada persona; sólo podrá orar con los ministros de la religión que le acompañen (art. 44).

Ejecutada la sentencia, se expondrá el cadáver del reo al público, en el sitio donde haya tenido lugar y hasta la puesta del sol. "Después será entregado a los parientes o amigos, si lo pidieren, y, si no, será se-

pultado por disposición de las autoridades o podrá ser entregado para alguna operación anatómica que convenga". A los condenados por traición o parricidio se les dará sepultura eclesiástica "en el campo y en sitio retirado, fuera de las cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el lugar de su sepultura" (art. 46).

La ejecución tenía lugar por, medio del garrote, "sin tortura alguna, ni otra mortificación previa de la persona" (art. 38).

Si después de notificada la sentencia y antes de ejecutado moría el reo "natural o violentamente", su cadáver era conducido al lugar del suplicio, con las ropas que llevaba y en féretro descubierto y con las solemnidades de comitiva y pregones expuestas antes; y las disposiciones también referidas sobre el orden público y la exposición y enterramiento del cadáver quedaban asimismo en vigor (art. 33). Si moría antes de la notificación, no se ejecutaba la sentencia en el cadáver (art. 34).

Después de notificada, podrá suspenderse la ejecución de la sentencia por aplicación del derecho de gracia o por nuevas pruebas respecto al hecho imputado, que dejen dudas sobre la culpabilidad del reo, su participación en el delito o su identificación (artículo 35). Si después de firme la sentencia resultaba el reo, por su propia confesión o por otras pruebas, autor o cómplice de un delito nuevo, sólo se suspendía la ejecución a juicio del juez.

Sancionaba el Código penal de 1822 con la pena de muerte los siguientes delitos:

- a) contra la libertad de la nación (artículos 188 a 191): ataques a la Constitución, a la forma de gobierno, a las Cortes o a su Diputación permanente y auxiliando al Consejo del rey en la

tentativa de ellos. En todas estas hipótesis el reo era considerado como traidor;

- b) delitos de lesa majestad: contra el rey, la reina y el príncipe heredero (muerte, lesiones, detención o malos tratos) (arts. 219 a 222 y 224);
- c) delitos contra la religión del Estado: "Todo el que conspirase directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas o a que la nación española deje de profesar la religión católica, apostólica, romana, es traidor y sufrirá la pena de muerte" (art. 227);
- d) delitos contra la seguridad exterior del Estado (varias formas de la traición en tiempo de guerra) (arts. 250 a 254 y 256);
- e) delitos contra el derecho de gentes: conspiración directa y de hecho contra la vida de un representante diplomático de una Corte extranjera;
- f) delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público: reos de rebelión (art. 274);
- g) delitos contra las personas: se castiga con la muerte al que matar a otra persona voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla (art. 605); al asesino (art. 609), que será infame por el mismo hecho; a los salteadores que maten para robar o hurtar (art. 611), siendo solidaria la responsabilidad y común la pena de muerte cuando concurren varios a la comisión del delito y no se determine la participación de cada uno; al parricida y a los que maten a aquel con quien habitan o de quien perciban salario, con excepción de las mujeres solteras o viudas que dieren muerte a su hijo ilegítimo dentro de las

veinticuatro horas siguientes al nacimiento "para encubrir su fragilidad" y sean de buena fama y no corrompidas (art. 612); al que asesine a otro en riña (art. 616);

- h) delitos contra la propiedad: se castiga con la muerte al incendiario, si del hecho realizado por él resultare "abrasada" alguna persona, aunque no fuera ésta su intención (art. 787).

Existe en este Código la pena "de ver ejecutar una sentencia de muerte". Se considera por el Código como una pena corporal (la octava del art. 28). Se ejecuta haciendo conducir al condenado "en pos" del reo principal y en "igual cabalgadura, pero con su propia vestidura, descubierta la cabeza y atadas las manos". "Llevará también—dice el texto legal—en el pecho y espalda un cartel que anuncie su delito de cómplice, auxiliador, encubridor, etc., y será comprendido en los pregones, permaneciendo al pie del cadalso o tablado mientras se ejecuta el castigo principal" (art. 62). "Si durante la ejecución cometiere algún acto de irreverencia o descaro, será puesto en un calabozo inmediatamente que vuelva a la cárcel, y permanecerá en él a pan y agua por espacio de uno a ocho días, según el exceso". Si ese exceso, de cuyo riesgo se le advierte antes de salir de la cárcel, "consistiere en blasfemias, obscenidades, insultos a la autoridad o a los espectadores, y no se contuviere el reo a la primera advertencia, se le pondrá en el acto una mordaza por el ejecutor de la justicia" (artículo 63).

No se puede imponer la pena de muerte al menor de diecisiete años (art. 64), ni a la mujer encinta hasta que se verifique el parto y pasen cuarenta días (art. 68).

15. Código Penal de 1848

Promulgado en 19 de marzo de 1848, comenzó a regir en 1 de julio de dicho año.

Sus disposiciones sobre la pena de muerte son de mayor sobriedad que las del Código anterior. Están contenidas en los artículos 89 a 93. Se la considera una pena principal. La forma de ejecutarla es por medio del garrote y en un tablado. La ejecución se verifica de día—salvo en los de fiesta religiosa o nacional—y en el lugar "generalmente destinado para este efecto" o en el que el Tribunal determine, cuando haya causas especiales para ello.

El sentenciado es conducido al patíbulo en caballería o en carro, con hopa negra, salvo si es parricida o regicida, en cuyo caso habrá de llevar una hopa amarilla y un birrete del mismo color, "uno y otra con manchas encarnadas". El pregonero publica en alta voz la sentencia en los lugares del tránsito que el juez señale.

El cadáver queda expuesto al público "hasta una hora antes de oscurecer" y se entrega, para que lo entierren sin pompa, a los parientes o amigos que lo soliciten.

No se notifica ni ejecuta la sentencia en la mujer encinta hasta los cuarenta días después del alumbramiento.

El Código penal de 1848 castiga con la pena de muerte como única sanción la tentativa para destruir la independencia o la integridad del Estado (art. 139) y la inducción a una potencia extranjera para declarar la guerra a España, o el concierto con ella para el mismo fin, si la guerra llegare a declararse (art. 140).

Con cadena temporal en su grado máximo a muerte el espionaje; el facilitar medios de guerra al enemigo; el proporcionar planos,

documentos o noticias; el impedir el auxilio a tropas nacionales; el seducir tropas adictas para que se pasen al enemigo; el reclutamiento de tropas para el extranjero (artículo 142), y el comunicar o revelar directa o indirectamente al enemigo documentos o negociaciones reservadas de que se tuviere noticias por razón del oficio o por algún medio reprobado (art. 144).

Todas las figuras que acaban de describirse pertenecen a los delitos de traición.

Entre los delitos contra el derecho de gentes, castiga exclusivamente con la muerte al que matare a un monarca extranjero residente en España (art. 154); con cadena perpetua a muerte, la piratería en cualquiera de estas hipótesis: apresar una embarcación al abordaje o haciéndole fuego; ejercerla acompañada de homicidio, castración o mutilación causada de propósito; asociar a ello la violación de una mujer o los abusos deshonestos con persona de uno u otro sexo; cuando los piratas hayan dejado a algunas personas sin medios de salvarse. La sanción pronunciada deberá imponerse en todo caso al capitán o patrón de piratas (art. 157).

Dentro de los mismos delitos, se castiga con cadena temporal en su grado máximo a muerte la piratería contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España (art. 156).

Entre los delitos de lesa majestad se castiga con la sola pena de muerte la tentativa contra la vida o persona del rey y del inmediato sucesor a la corona (art. 160) y el homicidio consumado o frustrado del regente o regentes del reino, de la reina viuda o de los infantes de España (art. 165).

Y entre los delitos contra el orden público, a los que romaren parte en la rebelión si fueren autoridades civiles o eclesiásticas, si

hubiere habido combate entre los rebeldes y la fuerza del Gobierno, o de unos ciudadanos con otros, o se hubieren causado estragos que hayan puesto en peligro la vida de las personas (art. 168, núm. 1.º).

En los delitos contra las personas, el parricidio con premeditación o ensañamiento se sanciona con muerte (art. 323); el asesinato, cuando lo cualifica la alevosía, el precio o promesa remuneratoria; la inundación, el incendio o el veneno; la premeditación y el ensañamiento se declara punible con cadena perpetua a muerte (art. 324), y el castrar a otro de propósito se castiga con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte, según el artículo 333.2. También resulta aplicable la pena de muerte al duelo, en la hipótesis del párrafo primero del artículo 346, que dispone que los padrinos de un duelo del que resulte homicidio serán castigados como autores de este delito cometido con premeditación, si hubiesen promovido el duelo o usado cualquier género de alevosía en su ejecución o en el arreglo de sus condiciones; y sabido es que el homicidio con premeditación se castiga con la pena de cadena perpetua a muerte en el artículo 324.

Entre los delitos contra la propiedad, se pronuncia la pena de cadena perpetua a muerte para el robo con violencia o intimidación en las personas, cuando resultare homicidio, fuere acompañado de violación o mutilación causada de propósito y cuando se cometiera en despoblado y en cuadrilla, si, con motivo u ocasión de él, se causan lesiones que dejen al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro o notablemente deforme. En todo caso se impondrá esta pena al jefe de la cuadrilla total o parcialmente armada (artículo 415).

Se decreta también la pena de cadena perpetua a muerte para el incendio, cuando se ejecutare en cualquier edificio, buque o lugar habitados, y en arsenal, astillero o almacén de pólvora, parque de artillería o archivo general del Estado (art. 456), y en el estrago cualificado por sumersión, varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor, u otro medio de destrucción tan poderoso (art. 460).

16. Código Penal de 1850

Es una edición reformada del de 1848, hecha el 30 de junio de 1850, y contiene iguales preceptos que el Código de 1848, del que sólo es una modificación parcial, con la transformación, en el sentido de hacerlas más duras, de las disposiciones del artículo 168, relativo a la rebelión. En él se castiga con la pena de muerte a los que, induciendo o determinando a los rebeldes, hubieren promovido o sostuvieren la rebelión, y a los caudillos principales de ella. Los párrafos primero y segundo del artículo 168 del Código de 1848 han pasado a ser los párrafos primero y segundo del artículo 169 del Código de 1850, y en ellos se agravan las penas establecidas por el Código anterior, castigando con cadena perpetua a muerte a los que tuvieren en la rebelión un mando subalterno. Según el artículo 170, pueden imponerse a los meros ejecutores las penas de cadena temporal a muerte.

17. Código Penal de 1870

Entre los delitos de traición se castigan con la pena de muerte los casos siguientes: el del español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para

el mismo fin, si llegare a declararse la guerra (art. 136); el del español que facilitare al enemigo la entrada en el reino, la toma de una plaza fuerte militar, de buque del Estado o de almacenes de boca o guerra del mismo; el del español que sedujere tropa española, o que se hallare al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas estando en campaña; el del español que reclutare en España gente para hacer la guerra a la patria bajo las banderas de una potencia enemiga. Los delitos frustrados de los hechos referidos anteriormente serán castigados como la consumación (art. 137).

El artículo 138 determina que serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte: el español que tomase las armas contra la patria bajo banderas, enemigas; el español que reclutare en España gente para el servicio de una potencia enemiga, en el caso de que no fuese para que aquélla tome parte directa en la guerra contra España; el español que suministrare a las tropas de una potencia enemiga caudales, armas, embarcaciones, efectos o municiones de boca o guerra, u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España, o favoreciere el progreso de las armas enemigas; el español que suministrare al enemigo planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas; el español que en tiempo de guerra impidiere que las tropas nacionales reciban caudales, armas, efectos o municiones de boca o guerra, o planos de fortalezas o de terrenos, o documentos o noticias. Entre los mismos delitos de traición sanciona el artículo 142 con la pena de cadena perpetua a muerte a los ministros de

la corona que, con infracción del artículo 74 de la Constitución de 1869, autorizaren decretos enajenando, cediendo o permutando cualquiera parte del territorio español, admitiendo tropas extranjeras en el reino o ratificando tratados de alianza ofensiva que hayan producido la guerra de España con otra potencia.

Entre los delitos contra el derecho de gentes sanciona el artículo 153 con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte al que matare a un monarca o jefe de otro Estado, residente en España.

Entre los delitos de piratería castiga con la pena de cadena perpetua a muerte los mismos que se han descrito al hablar del Código de 1848 (art. 156, en relación con el párrafo primero del 155).

Entre los delitos de lesa majestad castiga con la pena de reclusión perpetua a muerte al que matare al rey (art. 157), y con reclusión temporal en su grado máximo a muerte el delito anterior en grado de frustración y de tentativa (art. 158). El artículo 163 sanciona con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte el homicidio del inmediato sucesor de la corona o del regente del reino, y con reclusión temporal a muerte el delito frustrado y la tentativa del crimen anterior (art. 163).

Entre los delitos contra el orden público se castiga con la pena de reclusión temporal en su grado máximo a muerte a los inductores de los rebeldes, a los que hubiesen promovido o sostuvieren la rebelión y a los caudillos principales de ésta (art. 244), y a los que ejercieren un mando subalterno en la rebelión, si fuesen personas constituidas en autoridad civil o eclesiástica, o si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza del Gobierno, o

aquella hubiere causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos o del Estado, cortando las líneas telegráficas o las vías férreas, ejerciendo violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión (art. 245). Con la misma pena y en la misma hipótesis se castiga a los reos de los delitos contra la forma de gobierno, según el artículo 184.

Finalmente, se castigan, en el Código de 1870, con la pena de cadena perpetua a muerte el parricidio (art. 417); de cadena temporal en su grado máximo a muerte, el asesinato (art. 418), y con la pena de cadena perpetua a muerte, el robo, cuando con motivo o con ocasión de él resultare homicidio (artículo 516, núm. 1°).

Este Código fue promulgado en 30 de agosto y es, con modificaciones de detalle, el mismo de 1848. En punto a la regulación de la última pena, coincide con aquél hasta en los números de sus artículos. En efecto, también los artículos 89 a 93 regulan en éste la ejecución de la pena de muerte, que, además de considerarse como una pena principal, es una pena aflictiva, como consecuencia del espíritu expiatorio que inspira ambos cuerpos legales. El texto de los artículos es literalmente el mismo que el de los correspondientes del Código penal de 1848.

18. Ley de 9 de abril de 1900

Modifica el contenido de los artículos 89 a 93 del Código penal de 1870. Es una proposición de ley del Doctor Pulido, aprobada por las Cortes españolas, y prohíbe la publicidad de las ejecuciones. Estas tienen lugar a las dieciocho horas de notificar la sentencia al reo, y en sitio adecuado de la prisión donde se halle (art. 102 del

Código de 1870, que modifica). Hecha la notificación de la sentencia al condenado, se le instala en un lugar aislado de la prisión, y sólo se permite que comuniquen con él las autoridades superiores de la localidad, el Fiscal del Tribunal sentenciador o su delegado, los sacerdotes o ministros de la religión e individuos de asociaciones de caridad que hubieren de auxiliarle, el médico de la cárcel, un notario, por si el reo quiere otorgar testamento, y los funcionarios públicos y las personas absolutamente indispensables. Mediante expreso consentimiento del reo, se autoriza a entrevistarse con él al letrado que lo defendió y al procurador que lo representó, a su familia y a cualquier otra persona "que, por circunstancias especiales, obtuviese permiso de la autoridad judicial, al prudente arbitrio de ésta" (art. 103). Determinaba el correspondiente texto legal modificado por esta ley (art. 104) que podían asistir al acto de la ejecución el secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernativa y municipal, el jefe de la prisión y los empleados que él designe, los sacerdotes y miembros de asociaciones de caridad que auxiliaban al reo y tres vecinos, asimismo nombrados por el alcalde, si voluntariamente se prestaban a concurrir.

En el momento de la ejecución debía izarse una bandera negra en un lugar del edificio penitenciario, visible desde el exterior. Esta bandera había de ondear durante todo el día.

El cadáver podía entregarse a personas piadosas, en defecto de la familia del reo.

Para acreditar la ejecución se extendía "acta sucinta" del hecho, suscrita por las personas que lo hubieran presenciado. Este acta había que publicarla en el Boletín Oficial de la provincia.

Las disposiciones referentes a la ejecución debían ser observadas y hechas cumplir por la autoridad judicial.

19. La Ordenanza Penal de 1928 y el Reglamento del mismo año

Promulgada por Decreto-ley de la Dictadura civil, de 8 de septiembre de 1928, comenzó a regir en 1º de enero de 1929. Al proclamarse la República fue anulada.

El artículo 87 incluye, en primer lugar, entre las penas que pueden imponerse, con arreglo al Código, la de muerte.

El artículo 170 prescribe que la pena de muerte se ejecutará "en la forma y términos que dispongan los Reglamentos que se dicten al efecto". En el segundo párrafo excluye de la ejecución a la mujer encinta, hasta los cuarenta días después del alumbramiento. El Código anterior la excluía también.

Al conservar esta pena la Ordenanza penal española, indiscutida y hermética, producto de una época en que estaba abolida la libertad de discusión y de crítica, resulta tan atrasada como el Código legítimo que sustituía.

Castigaba con la pena de muerte los delitos contra la patria (arts. 215 a 217, 228 y 230), contra el derecho de gentes (238), de piratería (247 a 249 y 252), de regicidio (253), de rebelión (284 y 285), de sedición (292), de asesinato (520), de parricidio (521 y 524, párrafo tercero), de robo con homicidio (688, núm. 1º). Recogía las disposiciones de anteriores leyes penales especiales, articulándolas en el Código. De la ley de represión de los delitos cometidos por medio de explosivos, de 10 de julio de 1894, pasan los delitos que sancionaba con pena de muerte a los artículos 559 y 561. Los delitos de robo a mano armada contra

Bancos o establecimientos mercantiles, de los que resulten muerte o lesiones, también sancionados con la última pena en el Decreto-ley de 13 de abril de 1924, pasaban al artículo 692. Los de traición a la patria, sancionados con muerte en la llamada ley de Jurisdicciones, pasaban al artículo 267. De este modo adquirieron permanencia, en la Ordenanza, normas de excepción dictadas para combatir epidemias criminales, siempre, justo es reconocerlo, sin éxito alguno.

De acuerdo con el precepto de la Ordenanza, se dictó un Reglamento para la ejecución de la pena de muerte, en 10 de diciembre de 1928. Sus disposiciones eran sustancialmente las del Código de 1870, tal y como quedaron modificadas por la ley de 9 de abril de 1900. Las reformas que introdujo se referían a que la notificación de la sentencia había de hacerse doce horas antes de ejecutarla; a la identificación, ordenada por la autoridad judicial, de las personas a las que ésta podía consentir la comunicación con el reo; a la comprobación de que no eran portadores de ningún medio que pudiera ser utilizado para dificultar o impedir la ejecución de la sentencia, y a la facultad de dicha autoridad judicial para permitir todas las visitas y determinar su duración (incluso las de otras autoridades), así como el número de los sacerdotes y miembros de asociaciones de caridad que solicitasen auxiliar al reo. Se exceptuaban de esta limitación el sacerdote con el que hubiera de confesar el reo, y el Notario. Si nadie recogía el cadáver, ordenaba su sepultura la autoridad judicial. Se levantaría acta de la ejecución, de la que se enviaría testimonio literal al Tribunal sentenciador y al Ministerio de Justicia, cuidando la autoridad judicial de que fuese inscrita en el Registro Civil la defunción del reo y de acreditar dónde era enterrado su cadáver.

El artículo 10 de este Reglamento contenía una novedad pintoresca y sorprendente. Era a modo de un Estatuto del verdugo. Los llamaba ejecutores, haciendo honor a su nombre tradicional. Habría en lo sucesivo tres: uno residiría en Madrid, otro en Barcelona, y el tercero en cualquier capital de Audiencia territorial. Se proveían estos cargos por concurso, previa prueba de aptitud física, acreditada con certificación del médico forense del lugar de residencia del aspirante a verdugo⁸.

20. Códigos castrenses

A) El Código de Justicia militar de 27 de septiembre de 1890 se ocupaba en su tratado segundo, bajo la rúbrica de "Leyes penales", de la materia criminal.

Divide las penas, en el artículo 177, en militares y comunes. La primera de las penas de los dos grupos es la muerte. En el tratado tercero (de los procedimientos militares), al hablar, en el título XVIII, de la ejecución de las sentencias, prescribe la forma de ejecutar la pena de muerte (artículos 635 a 639). Se cumple esta pena, en tiempo de paz, de día y con publicidad, a las veinticuatro horas de notificada la sentencia. Se puede reducir este plazo en campaña, en situación de estado de guerra "o cuando lo requiera la pronta ejemplaridad del castigo". Designado sitio, día y hora, un piquete del Cuerpo a que el reo pertenece, u otro de su misma arma, que designe la autoridad, custodiará al reo y ejecutará la sentencia. El Juez instructor comunica el fallo, coloca al reo

⁸ Según una Real orden de 16 de diciembre de 1896, los verdugos eran cinco, residentes en Madrid, Barcelona, Valencia, Granada y Coruña.

en capilla y le facilita los auxilios necesarios (religiosos, notariales, etc.). Presencian la ejecución distintos Cuerpos militares. El reo es conducido, de uniforme, al lugar de la ejecución, y después de reconciliado, si lo desea, con el sacerdote que le acompaña, es pasado por las armas. Toca marcha las bandas militares, desfilan las tropas ante el cadáver, y éste es entregado a los parientes del reo, si lo piden, a condición de que el entierro no se haga con pompa. No podrá ejecutarse esta pena, salvo las excepciones de tener lugar en campaña, durante la declaración de estado de guerra o cuando lo requiera la pronta ejemplaridad del castigo, en los días de fiesta religiosa o nacional. El instructor extenderá en la causa la diligencia de la ejecución.

Por Real orden de 14 de agosto de 1897 se complementan estos preceptos. Se refiere esa disposición a las ejecuciones capitales en la jurisdicción de guerra. Determina, entre otras cosas, las personas que pueden comunicar con el reo, una vez puesto en capilla (autoridades militares, sacerdotes, médicos, miembros de asociaciones de caridad). Desde ese momento hasta la ejecución de la pena, se suspenderán en la prisión los paseos y comunicaciones de los reclusos y se guardará un completo silencio. A los que vengan del exterior a comunicar con el reo, se les prohibirá, bajo sanciones, que den noticias relacionadas con él. La ejecución se efectuará en el lugar de la cárcel donde pueda hacerse con publicidad.

Los delitos que castiga con la pena de muerte el Código de Justicia militar, entre los que participan de este especial carácter, son los de traición, espionaje, contra el derecho de gentes, devastación y saqueo, rebelión (los directores) y sedición (el que lleve la voz o se ponga al frente de ella), insulto a centinelas, salvaguardias y fuerza

armada (en campaña, o acompañado de homicidio o lesiones graves), malos tratos con armas a un superior (aunque no sufra daño alguno, o causándole la muerte o lesiones graves, considerados como insultos a superiores, comprendidos bajo la rúbrica genérica de insubordinación, otra de cuyas figuras es la desobediencia, igualmente sancionada con la muerte, cuando es al frente del enemigo); de rebeldes o sediciosos; abandono de servicio frente al enemigo o a los rebeldes o sediciosos; negligencia por parte del encargado de una plaza o puesto militar; denegaciones de auxilio en operaciones de campaña, cuando ha sido demandado por el jefe de una fuerza; delitos contra los deberes del centinela frente al enemigo y frente a los rebeldes o sediciosos, o abandono del puesto ante el enemigo; abandono de destino por un oficial frente al enemigo; desertión al frente del enemigo; el que por cobardía vuelva la espalda al enemigo o entregue al mismo la plaza, puesto o fuerza que tenga bajo su mando, o haga capitular por coacción, o estipule para sí condiciones ventajosas (delitos contra el honor militar), y la adulteración de víveres, cuando, por efecto de ella, resulta la muerte de alguna persona.

Se pronuncian penas de varios grados, uno de ellos la muerte, en la mayor parte de los delitos, y en algunos, la pena de muerte únicamente.

B) Código penal de la Marina de guerra. Es de 24 de agosto de 1888, y comenzó a regir en 1º de enero de 1889.

Según el artículo 34, la pena de muerte es a la vez militar y común.

Tratan de su ejecución los artículos 92 a 94. Tendrá lugar "pasando al reo por las armas", cualquiera que sea su condición, siempre que haya sido condenado por los Tribunales de Marina, o si al ejecu-

tarse la sentencia se hallasen los reos no militares en alta mar o fuera de los puertos españoles.

Tendrá lugar de día, a las doce horas de notificada la sentencia y ante las fuerzas que dispusiere la autoridad de Marina. Podrá abreviarse el plazo y efectuarse la ejecución en cualquiera hora del día o de la noche, en campaña o cuando lo requiera la pronta ejemplaridad del castigo.

La sentencia se pondrá en conocimiento del Gobierno, y sólo podrá ejecutarse cuando éste acuse recibo, sin ordenar que se suspenda la ejecución, salvo el caso de los delitos que, a juicio de las autoridades, y en excepcionales circunstancias de lugar, exijan rápidamente el castigo para la conservación de la disciplina y seguridad, y, en todo caso, en los de rebelión y sedición cometidos por individuos del Ejército y de la Armada.

Los delitos que se castigan con la pena de muerte son los mismos que sanciona con esa pena el Código de Justicia militar, como especiales, y el homicidio.

21. Leyes penales especiales

A) La ley de 21 de enero de 1874, que castiga, como delitos contra el orden público, con varias penas, entre ellas la de muerte, el levantamiento de los rieles de los ferrocarriles, la interceptación de la vía por cualquier medio, los cortes de puentes, el ataque de los trenes a mano armada, la destrucción o deterioro de los efectos destinados a la explotación y todos los demás daños causados en las vías férreas, que puedan perjudicar a la seguridad de los viajeros o mercancías.

B) La ley de 9 de enero de 1877, que castiga con la pena de cadena perpetua a muerte a los que promuevan o ejecuten un secuestro y

los que concurren a la comisión de este delito con actos sin los cuales no hubiera podido realizarse. Los juzga la jurisdicción de Guerra.

22. Tentativas abolicionistas

El Diputado Seoane presenta al Congreso, en 1854, una proposición de ley para que sea abolida la pena de muerte en los delitos políticos. Un poco tarde llega a España el reflejo de la Revolución francesa de 1830 y de la legislación de Luis Felipe. Se acepta la proposición de Seoane y se admite el principio que la inspira en la base sexta del proyecto de Constitución, con una enmienda propuesta por varios diputados y concebida en esta forma: "Queda abolida la pena de muerte, que se sustituirá por la de deportación perpetua a nuestras colonias de Asia".

No llegan a ser ley estas buenas intenciones. En mayo de 1859, la minoría progresista propone al Congreso de los Diputados la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos, asimismo sin éxito⁹.

En la sesión de 10 de abril de 1869 de las Cortes Constituyentes, los Diputados señores Salmerón, Gallego Díaz, Villavicencio, Bafión, Sandoval, Martínez Ricart y Molini presentan una adición al título primero del proyecto constitucional. Proponen la inclusión en él de dos artículos redactados en esta forma:

"Queda abolida la pena de muerte por delitos políticos. No se podrá, imponer la pena capital por delitos comunes, desde el día en que

⁹ CANALEJAS, prólogo a la traducción española de la obra de ELLERO: *Sobre la pena de muerte*, Madrid, Imprenta Blanco, 1907, págs. 4-6.

se haga la reforma del sistema penitenciario". No prospera esta enmienda al dictamen de la Comisión sobre el proyecto constitucional.

En la sesión del día anterior (9 de abril), el Diputado don Francisco Javier Moya había combatido la pena de muerte, sosteniendo que era inmoral, opuesta a la perfectibilidad humana e irreparable. Consideró como fines esenciales de la pena la corrección y la enmienda, y abogó por una reforma penitenciaria de urgente necesidad, proponiendo que la Comisión de Legislación se encargara de redactar el oportuno proyecto de ley aboliendo la pena de muerte. Contestándole, el Ministro de Justicia Romero Ortiz estimó imposible la abolición de la última pena, por la falta de valor correccional de los presidios y cárceles españoles. Reconoció que la cifra de homicidios decrecía. Se pronunció por abolirla de hecho, dejándola subsistir en el Código como una amenaza. Puesta a votación la proposición de Moya para suprimir la pena de muerte, fue votada por 147 Diputados. Ciento cuarenta y dos se mostraron partidarios de la supresión, y cinco estuvieron conformes con que subsistiera. El asunto, favorablemente resuelto por la Cámara, pasó a la Comisión de Legislación, donde quedó detenido e irresuelto.

En 1905, el Diputado don Luis Morote, caracterizado abolicionista, presentó una proposición, reproducida luego en posteriores legislaturas, pidiendo la abolición de la pena de muerte en los fueros civil y militar. En 1906, el propio señor Morote y el señor Junoy insistieron sobre la supresión.

23. Estadística de la pena de muerte en España

Con motivo de la proposición abolicionista presentada al Congreso de los Diputados por los señores Morote y Junoy, el gran

penitenciario y antropólogo español don Rafael Salillas publicó un interesante estudio sobre la estadística de la pena de muerte en España¹⁰. Los datos utilizados por él se refieren a los años 1867 a 1899. Durante ese período fueron condenados a muerte 1167 reos, y ejecutados 398 (376 hombres y 22 mujeres). Se aplicó el beneficio normal del indulto a 603 condenados (573 hombres y 30 mujeres), y el extraordinario de la gracia real, concedida con motivo de la festividad del Viernes Santo, a 144 (138 hombres y seis mujeres). Veintidós reos (20 hombres y dos mujeres) fallecieron, cayeron en enajenación mental o se fugaron después de la sentencia y antes de resolverse sobre la aplicación del indulto o la ejecución de la pena.

El año en que se pronunció un mayor número de condenas a muerte fue el de 1894, en que alcanzaron la cifra de 60; fue también el de mayor número de indultos: 56. El de una cifra de sentencias de muerte más restringida fue el de 1872, en que hubo 14, de las que 10 resultaron beneficiadas con la gracia soberana.

Algunos acontecimientos políticos, ocurridos durante el período en examen, influyeron en la aplicación de la pena de muerte, de un modo favorable, atenuando su imposición; tal ocurrió con la Revolución de septiembre (1868) y con el advenimiento de la primera República (1873). El máximo rigor se inició en 1874, para alcanzar su auge en 1876, a raíz de la Restauración borbónica. Luego decreció. Puede afirmarse que la mayor aplicación de la pena de muerte no coincide con los períodos de mayor cifra de la criminalidad.

¹⁰ *La abolición de la pena de muerte*, en *Revista Penitenciaria*, 1906, págs. 743 y ss.

La aplicación de la pena de muerte durante ese período, en relación con las diversas figuras de delito, ofrece los siguientes datos: reos de regicidio, dos condenas y dos ejecuciones; reos de parricidio condenados a muerte, 139; ejecutados, 56; indultados, 83; reos de asesinato condenados, 452; ejecutados, 124; indultados, 328; reos de robo con homicidio sentenciados, 552; ejecutados, 216; indultados, 336. En total, de 1145 condenados por estas categorías de delitos contra la vida y la integridad física, sólo 398 ejecuciones, y 747 indultos.

Salillas formula la observación de que vamos de un modo gradual a la abolición práctica de la pena de muerte.

La venganza diferida no es —en opinión suya— una característica de la psicología española. Al primitivo arrebatado vindicador sustituye, pronta y fácilmente, la piedad o, por lo menos, el olvido. Desde el delito hasta la ejecución de la pena suele transcurrir un largo plazo. Lo prueba así la siguiente estadística, a base de 398 ejecuciones: menos de un año, 55; más de un año y menos de dos, 210; más de dos y menos de tres, 80; más de tres y menos de cuatro, 38; más de cuatro, 15.

24. La pena de muerte y el indulto en el fuero común

En el período comprendido desde 1867 a 1899, estudiado por Salillas, puede fijarse un término medio de un 64 por 100 de indultos. Distribuidos por años, ofrece la cifra mínima (un 10 por 100) el año 1878, y la máxima (el 93 por 100) el 1894. En 1878 se ejecutaron 17 reos de muerte y se indultaron dos, y en 1894 se ejecutaron cuatro y se indultaron 56.

A partir de 1889, la aplicación del indulto no es, en ninguno de los años, inferior al 60 por 100, y alcanza hasta el 68 y 69 por 100, y llega al 93 por 100, como antes se ha dicho, en 1894.

Es la opinión la que los produce, y se hacen eco los Gobiernos, atendiendo a las súplicas de las ciudades, que piensan con horror, vehemente y manifiestamente expresado, en la posibilidad de que se alce en ellas el patíbulo. Estamos en el período de vigor de la publicidad de las ejecuciones. Sus Ministros aconsejan al Rey el ejercicio de la indulgencia soberana¹¹.

La estadística de los indultos de pena de muerte, desde el año 1900 hasta el 1911, ha sido resumida por el Padre Jerónimo Montes¹². Desde 1900 a 1911 resultaron condenados a muerte 368 reos, de los cuales fueron indultados 331, y ejecutados 37. Fueron, pues, ejecutados un 10,33 por 100, e indultados el 89,67 por 100. Concretamente, en los años 1910 y 1911, las condenas y los indultos representan la misma cifra: 48 condenas por 48 indultos. Deduciendo esa cifra del total de sentencias de muerte dictadas desde el año 1900 hasta el 1909, queda un total de sentencias de muerte de 320, con lo cual las ejecuciones representan un tanto por ciento mayor: el 11,56.

Desde 1912 a 1931 (hasta el 14 de abril, fecha de la proclamación de la República) se han dictado 292 sentencias de muerte, de las que se ejecutaron 23, y se beneficiaron con el indulto 269; falle-

¹¹ Sobre la estadística de la pena de muerte en el período 1867-1899 —último año de las ejecuciones públicas—, es interesante, además del citado trabajo de SALILLAS, el de MARQUINA Y KINDELÁN: *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Madrid, 1890.

¹² *Derecho penal*, 1ª ed., Madrid, Núñez Samper, 1917, tomo II, pág. 144.

ció uno de los reos condenados antes de que se ejecutara la sentencia o le fuera otorgada la gracia. Representan las ejecuciones un porcentaje de 7,87 por 100, y un 92,13 por 100, los indultos.

En los años 1916, 1917, 1918, 1921, 1926, 1927, 1929, 1930 y 1931 no ha sido ejecutado ningún condenado a muerte o no ha habido condenas a esta pena. El mayor número de ejecuciones lo ofrece el año 1922, en que, de 20 condenados, fueron ejecutados cinco (un 25 por 100). El número menor de condenas corresponde a los años 1927 y 1929, en que sólo se dictó una sentencia de muerte, beneficiada, desde luego, con el indulto. En estas cifras, a contar desde el año 1923, en que rigió en España la Dictadura, es preciso tener en cuenta las sentencias de muerte dictadas por el fuero de Guerra, al que se somete el conocimiento excepcional de algunos delitos. Si se toman en consideración estos datos, las cifras serían alteradas sensiblemente. En la estadística que hemos consultado aparece ejecutada una sola sentencia de muerte, de las impuestas por la Justicia común, en el año 1924, y ese mismo año ocurrió el asalto al tren expreso de Andalucía, que, juzgado por la jurisdicción de Guerra, determinó la imposición y ejecución de tres penas de muerte.

25. La pena de muerte durante la República

A) La reforma del Código penal

Al proceder la Comisión Jurídica Asesora a la republicanización del Código penal de 1870, incluyó entre aquellos principios que en la exposición de motivos se agrupan bajo la rúbrica de "Humanización y elasticidad del Código" la supresión de la pena de muerte.

Se dice en esa exposición de motivos lo que sigue: "Son múltiples las razones que nos han inclinado a suprimirla; pero no es esta coyuntura propicia para hacer un despliegue de citas y de estadísticas extranjeras. Baste apuntar que en Inglaterra, uno de los países más tradicionales, se agita en esta hora una corriente por demás favorable al abolicionismo". Se alude luego a los libros de Roy Calvert y a la investigación de la Cámara inglesa en los países extranjeros, afirmándose que Inglaterra hubiera suprimido la última pena, de no haberse opuesto a ello la hostilidad al Gobierno de seis de los miembros de la Comisión parlamentaria, terminando con estas palabras: "... pero no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo. Su pretendida fuerza intimidadora no existe, y su evidente carácter eliminador sería invocable si se practicara la última pena en grande escala; pero es un argumento sin poder suasorio; si se piensa en el escaso número de reos ajusticiados y en que la sensibilidad contemporánea no permite hacer de ella más largo empleo".

El anteproyecto de reforma del Código penal de la Comisión Jurídica Asesora pasó, luego, como proyecto del Gobierno, a la Comisión parlamentaria de Justicia. Se establecieron unas bases para la reforma del Código en la ley de 8 de septiembre de 1932. El Parlamento aprobó la reforma, y el Código penal reformado fue promulgado por ley de 27 de octubre de 1932.

La pena de muerte aparece sustituida en él por la de reclusión mayor.

B) La pena de muerte y la reforma constitucional

En el proyecto de Constitución de la Comisión parlamentaria había un artículo, el 27, que decía literalmente: "Queda abolida la

pena, de muerte. Sólo podrá aplicarse, excepcionalmente, en tiempo de guerra, por la jurisdicción militar". Un segundo párrafo de ese artículo establecía: "En ningún caso se impondrán castigos corporales". Este artículo no existía en el anteproyecto de Constitución de la Comisión Jurídica Asesora.

Al discutirse el proyecto constitucional en el Parlamento, se presentaron al artículo varias enmiendas: una del señor Barriobero, que reclamaba la abolición total de la pena de muerte, tanto en el fuero común como en el de Guerra; otra del señor Baeza Medina, en idénticos términos, y una tercera del señor Castrillo, que tenía el carácter de voto particular, por, pertenecer su autor a la Comisión parlamentaria de Constitución, en la que se pedía la supresión del artículo. Prosperó la enmienda del señor Castrillo, y el artículo quedó excluido de la Constitución; pero antes de llegar a este resultado se produjeron ciertas modificaciones en él y hubo una elevada discusión parlamentaria, que es interesante resumir.

En la sesión de 29 de septiembre de 1931, el señor Barriobero propuso la abolición total de la pena de muerte, incluso para el fuero militar. Se fundó en que todas las disciplinas tienen la misma importancia, agregando: "¿Qué más pena, qué más muerte civil para el militar que ser calificado de traidor o de desertor?" El señor Baeza Medina defendió la abolición de la pena de muerte en todos los fueros, como postulado de esencia del programa republicano y socialista. Recordó el caso de Salmerón y dijo que la pena de muerte es antipenal, antijurídica y antihumana. Jiménez de Asúa, al defender el dictamen, expresó que éste sólo recogía el pensar de la mayoría de la Comisión. Agregó que mientras subsista un Derecho militar ten-

drá como característica, por razón de la disciplina férrea que exige el mando militar, la de ser algo absolutamente distinto del Derecho penal común. Por eso, algunas acciones que ordinariamente se consideran como impunes —tal el sueño— son estimadas como delito en los Códigos militares, y la negligencia se eleva a la categoría de delito grave. El perfil de las leyes militares es de mayor severidad. Suiza, que ha abolido la pena de muerte en algunos de sus cantones, la mantiene en el proyecto Hafter de Código penal militar, en tiempo de guerra y para la jurisdicción militar. Suprimir la pena de muerte en tiempo de guerra supondría, de un modo inexorable, la aplicación ilícita de esta pena, y mucho más copiosa.

Barriobero responde que establecer la pena de muerte para el fuero de Guerra es un reconocimiento del derecho a matar a favor del Estado, y el precedente sería más funesto que la ley de fugas.

Companys se opuso, también, y recordó que en los cuatro años posteriores a la guerra europea, en Francia, se había tenido que reivindicar la memoria de 34 fusilados injustamente.

Después de la intervención del señor Companys, el señor Alcalá Zamora, Presidente del Gobierno, estimó necesario, en nombre de sus compañeros, que se oyera en el debate al Ministro de la Guerra, y solicitó que se alterara el orden de la discusión para dar lugar a que llegara a la Cámara.

El señor Azaña, Ministro de la Guerra, intervino en el debate, expresando su oposición a la enmienda del señor Barriobero, por la consideración que los deberes militares merecen, tanto en tiempo normal como en tiempo de guerra, en razón a que la condición moral del militar le sustrae a la condición normal del ciudadano.

Prescindir de esto equivaldría a la disolución de la base obligatoria del deber militar. Los militares reciben una obligación excepcional, que va acompañada, también, de castigos excepcionales, y la base moral de la disciplina necesita el resorte de la coacción. Agregó el Ministro de la Guerra las siguientes palabras: "Estimo que aquí hay dos cuestiones: una cuestión de fondo y una cuestión parlamentaria. Esta segunda cuestión, yo la resolvería diciendo que no es el texto constitucional el momento de ocuparse de ella, en lo que se refiere a la justicia militar. Yo estoy conforme, naturalmente, con la abolición de la pena de muerte; pero estimo que, si no queremos cometer una imprudencia, si no queremos resolver en el fondo una cuestión que es más amplia y profunda que lo que a primera vista parece el aspecto del problema, en lo que se refiere a la disciplina y obediencia militar, debería reservarse para cuando se discuta aquí el Código de Justicia militar. Esto es lo natural, lo lógico, lo razonable y lo útil; porque ahora nos exponemos a admitir en la Constitución un principio que puede pesarnos. No tratamos de hacer una Constitución trazada sobre unas normas geométricas; hay que hacer la Constitución adaptada a las posibilidades de la vida española, al estado actual de la vida española en todos sus órganos, corporaciones y propósitos. Yo os aseguro, y con esto no hago uso de ninguna experiencia personal, porque ésta es una experiencia que está al alcance de todo el mundo, que, si reducís la base de la disciplina militar en España, habréis cometido una osadía de la cual yo no puedo ser partícipe, ni siquiera con el consejo, mucho menos con el voto. Pensadlo bien. Estimo que proclamando en la Constitución la abolición de la pena de muerte para el Código penal ordinario, en lo que se refiere a la

Justicia militar la cuestión debería quedar reservada para el Código de Justicia militar".

Propuso el señor Azaña que no se hiciera referencia a la pena de muerte en el caso de guerra, y agregó que el Gobierno no podía renunciar a este resorte, que quizás no usaría jamás, pero que no era posible borrar de la ley, porque si se borraba, ese día se habría disuelto el Ejército. Le parecía absurdo prescindir de la pena de muerte en la guerra, afirmando que jamás habrá nadie que pueda conducir a un ejército al sacrificio, si no tiene detrás el resorte duro, inexorable, de la disciplina. Pidió a la Cámara que se contentase con proclamar en la Constitución la abolición de la pena de muerte en el Derecho penal ordinario.

El señor Companys se mostró dispuesto a aceptar la solución, declarándose enemigo absoluto de la pena de muerte y haciendo constar que en su día la combatiría en el Código de Justicia militar.

El señor Ossorio y Gallardo preguntó si la frase "en tiempo de guerra", del artículo, aludía también al estado de guerra de la ley de Orden público, contestándole el señor Jiménez de Asúa negativamente. Insistió el señor Ossorio en que mantener la pena de muerte en tiempo de guerra equivalía a parar en el militarismo. Sostuvo que en la Constitución no se pueden suprimir penas; que eso queda para el Código penal. Afirmó que el argumento del señor Azaña había que ampliarlo a toda la materia penal española y que la pena de muerte sólo podía sostenerse, y se sostenía de hecho en los pueblos más civilizados, por motivos de necesidad, de defensa social, por razones segundas pero inevitables. Declaró que por todas partes

asaltaba al Gobierno el delito común y que no había que privarle, no sólo de la pena de muerte, sino de un ápice de sus elementos de acción. Terminó manifestando que "trazar en la Constitución una norma de impotencia del Gobierno y cohibirle de tal modo que ya no pueda rectificar, ni aun en caso de suprema angustia nacional, sino acudiendo al extremo medicamento de reformar la Constitución, con su voto no había de hacerse".

El señor Jiménez de Asúa insistió en que la frase del texto constitucional era "en tiempo de guerra"; en que el problema de la pena de muerte, extravasando el ámbito penal y situándose en aspectos de mayor envergadura, había llegado a algunas Constituciones, como las de Austria y Venezuela, en las que se consignaba el precepto terminante de que la pena de muerte quedaba abolida.

"La mayor parte de los delitos comunes —agregó—, que por su aspecto externo son aterradores para la humanidad, proceden, de ordinario, de seres que más bien deben ser consignados a la psiquiatría que entregados a los jueces y a las manos del verdugo". En cuanto al delito político, cree que es equivocado el criterio objetivo en que el señor Osorio pretende fundar su concepto, agregando que "el delito político no se caracteriza por su objetividad, sino por la índole del móvil que guía al ejecutante; y cuando es un móvil político-social, se trata de un verdadero delito político". La característica de esos delincuentes es ir al sacrificio por la exaltación. Para ellos, la pena de muerte es inútil. Reconoce que cuando la pena de muerte intimida es en casos de guerra. Cita la forma en que se ha planteado este problema en Inglaterra, en que se discute ahora la ilegitimidad de la pena de muerte, a pesar de tratarse de un país tradicionalista

en el orden jurídico; y el caso de la República Argentina, en que se supuso que la delincuencia había crecido por la supresión de la pena de muerte, y su aumento se debía, de un modo exclusivo, a las corrientes inmigratorias.

El señor Alba interrumpió al orador diciendo que todas las razones que él exponía eran suficientes para no tratar en la Constitución de un problema de tal magnitud, respondiéndole el señor Asúa que no podía hacerse una Constitución sin problemas. Continuó el Presidente de la Comisión de Constitución afirmando que la pena de muerte sólo sería eficaz cuando fuera eliminadora y que no podría tener este carácter si no se aplicaba, como previó Ferri, y como lo practicaba la Unión de Repúblicas Soviéticas, en grandes hecatombes, agregando: "Es la mejor manera de acabar con los complots; pero no habrá Gobierno alguno occidental —ya que en Occidente tiene la pena de muerte un valor muy distinto del que posee en Oriente— que se atreva a aplicar la pena de muerte en estas grandes hecatombes. La Comisión ha preferido —lo declara noble y lealmente— suprimirla, en vez de dejar subsistente una pena de muerte que se va tasando poco a poco y que no tiene el menor sentido intimidante, porque la última hipótesis a que se, hace el delincuente es la de morir en el cadalso".

La discusión se suspendió para la sesión del día siguiente. Mientras, la Comisión parlamentaria de Constitución redactó un nuevo texto del artículo, que decía así:

"Queda abolida la pena de muerte. Sólo podrá aplicarse, excepcionalmente, por la jurisdicción militar, para los delitos cometidos contra la disciplina por los militares en servicio activo, del Ejército o de la Armada".

Leída la nueva redacción del artículo, en la sesión de las Cortes Constituyentes de 30 de septiembre de 1931, el señor Castrillo sostuvo su discrepancia con que el problema de la pena de muerte se abordara en la Constitución, porque entendía que tales cuestiones deben arrancarse de las leyes fundamentales del Estado para llevarlas a las leyes penales.

El señor Baeza Medina defendió la posición de la minoría radical-socialista, que había considerado siempre como uno de los postulados esenciales de su programa la abolición de la pena de muerte, sin distinciones ni condicionalidades de ninguna clase. Por lo tanto, no podía sostenerse esta pena, ni para la jurisdicción militar, y el precepto que se pretendía incorporar a la Constitución, limitando su aplicación al tiempo de guerra, podría dar lugar al equívoco de que no se pudiera aplicar esa pena cuando se llegara al estado de guerra en virtud de la ley de Orden público.

El señor Rico mostró la pugna entre el artículo constitucional y las oportunidades del momento, sosteniendo que en la ley política no podía ni debía hablarse de penas, ni para establecerlas ni para abolirlas. El principio abolicionista debería ser incorporado a la legislación española en el momento de discutirse el Código penal, y no cuando se estaba elaborando una Constitución, ya que en el catálogo de los Códigos políticos eran los menos los que habían pronunciado la supresión de la pena de muerte.

El señor Jiménez de Asúa dijo que los temas constitucionales se confunden muchas veces con las aspiraciones populares. La pena de muerte, en opinión suya, es una ficción, puesto que hay un arsenal de indultos que la hacen prácticamente inaplicable. Y como no

es intimidadora, ni expiatoria, colocarla en la Constitución, en el Código o en otra ley sustantiva carecería de eficacia y sería algo así como colocar un espantapájaros. Sobre la ejemplaridad de la pena de muerte en España citó el caso del Decreto promulgado por la Dictadura con motivo del crimen del expreso de Andalucía, cuyas consecuencias prácticas no fueron, en definitiva, más que la producción de tres o cuatro atentados del mismo tipo, después de entrar en vigor el Decreto. Señaló las diferencias entre el Derecho penal militar y el Derecho penal común, en orden a las penas. En el Derecho penal común, la pena es fundamentalmente correccional; en el Derecho penal militar, por la rapidez inmediata, casi coactiva, de la pena, se busca un fin intimidante.

El señor Pérez Madrigal sostuvo la necesidad de mantener la pena de muerte en el fuero militar. El señor López de Goicoechea defendió su abolición en todos los fueros. El señor Ayuso, en nombre de la minoría federal, se mostró contrario, por principios y por doctrina, a la pena de muerte. El señor Albar, en nombre de la minoría socialista, expresó que, sosteniendo íntegramente el principio de la abolición de la pena de muerte, votarían el dictamen de la Comisión, porque sentían también hondamente la responsabilidad de la defensa de la República, que para ellos estaba antes que nada.

El señor Barriobero insistió en la tesis de su enmienda en pro de la abolición total de la pena de muerte, afirmando que la disciplina del Ejército era una superstición y que a esta superstición estaba cediendo el Parlamento. Por otra parte, puesto que la Constitución consignaba que todos los Poderes de la República tenían su origen en el pueblo, éste no podía asumir el derecho a matar, ni menos

declinarlo en cualquiera de los instrumentos o Poderes del Estado. Para él, sólo había dos tipos de delito militar: el del miedo y el de la traición. Para el miedoso, más dura que la muerte era la degradación. Para el traidor bastaba con la pérdida del honor militar, cuyo despojo sería más cruel que toda pena.

El señor Iranzo se mostró contrario al artículo. Retirada su enmienda por el señor Barriobero, el señor Castrillo mantuvo como voto particular la supresión del artículo, y así fue aceptado por la Cámara.

26. La pena de muerte y la opinión española

Sintetizando los datos de las penas de muerte impuestas en el fuero común desde 1867 a 1933, tenemos un total de 1805 condenas. De ese número de reos condenados, se ejecutó a 458, y 1347 fueron beneficiados con el indulto. Representan las ejecuciones un 25,37 por 100 de las penas de muerte impuestas, y los indultos, un 74,63 por 100.

Hay que afirmar, a la vista de estas cifras, que sólo han sido ejecutadas una cuarta parte de las penas de muerte impuestas.

Aunque no disponemos de elementos lo suficientemente precisos para basar un estudio comparativo, podemos afirmar que el rigor en la imposición de dicha pena no ha influido para nada en la cifra de la criminalidad. Por el contrario, las epidemias criminales españolas cesaron siempre por causas distintas de la aplicación a ellas de este excesivo rigor penal.

Por su parte, los Tribunales civiles han ido disminuyendo su actividad mortícola. Hay que decir, en honor de la actual Magistratura española, que tienen a gloria no pronunciar sentencias de muerte,

llegando, en ocasiones, hasta interpretar los hechos con mengua de la exactitud para evitar la crueldad de una sanción de esta clase. En esta lucha entre la ley escrita y la equidad, se pronuncian por la última, con un elevado sentimiento de la justicia.

Por su parte, los Códigos no imponen sólo la pena de muerte para los más graves delitos. En el de 1822 había crímenes que se castigaban de un modo exclusivo con la muerte. En el de 1848 y en el de 1850, unos delitos son sancionados con la muerte, como pena indivisible, y otros, con penas compuestas de dos grados (de cadena perpetua a muerte), o de tres (de cadena temporal a cadena perpetua y a muerte). Cuando constaba la pena de dos o tres grados, sólo se imponía la de muerte cuando concurría en la comisión del delito una circunstancia agravante. El Código de 1870 pronuncia siempre penas de dos grados; nunca sólo la de muerte.

La Ordenanza penal de 1928, a pesar de que aplica la última pena a mayor número de delitos que el Código de 1870, por haber incorporado a su texto las disposiciones de leyes especiales de rigor excepcional, sólo imponía la pena de muerte cuando en el hecho concurrían dos o más circunstancias agravantes.

La opinión pública, con las raras excepciones de algunos miembros de partidos reaccionarios, que, por un fenómeno de atavismo moral, se complacen en la crueldad pretérita, es casi de un modo absoluto, abolicionista.

27. El renacimiento de la pena de muerte en España

A pesar de ello, el último Gobierno Lerroux, y en su nombre el señor Ministro de Justicia, ha presentado a las Cortes un proyecto

que restablece en España la pena de muerte para determinados delitos comunes, impuesta por los Tribunales ordinarios. Los delitos a que ha de aplicarse esa pena, según el proyecto de ley, son dos:

- a) el homicidio y las lesiones que resulten del empleo de sustancias explosivas e inflamables, o de otro medio capaz de producir un grave daño, de originar un accidente ferroviario o de ocasionar peligro o alarma generales, con el propósito de perturbar el orden público o de atemorizar la población;
- b) el robo con violencia o intimidación en las personas, ejecutado por dos o más malhechores, cuando alguno de ellos tuviere armas y del hecho resultare homicidio y lesiones.

La frustración de esta última figura de delito puede equipararse a la consumación, según el artículo 5º del proyecto, teniendo en cuenta la alarma producida, los antecedentes del delincuente y las demás circunstancias del hecho.

La competencia para conocer de estos delitos se atribuye a los Tribunales ordinarios (Sección de Derecho), y se sigue para enjuiciarlos el procedimiento sumarísimo establecido en la ley de Orden público. Se da a los reos la supuesta garantía, en el caso de que tengan defensores de oficio, de que estas designaciones recaigan en Abogados que lleven más de diez años en el ejercicio de la profesión y paguen cuota igual o superior a la fija. Las penas de muerte impuestas se, ejecutarán de acuerdo con la ley de 9 de abril de 1900. La ley que se promulgue tendrá un año de vigencia. Comentrará a regir al día siguiente de su publicación en la Gaceta, y sólo podrá prorrogarse por otra ley.

MARINO BARBERO SANTOS

La pena de muerte, problema actual¹

Constituye un alto honor el pronunciar esta Lección solemne de Incorporación al Claustro de la Universidad de Murcia — Lección de tanta raigambre universitaria y cuya costumbre se inicia hoy en esta Universidad— y me embarga la más profunda emoción.

Estudiante durante muchos años en Universidades diversas, conozco bien lo que significa venir a Murcia como docente: que el ser la más joven de las Universidades estatales españolas no ha impedido a la Universidad de Murcia el lograr una fundada reputación en el ámbito de la cultura. En lo que al Derecho Penal afecta basta mencionar los nombres ilustres de los Profesores Ruiz Funes, Ferrer Sama y Rodríguez Devesa para comprender plenamente a cuánto obliga a los que hemos de sucederles.

El saber que las enseñanzas personales de los que consideramos nuestros Maestros nos siguen de por vida² me llevó a recorrer las Universidades de Europa: Salamanca, Bolonia, París, Friburgo de Brisgovia, Munich, Madrid, Oxford, Edimburgo, Milán, Luxem-

¹ Lección de Incorporación al Claustro de Profesores de la Universidad de Murcia, pronunciada el día 27 de abril de 1964 en el Paraninfo de dicha Universidad. El Ministerio de Educación Nacional español otorgó, a través de la Comisaría de Protección Escolar y Asistencia Social, una pensión para ultimar este estudio en el Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht de la Universidad de Friburgo de Brisgovia. *Anales de la Universidad de Murcia*, volumen XXII, nº 2, 1963-1964.

² Como reconoce JASPERS: *La idea de la Universidad*, en «La idea de la universidad en Alemania», Buenos Aires, 1959, p. 440.

burgo. Seguía con ello el ejemplo de los estudiantes del Medioevo —que hoy comienza de nuevo a ser puesto en práctica—. Fue un largo peregrinar de años. Pero como Europa ha sido siempre —de acuerdo con Ortega— un ámbito social unitario, sin fronteras absolutas, ni discontinuidades, porque nunca ha faltado un fondo o tesoro de «vigencias colectivas» —convicciones comunes y tabla de valores— dotadas de esa fuerza coactiva tan extraña en que consiste «lo social», tal peregrinaje constituyó simplemente un paseo por esa gran casa común, Europa, en búsqueda de la verdad de la perpetua problemática científica también común. Ya que lo que caracteriza a la Universidad —como indicaba Guillermo von Humboldt— es no considerar nunca la ciencia como un problema perfectamente resuelto.

Es obligado mencionar a los que quitaron abrojos al camino. Entre los más importantes: La Facultad de Derecho de Salamanca, que practicando la definición de Las Partidas me mostró que la esencia de la Universidad consiste en la comunidad de maestros y escolares con voluntad y entendimiento de aprender los saberes; o mejor aún, en la búsqueda de la verdad en la comunidad de maestros y discípulos. El Prof. Antón Oneca, titular de la Cátedra de Derecho Penal en Salamanca durante mis años de Licenciatura, de la cual fui después —con él como Catedrático— Ayudante de Clases Prácticas y Profesor Adjunto. Junto a él se desveló con fuerza mi inclinación a los estudios jurídico-penales. El Prof. Ranieri, Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Bolonia, a cuyas Lecciones y a cuyos Seminarios asistí durante dos cursos, que dirigió mi Tesis Doctoral boloñesa y cuyo magisterio no me ha

faltado jamás desde entonces. El Prof. Jescheck, Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo de Brisgovia y Director de su Instituto de Derecho Penal Internacional y Extranjero que es acaso —y no sólo por un fondo de más de 40.000 volúmenes— el más importante de su especialidad en Europa. A sus clases asistí durante dos *Semester*, su guía no me abandonó después en posteriores estancias friburguesas y a él debo el haber sido Asistente Científico del Instituto que dirige. Y los Profesores Maurach y Engisch, Catedráticos de Derecho Penal en Munich, Wuertenberger, en Friburgo de Brisgovia, y Gruenhut, en Oxford.

Mención aparte merecen quienes más próximos a mí hicieron posible, merced a sacrificios sin número, pero siempre plenos de ilusiones, la realización de mis estudios: mis padres. La Providencia no ha querido que mi madre conociera este día. A su memoria se dirige mi pensar particularmente reconocido. Sin el estímulo de mis padres, y de quienes en el seno de la familia o vinculados por la amistad compartieron conmigo afán y esperanza, el caminar hubiera sido imposible.

1. En ciertas épocas —recordaba De Marsico el año 1927 en su Lección de Incorporación al Claustro de la Universidad de Bari³— eran los monarcas los que confiaban a los versados, a los sabedores, la solución de los problemas que la realidad política les planteaba y las Universidades eran colaboradoras, con frecuencia aúlicas, de la actividad soberana. Hoy los problemas irradian directamente de la

³ DE MARSICO: *I delitti contra lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico*, en «Studi di Diritto Penale», Nápoles, 1930, p. 98.

realidad y lo invaden todo. Y la Universidad no puede ignorarlos sin condenarse a perecer.

En un momento en el que la investigación jurídico-penal padece de enfermizo dogmatismo —¡con qué agudeza lo criticaba el Prof. Wuertenberger respecto de la Ciencia penal alemana en su espléndida monografía «Die geistige Situation des deutschen Strafrechtswissenschafts»!— era obligado ocuparse de un tema de política criminal. Y también nosotros —como hicieron Pessina y De Marsico en ocasión análoga— estimamos necesario consultar el oráculo del espíritu de los tiempos para poder captar —dentro de la temática político-criminal, por lo expuesto— los problemas más acuciantes de nuestro mundo de hoy. Resultado de la consulta fue el que acaso ninguno supera al de la pena de muerte. Problema que ha alcanzado en nuestros días, por otra parte, una dimensión mundial. Esto fue lo que nos llevó a un más detenido estudio del mismo.

2. Es obligado indicar que cuando iniciamos la investigación sobre la pena de muerte nuestra opinión no era resueltamente abolicionista. Pensábamos, por supuesto, que el abolicionismo se encuentra en la línea del progreso del Derecho penal, pero creíamos que su fundamentación se asentaba en todo caso más sobre bases sentimentales que de lógica. Esto no podía plenamente satisfacer-nos. El finalizar la investigación trajo consigo un cambio radical en nuestro pensamiento: son los partidarios de la pena capital quienes utilizan argumentos sentimentales, no los abolicionistas. Son éstos, precisamente, los que tienen los racionales a su favor. Lo que no quiere decir que no jueguen también en beneficio de la abolición argumentaciones sentimentales. El argumento racional más impor-

tante contra la pena de muerte es —como dice Bockelmann— que no existe ningún argumento racional en favor de ella⁴.

Nos uníamos así a la opinión abolicionista casi totalmente predominante entre los juristas de nuestra época que se han ocupado del tema. Debe, en efecto, subrayarse que constituye la nota característica de la actualidad que sean partidarios de la abolición todos aquellos —en particular penalistas— que se han parado a considerar, con algún detenimiento, el castigo capital⁵. Digno de ser especialmente citado es el caso de Sir Ernest Gowers que presidió en Inglaterra la «Comisión Real para el estudio de la pena capital» durante los cuatro años (1949 a 1953) que necesitó para llevar a término una de las más concienzudas investigaciones jamás verificadas sobre el tema⁶. Al final de este período Sir Gowers, que cuando comenzó a presidir la *Royal Commission* era decidido partidario de la pena capital, se había convertido en un no menos decidido abogado de su abolición⁷.

⁴ BOCKELMANN: *Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe*, en «Die Frage der Todesstrafe, Zwölf Antworten», Munich, 1962, p. 139.

⁵ Cf. WUERTENBERGER: *Das Problem der Todesstrafe*, en «Universitas» (Stuttgart), 1981, Octubre, p. 1095. Asimismo: *Capital Punishment*, United Nations Department of Economic and Social Affairs (ST/SOMS019), Nueva York, 1962, p. 62.

⁶ *Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953. Report*, (Her Majesty's Stationery Office), Londres, 1953. Junto a ello —resumen de la investigación— es altamente interesante al consultar los cuestionarios enviados a Gobiernos y expertos de distintos países europeos, americanos y de la *Commonwealth* y las declaraciones ante la Comisión de muy diversas personas: *Royal Commission on Capital Punishment. Memoranda to a Questionnaire received from Foreign and Commonwealth Countries*, I (Commonwealth Countries - 1951), II (United States of America - 1952), III (Europe - 1953), Londres (Her Majesty's Stationery Office), y *Minutes of evidence taken before the Royal Commission on Capital Punishment*, publicadas de 1949 a 1952 en la misma editorial londinense.

⁷ El mismo lo relata en un libro de sugestiva lectura: GOWERS, *A life for a life? The problem of Capital punishment*. Londres (Chatto and Windus), 1956, p. 8.

En cierto modo esta casi *communis opinio* de los especialistas puede oponerse en algún país al voluble sentir público que acaso exija, en un momento determinado, el castigo capital. Sin perjuicio de detenernos más adelante a analizar la opinión pública, queremos responder por anticipado a la objeción que podría significar esta momentánea contrariedad entre el pensar de los especialistas y el sentir de las gentes con acertadas palabras de Wuertenberger: en cuestiones fundamentales de otras disciplinas —se trate, por ejemplo, de Medicina o de Física Atómica— es difícil imaginar —escribe— que un vulgar profano pretenda destruir las concepciones adquiridas por el especialista a través de años de experiencia. Pertenecer, sin embargo —añade— a los rasgos trágicos que configuran la profesión de jurista el que su juicio técnico, precisamente sobre los problemas últimos del Derecho y de la Justicia, se puedan poner en entredicho por opiniones teñidas de sentimentalismo de quienes carecen, totalmente o en parte, de aptitud para escuchar la voz de la razón científica⁸.

Nuestra Lección constará de las siguientes partes:

- I. Argumentos racionales en favor y en contra de la pena capital.
- II. Sustitutivo de la pena capital.
- III. La pena de muerte en el Derecho comparado y español.
- IV. Conclusiones.

1. Argumentos racionales en favor y en contra del castigo capital

1. Si el jurista siente siempre particular inclinación por utilizar la enseñanza de la Historia nada de extraño tiene que haya preten-

⁸ WUERTENBERGER: art. y p. cit.

do acudir a ella en el problema que nos ocupa. El de la Historia ha constituido, en efecto, un argumento especialmente caro a los sostenedores de la pena de muerte. «La Historia nos muestra» —esgrime, por ejemplo, Rocco para fundamentar la reinstauración del castigo capital en Italia durante la época fascista⁹— «que la pena de muerte fue la pena por excelencia en el mundo oriental, en el mundo griego, en el mundo romano; que dominó sin interrupción en el Medioevo en las instituciones jurídicas germánicas y —a pesar de los sentimentalismos del Cristianismo primitivo— en las instituciones jurídicas de la Iglesia imperial, de la Iglesia bárbara, de la Iglesia feudal, de la Iglesia de la Inquisición; que se afianzó vigorosamente en los Estatutos y en las leyes de la Edad Media y particularmente en los siglos XVI, XVII y XVIII; que fue a su sombra como se constituyeron y organizaron en vigorosas unidades en Europa los Estados modernos... Sólo en la segunda mitad del siglo XVIII es cuando se pone sobre el tapete de la opinión pública «el problema de la pena capital». Pero la lucha —según Rocco— que los escritores del período filosófico emprendieron contra la pena de muerte tuvo escaso éxito».

No cabe duda de que en esta materia de la pena de muerte, como en tantas otras, la situación actual es, en medida no pequeña, tributaria del pasado. A nuestro modo de ver, sin embargo, la razón histórica no puede pretender el imponerse en nuestros días con carácter de argumento decisivo. Y ello por dos motivos.

⁹ Rocco: *Sul ripristino della pena di morte in Italia*, en «Opere giuridiche», III, Roma, 1933, p. 547.

Es el primero el siguiente: Cuando se acude a la Historia se olvida observar —como nos recuerda Marc Ancel¹⁰— que ciertos pueblos antiguos no conocieron la pena de muerte u otorgaron a la misma un lugar extremadamente modesto en el catálogo punitivo. Sucedió así en el Derecho chino más antiguo, según lo muestra el famoso Libro de las Cinco Penas. El Derecho penal islámico ignoró también el castigo capital. Castigo desconocido igualmente en el Derecho consuetudinario ruso anterior a los Ukases de los zares. Podría añadirse alguna otra excepción: Eberhard Schmidt subraya, por ejemplo, el notable valor histórico que representa el hecho de que en Alemania, en el período franco, es decir, hasta el año 900 d. C., a hechos que hoy consideraríamos delitos (*Vergehen*) podían imponerse únicamente penas pecuniarias, no pena de muerte o corporal¹¹. Igual acaece en el Derecho histórico medieval español. Y según Mittermaier, en el período republicano, las *Leges Porciae* abolieron la pena de muerte para los ciudadanos romanos¹².

El segundo motivo consiste en la carencia del valor de ejemplo que —para un pensar que corresponda a nuestra época— presenta la Historia del castigo capital.

Esta nos muestra, en efecto, hecatombes sangrientas de vidas humanas sacrificadas a través de los tiempos y de los países. Es sabido, por ejemplo, cómo el Emperador Claudio hizo venir a Roma para

una de sus fiestas a 19.000 condenados a muerte. Y Agripa ordenó ejecutar en cierta ocasión a 14.000 personas. En tiempos más cercanos Carpzovio, uno de los más ilustres criminalistas germánicos de todos los tiempos, se vanagloriaba de haber firmado durante el ejercicio de su carrera de juez de 1620 a 1666, unas 20.000 condenas de muerte¹³. Y según nos cuenta Radzinowicz, en su *A History of English Criminal Law*, durante el reinado de Enrique VIII, sólo a causa de haber cometido delitos de hurto o robo, fueron ejecutados en Inglaterra 72.000 criminales¹⁴.

Y si es verdad que, a partir del siglo XVIII el número de ejecuciones se atenúa considerablemente, no lo es menos que la Historia más reciente nos señala todavía la destrucción ingente y sistemática de vida humanas por la pena de muerte en algún caso, por desgracia, no demasiado excepcional. Baste mencionar, como ejemplo, los miles de ejecutados legalmente en Alemania durante la época nazi¹⁵, bien por cometer alguno de los delitos comunes cuya serie legislativa crecía cada día, o más simplemente por ser enemigo político del régimen imperante, o, incluso, por tener la desgracia de haber nacido enfermo mental o débil de mente.

¿Es que realmente el argumento de la Historia puede ser decisivamente operante dadas nuestras convicciones actuales?

¹⁰ En artículo publicado en febrero de este año en la «Rev. de Droit Penal et de Criminologie» con el título: *Le problème de la peine de mort*, p. 375.

¹¹ SCHMIDT, E.: *Die Geschichte der Todesstrafe bis zur Aufklärung*, en «Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten», Munich, 1962, p. 26.

¹² MITTERMAIER, C. J.: *Die Todesstrafe nach den Ergebnissen der wissenschaftlichen. Forschungen, des Fortschritts der Gesetzgebung und der Erfahrungen*, Heidelberg (Möller), 1862, p. 5.

¹³ Cfr. GRAVEN: *Le problème de la peine de mort et sa répartition en Suisse*, en «Rev. de Criminologie et de Police Technique», enero-marzo, 1952, p. 6.

¹⁴ RADZINOWICZ: *A History of English Criminal Law*, Londres, 1948, I, p. 139.

¹⁵ Cfr. DUSING: *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland... Schwennungen/Neckar* (Kuhn), 1952, p. 212 y S. BUECHNERT, *Die Todesstrafe geschichtlich, religiös und rechtlich betrachtet*, Berlin - Newie - Darmstadt (Luchterhand), s. a., p. 16.

Menos aún puede serlo si nos detuviéramos a analizar no ya el número sino la forma de la ejecución capital. Hasta el extremo de haberse podido decir, con razón —teniendo presente principalmente la pena de muerte— que la Historia de las penas es tan deshonrosa para la Humanidad como la Historia de los delitos. Lo que es muy grave.

Y es que, en la pena de muerte, reviven, con palabras de Maggioré¹⁶, místicas reminiscencias de sacrificios sangrantes a airadas divinidades, instintos ancestrales de violencia, deseos sádicos que encuentran satisfacción en el sufrimiento y muerte ajenas, tendencias que brotan del yo profundo, de los estratos íntimos de nuestro ser, donde se anida, latente, la criminalidad.

Para mostrarlo, bastaría hacer traer a nuestra mente el derroche de imaginación que han empleado los humanos cuando de privar de la vida a sus semejantes se trataba. Citaremos solamente un caso, el tan conocido de la ejecución de Damiens por haber herido ligeramente, con una pequeña navaja, al rey de Francia Luis XV y aplicado en toda Europa, con menudas variaciones, en supuestos de crímenes de lesa majestad:

Después de haber sometido a Damiens al tormento por la mañana, se le llevó por la tarde a la plaza de las ejecuciones, y allí, en un cadalso, le fue quemada la mano derecha. Después, con unas tenazas candentes, le atenacearon el pecho, los brazos, los muslos y las pantorrillas, sobre cuyas heridas se vertió plomo derretido, aceite hirviendo y una mezcla de pez, cera y azufre

¹⁶ MAGGIORE: *Diritto Penale*, I, P. generale, t. 1, 5.ª edic., Bolonia, 1951, p. 708.

ardientes. Procedióse a la colocación de las cuerdas para el descuartizamiento lo que produjo intensos dolores por las llagas que cubrían su cuerpo y el dislocamiento de sus miembros. Atados a sus brazos y piernas ocho potros salvajes, tiraron en dirección opuesta durante cincuenta minutos, sin otro resultado que una increíble dilatación de los nervios. Viéndose, después de repetidos arranques de los potros, que el desprendimiento de los miembros no se conseguía, cortó el verdugo los nervios principales y entonces, volviendo los potros a tirar, se desprendieron una pierna y un brazo; aún vivía Damiens cuando fue arrancada la otra pierna¹⁷.

Se era tan consciente de lo horrible del castigo que no pocas veces, durante los siglos XV y XVI, la decisión judicial, para evitar los terribles dolores de la muerte por el fuego o por la exposición en la rueda, piadosamente declaraba: «Después que el condenado haya sentido todos los golpes sea estrangulado secretamente a la caída de la noche»¹⁸, con lo que al reo se le ocasionaba una muerte algo más dulce.

Y la ejecución alcanzaba, a veces, a los mismos cadáveres. Citaré, entre decenas y decenas de ejemplos, el caso de Jacques Menaldé muerto en mayo de 1561, y contra el cual existían pruebas de sedición y de herejía. El Parlamento de Burdeos ordenó que su cuerpo muerto fuese quemado y las cenizas colocadas frente al palacio del Tribunal¹⁹.

¹⁷ Cf. GONZALEZ NANDIN: *Estudios sobre la pena de muerte*, Madrid, 1872, p. 74 y s.

¹⁸ Cf. DESMAZE: *Suplices, prisons et grace en France d'après des textes inédits*, París (Plon), 1866, p. 102.

¹⁹ DESMAZE: *ob. cit.*, p. 143.

Alguna muestra española del pasado siglo podría añadirse. Pero posiblemente tenga razón E. Schmidt cuando escribe que lo más lamentable acaso de esta justicia sangrienta fuese su arbitrariedad²⁰.

Merece recordarse, por otra parte, que en Francia, a finales del siglo XVIII, unos 115 delitos se estimaban merecedores del castigo capital²¹. Y en Inglaterra, a principios del siglo XIX, bajo la vigencia del denominado «Código sangriento», se preveía la pena de muerte para unos 225 delitos²². Vale la pena enumerar algunos: el envío de cartas con amenazas, el hecho de asociarse con gitanos, el causar daños a los peces de las estanques, el robo de nabos...

Y de nuevo rogamos se nos permita preguntar si —expuesto lo anterior— el argumento histórico puede seguir teniendo vigencia en nuestros días. Palabras convincentes respecto al valor de la Historia, en relación al Derecho de gracia, pero aquí plenamente utilizables, pronunció la eximia penitenciaria española Concepción Arenal. Las hacemos nuestras para responder con ellas a la pregunta acabada de plantear.

No somos de los que pretenden destruir la Historia de una pluma, ni prescindir de su influencia, ni desatender sus lecciones; pero tampoco de los que están dispuestos a admitir los hechos como argumentos, ni inferir su justicia de su antigüedad. Ya se sabe que todo lo que sucede tiene su motivo; pero aun admi-

tiendo que este motivo sea su *razón de ser*, la *razón de ser* varía con el *modo de ser*, y cuando éste cambia, serán absurdas cosas que parecían razonables, e injustas muchas instituciones con que se creía auxiliar a la justicia. La tortura, los juicios de Dios, el derecho de asilo, la venganza de la sangre, etc., han existido en otras épocas, pero por ese simple hecho nadie reclama su acogida en las legislaciones, ¿por qué ha de exigirse empero su admisión tratándose de la pena de muerte?²³

Hasta el tiempo de Copérnico, de Kepler y de Galileo, argüía Ellero²⁴, la Humanidad creía que el sol giraba alrededor de la Tierra. ¿Deberíamos creerlo por esto también nosotros?

2. Otro argumento tradicionalmente utilizado por los partidarios de la pena de muerte es el de la eficacia intimidante de ésta en relación, al menos, a una serie de delitos. Para poner freno en el corazón del homicida, del que abusa de la fuerza —escribía, por ejemplo, Saldaña en sus «Adiciones» al Tratado de von Liszt— es preciso amenazarle con la pérdida de lo que más estima y más abusa, de la fuerza en su suprema síntesis: la vida. Esta opinión es muy general. En la eficacia intimidante de la pena de muerte es en la que más suele creer el vulgo²⁵.

Un estudio de extraordinaria fuerza sugestiva sobre el tema es el verificado por Ohm sobre unos cien condenados a muerte durante

²⁰ SCHMIDT E.: Die Geschichte der Todesstrafe bis zur Aufklärung, en «Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten», Munich, 1962, p. 30.

²¹ PASTORET: *De lois pénales*, París, 1790, I, p. 120-133.

²² KOESTLER, en KOESTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. esp. de Peyron, Buenos Aires, 1980, p. 24.

²³ ARENAL, Concepción: *El Derecho de gracia ante la Justicia*, en «Obras completas», XII. Madrid (Victoriano Suárez), 1876, p. 7.

²⁴ ELLERO: *Sobre la pena de muerte*, trad. esp. de Gómez Torrosa, Madrid (Blanco), 1907, p. 171.

²⁵ SALDAÑA: *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de v. Liszt, Madrid (Reus), 1917, III, p. 286.

el período hitleriano y publicado el año 1956 en Stuttgart: «Das Todesurteil in seiner Auswirkung auf die Persönlichkeit». En ella nos dice, por ejemplo, que en un solo caso un detenido político renunció a la petición de gracia, e incluso al trámite judicial de apelación, por considerar inconciliable con su dignidad el solicitar de un Estado, del que se considera enemigo, la apertura de una nueva instancia judicial o la petición de gracia. En numerosos otros casos de delincuencia política el ansia de vivir adquiría más trascendencia —tras fuertes luchas internas— que una postura del sujeto de acuerdo con sus principios. Y se aceptó, bien que el abogado defensor, bien que los familiares pidieran la conmutación. ¡Tanto es lo que la proximidad a la ejecución capital asusta! En los casos de delincuencia común no hubo nunca problema alguno respecto a la petición de gracia, siempre solicitada por el sujeto.

Con detenimiento estudia Ohm las profundas alteraciones que la condena a muerte producen no sólo en la psique, sino también en el soma del sujeto, mostrando lo que aquella significa para el mismo.

En nuestros días, no obstante, como resultado de cuidadosas investigaciones científicas, se pone en cuarentena por los especialistas el aspecto intimidante de la pena capital. Antes de pasar a analizarlas diremos —en lo que al libro de Ohm se refiere— que, ciertamente, la condena a muerte produce alteraciones profundas sobre la personalidad. Se nos permita, sin embargo, observar que la existencia de la pena de muerte no impidió que esos mismos sujetos realizaran las conductas que les llevaron a la condena.

¿Cuáles son las investigaciones científicas que han llevado a negar la eficacia intimidante de la pena capital?

Las legislaciones que todavía acogen la pena de muerte lo hacen, en general, en relación a dos grupos de delitos: de asesinato o de atentados contra la seguridad del Estado. Eso significa que creen en la eficacia intimidante del castigo capital respecto a los mismos. ¿Se apoya en datos racionales la creencia?

Ya Liepmann en su clásica obra sobre la pena de muerte estudió las bases psicológicas que juegan en los asesinatos²⁶. Uno de los dos supuestos característicos es el del asesino que es llevado a la realización de su acto por encontrarse en una situación *sin salida*. Paso a paso se va enraizando en lo más profundo de su ser la necesidad del acto que se manifiesta con carácter coactivo en el pensamiento «no queda otra solución que hacerlo». El que al acto se imponga la pena de muerte no es tomado en consideración por el sujeto.

Un ejemplo típico, en sentido económico, de esta clase de asesinatos es el juzgado por la Audiencia de Alicante el 18 de mayo de 1957. Se trata de un caso de robo con homicidio realizado en un chalet de la zona residencial alicantina, adonde fue llevada la ingenua víctima —un cobrador de un Banco de Elche— con el engaño de que tenían allí unas mujeres con las que se podía pasar un buen rato.

Los autores, uno de ellos compañero de la víctima, fueron impulsados a la comisión del repugnante delito —según se establece en la sentencia— por la idea obsesiva de que la posesión de la riqueza es la única forma de vencer y gozar en la vida. Formaron una asociación

²⁶ LIEPMANN, M.: *Die Tödestraf*, Berlin (Guttenlag), 1912, p. 32 y s. Vid. también ALT, *Das Problem der Todesstrafe*, Munich (Kaiser), 1960, p. 23 y s.

para jugar a las quinielas, intentaron falsificar billetes de banco, etc. Todo sin éxito. La única solución para salir de la precaria situación económica que les parecía angustiosa e insoportable fue la idea del asesinato.

En sentido sexual es ejemplo claro de asesinato por conflicto el juzgado del 24 al 26 de enero de 1958 en Meurthe-et-Moselle, que conmovió a Centro-Europa: el autor era el *abate* Desnoyers, que habla tenido relaciones sexuales con una menor de las cuales quedó embarazada. Al igual que había conseguido de otra menor de 15 años, con la cual había tenido con anterioridad relaciones sexuales, también pretendió en esta ocasión, sin lograrlo, por la oposición de la futura madre, la producción del aborto. Como el momento del nacimiento se acercaba —y con él el del escándalo— el abate Desnoyers no encontró otra solución para evitarlo que el asesinato de la joven, que realizó en un pequeño valle, entrada la noche, mediante un tiro en la nuca, a la luz de los faros de su coche. Condujo el cadáver a continuación a un pequeño declive del terreno donde extrajo con un cuchillo del vientre de la madre al niño, su hijo, al que cosió a puñaladas. La descripción completa del suceso es aún más espeluznante, pero nos basta lo expuesto.

El otro extremo lo forman quienes son llevados al acto por inclinación constitucional o por una pasión momentánea. Tampoco en ambas manifestaciones tiene eficacia alguna la representación de la pena capital. Si ello es claro respecto al supuesto de la anomalía constitucional, no lo es menos en el de pasión momentánea. Piénsese en el asesinato de la mujer adúltera por el marido que descubre la infidelidad y planea la muerte de la mujer y del correo.

Respecto a la delincuencia política o anarquista, mucho más rara, nadie que tenga un mediano conocimiento de la misma niega hoy que la pena capital es para ella totalmente inoperante. Muchos sujetos buscan la condena a muerte precisamente como inmólación por una patria que esperan mejor o para convenirse en héroes.

En Inglaterra, por ejemplo, de 1949 a 1960 fueron ejecutados 123 asesinos. En 61 casos, es decir, exactamente el 50% parece se trataba de asesinatos pasionales. En un 30%, de asesinatos por motivos económicos. En la mayoría de los 123 casos, y así se reconoció en la sentencia²⁷, se tuvo que ver con delincuentes anormales, negándose, sin embargo, que se tratase de enajenados de acuerdo con la anticuada reglamentación de las *M'Naghton Rules* de 1843, vigentes.

Particular interés presenta el estudio realizado, en 1959, por Thorsten Sellin respecto a los Estados Unidos.

Resultado de su investigación fue el siguiente:

El porcentaje de homicidios varía según diversos grupos de Estados. Es más bajo en Nueva Inglaterra y en los Estados del Noroeste. Más alto en Michigan, Indiana y Ohio.

Dentro de cada grupo de Estados con población y condiciones económico-sociales similares no es posible distinguir un Estado abolicionista del que no lo es.

Dentro de cada grupo de Estado comparable son similares los porcentajes de formas de homicidio, mantengan o no aquéllos la pena de muerte.

²⁷ KOESTLER-ROLPH: *Hanged by the neck*, Londres-Readings-Fakenham (Penguin), 1961, p. 135.

Conclusión ineludible es, termina Sellin, que las ejecuciones no producen efecto apreciable respecto a los porcentajes de homicidios²⁸.

Que la pena de muerte no es intimidante lo muestran otros muchos datos científicos.

En primer lugar el elevado número de suicidas entre los asesinos. En Inglaterra de 1900 a 1949 sospechó la policía que habían realizado asesinato 7.454 personas. De ellas 1.674 cometieron suicidio²⁹. ¿Hay alguien capaz de sostener que a estos 1.674 suicidas les intimidaba la pena de muerte? Por otra parte, el Derecho comparado nos muestra el escaso número de ejecuciones en relación al número de asesinatos cuyo autor es condenado: de un 8 a un 10 por ciento generalmente. ¿Es que alguna persona puede creer que el autor de un asesinato piensa encontrarse entre el 10% de los que se ejecutan? Ciertamente que no.

Pero es que tampoco una aplicación más frecuente y rigurosa de la pena de muerte tendría una eficacia intimidante. ¿Por qué? Por la capacidad de adaptación de los humanos: gradualmente se acostumbran a su existencia. Bien se sabía en la Edad Media y comienzos de la Moderna cuando el legislador se veía obligado a aumentar día tras día el catálogo de delitos capitales y a imaginar cada vez penas más crueles. Con el resultado que se conoce.

Se ha sostenido, no obstante, que si es cierto que millares de asesinos no se han sentido intimidados por la pena capital, en cuanto

²⁸ SELLIN, Thorsten: *The penal Penalty, A Report for the Model Penal Code, Project of The American Law Institut*, Philadelphia, 1959, p. 34.

²⁹ Cfr. *Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953*, cit., p. 19.

delinquieron, no podremos jamás conocer el número de aquellos a los que sí intimidó. Esta objeción puede rebatirse con palabras de Camus: lo inadmisibile que resulta que el mayor de los castigos, el que significa la desgracia última para el condenado, y que concede el privilegio supremo a la sociedad, repose nada más que sobre una posibilidad que no puede demostrarse³⁰.

En oposición al argumento que examinamos ha podido afirmarse, incluso, que la pena de muerte tiene una eficacia contraria a la intimidante.

Constituye un hecho curioso, escribe Sellin, el de que existan casos en los que el deseo de ser ejecutado ha impulsado a determinadas personas a cometer un delito capital³¹. Es tal el efecto contagioso de la pena de muerte, escribe por su parte Middendorf, que después de la comisión de un asesinato excepcionalmente repulsivo, personas que no tienen, en absoluto, relación alguna con él se autodenuncian como autores. Cuando hace poco más de treinta años Peter Kürten, el vampiro de Düsseldorf, cometía sus repugnantes asesinatos sádicos, unas 200 personas se presentaron ante la policía declarándose autores³².

Investigaciones norteamericanas muestran que en los días de ejecución, en los alrededores de la prisión en la que se verifica, se cometen más delitos de sangre que en los días en que no hay ejecuciones³³.

³⁰ CAMUS, en KOELSTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. es. de Peyron, Buenos Aires, 1960, p. 130.

³¹ SELLIN: Ob. cit., p. 65-69.

³² MIDDENDORF: *Todestrafe - Ja oder Nein?*, Freiburg de Brisgovia, 1961, p. 32.

³³ MIDDENDORF: Ob. y pág. ult. cit.

Puede afirmarse, incluso, con toda verdad que la abolición total o parcial de la pena de muerte (es decir, en relación sólo a algunas de las especies de delitos a los que con anterioridad se imponía) no produce elevación alguna en la curva de la criminalidad. Este es el resultado a que llega una investigación mundial realizada por el Departamento Económico y Social de las Naciones Unidas y publicado en 1962. En Alemania, por ejemplo, donde se suprime la pena de muerte en 1949, hubo 521 asesinatos en 1948, 301 en 1950 y 355 en 1960. En Argentina, a partir de 1922 que se cancela el castigo capital, la cifra de autores de asesinatos declina gradualmente a pesar del aumento de la población, Austria declara abolida la pena de muerte en 1945. Los últimos cinco años son los de más bajas cifras de asesinatos que jamás se recuerda en el país. En 1934, que se reinstaura, se observa, por el contrario, un incremento en su número³⁴. Los ejemplos pueden multiplicarse. Creemos, sin embargo, que los citados son suficientes.

Podríamos concluir, con Jescheck³⁵, manifestando que no existe Estado en el mundo en el que la abolición de la pena de muerte haya producido un aumento en los delitos capitales, ni en el que la reintroducción de aquélla haya originado una disminución de éstos. La criminalidad capital sigue leyes que nada tienen que ver con la pena que se conmina. A la misma conclusión llegan otros muchos especialistas. Con ello cae por su base el argumento de la eficacia intimidante del castigo capital.

³⁴ *Capital punishment*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 1962, cit., p. 55-56.

³⁵ JESCHECK: *Die Todesstrafe in ausländischem Recht*, en «Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten», Munich, 1962, p. 62.

3. Respecto a que la pena de muerte sea ejemplar acaso baste para negarlo la dura expresión de Camus: «¿Cómo puede ser ejemplar el asesinato furtivo que se comete de noche en el patio de una cárcel?»³⁶.

Por otra parte las ejecuciones dejaron de ser públicas precisamente a causa de los degradantes espectáculos a que daban lugar. Turquía, único Estado europeo que hacía excepción a la regla general, acaba de suprimir la publicidad de las ejecuciones. ¿Cabe demostración más patente de su falta de ejemplaridad?

Citaré, a mayor abundamiento, dos ejemplos franceses del pasado siglo.

El todo París que esperaba impaciente en la plaza de la ejecución la subida al cadalso de Pranzini, año 1887, cantaba a gritos este estribillo macabro y osceno:

«C'est Pranzini.

Zini, Zini;

Qu'il nous faut».

Como comenta Paolo Rossi, lo que era capaz de excitar tales sentimientos no podía responder a la primera exigencia de la pena: su correspondencia con lo ético³⁷.

El segundo ejemplo es el siguiente: En la cima de la colina Mont-faucon —según nos relata Dulaune en su «Histoire de Paris»³⁸— exis-

³⁶ CAMUS en KOESTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. esp. de Peyron, Buenos 1960, p. 120.

³⁷ ROSSI, P.: *La pena di morte e la sua critica*, Génova, 1932, p. 118.

³⁸ DULAUNE: *Histoire de Paris*, IV, p. 236, cit. por ROSSI: *La pena di morte e la sua critica*, Génova, 1932, p. 207.

tía una obra de albañilería sobre la cual se elevan 16 columnas, que soportan grandes vigas de madera de las cuales pendían unas cadenas de hierro. A estas cadenas se sujetaban los cadáveres de los ejecutados en París. Se podían contemplar siempre de 50 a 60 cuerpos resacos, mutilados, corrompidos y movidos por el viento en una danza macabra. Este horrible espectáculo no impedía a los parisinos el venir a este lugar a realizar deshonestidades.

4. Como cuarto argumento en favor de la pena capital suele mencionarse el retributivo. Sólo la pena de muerte —según los mantenedores de un postulado retributivo material— es la que corresponde al asesinato, no la privativa de libertad. Ahora bien, tal concepción constituye no otra cosa que un retorno a la prístina forma del antiguo principio del talión o kantiano.

El *ius talionis*, sin embargo, no puede tener un carácter de validez general. En primer lugar, porque en muchos casos es materialmente imposible su aplicación. Si el talión se concreta en el principio «ojo por ojo y diente por diente» ¿cuál sería la pena de talión que habría de imponerse, por ejemplo, al autor de un adulterio o de una violación? ¿o de unos abusos deshonestos? ¿o de unos daños en un monumento artístico?, etc.

Pero es que, incluso, en los supuestos en que es imaginable materialmente, su realización es inadmisibles en nuestros días en cuanto se encuentra en oposición total a instituciones ancladas firmemente en todas las legislaciones. Piénsese, verbigracia, en la prescripción, o en el arrepentimiento espontáneo, en el indulto, o en el derecho de gracia.

Se habla hoy, por consiguiente, no ya de retribución material, sino de retribución jurídica. Con lo cual se quiere expresar que la

entidad de la pena debe corresponder a la entidad del delito no material, sino valorativamente.

Pero puestos sobre este terreno —que nosotros admitimos— la existencia absoluta de la pena capital ha desaparecido. Y así no es nada extraño que partidarios de concepciones retribucionistas, como Bettiol, sostengan que en este momento histórico el criterio retributivo puede no exigir la pena de muerte como la más grave de las previstas por el Código³⁹.

Por otra parte, para que la pena de muerte correspondiera al asesinato en el sentido de retribución jurídica el asesinato debe ser el hecho más grave objetivamente y donde se refleje una culpabilidad mayor. Que sea el más grave objetivamente ha de negarse, en cuanto el determinar cuál sea el hecho objetivamente más grave es, de acuerdo con Alt⁴⁰, un axioma indemostrable: es sabido, sin embargo, cómo no ha sido considerado así en todos los tiempos y pueblos. Que sea en el que se refleje una culpabilidad mayor también ha de rechazarse. Nos basta remitir a lo que ya expusimos al ocuparnos del argumento de intimidación: el estado psicológico que lleva al delito y el gran número de anormales —enajenados o no— entre los autores.

Dentro del argumento que analizamos ha de examinarse el aspecto de la retribución como satisfacción del sentir ofendido de las gentes por el delito capital cometida. Con otras palabras, se trata de determinar el significado de la opinión pública respecto a la pena de muerte, al que aludimos al comienzo de nuestra Lección.

³⁹ BETTIOL: *Sulle maxime pena: morte ed ergastolo*, en «Riv. it. dir. Pen.», 1956, p. 563.

⁴⁰ ALT: *Das Problem der Todesstrafe*, Munich, 1960, p. 61.

El hecho de que las gentes necesiten una satisfacción de sus sentimientos en el supuesto de comisión de un delito de particular gravedad, en especial de asesinato, depende —ante todo— de la determinada situación histórica de que se trate y de la posición psíquico-espiritual, en la misma, del correspondiente pueblo. Con la progresiva diferenciación cultural y con el creciente respeto —unido a ella— de la personalidad del prójimo se ha perfeccionado esta exigencia retributiva de la colectividad, de tal forma que pone más cuidado en tomar en cuenta la culpabilidad y sopesa la reacción más exactamente. Ello ha llevado a la colectividad, como dice Buchnert, a no sentir ya la necesidad de la pena de muerte y, en consecuencia, a poder prescindir de ella⁴¹.

Pero acaso sea conveniente profundizar un poco más en la contestación al argumento. Las investigaciones realizadas en estos últimos años muestran que la nota característica de la opinión pública es su volubilidad. Depende que solicite o no la pena de muerte para el asesinato cometido, de las circunstancias concretas de éste y, sobre todo, de la distancia entre la comisión del delito y la ejecución del autor. Bastará para convencer de lo que se expone el recuerdo de la conmoción que produjo en el mundo la ejecución de Caryl Chessman el 3 de mayo de 1960, exteriorizada —entre otras formas— en una serie de manifestaciones airadas ante las Embajadas o Consulados de Estados Unidos y en el envío de cientos de cartas de protesta. El sentimiento de venganza existente en el momento del

⁴¹ BUCHNERT: *Die Todesstrafe geschichtlich, religiös und rechtlich betrachtet* (Hermann Luchterhand), Berlín-Neuwied-Darmstadt, s. a., p. 56.

hecho se transforma en sentimiento de piedad en el de la ejecución, que es el que a nosotros interesa. Esto se refleja, como nos recuerda Maurach⁴², en la actuación de los jueces y jurados. Sirva de ejemplo Canadá donde un 77% de los delitos de sangre —homicidios incluidos— conocidos por las Tribunales terminan con sentencia condenatoria, mientras en caso de asesinato terminan así sólo un 38% de las causas, absolviéndose al imputado en las restantes. El juez, comenta Maurach, prefiere absolver injustamente antes de que derive de su decisión el envío de un asesino al patíbulo. Con mayor frecuencia actúan de la misma manera los jurados o escabinos. Así sucedió, por ejemplo, en el caso del abate Desnoyers, a que antes nos referimos. Hecho que, precisamente, llevó al Prof. Graven a manifestar su total oposición al sistema de jurados, en cuanto su justicia arbitraria «de sentimiento» constituye el instrumento más impropio para asegurar la justicia «científica» y serena deseable, fundada sobre datos ofrecidos por las ciencias del hombre y sobre conceptos justos de una política criminal coherente⁴³.

Estimamos conveniente, en este momento, recordar que, al comenzar la Lección, expusimos que íbamos a ocuparnos de los argumentos racionales en favor y en contra de la pena de muerte. Ello lleva a considerar totalmente inadmisible el argumento que fundamenta la pena de muerte sobre la base de la satisfacción de la opinión pública, precisamente porque no reúne la característica esencial de

⁴² MAURACH: *Juristische Argumente gegen die Todesstrafe*, en «Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente», Stuttgart, 1960, p. 38.

⁴³ GRAVEN: *A propos d'une proche retentissant et d'un récent referendum sur la peine de mort*, separata de la «Rev. Int. De Crim. Et Pol. Techn» 1958, pág. 13.

que se trate de un argumento de razón: la voluble opinión pública es producto directo de la emoción o sentimiento⁴⁴.

Podrían añadirse acertadas consideraciones de Hans-Peter Alt en «Das Problem der Todesstrafe», publicado en Munich, en 1960.

Debe admitirse que el Derecho penal ha de ajustarse a las convicciones dominantes en el pueblo, puesto que la colectividad tiene derecho a ser regida de acuerdo con su sentir ético. Pero la opinión popular no puede ser autoridad decisiva para el Derecho penal en la admisión o no de la pena de muerte. Las razones, según Alt, son las siguientes: 1) La opinión pública no tiene un carácter de estabilidad, en cuanto está sometida a continuas oscilaciones. Si el Derecho penal se sometiera a semejantes oscilaciones dejaría de creerse en él. 2) El Derecho penal no puede ser concreción de la opinión pública, en cuanto aquel tiene una misión pedagógica. La conminación penal debe acoger normas éticas en las cuales la colectividad acaso no prestaría atención si no estuvieran conminadas penalmente. 3) La colectividad, suma de individuos, no tiene autoridad, ni Derecho, para decidir sobre la vida de un hombre⁴⁵.

Se ha dicho que si no existiera pena capital el pueblo, para satisfacer su conciencia jurídica ofendida, realizaría actos de linchamientos, es decir, se tomaría la justicia por su mano. Esta aseveración no responde tampoco a datos de la realidad. En EEUU por ejemplo, donde la Ley de Lynch campó por sus respetos, la mayor parte de los

⁴⁴ GOWERS: *A life for a life? The problem of Capital punishment*. Londres (Chatto and Windus), 1956, p. 69.

⁴⁵ ALT: Ob. cit. p. 49 y s.

linchamientos se efectuaron —y en menor medida aún se efectúan— en los Estados del Sur... mantenedores de la pena capital⁴⁶.

5. Un argumento preferido por los clásicos —y que en nuestros días goza aún de gran favor— es el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesaria, en determinados casos, la eliminación del delincuente. La paz no se puede conservar en la República sin el castigo y la muerte de los hombres malos —escribía nuestro Cerdán de Tallada, en 1581, en su «Verdadero gouierno desta Monarchia...» y añadía: «Aunque es verdad que para la cosa pública es pérdida perder un hombre della, y mas si es persona principal, o auentajada en artificio, empero la consolación y el beneficio de la paz que queda en la República, por medio del castigo de los malos, es tal que pone en oluido el sentimiento de la pérdida del hombre particular...»⁴⁷.

Era normal que este argumento utilitario —que se ha estimado incluso, por algunos que tiene su base en Santo Tomás— fuera acogido por los positivistas que vieron en él un medio de selección de la humanidad representado por la eliminación del cuerpo social de los criminales natos o instintivos, que se estimaban no susceptibles de reforma.

Esta fundamentación utilitaria de la pena de muerte es la que más resueltamente merece rechazarse, en cuanto conduce a la equiparación del hombre a una bestia (una «belva a viso umano», con terminología de Garófalo⁴⁸, era el criminal nato), cuya vida estuviere desprovista de

⁴⁶ SELLIN, Thorsten: Ob. cit., p. 79.

⁴⁷ Cerdán de Tallada: *Verdadero gouierno desta Monarchia...*, Valencia, 1581, p. 61 y 62.

⁴⁸ GARÓFALO: *Contro la corrente*, Nápoles, 1888, p. 29.

valor vital⁴⁹. Está en oposición manifiesta con la concepción cristiana —informante el pensamiento de Occidente— de que todo hombre es susceptible en cualquier momento de arrepentimiento y mejora, ya que la gracia de Dios no admite límite en el tiempo.

Por mi cuenta, escribe Carnelutti, cualquiera que sea el valor profiláctico que a la muerte del reo la experiencia consienta atribuir, encuentro que su costo es tan grave que no permite aconsejarla en ningún caso: matando a un hombre, añade, a diferencia de un animal, no se corta solamente una vida, sino que se anticipa el término fijado por Dios para el desarrollo de un espíritu o sea para la conquista de una libertad; sólo quien no tenga en cuenta el valor de la vida del cuerpo en orden a aquel desarrollo y a aquella conquista puede ignorar que *de la vida de un hombre ningún otro, cualquiera que sea su Autoridad y cualquiera que sea su razón, puede disponer sin usurpar el poder de Dios*⁵⁰.

Se medite, por otra parte, en el hecho de que la ejecución de un delincuente fundamentada en la seguridad de la colectividad significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido⁵¹. Lo que repugna.

No es extraño, pues, que haya podido sostenerse, con razón, que si a la pena capital se le concede una fundamentación utilitaria deja de ser pena para convertirse en medida de seguridad. Admisión que ningún penalista estaría dispuesto a realizar.

⁴⁹ BOCKELMANN: *Art.*, cit. p. 140.

⁵⁰ CARNELUTTI: *El problema de la pena*, trad. esp. De Sentis Melendo, Buenos Aires (Ed. Jur. Europa-América), 1947, p. 41.

⁵¹ ALI: *Ob. cit.*, p. 30.

Que la reeducación sea uno de los fines de la pena es opinión común entre los dedicados al Derecho penal y es principio que ha sido acogido, incluso, por alguna Constitución: así en la italiana, en el art. 27. A él se opone la pena de muerte fundada en la eliminación.

Acabamos de exponer los más importantes argumentos utilizados en favor de la pena capital. Al ser rebatidos, se convierten en argumentos contra la admisibilidad de ella. Existen, empero, argumentos solamente empleados por los abolicionistas. Quisiéramos mencionarlos —son muy convincentes— aunque sea de pasada.

6. Es el primero de todos el de la posibilidad de cometer errores judiciales, irresarcibles totalmente cuando de pena capital se trata⁵². Por supuesto, el argumento tiene valor sólo si puede demostrarse que, en la actualidad, se siguen verificando errores judiciales. Lo que sí sucede, aunque pueda extrañarnos. Y aunque los organismos oficiales competentes difícilmente lo admitan.

Vamos a intentar demostrarlo.

El Consejo de Europa difundió un Cuestionario que pretendía obtener información sobre determinados datos relacionados con la pena de muerte y en el que —entre otras cosas— se preguntaba lo siguiente: ¿Cuántos errores judiciales ha habido en su país? Como expone Marc Ancel —autor del *rapport*, que ha sido publicado por el Consejo de Europa, en 1962— se trataba evidentemente de obtener información sobre casos que hubieran conmovido a la opinión pú-

⁵² CARNEVALE: *La questione della pena di morte nella filosofia scientifica*, Turin (Bocca), 1888, p. 10. LIEPMANN: *Die Todesstrafe*, cit., p. 127 y s. ELLERO: *Trattati criminali*, Bologna (Zanichelli), 1881, p. 77 y s., etc.

blica. Pues bien, añade Marc Ancel, a esta pregunta demasiado directa —o, acaso, un poco cándida— seis países no respondieron; otros, manifestaron que no tenían datos para contestar; cinco países, que en ellos no se había producido jamás un error judicial. Y comenta el autor del *rapport*: es patente que la pregunta cogió de sorpresa a los servicios oficiales encargados de enviar la respuesta.

Había, sin embargo, alguna contestación afirmativa. Suecia reconocía un caso de error en un imputado juzgado en 1932. Y Austria admitía que una información judicial, abierta en 1955, llevó a determinar la inocencia de un médico sobre el cual recaían sospechas de haber asesinado a una enfermera. Por último, el Ministerio Federal de Justicia alemán indicó que, desde 1893 a 1953, se habían pronunciado 27 condenas capitales en las que se había establecido, o se presumía, un error judicial. En tres de estos casos la sentencia se había ejecutado. El conocimiento de esta noticia, es normal, ha conmovido a la opinión pública alemana⁵³.

En Estados Unidos, según Sellin, entre los dos espectaculares casos de los hermanos Boorn, en 1819, y el de James Foster, en 1958, hay huellas de otros más⁵⁴.

Hale, en «Hanged in error», menciona once casos ingleses de asesinato en los que, con toda claridad, hubo error judicial. En seis, la sentencia fue ejecutada: Tres ocurrieron en el pasado siglo. Tres, en éste. Entre ellos cita Hale el tan conocido de Timothy Evans

acusado del asesinato de su mujer, Beryl, y de su hija⁵⁵. La sentencia capital se ejecuta el 9 de marzo de 1950. En la misma casa —Rillington Place, 10— vivía John Reginald Christie, al cual se le considera autor, unos años más tarde, del asesinato sádico de ocho mujeres, cuyos cadáveres aparecieron en Rillington Place, 10. Estos asesinatos eran en todo similares al de la mujer e hija de Evans. Entre otros muchos datos mencionaré que Christie acostumbraba a tener relaciones sexuales con sus víctimas en el momento de la muerte. Y, en el caso de Beryl, aparece probado un intento de relación sexual post-mortem.

La duda sobre la inocencia de Evans es tan grande que Chuter Ede, Ministro de la Gobernación inglés (*Home Secretary*) cuando se le ejecutó, escribía al descubrirse ulteriormente la actuación de Christie: Yo pienso que el caso de Evans muestra que un error judicial es posible. Y es que en los crímenes de gravedad mayor la equivocación es más fácil, tanto por el cuidado con que el asesino prepara el hecho para no ser descubierto, como por la alarma de la opinión pública y un estado de sugestión que de ella surge —como dice Antón Oneca— presionando sobre testigos y jueces; mientras la importancia del crimen difícilmente tolera la impunidad⁵⁶.

Creo que basta lo expuesto —dado que se trata de países poseedores de los mejores servicios de investigación policiaca y judicial y cuyos jueces poseen una competencia de todos co-

⁵³ ANCEL: *Le peine de mort dans les pays européens*, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1962, p. 59-60.

⁵⁴ SELLIN, Thorsten: *The Death Penalty*, 1959, cit. p. 50.

⁵⁵ HALE: *Hanged in error*, Londres (Penguin), 1961, p. 99 y s., principalmente. Vide también sobre el caso Evans y algún otro de posible error judicial, PAGET-SILVERMAN: *Hanged, and innocent?* Londres (Gollancz), 1953.

⁵⁶ ANTÓN ONECA: *Derecho Penal. P. general*, Madrid, 1949, p. 487.

nocida— para estimar que el argumento sigue teniendo todo su dramático valor.

Piénsese también en la irreparabilidad de una condena a muerte ejecutada que hubiese sido sentenciada, verbigracia, por un Tribunal ilegalmente constituido, que convierte en inexistentes para el Derecho, cuando se descubriere, todas las actuaciones.

7. Otro grave argumento contra la pena de muerte es la existencia del verdugo, es decir, de un hombre profesionalmente dedicado a privar de la vida a sus semejantes. El verdugo constituye —según Unamuno— la tacha más grave de la pena de muerte. Hay algo repulsivo en la existencia de ese ser que aparta a las gentes. Lamento que la falta de tiempo me impida detenerme en su estudio. Expondré, no obstante, lo que decía aquella mujer que hacia todos mostró caridad, Concepción Arenal, y no pudo hacerlo hacia el verdugo cuando escribe: «Miserable el hombre que sea bastante razonable para no estremecerse a la vista del verdugo y bastante despreocupado y filósofo para darle la mano!», y añadía: «Meditando sobre la pena de muerte, es imposible no preguntar si no debe haber algún vicio en la teoría de una ley cuya práctica lleva consigo la creación de un ser que inspira horror y desprecio; de una criatura degradada, vil, siniestra, cubierta de una ignominia que no tiene semejante; de un hombre, en fin, que se llama el verdugo»⁵⁷.

Al verdugo pudo hacerle Margarita, al final de la primera parte del Fausto de Goethe, en la escena de la cárcel, esta pregunta terrible:

«Wer hat dir, Henker, diese Macht

Über mich gegeben!» (Quién te ha dado, verdugo, este poder sobre mí).

Lo dramático del oficio del verdugo —que le hace inadmisibile— es la falta de emoción ante el cumplimiento de su tarea; el que pueda habituarse un hombre al hecho de privar de la vida a otro hombre. Así lo manifestó Pierrepoint, el verdugo inglés —que había llevado a cabo unas cientos de ejecuciones— ante la «Comisión Real para el estudio de la pena capital»⁵⁸.

En el verdugo se manifiesta todo lo repelente de la ejecución como acto humano. Y la repugnancia ante el verdugo se exterioriza a lo largo de la Historia y llega hasta nosotros. ¿Por qué, puede preguntarse, origina tal sentimiento si cumple —como se dice— una función quasi-sagrada?. Si en la ejecución de la pena de muerte se manifiesta —como también se acostumbra a decir— la soberanía del Estado en toda su grandeza ¿por qué —observa algún autor— no ejecutan la pena capital las primeras jerarquías de la nación?

Como anécdota personal podría referir la siguiente: visitaba hace unos años una importante prisión escocesa cuando pasé, con mis acompañantes, ante una puerta que conducía, según me indicaron, a la Sala de las ejecuciones. Y pregunté: ¿Hay muchos verdugos en Escocia? La respuesta se unió a una sonrisa irónica: El verdugo... es inglés.

8. Y, por último, quiero mencionar, aunque no me pueda detener en su consideración, el argumento abolicionista que deriva del

⁵⁷ ARENAL, Concepción: El reo, el pueblo y el verdugo, en «Obras Completas», XII, Madrid, 1896, p. 164 y 172.

⁵⁸ Cfr.: *Minutes of evidence taken before the Royal Commission on Capital Punishment, Londres, (Her Majesty's Stationery Office), 1952, núm. 28-29, p. 623 y s.*

hecho en sí de la forma de ejecución, hasta el extremo de haberse propuesto otras nuevas, la inyección intravenosa o el suicidio. Ambas inadmisibles: La primera, por exigir la colaboración del sujeto. La segunda, porque impediría seguir considerando pena al castigo capital⁵⁹.

2. Sustitutivo de la pena de muerte

Me parece conveniente exponer lo que piensa respecto a este aspecto del problema de la pena de muerte la Comisión *ad hoc* de especialistas sobre prevención del delito y el tratamiento del delincuente de las Naciones Unidas, en un informe publicado por el Consejo Económico y Social el primero de febrero de 1963⁶⁰.

La Comisión dedicó particular atención al problema de la pena sustitutiva, que considera de la mayor importancia. Se hace constar que una pena privativa de libertad de larga duración representa el sustitutivo legal, generalmente reconocido, y que la duración de tal pena privativa de libertad no debe ser tan larga que el condenado pierda la esperanza de retornar a la vida en libertad. La Comisión sostuvo con energía: 1º) que las condiciones de tal pena privativa de libertad sustitutiva no deben ser más duras que las existentes en cada país para otras categorías de reclusión; 2º) que deben disponerse respecto a aquellos condenados de todas las posibilidades penitenciarias de tratamiento y 3º) que los funcionarios de prisiones han de tratarlos y clasificarlos de acuerdo con las exigencias de la custodia y educación. Se estimó

⁵⁹ Vide: *Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953*, Report, cit., p. 257-267.

⁶⁰ Documento E/CN.5/371, de las Naciones Unidas, núm. 28.

unánimemente que la situación de cada recluso debe supervisarse al cabo de un determinado tiempo, una vez que hayan cumplido la pena mínima que, en el país de que se trate, se establezca para el delito cometido. Igualmente, existió unanimidad al decidir que el recluso que consiga la libertad quede, durante un período de tiempo, en situación de libertad vigilada y, en su caso, si se estimase necesario, se le pueda transferir de nuevo al establecimiento.

En la investigación realizada por Marc Ancel, y publicada por las Naciones Unidas un año antes, en 1962, puede leerse que, en lo que afecta al sustitutivo del castigo capital, algunos especialistas—criminólogos o penalistas—proponen la introducción real de una pena perpetua de privación de libertad; otros, simplemente, que no se anticipe en ningún caso el momento de la libertad antes del cumplimiento de un período largo. Un tercer grupo, basado en la experiencia belga, considera que el nudo del problema se encuentra en relación a los delincuentes anormales. Tales personas, que por ser semi o inimputables no son ejecutadas, son las que en realidad significan un peligro inmediato para la sociedad, no los criminales a los que se ejecutaría por estimarlos responsables. La experiencia muestra, empero, que estos delincuentes con anomalías mentales son puestos en libertad con mayor facilidad que los susceptibles de reeducación⁶¹.

La opinión de los funcionarios de prisiones de gran número de países europeos y americanos—según nos informa Sellin—es la de que los condenados a reclusión perpetua son los que mejor conducta

⁶¹ *Capital Punishment*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 1962 (ST/EOA/SD/9), cit. p. 63.

mantienen en prisión. Y si, en algún raro caso, se ha cometido dentro de la prisión un homicidio, el mismo —en general— lo ha sido por criminales que no cumplían sentencia por asesinato. En los casos de puesta en libertad, cumplidos determinados años de reclusión por un crimen capital, su conducta también suele ser mejor que la de otro tipo de delincuentes⁶².

En los informes recogidos en la investigación del Consejo de Europa, de 1962, aparece que, al menos, en Bélgica, Italia, Noruega, Gran Bretaña, Suecia y Holanda, en términos generales, los condenados a pena sustitutiva de la de muerte no se comportan de manera diversa que los restantes reclusos. Se cree que ello se debe a la esperanza en la liberación⁶³.

La misma investigación del Consejo de Europa muestra —en lo que afecta a la conducta post-carcelaria— que la reincidencia es excepcionalmente rara. Muchos países no señalan ningún caso. Bélgica y Dinamarca, uno⁶⁴.

La experiencia enseña, por ende, que no hay inconveniente alguno en la sustitución. La acogida de un fin correccional o de reeducación en la pena y el saber que ningún hombre soporta durante largo tiempo un estado de desesperanza («Hoffnungslosigkeit»). Como diría Liepmann⁶⁵, sin caer en el hundimiento —apatía o de-

⁶² SELLIN, Thorsten: *The Death Penalty*, 1959, cit., p. 72 y 76. Vide también GOWERS: *A life for a life? The problem of Capital Punishment*, cit., p. 132.

⁶³ ANCEL: *La peine de mort dans les pays européens*, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1962, p. 43.

⁶⁴ ANCEL: Ob. ult. cit., p. 44.

⁶⁵ LIEPMANN: *Die Todesstrafe*, Berlin (Gutentag), 1912, p. 186. Vide También KORSTLER-ROLPH: *Hanged by the neck*, cit., p. 82 y s.

generación— conduce, por otro lado, a no admitir la privación de libertad perpetua; salvo en los casos de anormales peligrosos, en los que ya no se trataría de una pena. Es en todo caso necesario, para el cumplimiento de los fines de retribución jurídica, la reclusión de los que se consideren responsables durante un período mínimo largo, a determinar. Acaso, el de 12 o 15 años, ya que entonces parece que empieza el deterioro mental. La palabra para decidirlo la tienen los psiquiatras, no los juristas.

3. La pena de muerte en el derecho comparado y español

Al iniciar la Lección expusimos que nos había llevado al estudio de este problema de la pena de muerte, el ser uno de los que por irradiar directamente de la realidad, e invadirlo todo, la Universidad no puede ignorar.

Las hecatombes legales de la época nazi, con reflejos en otras partes, que llevaron, incluso, a la reinstauración de la pena capital en países tradicionalmente abolicionistas, produjeron al finalizar la II Guerra Mundial una reacción contraria originada, según el estudio del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, por una exigencia de mayor humanitarismo y por el deseo de salvaguardar los derechos y dignidad de la persona,

Prosigue, entonces, el movimiento abolicionista prebélico —total o parcial, legal o de hecho— en gran número de países, con discusiones apasionadas en los Parlamentos y en la calle; opinión pública que no raramente se consulta con encuestas; vehementes discusiones que no se ahorran tampoco los países que mantienen la pena capital: Francia, por ejemplo.

La ejecución de Chessman⁶⁶, las dudas sobre la inocencia de Evans, y algún que otro caso, conmueven a todo el mundo. Y se publican sobre el tema cientos de artículos, folletos, libros; sus autores son: profesores de Universidad, políticos, teólogos, médicos, periodistas; se pronuncian conferencias; se dedican Seminarios de Estudios; se organizan Coloquios (como el tan conocido de Royaumont de 1961); se crean Asociaciones, etc. Con alguna nota nueva sobre las que caracterizaban a los estudios anteriores: que se investiga el problema en mayor número de países, que en no escasas ocasiones la investigación tiene un carácter oficial y dura años (recordemos las de la *Royal Commission*, inglesa), que otras gozan de un carácter supranacional: se extiende a Europa —estudios del Consejo de Europa— o a gran número de países del mundo —estudios del Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas, iniciados como consecuencia de una resolución de la Asamblea General de 20 de noviembre de 1959— etc.

¿Cuáles son las características actuales del problema de la pena de muerte según las enseñanzas del Derecho comparado?

Responderemos a esta pregunta utilizando principalmente las fuentes siguientes: Informe de la Comisión *ad hoc* de especialistas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, publicado el 1° de febrero de 1963 por las Naciones Unidas; los dos *rapports* del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, cuyo autor fue Marc Ancel, y que fueron publicados en 1962; y un artículo de este último autor aparecido en febrero de 1964 en la «Revue de

Droit Penal et Criminologie», con el título «Le problème de la peine de mort» (a todos ellos nos hemos ya referido).

Los países que todavía mantienen la pena capital son numerosos. Citaremos algunos: Canadá, Chile, Cuba, Checoslovaquia, India, Japón, 4 de los 29 Estados de Méjico, Marruecos, Yugoslavia, Rusia, 42 de los 50 Estados de EEUU, Nigeria, Sudán y cinco europeos: Turquía, Inglaterra, Francia, Grecia y España.

Los países que han abolido la pena capital se pueden clasificar en abolicionistas *de iure*, *de facto* y aquellos que no la aplican salvo en muy excepcionales circunstancias.

Abolicionistas *de iure* son, entre otros, la mayor parte de los Estados hispano-americanos y de los Estados europeos, y seis de Estados Unidos.

Abolicionistas *de facto*: Bélgica, Luxemburgo, Lichtenstein y Ciudad del Vaticano. Y casi totalmente abolicionistas: Nicaragua, algún Estado de Estados Unidos y de Australia y otros.

Tendencia mundial legislativa en los países mantenedores de la pena capital es la de no imponerla con carácter absoluto, sino como grado superior de pena. Se salvan *ope legis* de su aplicación: los menores de unos 16 o 18 años, según las legislaciones; los enajenados total o parcialmente y *de facto*, en muchas ocasiones, las mujeres. En general, la jurisdicción que conoce del castigo capital es la ordinaria, aunque no escasas veces se exige que tenga un especial carácter: mayor número de magistrados o que deba conocer, en todo caso, el Tribunal Supremo o una ulterior instancia. Se admite siempre el Derecho de gracia o la conmutación de la sentencia. Y, en la mayoría de los países, al menos de los europeos, se acoge la liberación con-

⁶⁶ THORP, R.W.: *Vues sur la justice*, Paris (Jollard), 1962, p. 335.

dicional de los indultos. Las formas de ejecución utilizadas varían desde la silla eléctrica a la cámara de gas, la guillotina, el garrote, el fusilamiento o la horca. Notable es cómo se aferran a la forma tradicional los Estados de Europa, no instaurando ninguna de las dos primeras.

Característica actual es, por una parte, la inclinación a limitar al asesinato la imposición de la pena capital: por otra, el resurgir del delito político—muestra es Francia, a partir de 1960—e, incluso, del delito económico—muestra Rusia— como delitos capitales. En conjunto se observa una tendencia mundial a restringir el número de delitos a los que pueda imponerse la pena de muerte.

La pena capital—como expone Marc Ancel— se bate en la actualidad a la defensiva. En primer lugar, en cuanto ha aumentado, en estos últimos años, el número de países que han suprimido—*de iure* o *de facto*, total o parcialmente— la pena capital. En segundo lugar, en cuanto en los países en que se mantiene se considera que se hace a título de pena excepcional en espera del momento de su abolición—así se determina, por ejemplo, en el artículo 23 de Código penal soviético—. En tercer lugar, en cuanto se limita su aplicación⁶⁷.

En Gran Bretaña, el número de ejecuciones osciló entre 11 y 22, de 1950 a 1955, ninguna en 1956, 2 en 1957 y 5 en cada uno de los años 1958, 1959 y 1960. En Francia, de 1950 a 1952 las cifras fueron 12, 16 y 17: a partir de entonces se han mantenido entre 0 y 4, etc. ¿Y en España? En oposición a lo que pudiera pensarse, en

⁶⁷ ANCEL: *Le problème de la peine de mort*, en «Rev. de Dr. penal et de Crim.» 1964, febrero, p. 386.

los delitos capitales de competencia de la jurisdicción ordinaria, la tendencia es similar.

Según las estadísticas anejas a los Discursos anuales de Apertura de los Tribunales, en los recursos de casación resueltos por la Sala IX del Tribunal Supremo en causas en que se impuso la pena de muerte en el año judicial:

	Se casó la sentencia	Se confirmó
1959-1960	2	2
1960-1961	1	2
1961-1962	0	0
1962-1963	0	0

El Tribunal Supremo no ha tenido, por tanto, que resolver, en estos dos años últimos, recurso alguno sobre la aplicación de la pena de muerte. Lo que quiere decir que tal pena no se impuso por ninguna Audiencia, ya que de haberla impuesto el recurso ante el más Alto Tribunal queda formulado «*ipso iure*».

No es de prever, sin embargo, que en un futuro próximo los cinco Estados de Europa que mantienen la pena capital, ni Rusia, ni la mayoría de los países africanos se conviertan en abolicionistas *de iure*.

Es de manifestar, antes de terminar, que el problema de la pena de muerte en los países abolicionistas se está trasladando del Derecho penal común al Derecho de las situaciones de emergencia y al Derecho Militar de paz y de guerra. Alguna muestra legislativa ya existe: Alemania y Uruguay han cancelado en todo caso (Derecho penal militar de paz y guerra, de situaciones de emergencia y co-

mún) la pena capital. Más larga es la lista de las naciones que han suprimido la pena de muerte del Derecho Militar de paz.

Partidarios de la abolición total son, en nuestros días, muy ilustres penalistas, particularmente alemanes. Nosotros, muy modestamente, también nos inclinamos por esta postura, en cuyo estudio la falta de tiempo nos impide entrar. Su importancia, por otra parte, es para los españoles más relativa, en cuanto todavía poseemos *de iure*, en el Derecho común, la pena capital. Sólo después que se consiga su cancelación de la legislación común habrá llegado el momento de pretender que se suprima también del Derecho militar.

4. Conclusiones

Entendemos que, de todo lo expuesto, se deduce ineludiblemente la admisibilidad de la abolición de la pena capital desde un punto de vista jurídico y sociológico —o, en términos más amplios, científico—. Ahora bien, el problema de la abolición de la pena de muerte no es sólo jurídico o sociológico, es también político. Pero el dictaminar sobre el aspecto político excede la función del jurista. Al jurista, al igual que al sociólogo o al psiquiatra, le compete determinar dentro de sus Seminarios o Clínicas aspectos científicos. A los Parlamentos, el decidir sobre la oportunidad política. El opinar sobre ésta propasaría la incumbencia del jurista. La responsabilidad de decidir acerca de lo prudente o practicable de la abolición de la pena de muerte corresponde, pues, al político. Lo que sí es de desear es que el político sopesa, con el cuidado que merece, los resultados del labor científico para que no parta en su decisión de premisas apriorísticas, acaso equivocadas, que podrían llevarle a soluciones también falsas.

Por mi parte, y como jurista, quisiera terminar con palabras, que hago mías, de aquel egregio maestro de finales del XIX de la Universidad boloñesa, Pietro Ellero:

Nosotros negamos que la pena de muerte tenga la misión de salvar a la sociedad; pero, aunque así fuese, para nosotros el fin de la sociedad está subordinado al del hombre, la personalidad colectiva de aquella no puede absorber la personalidad individual de éste; jamás el hombre puede devenir instrumento de una determinada agrupación de hombres: perezca la sociedad (si fuera posible), pero quede a salvo el hombre⁶⁸.

⁶⁸ ELLERO: *Opuscoli criminali*, Bologna, 1881, p. 123.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

La pena de muerte¹

Quiero, en las primeras líneas de este breve escrito, hacer profesión terminante de mi fe abolicionista. Soy radical enemigo de la pena de muerte.

Y no sólo por los viejos argumentos, repetidos hasta la saciedad. Razones o motivos muy en armonía con el liberalismo individualista del siglo XIX. Es verdad que la pena de muerte no permite enmendar el error cometido; pero aparte de que ningún yerro es reparable, parece extraño preocuparse por la injusta muerte de un solo hombre, cuando se ha demostrado por los organismos competentes de las Naciones Unidas, que medio mundo está hambreado, enfermo, depauperado, mientras una minoría vive en la más insultante opulencia. Estos privilegiados ven, sin remordimiento, cómo se extinguen con lentitud prójimos suyos, y no por error, sino *ex luxuria*, con dolo eventual incluso, como diríamos los penalistas.

He dicho que yerro alguno es posible de reparar en el orden penal. Los que apoyan en ese argumento el abolicionismo de la pena de muerte y su reemplazo con penas privativas de libertad, sólo quieren tranquilizar su conciencia de clase dominante: no matemos al delincuente; encerrémosle de por vida en una prisión. Pero el que,

¹ Este texto fue publicado por vez primera en la revista *Crisol* (México), año I, n° 5, 1964 y posteriormente reproducido en *El Criminalista*, Víctor P. De Zavalia-Editor, Buenos Aires, 1966.

por error judicial, ha pasado en la cárcel desde los veinticinco a los cuarenta y cinco años, ¿se dará por contento cuando le abran la puerta de la mazmorra y le digan: "Usted perdón, nos equivocamos. No es usted el que buscábamos; no ha matado usted a nadie, váyase a su casa?" ¿Es que se ha reparado el error al ponerle en libertad, e incluso al darle una fuerte suma de dinero con indemnización? ¿Se le devuelven sus veinte años de libertad? ¿Se le entrega otra vez la mujer joven que dejó en desamparo al ser recluso por el error de sus jueces? Se le dan otros padres, que acaso murieron mientras el hijo penaba entre rejas un delito no cometido? El tiempo no es reversible. Al hombre que declina en la existencia no se le restituye la mocedad que pasó recluso. Al que dejó a su esposa joven y lozana, no se le puede devolver más que una mujer que bordea la menopausia. No ha podido educar a los hijos que dejó infantes... No hay errores reparables en estos supuestos.

No quiero tampoco insistir en que la pena de muerte no es intimidante. Los datos, opiniones y estadísticas que recopiló la *Royal Commission on Capital punishment*, desde 1949 a 1953 (*Report present to Parliament by command of His Majesty*, September, 1954, Londres, Her Majesty's Stationery Office, sin año), fueron tan concluyentes, que su presidente Ernst Gowers, partidario de ella al comenzar sus encuestas, acabó siendo abolicionista convencido, como lo declara en su trabajo *A life for life. The problema of capital punishment* (Londres, Chatto and Windus, 1956).

A este gran movimiento, que acaba reduciendo al mínimo los casos de aplicación de la pena de muerte en Inglaterra, según la ley de 1957, se debe el retroceso del castigo capital que acaba de demos-

trar Marc Ancel, en un breve pero interesantísimo libro, escrito a solicitud de la ONU.

Los países iberoamericanos no suelen hacer uso de la pena de muerte, aunque algunos de ellos la mantengan en sus Códigos penales o en leyes complementarias. El año 1962 se ajustició a un hombre en Chile, donde hacía largos años que el castigo capital no se aplicaba. Leer los detalles conturba el espíritu menos sensible. El rito que, como veremos, responde al sentido de ser resto de los primitivos sacrificios humanos, obligaba a que el reo llegara al lugar del fusilamiento esposado y con grillos en los pies, andando así con energía sobrehumana, que se obligaba a tener a quien estaba al cabo de sus fuerzas, destruida su personalidad por el término fatal de una vida aún intacta y moza.

Todo el ceremonial costó más de un millón de escudos (moneda chilena), para dar muerte a un pobre ser que no sabía ni de letras ni de plumas cuando cometió el crimen (arroz sin duda), puesto que se le enseñó a leer y a escribir en la prisión, durante su proceso. Con esa suma —y seguramente con mucho menos— se hubiera podido cuidar de ese nacido en el *Lumpenproletariat*, y acaso en vez de carne de fusilado hubiera podido ser un trabajador útil.

La psicología profunda ha demostrado la ineficacia de la pena de muerte, que remueve en las gentes los restos del sadismo soterrados en el inconsciente por la civilización, pero que, al mismo tiempo, es un incentivo para delinquir. El criminal aplaca su sentimiento de culpa, a veces intensísimo, cometiendo un delito para que le sea impuesta la pena. Así acalla aquel culpable desasosiego. Lo ha destacado Staub; pero mucho antes, el criminólogo austriaco Hans

Gross, decía, en referencia a los anarquistas, entre los que hay muchos delincuentes neuróticos, que no se les debía imponer la pena de muerte para "no darles gusto" (*Todestraf und Anarchismas en Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, 1907).

Nadie mejor que Gregory Zilboorg ha sabido interpretar el significado de la pena de muerte. Está efectivamente vinculado a ciertas tradiciones religiosas primitivas que perviven aún, si bien en formas modificadas. La presencia del sacerdote junto al condenado a la horca, al garrote, a la silla eléctrica o al fusilamiento, "¿no constituye un resabio de un pasado remoto y olvidado?". Extraño, por demás, ese empeño de reconciliar a un hombre con el Sumo Hacedor, y enviarle purificado a una eternidad a la que le entrega, no Dios, sino la mano del verdugo. Con cuanta ironía agrega Zilboorg: "Ningún ministro de la Iglesia pensaría, por supuesto, en ir a la escena de un crimen para asistir al alma de la víctima si fuera llamado por un asesino devoto". Lo que haría es impedir el delito, tratar de convencer al homicida para que no perpetrara el acto injusto y, en última instancia, avisar a la policía para evitarlo. La pena de muerte es un resto de las prácticas míticas primitivas, en nuestra "justicia civilizada". La última supervivencia de los sacrificios humanos (Vid. Zilboorg, *Tendencias primitivas en la justicia civilizada*, primero en *Journal of criminal Psychopathology*, vol. IV, núm. 4, abril, 1943, y luego traducido al castellano por Simón Wencelblat, en *Revista de Psicoanálisis*, Buenos Aires, año II, 1945, págs. 468 y sigs).

Cuanto decimos se abona por la muestra colectiva de sadomasoquismo que supone la pena capital. El público acude a ver cómo muere el reo, atraído como el hierro al imán, y luego vuelve diciendo

que el espectáculo "es horrible". Por eso se pretende dulcificarlo: "Hay que hacer más humanas las ejecuciones". Pero conscientemente no reparan estos curiosos humanitarios en que lo "horrible" de la pena de muerte es el dolor psíquico de quien, en plena juventud y salud completa, sabe que ha de morir a las pocas horas. Los ministros de distintas religiones han escrito sobre la "destrucción de la personalidad del condenado" mientras espera la posible gracia, y cuando el indulto se deniega.

Pensemos, en el mismo orden de ideas, cuán absurdo resulta preguntarse: "¿con qué reemplazamos la pena de muerte?". A nadie se le ocurrió pensar, entre los hombres de hace dos siglos, en "aquello" que debía sustituir a la esclavitud.

Y llegamos al punto que más nos importa. Con asombro he escuchado en algunas "mesas redondas", que se han celebrado en Buenos Aires en estos dos o tres últimos años, alegatos tercetos y a ratos furibundos, hechos por sacerdotes católicos en favor de la pena de muerte. No eran como el que oímos a un rabino que, obligado por el Antiguo Testamento, defendía la legitimidad de la pena de muerte en los Libros Sagrados, tratando de buscar los pasajes que la atenuasen o redujesen. Los ministros de la religión católica abogaban por la legitimidad de la pena capital con una energía digna de mejor causa. Denotaban así llevar dentro todavía el viejo sacerdote que presidía los sacrificios humanos.

Pero no todo ha de ser ceguera y obstinación en la Iglesia católica. En estos últimos tiempos emprende una ruta distinta —no es del momento indagar los motivos— que necesitará de otros ministros de la fe menos coligados con los poderosos de la tierra.

Este camino, que es el retorno a las prédicas de Jesús, tiene venturoso reflejo en el problema que nos ocupa. El Padre Luis Vecilla de las Heras, sacerdote español, Licenciado en Sagrada Teología, Doctor en Derecho canónico y en Derecho civil, y Abogado en Valladolid, tras de investigar años y años en las Sagradas Escrituras, armado de viejas lenguas que le han permitido depurar textos, ha podido llegar a terminantes conclusiones: Jesús no revalidó texto alguno del Viejo Testamento, en que se autoriza la pena capital. Esta no es legítima a la luz de la doctrina católica.

Reseñar los documentos que invoca y sus luminosos argumentos, excede a la misma que me compete. Me bastará, en cuanto al tema que me ocupa, reenviar a las obras de Vecilla de las Heras. Anticipó sus investigaciones en un breve artículo, *Ordenamiento dividido de la vida humana*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. XIV (1959), núm. 40; y comenzó a imprimir luego su gran obra repartida en varios tomos: *Defensa de la vida humana*, vol. I (aún no publicado), que abarcará el estudio de la pena capital en la Sagrada Escritura y en la Iglesia Latina y Oriental hasta el siglo XII; vol. II, Valladolid, Gráficas Lafalpo, 1961, que es el más asequible al gran público y por eso se ha editado antes, en el cual, tras de exponer los principios histórico-dogmáticos del cristianismo en referencia al magno problema de la vida humana en los primeros siglos, expresa, en la segunda parte, la lucha en pro de ella a partir de Constantino, el primer Emperador cristiano, para estudiar, en la tercera, la muerte del injusto agresor, a la luz del Derecho positivo, la Moral revelada y la Ética natural; vol. II, en preparación; en el que se investigará la pena capital en la Iglesia del siglo XIII al XIV. Finalmente, Vecilla de

Las Heras pondrá término a su ingente labor con un tomo titulado *Sobre la pena de muerte. Estado actual de las doctrinas eclesíásticas sobre el tema*.

El día en que todo este monumental estudio salga de las prensas, esperamos que enmudezcan los ensotados defensores del castigo capital.

He querido poner término a estas cuartillas invocando el nombre de un sacerdote español, en una hora en que en España, saturada su dictadura de espíritu mortícola, no sólo se acaba de aplicar el "garrote" a hombres condenados sin prueba, sino que, hace poco tiempo, se ajustició a Grimaud por sus actos en la guerra civil, inventando el extraño instituto iuspenalista de la "revolución continuada"; pero, sobre todo, dándole muerte por sus ideas, en un régimen que blasona de tener un "Caudillo por la Gracia de Dios".

Vuelvo, al abandonar mi pluma, a lo dicho en las primeras líneas de este trabajo: hay que poner término a este vestigio de tiempos míticos en que se ofrecían a los dioses víctimas humanas. Y hay que acabar en España con un sistema que junto al culto de esos viejísimo rastos, denuncia el más peligroso sadomasoquismo.

MARINO BARBERO SANTOS

La pena de muerte en los penalistas españoles de la generación intermedia¹

En el estudio que aparece en los "Atti del Convegno Internazionale in omaggio di Francesco Carrara nel Primo Centenario della morte", me referí en particular a dos de los más eminentes eclécticos o neoclásicos españoles de finales del pasado siglo o principios de éste sobre quienes Carrara ejerció mayor influjo: Groizard y el P. Montes². Dije entonces que su influencia se extiende sobre penalistas de otras tendencias y mencioné a Jiménez de Asúa³. Pero su ascendiente científico es más general: en particular visible en otros dos cualificados criminalistas de la generación intermedia: Cuello Calón y Antón Oneca, mi maestro en la Universidad de Salamanca. No sólo en sus explicaciones de Cátedra, también en su magnífico "Derecho Penal". Antón tiene en cuenta a Carrara en relación

¹ Texto publicado en la obra *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Editorial Jucicentro, Costa Rica, 1992.

² BARBERO SANTOS, *Carrara en España*, en "Francesco Carrara nel primo centenario della morte", Milán, 1991, p. 357 y ss.

³ El bello estudio de Jiménez de Asúa: *Francisco Carrara. Conmemoración del centenario de la publicación del Programa* —que tiene por base una conferencia que pronunció en la Facultad de Derecho de Buenos Aires el 29 de octubre de 1959— (publicado en el vol. II de "Estudios de Derecho Penal y Criminología", pág. 15 y ss.), culmina con un *post-scriptum* en el que evoca una visita hecha el 24 de febrero de 1960 a Pisa y Lucca del que son estas palabras: con unción de discípulo fui después a la amplia casa donde Carrara expiró, en la linde de la ciudad, en la calle que ostenta ahora su apellido.

a todas las grandes cuestiones de la Parte General: aplicación de la ley penal en el espacio (pág. 119), concepto del delito (págs. 131 y 133), culpabilidad (pág. 195), error (pág. 208), culpa (pág. 218), clase de culpa (pág. 219), compensación de culpas (pág. 227), preterintencionalidad (pág. 229), legítima defensa (pág. 239), estado de necesidad (pág. 267), obediencia debida (pág. 276), punición de los delitos culposos (pág. 307), tentativa (pág. 408), delito frustrado (pág. 412) (subespecie española de la tentativa de difícil distinción con ésta y que desaparece en el Anteproyecto de Código Penal español), delito consumado (pág. 419). La definición de la pena es, literalmente, carrariana, aunque la referencia a Carrara en esta ocasión se omite. Para Carrara la pena es "quel male che in conformita della legge dello Stato i magistrati ingliggono a coloro che sono con le debite forme riconosciuti colpevoli di un delitto". Para Antón Oneca "la pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal". La diferencia surge con los fines que para Antón son múltiples —de acuerdo con la tradición española— en especial el de evitar nuevos delitos, sobre la base de la retribución, que no significa expiación, sino proporcionalidad entre la infracción y su castigo. Mientras para Carrara era, como es sabido, "fine primario e il ristabilimento dell'ordine eterno nella società turbato dal delitto". Fin de prevención general, en el que el insigne profesor salmantino tanto cree, que le lleva a admitirlo para la pena de muerte. Negar la eficacia intimidante de un castigo —escribe— cuyo contenido es el mal considerado por la mayoría de los mortales como el más grave,

en virtud del instintivo apego a la vida, es negar a todas las penas esta posibilidad⁴.

Esta creencia impedirá a los penalistas españoles más conspicuos, incluso los de talante más liberal, ser abolicionistas *ab radice*. Groizard, el P. Montes, Cuello Calón, Antón Oneca, Jiménez de Asúa. Incluso el último, el más progresista de todos, que en el artículo postero quizá que publicó sobre el tema, en "El Criminalista", en 1966, escribió "quiero hacer profesión terminante de mi fe abolicionista. Soy radical enemigo de la pena de muerte"⁵, decíamos que ni siquiera Asúa dio el paso de abogar por la supresión de la pena de muerte en el Derecho militar de guerra cuando pudo hacerlo con trascendencia práctica al discutirse en el Parlamento la Constitución de 1931.

El fundamento de su postura fue el distinto fin que asignaba a la pena en el Derecho Penal común y en el Derecho penal militar: de corrección en el primero, de intimidación en el segundo: cuando el instinto de conservación relaja la disciplina de un ejército en guerra, la única manera de restablecerla es la de imponer una pena más segura que el peligro de morir que representa el enemigo.

En la sesión parlamentaria de 29 de setiembre de 1931 añadió una razón pragmática: "declarar la suspensión de la pena de muerte en tiempo de guerra y para la jurisdicción militar supondría de modo inexorable la aplicación ilícita de esa pena porque los oficiales, cuando se encontraran frente al enemigo, para reducir el miedo natural de

⁴ ANTON ONECA: *Derecho penal*, 1 Parte General, Madrid, 1949, pág. 490.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA: *La pena de muerte*, en "El Criminalista", Buenos Aires, 1966, segunda serie, Tomo VII, pág. 180.

las tropas, emplearían de una manera arbitraria y contra ley la pena de muerte, probablemente de una manera mucho más copiosa que si tienen que sujetarse a las decisiones de un Consejo de Guerra⁶.

La finalidad correccional que la pena tiene en el Derecho Penal común permite aquí, en cambio, eliminar la pena capital.

Por ello, Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz, Ruiz Funes, Antón Oneca, integrantes de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código penal de 1932 cancelaron de tal Código la pena de muerte. El primero de octubre de 1932 la pena capital desapareció, por vez primera, de un Código penal español. Aunque por breve tiempo, ya que el 11 de octubre de 1934, como consecuencia de los graves sucesos que culminaron con la denominada Revolución de Asturias, se estableció la pena de muerte en la jurisdicción común para los "delitos contra el orden público, cometidos por medio de explosivos o sustancias inflamantes o por medios que produzcan peligro o alarmas generales y de robo a mano armada, cuando resultare alguna persona muerta o gravemente herida". La supresión había durado menos de dos años. Hubo de esperarse casi medio siglo, hasta el 28 de diciembre de 1978, para que la Constitución vigente aboliese la pena de muerte "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Excepción de la que ha hecho amplio uso el Código penal militar de 1985, previéndola en 30 supuestos circa⁷.

⁶ Véase BARBERO SANTOS: *Conmemoración del X aniversario de la abolición constitucional de la pena capital*, en "Revista Jurídica de Castilla-La Mancha", 1989, (n. 7), pág. 491.

⁷ BARBERO SANTOS: *La peine de mort en Espagne*, en "Mélanges en l'honneur du doyen Bouzard", París, 1980, pág. 108.

Un intento parlamentario de abrogarla ha resultado infructuoso, hace breves semanas, por la oposición del mayoritario partido socialista.

Sobre el tema de la pena de muerte, como ya manifesté aquí hace tres años, Carrara no es seguido por sus secuaces españoles. Para ninguno de ellos fue, como para Carrara —según escribe Adriano Prosperi en su bello estudio "Carrara e la pena capitale" publicado en los "Atti" "un punto chiave dell'esperienza e della sensibilità prima ancora che della dottrina giuridica". Estremece rememorar los reproches que dirigió a su maestro Carmignani "quelle dottrine ho bevuto col latte della scienza", por haber cedido al deseo del Gobierno toscano de reintroducir la pena de muerte y por haber sostenido, por ello, calurosamente su "utilità" y su "giustizia", "Ecco il peccato capitale di Giovanni Carmignani", no debido a un error intelectual sino a debilidad moral, como nos recuerda Prosperi. Y eso que Carmignani se arrepintió de aquel escrito de juventud hasta el extremo de pretender destruir todos los ejemplares del "Saggio di giurisprudenza criminale".

¡Resulta admirable el fervor de Carrara en la cátedra, en los libros, en el foro en contra de la pena de muerte! Era el fervor de un apóstol.

"Io sono abolizionista perché sono credente", pudo escribir. Pero Carrara se quedó sin seguidores españoles en la cuestión de la pena de muerte. Ni siquiera los creyentes estuvieron a su lado.

Groizard, el más próximo, es defensor del máximo castigo. Tras considerarla la cuestión de las cuestiones en Derecho penal, pues en ella aparecen condensadas todas las grandes controversias de filosofía moral y de filosofía social, relacionadas con los derechos del individuo y los derechos del Estado, con la noción del delito y de la pena, elude profun-

dizar en el tema porque no alcanzan a tanto sus fuerzas y porque no lo permite el espacio de que dispone en los Comentarios. Aplaudiva, sin embargo, que los autores de Código penal de 1870 no hayan pretendido adquirir gloria de innovaciones aboliéndola. Y tras criticar severamente las concepciones de Beccaria y hacer un breve excursus histórico, rebate las principales objeciones que contra la pena capital se presentan:

1. Inviolabilidad de la vida humana.
2. El perturbador espectáculo del cadáver para los sentimientos morales de los pueblos.

Falta de intimidación de la pena capital para los grandes delincuentes que temen más la prisión perpetua.

Respecto de la primera objeción arguye, por ejemplo, que si frente al abrazo armado fratricida de un hombre contra otro hombre desaparece la inviolabilidad de la vida humana ¿por qué ha de reaparecer ante la justicia? La Ley, estima, no puede detenerse ante la inviolabilidad de la vida humana porque ello perjudica indirectamente la inviolabilidad de la vida de cien ciudadanos honrados⁸.

La pena de muerte se acoge, por tanto, en el Código Penal de 1870, aunque sin el aparato escenográfico en su ejecución que, por influencia de Bentham, regularon los Códigos anteriores. En 1870 la *mise-en-scène* es mucho más sobria. El art. 103 establece que "hasta que haya en las cárceles un lugar destinado para la ejecución pública de la pena de muerte el sentenciado a ella, que vestirá hoga negra (es decir, una especie de saco), será conducido al patíbulo en

⁸ GROIZARD: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1903, 2. edición, II, pág. 176 y ss.

el carruaje destinado al efecto, o donde no lo hubiere, en carro". "El cadáver del ejecutado (art. 104) quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, en la que será sepultado, entregado a sus parientes o amigos para este objeto, si lo solicitaren. El entierro no podrá hacerse con pompa".

Ejecuciones públicas que se suprimieron en España en virtud de la Ley de 9 de abril de 1900, que se conoce como Ley Pulido, por el nombre del diputado que la propuso en el Parlamento. A partir de entonces se ejecutaron en garrote, de día, en sitio adecuado, de la prisión en que se hallare el reo. Y en el momento de la ejecución izará en parte visible desde el exterior una bandera negra que se mantendrá ondeada durante todo el día (arts. 102 y 103).

Creyente y sacerdote y, a pesar de ello, o mejor, quizá por ello, dado el pensamiento del eclesiástico imperante a la sazón defensor de la pena de muerte, fue el P. Jerónimo Montes, monje de la orden de San Agustín y Profesor de El Escorial. Ya que, según sus propias palabras, "la Iglesia no ha condenado jamás la pena de muerte como ilegítima ni ha negado al poder público el derecho a aplicarla a los malhechores"⁹.

Desde 1892, el P. Montes publicó en la revista agustiniana "La Ciudad de Dios" una serie de artículos que reunió, en 1897, en un volumen de 254 páginas intitulado "La pena de muerte y el derecho de indulto", en el que, ya en su primera página, anticipa su opinión sobre el tema, sentando la terrible necesidad de la pena de muerte

⁹ MONTES, Jerónimo: "Derecho penal español", San Lorenzo del Escorial, 1929, II, segunda edición, pág. 349.

"muy terrible por cierto, pero al fin una necesidad que la justicia humana vengue los crímenes con el castigo de los malhechores, creando cárceles y erigiendo patíbulos". Aunque augura "cuando el espíritu público sea más favorable que hoy a la abolición de la pena capital; cuando se vea asegurada de modo estable la paz entre las naciones y desaparezcan las contiendas políticas y esta lucha social que amenaza destruir todo lo existente, entonces amanecerá para Europa el día —escribe— en que pueda decir al mundo que en sus pueblos no se levantan cadalsos ni se pagan verdugos. Si esto sucede y no se aumentan los crímenes ni se trastorna el orden social, nosotros seremos los primeros en bendecir la supresión de la pena de muerte"¹⁰.

Treinta años después, en 1929, en la segunda edición de su "Derecho penal español", sigue afirmando la necesidad de la pena de muerte mientras tenga eficacia para evitar un solo asesinato, un solo homicidio que, sin el temor inspirado por esta pena, se cometería¹¹. Y rebate —con dificultad, es cierto—, los argumentos de que la pena de muerte sea irreparable, de que no sea correccional, de que no sea ejemplar. Al final de su exposición, sin embargo, y en vista de lo que ocurre en la generalidad de los países (la enorme desproporción que existe entre delitos capitales y reos ejecutados, en Francia, por ejemplo, de 1873 a 1880, de 5.146 reos declarados culpables, fueron ejecutados 68; en España, en 1910 y 1911 no fue ejecutado ninguno de los 48 condenados), estima que hay motivo para dudar si sería mejor suprimir legalmente la pena capital al me-

nos en la legislación común. "Por mi parte, añade, creo que la pena de muerte es necesaria y que por sí misma tiene eficacia poderosa para evitar muchos crímenes (...), pero, dado el uso que de ella se hace, opino que sería un mal menor suprimirla y sustituirla por otra adecuada"¹².

Cuello Calón dedica casi 150 páginas de su excelente *Moderna Penología* (de la que sólo apareció el vol. primero, en 1958) a la pena de muerte. Rechaza los argumentos de los abolicionistas, en particular el de que la pena de muerte sea justa y lícita, que traslada a sí es necesaria y conveniente para la conservación de la ordenada vida social. Niega que la pena capital carezca de efectos preventivos, asegurando que posee una eficacia intimidativa mayor que la de cualquier otra pena. Salva la objeción de su irreparabilidad, en el supuesto de errores judiciales, sosteniendo que actualmente las garantías procesales introducidas y los grandes progresos realizados en la ciencia de la investigación criminal han reducido su número a cifras en verdad insignificantes. Añade que si el temor de incurrir en error, que es inherente a la naturaleza humana, hubiera de paralizar la actividad de la justicia punitiva, ésta quedará hondamente quebrantada y no podría desempeñar de modo eficaz su misión de protección social contra la criminalidad¹³. Respecto a que la pena de muerte quite al delincuente toda posibilidad de enmienda, manifiesta que este argumento posee eficiencia para los que opinan que la reforma del reo es el único fin de la pena, no para quienes sostienen que la pena

¹⁰ MONTES, Jerónimo: *La pena de muerte y el derecho de Indulto*, 1897, pág. 111.

¹¹ MONTES, Jerónimo: *Derecho Penal español*, cit. pág. 355.

¹² MONTES, ob. cit., págs. 370-371.

¹³ CUELLO CALÓN: *Moderna penología*. Barcelona, 1958,1, págs. 161-162.

posee otros fines aún cuando uno de ellos sea, si fuere factible, el de la corrección del penado y su reincorporación a la vida social¹⁴.

No podemos seguirle en su extensa argumentación, que culmina con estas expresiones: la pena de muerte es legítima cuando es merecida. Hay crímenes que causan horror tan profundo que la conciencia colectiva sólo los considera punibles con el máximo castigo. También la legítima su necesidad y su valor como instrumento de protección social contra los criminales endurecidos e insensibles no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal.

¿Llegará ese día —se pregunta— en que esta sangrienta ultima ratio deje en todas partes de ser necesaria para asegurar la ordenada vida comunitaria? La disminución de la delincuencia y de modo especial de los graves crímenes violentos explican y justifican su abolición en ciertos países, mas para otros, donde los delitos alcanzan cifras inquietadoras y la gran criminalidad reviste cada día tonos más sombríos, no ha sonado aún esta hora feliz¹⁵.

El abolicionismo español de la dirección intermedia o de la política criminal o, si se quiere, de finales del pasado siglo y primer tercio del presente no se vincula, pues, al neoclasicismo sino a la denominada "escuela correccionalista española"¹⁶. Sus representantes más cualificados son en el ámbito penal Dorado Montero, Salillas, Aramburu, Silvela y Concepción Arenal. En la Filosofía del

Derecho, Sanz del Río y Giner de los Ríos. En realidad los penalistas no son correccionalistas puros, es decir, seguidores de la *Besserungstheorie* sino eclécticos. Los dos primeros, con bases positivas. Los últimos, neoclásicos¹⁷.

Dirección de no excepcional trascendencia en Alemania¹⁸ la tuvo muy notable en Portugal y en España, países en que se introdujo no de forma directa sino a través de Alirens. Y por la vía de la Filosofía del Derecho primero, sólo después del Derecho Penal. Fueron los filósofos del Derecho sus prístinos receptores. En Portugal, el Catedrático de la Universidad de Coimbra, Vicente Ferrer Nieto de Paiva¹⁹. Concepciones que en el ámbito penal desarrollaron sus discípulos Levy María Jordao y Ayres de Gouvea. En España Sanz del Río y Giner.

Al primero —Jordao— se debe "*O fundamento do direito de punir*"²⁰ y la Exposición de Motivos (*Relatorio*) del Proyecto de Código Penal de Dom Pedro V., de corte correccionista, del que fue principal inspirador²¹. El segundo —Ayres de Gouvea— es autor de "*A reforma das cadeias em Portugal*" y de "*Resenha das principais cadeias da Europa*", publicadas ambas en 1950. Presidió la Comisión redactora del Proyecto de Código Penal citado, cuya Parte General se publicó en 1859, la Parte Especial, en 1861 y una edición revisada, en dos vo-

¹⁴ CUELLO CALON, ob. cit., pág. 163.

¹⁵ CUELLO CALON, ob. cit., pág. 209.

¹⁶ De "scuola penale correccionalista" española habló ya Dorado en su artículo "*I correccionalisti spagnoli e la scuola positiva*" publicado en "*La Scuola Positiva*" en 1894, pág. 2 de la separata. Incluyó en ella a Salmerón, Giner, Concepción Arenal, Romero Girón y a Lastres. Es la también llamada generación de los krausistas, discípulos de Sanz del Río (art. cit. pág. 1).

¹⁷ ANTON ONECA, *La teoría de la pena de los correccionalistas españoles*, en "Estudios Jurídico-sociales" (Homenaje al Prof. Legaz), Santiago de Compostela, 1960, II, págs. 1025 y ss.

¹⁸ Según Hunerfeld, la obra del filósofo Karl Christian Friedrich Krause, "in Deutschland vergleichsweise nur geringe Bedeutung erlangte" (*Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, Bonn, 1971, pág. 76).

¹⁹ NIETO DE PAIVA: *Elementos de Direito Natural ou de Philosophia de Direito*, Coimbra, 1844.

²⁰ Coimbra, 1853.

²¹ HÜNERFELD, ob. cit., pág. 93 nota 194.

lúmenes, en 1864. Una de las principales innovaciones de la última fue suprimir la pena de muerte, que aún aparecía en la primera, y que difícilmente se armonizaba con las concepciones correccionalistas. Para acomodarse a éstas se suprimió también la pena de trabajos forzados y se introdujo la prisión celular²².

El Proyecto no se convirtió en Código, pero el primero de julio de 1867 una Ley abolió la pena de muerte en Portugal, donde la última ejecución había tenido lugar en 1845. Desde entonces, ha transcurrido casi un siglo y medio, sólo en una ocasión se presentó un proyecto de Ley en favor de su reintroducción, pero no llegó a discutirse en el Parlamento.

En España, como hemos anticipado, la situación es diferente.

En la advertencia a la traducción de los primeros capítulos de la obra de Roeder: *Grundzüge des Naturrechts*, publicada en Madrid (1885) con el título *La idea del Derecho*, Giner de los Ríos escribe: "no estará de más me adelante a decir que sólo puedo aceptar con reserva gran parte de la doctrina de este libro, sólida y profunda como es, sin embargo, pero de la que puedo juzgarme quizá tan afín o tan distante como de las de Hegel, Taparelli o los positivistas".

No es cierto. Como con agudeza escribió Fernando de los Ríos²³ "No tradujo a Hegel, Taparelli o los positivistas, sino que tradujo a Roder y Ahrens, y pensó, así lo dice en esta advertencia, traducir a Krause, ¿por qué a éstos y no a aquéllos, si tan afín o dis-

²² HÜNERFELD, ob. cit., pág. 95.

²³ DE LOS RÍOS, FERNANDO: *La Filosofía del Derecho en Don Francisco Giner de los Ríos*, Biblioteca Corona, 1916, págs. 13 a 15.

tante estaba de unos como de otros?". Y responde: "La metodología, el concepto de la ciencia y su concepción del Derecho, son de pura ortodoxia krausista".

Años antes ya lo había manifestado Dorado Montero: "donde el correccionalismo es perfectamente orgánico en los trabajos de D. Francisco Giner"²⁴. Con palabras de Landrove, Giner es el único correccionalista patrio que merece en forma absoluta tal calificación: no se encuentra dentro de la "Esencia correccionalista española" que es fundamentalmente ecléctica²⁵. Giner, en efecto, sostiene que el fundamento de la pena debe ser siempre y exclusivamente correccional y en perfecta congruencia con su línea de pensamiento postula la absoluta proscripción de la pena capital²⁶.

Entre los penalistas no impera el abolicionismo de manera tan rotunda. Todavía hoy sigue haciéndose la pregunta de si la insigne penitenciaria Concepción Arenal era o no partidaria del máximo castigo. Si se parte de sus publicaciones tienen razón Fernández Albor y Landrove cuando afirman que acepta la existencia de la pena capital²⁷. Es concluyente su frase "todo hombre que ha matado sabe que merece morir"²⁸, a pesar de que ello sea contradictorio con su

²⁴ DORADO MONTERO: *Problemas de Derecho penal*, Madrid, 1895, I, pág. 266 (nota).

²⁵ LANDROVE DIAZ: *El correccionalismo de Concepción Arenal*, en "Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia", Madrid, pág. 25 de la separata.

²⁶ GINER DE LOS RÍOS, ob. cit., pág. cit.

²⁷ FERNÁNDEZ ALBOR: *Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas concepciones penitenciarias*, en "Rev. de Estudios Penitenciarios", 1958 (núm. 180-181), págs. 11 y ss.

²⁸ En *El rey, el pueblo y el verdugo* no entra en la cuestión de derecho de si la pena de muerte debe abolirse o no, la considera como un hecho, porque existe en casi todos los pueblos, y de ese hecho parte (*Obras completas*), Madrid, XII, 1896, pág. 145 y ss.

tesis básica de que "la pena no tiene razón de ser sino como bien, es esencialmente correccional"²⁹.

Dorado Montero, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, Doctor por la Universidad de Bolonia, donde estudió como becario del Colegio Mayor de San Clemente y se aproximó al positivismo criminológico, es el más claro abolicionista de la escuela correccionalista española.

A pesar de ello, son de admirar los elogios que Dorado Montero hace de la Escuela clásica con mención junto a otros miembros del de Carrera —elogios inadvertidas por los comentarios españoles— al realizar un balance de cuanto a ella debe el progreso del Derecho penal, en particular en lo que afecta a la supresión de la pena de muerte y al destierro de los tormentos más atroces. Para el eminente penalista salmantino, el argumento más sólido en favor de la supresión del castigo máximo es el sostenido por el liberalismo comunitario de los clásicos, que forma parte sustancial de la teoría del pacto: la inviolabilidad de la vida humana³⁰.

Merece particular cita, y con ella finalizamos esta obligada breve intervención, un comportamiento del todo inusual de uno de los krausistas más conspicuos, Nicolás Salmerón. Discípulo de Sanz del Río, conocedor directo —junto con Giner— de la obra de Krause³¹, fue Catedrático de Filosofía primero en Oviedo (1864) y después,

²⁹ ARENAL CONCEPCION, *Obras Completas*, V, pág. 69. Ampliamente, FERNANDEZ ALBOR: *Los fines de la pena en Concepción Arenal y en las modernas concepciones penitenciarias*, en "Rev. de Estudios Penitenciarios", 1968 (núm. 180-181), págs. 11 y ss.

³⁰ DORADO MONTERO: *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, págs. 19 a 23 (texto y notas).

³¹ GIL CREMADES: *El reformismo español*, Barcelona, 1969, pág. 53.

hasta su muerte, en Madrid (1869). Proclamada la República en febrero de 1873, tras el derrocamiento de Isabel II (1868) y la abdicación de Amadeo de Saboya, el 18 de julio fue elegido Presidente. Antes de transcurrir dos meses dimitió de la alta magistratura por no querer firmar las condenas y muerte de unos soldados que en las guerras carlistas se habían pasado al enemigo. "Reconozco la necesidad —alegó—, pero yo no quiero ser ejecutor de ella, porque durante toda mi vida me he opuesto a la existencia de esa pena en el Código".

Palabras admirables en un filósofo de la República de Platón u otra utópica semejante —escribe Araquistáin³²— pero fatales en un hombre de gobierno de una república histórica.

La pérdida de la Presidencia de la República por ser consecuente con sus ideas es fatalidad, sin embargo, que hoy despierta admiración por su grandeza. No todo hombre, menos aún no todo político, es capaz de realizar un acto de tal guisa.

Los penalistas españoles contemporáneos no han exigido, por fortuna, una disminución de los crímenes violentos —como pretendía Cuello Calón— para declararse abolicionistas, Y, a pesar del grave azote del terrorismo, que golpea dramáticamente, día a día, mi País de forma indiscriminada, haciendo decenas de víctimas, en ocasiones como consecuencia de un solo acto de terror, claman por su abolición. Ninguna voz se oye hoy entre mil colegas que se manifieste a favor. Aunque no falten entre algunos grupos de población o ciertos partidos políticos.

³² ARAQUISTAIN LUIS: *El Krausismo en España*, en "Cuadernos" (núm. 44), París, 1960, pág. 101.

España se une así, plenamente, al movimiento abolicionista mundial que en Italia tiene algunos de sus exponentes más cualificados: Fellegrino Rossi, Pessina, Carnevale, Ellero, Beccaria, Francesco Carrara. Semilla fecunda que, aunque tardíamente, comienza a dar frutos generosos.

Manifestar aquí y ahora el cambio habido me parecía el mejor homenaje a quien hizo de la pena de muerte —antes lo recordamos— punto clave de experiencia, de sensibilidad, de doctrina: Francesco Carrara. Constatarlo me producía asimismo satisfacción profunda pues, como muchos de los presentes saben, el tema de la abolición de la pena capital es objeto de mi laborar científico desde hace más de treinta años. Largo camino que no pocas veces he recorrido en solitario.

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

El catolicismo ante la pena de muerte¹

1. Precisiones y limitaciones del tema

La dimensión religiosa es una de las más delicadas y controvertidas que se presentan al abordar el problema de la pena de muerte, pero conviene estudiarla, pues cualquier solución parcial resultaría necesariamente insuficiente o equivocada si no tiene en cuenta este aspecto (junto con otros jurídicos, sociológicos, filosóficos, históricos, etc.). Lógicamente, casi todos los especialistas al reflexionar sobre la pena de muerte se refieren a sus interrogantes religiosos. Con frecuencia formulan planteamientos y conclusiones diferentes y divergentes. Aquí no podemos tratar el tema en toda su profundidad y extensión; nos limitamos a un punto concreto: la postura del catolicismo ante la pena de muerte. Quizás más exactamente podrían encabezarse estas páginas con el título de *La pena de muerte a la luz de la teología católica contemporánea*.

No se estudia la postura —ante este problema— del hombre religioso en general, ni tan siquiera del cristiano. Reconocemos que en la actualidad las religiones deben ser *ecuménicas*, y no de capillas; que otras teologías, especialmente las cristianas no católicas han ilu-

¹ Este estudio aparecerá coetáneamente, con algunas modificaciones, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Ha sido escrito en el verano de 1975 en Freiburg i. Br., gracias a la generosa hospitalidad del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* y del *Deutscher Akademischer Austauschdienst*.

minado con fina sensibilidad este tema²; que nuestra perspectiva tan estrecha deforma y empobrece el panorama. Pero, no podemos abarcar todo el campo.

Tampoco nos detenemos en la investigación diacrónica del problema. Prescindimos, casi en absoluto, de la *evolución histórica de la realidad socio-jurídica* y de la *evolución histórica del pensamiento cristiano*, aunque somos conscientes de su transcendencia. Las opiniones mantenidas en la iglesia primitiva y las circunstancias sociopolíticas de ésta, por ejemplo, resultan imprescindibles al momento de conocer las doctrinas de los teólogos posteriores y de la jerarquía³.

² Desde la perspectiva teológica, por ejemplo, Karl BARTH: *Die kirchliche Dogmatik*, t. 111/4, Die Lehre von der Schöpfung, Zürich, 1951, p. 468, 499-515; y, desde la perspectiva jurídica, H.-H. JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 11, Beratungen zur Todesstrafe, Bonn, 1959, p. 36 «el motivo más profundo contra la pena de muerte es que todo hombre hasta su último minuto está llamado a participar en la gracia de Dios».

³ Los testimonios históricos se prestan a lamentables apasionamientos, lagunas y deformaciones, cfr. D. KELLER: *Die Todesstrafe in kritischer Sicht*, Berlín, Gruyter, 1968, p. 19-31. VECILLA DE LAS HERAS: *La Iglesia y la pena capital*, en *Rev. Est. Penitenciarios* (octubre-diciembre, 1964), p. 433-679 (en estas páginas, como en todas sus obras, Vecilla se deja llevar apasionada y ciegamente por el deseo de encontrar el aboliciónismo en la Iglesia). No es exacto, como dicen algunos (B. GRENIER: *La peine de mort. Données nouvelles*, Ottawa, 1972, p. 88), que la Iglesia católica nunca se ha definido oficialmente sobre la pena de muerte. El Romano Pontífice Inocencio III (1198-1216) exige a Durando de Huesca y a sus compañeros valdeuses la siguiente profesión de fe: «De la potestad secular afirmamos que sin pecado mortal puede ejercer juicio de sangre, con tal que para inferir la vindicta no proceda con odio sino por juicio, no incautamente sino con prudencia». Cfr. H. DENZINGER: *Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Freiburg, Br., 1937, ed. 21-23, p. 198, número 425 (371): De potestate saeculi asserimus, quod sine peccato mortali potest iudicium sanguinis exercere, dummodo ad inferendam vindictam non odio, sed iudicio, non incaute, sed consulte procedat. Biondo BIONDI: *Il Diritto romano cristiano*, III, Milano, Giuffrè, 1954, p. 447-453. En nuestros días, la legislación penal vigente en el Estado del Vaticano, desde el 7 de junio de 1929 hasta el 1º de agosto de 1969, establecía la pena de muerte para el delito de atentado contra la vida, la integridad y la libertad personal del Romano Pontífice, y los Jefes de Estado extranjeros, en el supuesto de reciprocidad respecto a estos últimos.

No relacionamos nuestra opinión con las legislaciones (como la española -Principios del Movimiento de 1958-) que se refieren a la doctrina de la Iglesia Católica. Prescindimos también, casi totalmente, del parecer de la jerarquía eclesiástica. En los últimos tiempos nuestro tema ha experimentado una inversión, una transformación de planteamiento, digna de estudio. Durante muchos siglos, los representantes oficiales de la Iglesia se han identificado de tal manera con los detentadores del poder y han olvidado en tal grado la defensa de los débiles y de los oprimidos que han planteado el problema de la pena de muerte de manera opuesta a como debía plantearse en el evangelio⁴. En este terreno, como en la problemática social y en la sexual⁵, la jerarquía mantiene criterios que difieren más o menos de la opinión de muchos católicos. Aquí nos interesa la postura de la base del pueblo de Dios (en el sentido expresado en el Concilio Vaticano II). También nos interesa especialmente la actitud intelectual de los pensadores católicos. Cada día es mayor el número de los fieles que, conscientes de la

En la Iglesia primitiva los teólogos rechazaron generalmente la pena de muerte, como afirma Paul ALTHAUS: *Die Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik*, München, 1955, p. 1 (y cita a W. GASS: *Geschichte der Ethik*, t. 1, 1881, p. 93 ss, 229 ss). D. SCHIAPPOLI: *Diritto penale canonico*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, diretta del Prof. E. Pessina, I, Milano, 1905, p. 823-826. La Iglesia primitiva influyó directamente para abolir las sanciones sacras, especialmente las de muerte (en cuanto sacrificio a los dioses), como prueba Karl y AMIRA: *Die germanischen Todesstrafen. Untersuchungen zur Rechts- und Religionsgeschichte*, München, 1922, p. 4 y 234.

⁴ L. ROSSI: *sob voce* Pena de muerte, en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, trad. del italiano, Madrid, 1974, Ed. Paulinas, p. 793-799. En realidad el libro de Beccaria (aunque fue condenado por la jerarquía romana, Decreto del 3 de febrero de 1766) refleja un atinado espíritu religioso, como indica Piero CALAMANDREI: citado en *Beccaria e i diritti dell'uomo*, Roma Studium, 1964, p. 64.

⁵ Cfr. *Revista Concilium*, número 100, diciembre 1974, La sexualidad en el catolicismo contemporáneo.

incidencia profunda, aunque indirecta, del mensaje de salvación en la teoría y en la práctica de los medios de control social, de la actividad judicial y de la penitenciaria, adoptan un talante personal y propio ante la pena de muerte.

Esta páginas pretenden únicamente reflexionar sobre la postura del catolicismo ante el Derecho penal y las sanciones en general (evitando tanto la excesiva identificación como la excesiva separación de lo religioso y de lo jurídico-político) y, en concreto, ante la pena de muerte en las circunstancias históricas de nuestro tiempo y lugar, teniendo en cuenta los requisitos elementales que subyacen en el mensaje neotestamentario. Como conclusión resultará una clara adhesión a los abolicionistas ya que, al no encontrar pruebas suficientes de la necesidad, dignidad y utilidad de la pena de muerte, ésta ha de considerarse carente de fundamento y, por tanto, inhumana y opuesta a los planes de Dios que es Amor. Atinadamente afirman Barbero Santos y Bockelmann que el argumento racional más importante contra la pena de muerte es que no existe ningún argumento racional en favor de ella⁶.

La admisión o la abolición de la pena de muerte tiene más importancia de lo que puede parecer pues está influyendo siempre en toda la legislación penal y en la administración de justicia. Admitir la pena capital es introducir una gota de veneno en el vaso que contiene toda la legislación. Esa gota (aunque nunca se llegue a la ejecución) infecciona todo el líquido.

⁶ M. BARBERO SANTOS: *La pena de muerte, problema actual*, Murcia, 1964, p. 8.

2. El catolicismo ante la pena

1. Relación entre catolicismo y pena.

Según algunos especialistas en Teología y en Derecho, el problema de la pena de muerte no puede ni debe solucionarse (ni discutirse) con argumentos bíblicos, pues éstos se refieren generalmente al plano religioso privado, distinto del plano jurídico-estatal. En este sentido se expresa, por ejemplo, el jesuita Messineo, en *La Civiltà Cattolica*⁷, con aprobación del penalista Santoro: «El fondo común —dicen ambos autores— de quienes consideran anticristiano nuestro pensamiento consiste en la fácil trasposición de perspectivas para quien no distingue el orden social natural y temporal (en cuyo plano se explica la vida del Estado) del orden trascendente y sobrenatural (sobre el que reposa el cristianismo y del cual trae su origen la Iglesia). Cuanto es válido en la esfera superior no siempre es aplicable en la esfera inferior de la vida asociada... La consecuencia es tan evidente que no tiene cuenta insistir en ello. Es evidente la necesidad de motivaciones cuando se recurre al cristianismo para confirmar una tesis referente al organismo social y a sus derechos y al hombre, en cuanto miembro de la sociedad. En tal supuesto, el hombre debe responder de su comportamiento según las normas de la justicia»⁸. En conclusión, según esta doctrina, el catolicismo se refiere al nivel religioso que avanza por cauces distintos de lo jurídico-político, de manera que no pueden relacionarse ambos cauces. La autonomía de

⁷ MESSINEO, S. J.: In difesa della persona umana, en *La Civiltà cattolica* (1960), vol. III, p. 251.

⁸ A. SANTORO: La pena di morte sul piano religioso e sul piano sociale, en *La Scuola Positiva* (1961), p. 28-30.

lo jurídico-político exige que la pena y la pena de muerte queden fuera de lo religioso y de lo teológico.

Esta teoría encuentra bastantes partidarios⁹. Pero, también encuentra adversarios. Entre estos nos contamos nosotros¹⁰. Admitimos que el Nuevo Testamento no formula ni debe formular concepto alguno de la pena, ni adopta posturas en pro o en contra de la pena de muerte. También opinamos que el Derecho penal goza de plena autonomía en la creación y actualización de sus instituciones. Pero esto no obsta para que el Nuevo Testamento, sin excluir el Sermón del Monte, se refiera tanto al plano individual como al público. En ninguno de los dos impone preceptos concretos, sino que en ambos impone algo distinto y más importante: orientaciones generales y metas utópicas a las que el hombre (en lo particular y en lo social) debe tender, sabiendo que nunca podrá alcanzarlas mientras dure la situación de pecado propia de este mundo por su limitación (finitud) original.

Dicho brevemente, reconocemos a la religión competencia en el plano jurídico-político poco más o menos como en el plano individual. Esta competencia es indirecta, pero amplia. Como indica

⁹ Así, por ejemplo, Camilo VILLEGAS: *La pena de muerte*, Cartagena, Colombia, 1965, p. 96. También, con importantes matizaciones, el teólogo protestante G. GLOEGE: *Die Todesstrafe als theologisches Problem*, Köln, Westdeutscher Verlag, 1966, p. 72. En tiempos antiguos la opinión era más frecuente, como indican los jesuitas MALDONADO y CORNELIO A. LAPIDE.

¹⁰ René SIMON: *Ponder la moral. Dialectique de la foi et de la raison pratique*, Paris, Seuil, 1974, p. 198 ss. Franz BÖCKLE: *Sittengesetz und Strafrecht in katholischer Sicht*, en *Zur Strafrechtsreform*, Simposio de la Sociedad alemana de investigación sexual, del 13 al 14 de noviembre de 1967, en Bonn (Stuttgart, F. Enke, 1958), 5-24, especialmente p. 12 ss. La *Teología Política* se apoya en estas coordenadas: A. GARCÍA RUBIO: *Die lateinamerikanische Theologie der Befreiung* (I), en *Communio* (1973) 400-423. Roger VEKEMANS: *Die lateinamerikanische Theologie der Befreiung* (II), Ein Literaturbericht en *Communio* (1973), p. 434-448.

Diez Alegría, la moral católica no puede ofrecer unas proposiciones definidas, ya que la estructura noseológica y normativa de la ley moral es de otro tipo, del orden de los *principios*, de las *direcciones de valor* en un campo de valores de contenido material, abiertos a la complejidad de la realidad y de la evolución histórica, con unas (muy pocas) *proposiciones-límite*¹¹.

Esta incidencia de la religión en el terreno socio-jurídico aparece también en los documentos del Concilio Vaticano II y de la última Congregación general de la Compañía de Jesús. Especialmente la constitución *Lumen gentium* (en sus números 33 y 36) habla del Evangelio y de la Iglesia como sal de la tierra, como fermento de la sociedad y de las estructuras sociales..., y la *Gaudium et Spes* (en sus números 40 y siguientes) postula la impregnación de sentido moral y pacífico en la cultura, etc. La Compañía de Jesús —en su Congregación General XXXII, del 2 de diciembre de 1974 al 7 de marzo de 1975— reconoce oficialmente esta doctrina al afirmar que ser jesuita «significa ser compañero de Jesús... comprometerse en el servicio de la fe y en la *promoción de la justicia* que la misma fe exige... el camino hacia la fe y hacia la justicia son inseparables. Y es por este camino único, por este camino empinado, por el que la Iglesia tiene que marchar afanosamente. Fe y justicia son inseparables en el Evangelio que enseña que la fe hace sentir su poder a través del amor (San Pablo a los Gálatas, 5, 6). No pueden, pues, estar separadas en nuestro

¹¹ José M. DIAZ ALEGRÍA: *Yo creo en la esperanza*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1972, p. 172 ss.; B. SCHULLER, S. J.: *Gesetz und Freiheit. Eine moraltheologische Untersuchung*, Düsseldorf, Parnos, 1966, p. 61 ss.

intento, en nuestra acción y en nuestra vida (Sínodo de Obispos de 1971. Introducción de *La justicia en el mundo*)¹².

El Nuevo Testamento ofrece puntos de orientación para que los creyentes estructuren su concepción y su valoración del hombre y del Derecho, de la pena y de la pena de muerte. Quien conoce la doctrina y las obras de Jesucristo y participa de su *Vida* posee importantes criterios que pueden y deben contribuir —más o menos directamente— a configurar la pena según las circunstancias históricas y geográficas.

Como indicaremos a continuación, a la luz de la teología católica la pena debe reunir, al menos, tres requisitos: utilidad, dignidad y necesidad.

2. Requisitos «católicos» de la pena

A. *Utilidad de la pena.* La pena, para ser justa, ha de ser útil a la comunidad en general y también a las personas más directamente relacionadas con ella. En concreto, debe *contribuir al bien común y a la reinserción* del delincuente en la comunidad.

Para imponer una pena al autor de un delito es imprescindible que este haya actuado con libertad y culpabilidad (jurídicas), pero no basta. Se exige, además, que alguien pueda y deba ser aleccionado¹³. La pena, para legitimarse, requiere un fundamento pasado (la culpabilidad jurídica) y un fin futuro (la prevención general y espe-

¹² Cfr. los artículos de ÁLVAREZ BOLADO y de M. AGÜNDEZ, sobre la Congregación general XXXII, en *Sol Terrae* (junio 1975), y el de F. WULF: *Wohin steuern die Jesuiten?*, en *Gelt und Leben*, XLVIII (1975, abril), p. 137-147.

¹³ Al autor de un hecho antijurídico, sin culpabilidad, se le impone una medida; no se le impone una pena, entre otras razones porque quienes realicen en el futuro acciones semejantes no pueden ser intimidados. Cfr. A. BERISTAIN: *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid, Reus, 1974, prólogo de BARBERO SANTOS.

cial). Se sanciona al delincuente porque es culpable (*quia peccatum est*) y para que ni él ni otros delincan más (*ne peccetur*).

Según el concepto bíblico de la *fraternidad* universal, cada ciudadano debe ayudar a todos los demás (griegos y judíos, libres y esclavos, buenos y malos, inocentes y pecadores...), la autoridad —el Derecho— debe servir a todos: «el que entre vosotros quiera llegar a ser grande, sea vuestro servidor; y el que quiera ser el primero entre vosotros, sea esclavo vuestro; de la misma manera que el Hijo del hombre no ha venido a ser servido sino a servir...» (Evangelio de San Mateo, 20, 25 ss).

El bien común, según el Concilio Vaticano II¹⁴, implica «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección». En sentido parecido, el buen Pontífice Juan XXIII, en sus encíclicas *Mater et Magistra* y *Pacem in terris*, había definido el bien común como «el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona»¹⁵.

Esta concepción del bien común, referida al Derecho penal, exige que la pena incluya una aportación positiva al perfeccionamiento de los miembros de la comunidad y procure la reinserción (en ésta) del delincuente.

La prevención general puede y debe lograrse a través de la prevención especial, a través de la atención repersonalizadora al delincuente. Llegamos a esta conclusión siguiendo las corrientes que subyacen por todo el Antiguo y Nuevo Testamento: la exigencia de

¹⁴ Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, *Gaudium et Spes*, número 26.

¹⁵ JUAN XXIII: encíclica *Pacem in terris* (1963), n.º 58. IDEM: *Mater et Magistra* (1961), n.º 65.

asistir al débil y al necesitado (pocos tan débiles y necesitados como ciertos delincuentes), de salvar al que está en peligro, de atender a la viuda, al peregrino, al extranjero y al huérfano, de perdonar al ofensor...¹⁶. Jesucristo se encarnó para hacerse todo a todos, para liberar a los pecadores y a los oprimidos, para criticar los abusos de quienes detentan el poder e interpretan literalmente la ley...¹⁷.

Juan XXIII recuerda la necesidad de procurar la repersonalización del condenado al hablar de la antropología criminal que tiende a conocer a los delincuentes para llegar a comprenderlos. «Solo con esta condición se les puede juzgar y reeducar para una serena reinsertión en la vida social»¹⁸.

B. *Dignidad de la pena*. El catolicismo postula que la pena sirva a la prevención general y a la especial, pero exige, además, que la pena sea digna, que sea humana. Dicho con otras palabras, rechaza la venganza y la crueldad.

La administración de la justicia debe superar cualquier rasgo de *vindicta*. Ya el Antiguo Testamento procura impedir o al menos frenar la venganza y, por ello, impone el límite talional: ojo por ojo y diente por diente.

¹⁶ Salmo 72, 4; Salmo 10, 11; Isaías 1, 17; Isaías 1, 1 ss.; Proverbios 24, 11; Mateo 11, 5; Mateo 23, 34 ss.; San Benedito en su Regla (cap. 25) recuerda el consejo de San Pablo de castigar al pecador para bien de su alma: II Corintios 5, y encarga al Abad, en el capítulo 27, que atienda con paternal cuidado a los sancionados, recordándole la parábola del buen pastor. W. KASPER: *Glaube und Geschichte*. Mainz, Mathias-Grünwald, 1970, p. 317 ss. K. KOHLER: *Die Bibel und die Todesstrafe. Eine Zeitfrage vom kritisch-historischen Standpunkte aus betrachtet*, Leipzig, s. a. (hacia 1869) con un atinado resumen en las dos últimas p. 46 s.; Ch. Emm. WITZ: *Motives que nous fournissent l'Écriture sainte pour l'abolition de la peine de mort*, Strasbourg, 1836, p. 19 y ss.

¹⁷ Lucas 1, 46 ss.; Lucas 11, 37 ss.; Mateo 12, 1 ss.; Lucas 6, 1 ss.; Juan 8, 1 y ss.

¹⁸ Cfr. A. SANTORO: Un insegnamento definitivo. La parola del Sommo Pontefice sull'antropologia criminale e sulla rieducazione dei rei, en *La Scuola Pop.*, 1961, p. 430.

El cristianismo se opone tanto a la crueldad que aún reconociendo la necesidad de la administración de la justicia penal, nunca la considera virtud. El jesuita Francisco Suarez critica con seriedad la opinión de aquellos teólogos que en sus tiempos (como hoy)¹⁹ hablan de la virtud de la justicia e incluyen en ella la sanción de los delitos. El *Doctor Eximio* demuestra que, con perspectiva teológica, la administración de la justicia penal aparece como obligación de ciertas autoridades, pero no como virtud. La virtud sería perdonar, devolver bien por mal²⁰.

A la luz del Evangelio, sólo pueden imponer sanciones por los delitos quienes (además de cumplir otros requisitos) no pretendan vengarse contra el delincuente. Puede ser competente, según las circunstancias, la autoridad estatal o la internacional. Para evitar el peligro de venganza no será competente la autoridad estatal respecto a los delitos políticos que le ofendan a ella, *verbi gratia*, en algunos supuestos de terrorismo. Nunca serán competentes los particulares, pues se dejarían llevar del instinto vengativo²¹.

La venganza viola la dignidad personal del delincuente. Pocos valores tan subrayados en la Biblia como la dignidad de todo hombre, imagen de Dios. Esta es una de las razones del derecho de asilo.

El cristianismo condena las penas que repugnan a la sensibilidad humana. Frente a la acción delictiva, todos (también quienes deten-

¹⁹ «La justicia es una virtud, necesarísima a toda sociedad bien ordenada y querer que se cumpla y que cada uno lleve su merecido, no puede ser sino cosa santa y en absoluto exigible»... cfr. J. PEREDA, S. J.: Alrededor del caso Chessmann, en *Sig, revista venezolana de orientación* (marzo 1960), 121-123.

²⁰ F. SUAREZ, S. J.: Opusc. VI, *Disputatio de iustitia Dei*, sección V, números 5-9, especialmente 6 y 7, Edición Vives, vol. 11, p. 573.

²¹ F. de VITORIA: *Relación posterior de los indios acerca de la guerra de los españoles a los bárbaros*, número 14.

tan el poder) han de reaccionar de manera digna y bondadosa, no instintiva, ni puramente lógica y «utilitaria». La justicia ha de ser, como dice Paul Ricoeur²², la realización efectiva, institucional del amor. La pena que viola la dignidad de la persona no puede ser necesaria²³. Atinadamente escribió Francisco de Vitoria²⁴ que la pena debe excluir «siempre toda atrocidad y toda inhumanidad».

C. *Necesidad de la pena*. Por fin, el catolicismo exige que la pena sea necesaria al bien común y a las personas directamente afectadas por ella. En este punto coinciden los tratadistas católicos. Messineo prueba, con acierto, que «la pena es legítima si se muestra necesaria al bien común»²⁵. Siglos antes se habían manifestado en la misma idea los teólogos católicos más eminentes. Por ejemplo, Lugo, Suárez, Tomás de Aquino, etc.²⁶.

Esa faceta de la necesidad puede entenderse de maneras diversas. Nosotros la interpretamos, sobre todo, en cuanto exigencia de irremplazable recreación (confirmación) de los valores indispensa-

²² PAUL RICOEUR: El conflicto: ¿Signo de contradicción y de unidad?, en *Criterio* (Buenos Aires), (1973), p. 252-258.

²³ Parafraseando a KANT (*Die Metaphysik der Sitten*, II, Teil, E. Vom Straf und Begnadigungsrecht. Akademieausgabe, p. 332) se puede decir que «si se pierde la dignidad, no tiene sentido que sigan viviendo personas en la tierra» (cfr. Evangelio de San Juan, 11, 40 ss).

²⁴ F. VITORIA: *Relación posterior de los indios acerca de la guerra de los españoles a los bárbaros*. Cfr. F. BLASCO y FERNÁNDEZ DE MOREDA: De la España eterna. Contribución al estudio de las doctrinas del P. Francisco de Vitoria desde el punto de vista del Derecho penal, en *Criminalia* (México), (1946), p. 238-272.

²⁵ MESSINEO: Il diritto alla vita, en *La Civiltà Cattolica* (1960), vol. II, p. 449 ss.

²⁶ F. SUÁREZ: *Opera omnia*, t. XII, París, Vives, 1858, De fide theologica, Disputatio XXIII, p. 579. Según el esquema tradicional prueba la licitud de la pena de muerte (esta Disputatio trata de la potestad eclesiástica respecto al crimen de herejía) por tres argumentos: la Escritura sagrada, el uso de la Iglesia y los Padres, y la razón. Cfr. J. MONTES: *La pena de muerte y el derecho del indulto*, 1897. A. BERISTAIN: *Ecumenismo histórico en Derecho penal. La pena retribución en los teólogos renacentistas*, Madrid, Reus, 1966.

bles para la convivencia y en cuanto última arma para defensa de la sociedad.

Para la reafirmación de los valores comunitarios no se ha encontrado todavía otra fórmula que desplace a la pena. Desde los tiempos remotos hasta hoy, desde Cicerón (sobre todo en «*De officiis*») hasta los penalistas y teólogos actuales, generalmente se reconoce que no hay provincia, ciudad ni pueblo que pueda carecer de la justicia penal que repartiendo con igualdad, y dando a cada uno lo suyo, premiando a los buenos y «castigando» a los malos, sosiega las sediciones, mitiga los ánimos exasperados, y establece la paz, la seguridad y la confianza en las familias²⁷.

Ese dar a cada uno lo suyo no supone retribución en el sentido religioso de expiación de culpas, sino retribución en el sentido jurídico de devolución o recreación de valores. La pena —en Derecho— no es retribución en el sentido tradicional de vindicta, o de expiación. Esta pertenece exclusivamente a Dios, como ya lo manifestó la Biblia en frase lapidaria: *Mihi vindictam* «a Mí la venganza, Yo haré justicia»²⁸. La autoridad estatal tiene como misión servir al César. La justicia humana es autónoma, independiente de la justicia divina. No es vicaria de Dios. Bien lo entendieron los apóstoles en su respuesta a quienes les perseguían: «Conviene obedecer a Dios más

²⁷ R. L. de DOU y BASSÓLS: *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de Gobierno en qualquier Estado*, t. II, Madrid, 1802 p. I, reproducción Banchs editor, Barcelona, 1975. También admiten la necesidad, aunque en sentido muy distinto al tradicional, algunas modernas teorías criminológicas como la *labeling approach*, la *New Criminology*, etc.

²⁸ SAN PABLO: *Epístola a los Romanos*, 12, 19.

que a los hombres»²⁹. Con razón Messineo rechaza la teoría moral de la pena que todavía sostienen algunos especialistas. El católico del siglo XX no debe admitir la delegación divina en los jueces tal y como aparece en algunos libros del Antiguo Testamento y en algunas reminiscencias formales del Nuevo Testamento. Los jueces al imponer la pena no realizan la justicia divina. No tienen nada que dar a Dios (Evangelio de San Lucas, 20, 25).

La pena, según nuestra teoría, es necesaria cuando viene exigida por la retribución en el sentido jurídico antes indicado: reacción inevitable a la acción delictiva, que perjudica a alguien concreto (más que a un orden jurídico abstracto), devolución insustituible a cada ciudadano de sus derechos perturbados o disminuidos o perdidos por el delito; devolución a las víctimas de los derechos que perdieron en el crimen (derecho a la libertad, derecho a la discrepancia, derecho a la huelga, derecho a la propiedad, derecho a la sindicación, derecho a la incolumidad corporal, derecho a la fama...), y devolución al delincuente de los derechos que también el perdió al delinquir³⁰. Esta manera de interpretar y aplicar la retribución como devolución de bienes perdidos (más que de males causados) obliga a rechazar el principio talional, la *Vergeltung*, tal y como se entendía tradicionalmente³¹.

A la luz de la teología católica, la retribución jurídica supone y exige represión porque y en cuanto es necesaria para la prevención

²⁹ Hechos de los Apóstoles, cap. V, vers. 29.

³⁰ Esta pérdida de derechos del delincuente acontece en unos delitos más que en otros, según la mayor o menor convencionalidad y politicidad de su tipificación. Cfr. Manuel LÓPEZ-REY: *Criminología*, t. I, Madrid, Espasa Calpe, 1975.

³¹ Thomas WÜRTENBERGER: Das Problem der Todesstrafe, en *Universitas* (Stuttgart) (1961, octubre), p. 1091-1104.

(general y especial) de futuros delitos³². La pena jurídica mira al mañana no menos que al ayer; no es un pequeño infierno³³. Ni en Teología puede decirse *fiat justitia et pereat mundus*. En Derecho —si se mantiene la palabra Justicia en sentido absoluto, prescindente de la utilidad o conveniencia a los hombres— no puede decirse *fiat justitia et pereat mundus*, sino *fiat justitia ne pereat mundus*, hágase justicia para que (en tanto en cuanto) no perezca el mundo. Hay que reprimir porque hay que prevenir. Esta argumentación no rebaja al hombre —al condenado— a la categoría de mero objeto beneficioso para los demás. Tal cosificación tendría lugar si la prevención general no incluyese la prevención especial, y si el sancionado no fuese culpable³⁴. La culpabilidad, como lo indica su mismo concepto, justifica esta represión.

La pena —decíamos— sólo puede ser necesaria como *último* recurso para la defensa de la sociedad. Sólo puede emplearse después de fracasados todos los demás. En este sentido se expresan muchos especialistas. La moderna tendencia a la desincriminación insiste acertadamente en esta faceta, y hace superfluo el desarrollo de este punto³⁵.

³² JESCHECK, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán, exige cierto aspecto positivo en la *Vergeltung* (*Niederschriften...*, t. 11, Bonn, 1959, p. 27).

³³ La pena última religiosa mira quizás sólo al pasado del pecador, pero desde un planteamiento radicalmente distinto al de la pena jurídica. Cfr. Karl RAHNER: Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der katholischen Theologie, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, preparado por E. Frey, Zürich, Schulthess, 1964, p. 169 ss.

³⁴ Ya lo reconoció el mismo KANT: «Er muss vorher strafbar befunden sein», *Die Metaphysik der Sitten*, II, Teil, B. Vom Straf- und Begnadigungsrecht.

³⁵ Los penalistas debemos recordar con más frecuencia la indiscutible doctrina sociológica que da preferencia y prioridad a otros medios preventivos distintos de la pena, y que sólo permite acudir a las penas graves después de «agastadas» las penas leves, como hemos dicho en otra ocasión

En resumen, el mensaje teológico llega también (aunque no directamente) a las nociones principales del Derecho penal y, en concreto, postula que la pena sea útil, digna y necesaria al bien común y al bien particular de los ciudadanos en los que incide. Exige que la pena evite por una parte la retribución vindicativa y logre, por otra, la revalorización comunitaria del Derecho (no de la Justicia absoluta) y la reinserción social de los delincuentes, sin menoscabo de su dignidad y de sus derechos.

Los requisitos hasta aquí expuestos, si se confrontan con la pena concreta de muerte, muestran que el abolicionismo es la actitud propia del católico.

3. El catolicismo ante la pena de muerte

El católico que reflexiona sobre la pena de muerte se encuentra con muchos problemas de difícil solución. El mensaje neotestamentario le ofrece unas coordenadas abstractas en las que él puede estructurar su concepto de la pena en general, y le brinda algunas valoraciones dinámicas acerca de la vida y de la muerte... Pero no le formula una respuesta concreta a la pregunta sobre la licitud de la pena de muerte.

Nosotros opinamos que el mensaje neotestamentario no permite justificar la pena capital en el conjunto cultural de los pueblos que hoy se llaman desarrollados. Prescindimos de analizar la incidencia

(A. BERISTAIN: Terrorism and Aircraft Hijacking, en *International Journal of Criminology and Penology* (noviembre 1974, p. 347-389), sólo se puede emplear el último recurso después de haber empleado el primero y el segundo y el tercero... En general, cfr. *Les frontières de la répression*, t. 1 y 2, Université de Bruxelles, 1974.

del Evangelio en otras circunstancias. Reconocemos que al cambiar éstas puede cambiar el planteamiento y la respuesta del problema³⁶.

En nuestras circunstancias histórico-geográficas la pena de muerte viola los requisitos elementales que el catolicismo (de hoy y de aquí) exige a la pena. En los párrafos siguientes indicaremos brevemente esta oposición, más o menos clara. La conclusión final no se apoya en solo razones³⁷, ni en pequeños detalles, sino en la discrepancia radical que parece separar la teoría antiabolicionista y las líneas de fuerza del catolicismo en las condiciones de nuestra civilización actual.

Empezamos comentando el requisito de la necesidad de la pena.

1. La pena de muerte no parece necesaria

Bastantes juristas y teólogos justifican la pena de muerte por considerarla necesaria para el orden público (la sociedad) y necesaria por motivo de justicia.

Respecto a la necesidad para la seguridad o la pervivencia de la sociedad, actualmente, quizás ni en teoría pueda admitirse el planteamiento de los teólogos medievales: «la pena de muerte es justa si

³⁶ Sobre el problema general de la historicidad en el Derecho, cfr. Arthur KAUFMANN: *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 85 ss. IDEM: *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, p. 13 ss. IDEM: *Um die Todesstrafe*, en A. KAUFMANN: *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, C. Heymanns, 1966, p. 13-24. José LLOMPART, S. J.: *Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, Frankfurt M., 1968, p. 51 ss.

³⁷ La pena de muerte es un problema radical que incide en lo más profundo de la persona, animal racional, y por tanto animal, con vertientes no-lógicas. Vertientes de estilo y valor distintos, pero no menores. En estas vertientes brotan, por ejemplo, el arte y la cultura en el mejor sentido de la palabra. Si el problema fuese puramente lógico estaría acertada la crítica de KANT contra los argumentos abolicionistas de Beccaria, argumentos que el filósofo alemán califica de mera sofística y tergiversación (*Alles Sophisterei und Rechtsverdringung*) en *Die Metaphysik der Sitten*, II, Teil, E, Vom Straf- und Begnadigungsrecht.

es necesaria para el orden público»³⁸. Además, que yo sepa, ningún autor ofrece hoy una prueba convincente al respecto. Se limitan a frases generales, semejantes a las formuladas por los teólogos del Renacimiento³⁹. Quizás entonces tuviesen validez esas frases, quizás constataban una realidad de aquel tiempo. Hoy la metodología jurídica—aun prescindiendo de la criminológica y de la sociológica— exige más que una afirmación genérica, como las conocidas de Lugo, de Tomás de Aquino, o de Suárez («sin la pena de muerte todo se perturbaría», «sin la pena de muerte el desorden reinaría en todas partes»), y más que un par de estadísticas. En nuestras circunstancias socioculturales de tiempo y lugar nadie ha demostrado la necesidad de la pena de muerte para mantener el bien público, y menos para recrearlo y renovarlo. El Estado cuenta hoy con muchos otros medios para conseguir la defensa de la sociedad, como lo prueban la pervivencia y el orden en los Estados abolicionistas.

Además, en la relación dialéctica individuo—sociedad no puede concederse la prioridad a la segunda, como ha reconocido con claridad el Concilio Vaticano II. La Constitución *Gaudium et Spes* afirma textualmente: «El orden social, pues, y su progresivo desarrollo

deben en todo momento subordinarse al bien de la persona, ya que el orden de las instituciones (cosas) debe someterse al orden de las personas, y no al contrario»⁴⁰.

La supuesta necesidad por motivos intrínsecos de justicia se manifiesta en la *Rechtsverwirklichungstheorie* del teólogo católico G. Ermecke⁴¹ y en otras semejantes mantenidas por Bertrams, S. J.⁴², Welzel⁴³, y otros⁴⁴, entre los que destaca Pío XII⁴⁵. Según estas teo-

³⁸ La concepción y la defensa del Estado se estructura hoy sobre otras coordenadas. Cfr. O. KIRCHHEIMER: *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton, New Jersey, 1961, especialmente el capítulo II.

³⁹ El moralista católico A. JANSSEN: *Outour du problème de la peine de mort*, en *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, XXXVII (1961), p. 86 ss, mantiene la legítima defensa como el único o el mejor fundamento de la pena de muerte. Más enérgicamente mantiene su postura retentionista, apoyándose en la Biblia, R. N. THOMSON, en el debate canadiense. Cfr. *Capital Punishment*, publicado por Thorsten Sellin, New York, Harper & Row, 1967, p. 76-81; las últimas páginas (275-279) sistematizan una selecta bibliografía, en lengua inglesa. Con más matizaciones, admite la pena de muerte, B. SCHÜLLER, *sub voce* Todesstrafe, en *Lexikon für Theologie und Kirche*, t. X, Freiburg i. Br., column. 229-230.

⁴⁰ *Gaudium et Spes*, número 26. (Algunos teólogos mantenían la opinión contraria. Por ejemplo DUNS SCOTO: *bonum commune divinius est et preferendum bono personali*).

⁴¹ G. ERMECKE: *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute*, 2ª ed. Paderborn, F. Schöningh, 1963 (1ª ed. 1959), se apoya en el efecto óntico del delito, especialmente, p. 39 ss.

⁴² W. BERTRANS, S. J.: *Zur ethischen Begründung der Todesstrafe*, en *Stimmen der Zeit*, t. 165 (1959/1960), 287-297, especialmente p. 292 ss.

⁴³ WELZEL, en su informe a la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. 11, Beratungen zur Todesstrafe, Bonn, 1959, p. 47 ss.

⁴⁴ También defienden esta teoría AMOR NAVEIRO: *El problema de la pena de muerte y de sus substitutos legales*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1917, p. 193 ss. David NÚÑEZ: *La pena de muerte frente a la Iglesia y al Estado* (Estudio filosófico-teológico sobre la justicia, legitimidad y conveniencia de la pena de muerte), Buenos Aires, 1936; Francisco Agustín SILVELA: *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los códigos y de aplicar en su caso la pena capital*, escritas y publicadas en francés y traducidas por él mismo, Madrid, 1935, p. 77; y el teólogo católico Bernard SIGNORI (citado por B. GRENIER: *La peine de mort...*, Ottawa, 1972, p. 80). Un reflejo de esta teoría puede quizás encontrarse en el preámbulo de la *Ley de la Jefatura del Estado*, de 5 de julio de 1938, que restablece la pena de muerte. Dice así: «... La Ley que a continuación se promulga es de las que no requieren explicación ni justificación, porque es la propia realidad quien la impone y dicta...». Quienes mantienen la *Rechtsverwirklichungstheorie*, con más o menos matizaciones, repiten la teoría que muchos años antes habían defendido SANTO TOMÁS (en *Summa contra gentiles*, III, 144), HEGEL, DUNS SCOTO, etc. HEGEL, en su *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrissen*, Berlín, 1853, Duncker & Humblot, p. 136 ss, §§ 97 y ss, afirma que el delincuente al cometer el delito (durch seine That) da su consentimiento para la pena de muerte. Cfr. Hellmuth MAYER: *Kant, Hegel und das Strafrecht*, en *Festschrift für K. Engisch*, Frankfurt M., Klostermann, 1969, p. 54-79, especialmente p. 77, y SCOTO había afirmado que la pena no es principalmente por la conversión del condenado sino por sí misma, para retituir la culpa y para observar (confirmar) la ley punitiva violada. Cfr. Johanna SEWING: *Studien zur Todesstrafe im Naturrecht*, Bonn, Röhrscheid, 1966, pp. 36 ss. J. MAÑAS RUIZ: La pena de muerte a la luz de la doctrina de Juan Duns Scoto, en *Rev. Esp. Penit.* (sept.-oct. 1955), p. 49-56.

⁴⁵ Pío XII afirmó el 13 de septiembre de 1952: «... El Estado no dispone del derecho del individuo a la vida, ni aun cuando se ejecuta una pena de muerte. Está reservado al poder público privar al

rias, el delincuente, al cometer el crimen, se despoja de su derecho a la vida; y, por lo tanto, la autoridad judicial y penitenciaria se ve constreñida a una mera constatación formal o jurídica de la acción llevada a cabo ontológicamente por quien comete el delito.

Rechazamos estas opiniones desde varios puntos de vista. Especialmente porque los jueces no juzgan en nombre (ni según la ley) de Dios, ni están capacitados para un reproche ético tan radical, y porque la pena no es expiación en sentido ontológico (*Vergeltung, Shüme*).

La supuesta autoridad vicaria de los jueces carece de fundamento tanto en la exégesis actual de los pasajes neotestamentarios que suelen aducirse en ese sentido, como en la teoría católica sobre el Estado y la autoridad. Los exegetas católicos rechazan que el plan de Dios apruebe las opresiones domésticas y sociales que algunos textos bíblicos, sobre todo paulinos, parecen admitir⁴⁶. La interpretación de tales pasajes (escritos en contextos socioculturales tan distintos de los nuestros) resulta difícil, pero los científicos demuestran que no pueden entenderse tal y como durante muchos años se entendieron, al pie de la letra, sin tener en cuenta la dimensión sincrónica y literaria. En caso contrario, habría que legitimar, por ejemplo, la esclavitud como institución de derecho natural e inmutable⁴⁷.

condenado del bien de la vida en expiación de su delito después que él, por el crimen realizado, se ha despojado de su derecho a la vida». En sentido parecido se expresó anterior y posteriormente: el 12 de noviembre de 1944, el 3 de octubre de 1953 y el 5 de diciembre de 1954.

⁴⁶ J. R. SCHEIFLER: Libertades civiles y libertad en la palabra de Dios, en *La Iglesia, sacramento de libertad*, Bilbao, 1972, p. 13-38. A. VARGAS-MACHUCA, S. J.: Los métodos histórico-críticos en el Nuevo Testamento, en *Sal Terrae* (febrero 1975), p. 145-154.

⁴⁷ John Francis MAXWELL: Le développement de la doctrine catholique sur l'esclavage (1^a parte), en *Justice dans le monde*, t. XI (1969, dic.), p. 147-195. El concilio de Gangra, en Pafagonia condenó, el año 362, a quien negase el derecho a la esclavitud. Cfr. Canon 3 del Concilio de Gangra, *Corpus Iuris Canonici, Decreti Gratiani, Pars II, Causa XVII, Q. IV, caps. 37 y 38*.

La moral católica no permite al Tribunal humano un juicio de culpabilidad interna (ético-religiosa), y menos aún en grado tal que fundamente una pena tan grave e irreparable como la de muerte; el reproche o el juicio ético, tan total, compete exclusivamente a Dios⁴⁸. Karl Rahner demuestra que el delito no exige intrínsecamente la pena; a diferencia del pecado que, por esencia, conlleva la sanción (la separación de Dios) que es el reverso del pecado⁴⁹. Según varios teólogos, por ejemplo Karl Barth, la expiación pedida por Dios al pecador se ha logrado en la muerte de Jesucristo⁵⁰. Como indica Pablo, en su segunda epístola a los Corintios (cap. 5, versículos 15 ss.), Cristo murió por todos, y el que es de Cristo se ha hecho criatura nueva reconciliada con Dios⁵¹. Aunque parezca

⁴⁸ E. WOLF: Theologische Argumente gegen die Todesstrafe, en M. DORMÜLLER y otros: *Todesstrafe? Theologische und juristische Argumente*, Stuttgart, Kreuz-Verlag, 1960, p. 79.

⁴⁹ Karl RAHNER: Schuld-Verantwortung-Strafe, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, preparado por E. Frey, Zürich, 1964. Desde el punto de vista jurídico, Karl PETERS: Glaube und Strafrecht, en *Gedanken zur Strafrechtsreform*, Schöningh, 1965, p. 39-56, esp. p. 41 ss., critica la teoría de ERMECKE por confundir o mezclar excesivamente el Derecho penal con la justicia vindicativa de Dios. En el campo de la divulgación catequética se expresa en este sentido el *Catecismo holandés* (Utrecht, 1966); hay traducción española.

⁵⁰ K. BARTH: *Die kirchliche Dogmatik*, t. 111/4, Die Lehre von der Schöpfung, Zürich, 1951, p. 506 ss. En casos extremos, excepcionalmente, K. Barth admite la licitud de la pena de muerte, por ejemplo, en delitos de traición, en tiempo de guerra, etc. Wilhelm KÖRFF: Aussenseiter. Zur ethischen Beurteilung abweichender Identität, en *Theologische Quartalschrift* (Tübingen) (1975), 1, p. 3-16, p. 14 «es propiamente una ofensa a Dios cuando se exige expiación».

⁵¹ Algunos teólogos modernos dejan en un segundo plano la soteriología expiatoria por ver en ella un concepto poco bondadoso de Dios Padre, y destacan más el aspecto histórico de la vida altruista y liberadora de Jesucristo. Cfr. GONZÁLEZ FAUS, S. J.: *La humanidad nueva*, Madrid, 1975. G. GRESHAKE: Erlösung und Freiheit Zur Neuinterpretation der Erlösungslehre Anselms von Canterbury, en *Theologische Quartalschrift* (1973), p. 323-345. J. METZ: Erlösung und Emanzipation, en *Stimmen der Zeit*, t. 191 (1973), p. 171-184. K. KESSLER: *Die theologische Bedeutung des Todes Jesu. Eine traditionsgeschichtliche Untersuchung*, Düsseldorf, Patmos, 1970, p. 83-165. G. GUTIÉRREZ: *Teología de la liberación*, Perspectivas, Salamanca, 1972. H. Urs von BALTHASAR: *Pneuma und Institution*, Einsiedeln, Johannes, 1974, p. 401 ss. J. MOLTSMANN: *Der gekreuzigte Gott. Das Kreuz Christi als Grund und Kritik christlicher Theologie*, München, Ch. Kaiser, 1972, p. 135 ss y 298 ss. K. LEHMANN: *Emanzipation und*

paradójico, la justicia humana se acerca a la divina tanto más cuanto más pretenda el bien «terrestre» y más prescinda de la expiación transcendente⁵². La retribución jurídica, bien interpretada, conduce a la actitud abolicionista⁵³.

En una palabra, ni el orden ni la justicia exigen la pena de muerte. Hay substitutivos capaces de reemplazar bien esta pena. En tal sentido se manifestó el *Segundo Congreso Penitenciario español*, celebrado en La Coruña, en agosto de 1914, que votó esta conclusión: «Se suprime la pena de muerte reemplazada por la de trabajos forzados»⁵⁴.

2. La pena de muerte no parece digna

La pena de muerte, al ser una pena corporal, relacionada con la venganza y la opresión, y destructora de la imagen viva de Dios, no puede considerarse digna del hombre.

Actualmente, la mayoría de las legislaciones no admiten las otras penas corporales. Los motivos que condenan la tortura, la mutilación u otras penas similares tienen tanta o mayor fuerza para abolir este último reducto de las penas corporales, como ya indicó Rad-

Leid. Wandlungen der neuen «politischen Theologie», en *Internationale katholische Zeitschrift Communio*, III (1974), p. 42-55.

⁵² Paul RICOEUR: *Le droit de punir*, en *Cahiers de Villamétrie*, 1958. La justicia humana no quiere ser justicia de Dios; si, en cambio, signo de Dios, que pretende el servicio y el bien de los hombres.

⁵³ Juan Carlos SMITH: *sub voce*, Pena de muerte, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XXI, Buenos Aires, 1964, p. 937-981. Karl PETERS: Glaube und Strafrecht, en *Gedanken zur Strafrechtsreform*, F. Schöningh, Paderborn, 1965, p. 39-56. G. BETTIOL, en *Pena de morte*, Coloquio intern. de Coimbra..., 1967, t. III, p. 46 ss, 49.

⁵⁴ El II Congreso Penitenciario español celebrado en La Coruña, en agosto de 1914, votó esta conclusión «Se suprime la pena de muerte reemplazándola por la de trabajos forzados». Cfr. Constante AMOR NAVEIRO: *El problema de la pena de muerte y de sus substitutivos legales*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1917, p. 103.

bruch⁵⁵. Si somos coherentes, el admitir la pena de muerte nos llevaría a justificar incluso las torturas, las condenas medievales de los reos a la vergüenza pública, su ejecución ante el pueblo en medio de los tormentos más atroces...; instituciones todas ellas muy «ejemplares», pero que chocan con los más simples ideales humanitarios. Imponer y ejecutar la pena de muerte tal como lo ordena la ley repugna a la inalterable condición de cualquier persona⁵⁶.

A quien conoce la historia de la salvación le parece indigno destruir un crucifijo o una estatua de Jesucristo... pero, más aún, una imagen viva de Dios, por cuyo rescate Él se ha encarnado y ha trabajado hasta la muerte en cruz. El Antiguo Testamento pondera sobre todos los títulos de Yahvé, con sumo énfasis, que Él es el único señor de la vida y de la muerte.

Respecto a la opresión y la venganza, recordamos el cuarto considerando de las resoluciones del Coloquio internacional del año 1967, en Coimbra: «el mantenimiento de la pena de muerte en Derecho positivo conlleva el peligro de favorecer su aplicación más frecuente y su extensión abusiva a otros dominios (por ejemplo, políticos o económicos) lo que puede transformarla —como ya ha sucedido en diferentes ocasiones— en puro instrumento de opre-

⁵⁵ G. RADBRUCH: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11 ed. prep. K. Zweigert, Stuttgart, Koehler, 1964, p. 140 ss. En sentido parecido RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1974, p. 756 (con amplia información bibliográfica). Ch. BASSIOUNI, K. A. LAHEY y L. M. SANG: La peine de mort aux Etats-Unis, L'état de la question en 1972, en *RSCrim*, n° 1 (enero-marzo 1973), p. 23-43, especialmente p. 30 ss. Algunos autores matizan los argumentos de la indignidad de la pena de muerte, por ejemplo P. J. FITZGERALD: *Criminal Law and Punishment*, Oxford, Clarendon, 1962, p. 220. M. MELTSNER: *Cruel and unusual. The Supreme Court and Capital Punishment*, New York, Random House, 1973, p. 170 y ss., 269 s.

⁵⁶ L. ROSSI: *sub voce* «Pena de muerte», en *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid, 1974, p. 793 ss.

sión», y subrayamos que gran parte de las venganzas graves adoptan una forma parecida a la pena de muerte. Esta pena se impone con relativa frecuencia a delincuentes políticos juzgados por tribunales especiales, cuya imparcialidad y competencia puede discutirse (por tratarse de delitos políticos)⁵⁷.

Si la pena de muerte es indigna, debe abolirse, aunque los políticos la consideren necesaria. Si es indigna no puede ser necesaria. La dignidad, la justicia (en caso de supuesto conflicto) prima ante la utilidad o necesidad. La licitud de la pena capital no es un problema político⁵⁸. Quizás sea un abuso político. Además de otras circunstancias diferenciadoras, la solemnidad y la lentitud calculada con que se ejecuta la pena de muerte impiden compararla con el estado de necesidad y con la legítima defensa.

3. La pena de muerte no parece útil

Sobra decir que la pena de muerte no consigue la reinserción social del delincuente. Conviene subrayar que todos los argumentos retentionistas se apoyan en una base y tienden a una meta diametralmente opuestas a la base y la meta cada más universal y enfáticamente admitidas: el Estado Social de Derecho y la repersonalización del delincuente.

Respecto a su contribución al bien común conviene distinguir tres puntos:

1º La pena de muerte produce un efecto criminógeno, induce al delito. Bastantes ciudadanos, por la ley general del mimetismo

⁵⁷ F. GUIZOT: *La peine de mort en matière politique*, Paris, 1822, especialmente p. 100 ss y 184 ss.

⁵⁸ En sentido contrario, A. JANSSEN: *Autour du problème de la peine de mort*, en *Ephemerides Theologicae Lovanienses* (1961), p. 94.

y por otros motivos, tienden a imitar la conducta violenta y homicida de la autoridad. Como dice Alfonso Quiros Cuaron «la pena de muerte es ejemplar porque enseña a derramar sangre». El principio de etiquetación (*labeling approach*) confirma también esta teoría. Si con Tarde, Bernaldo de Quirós, Calderón, Silvela, Bockelmann y otros⁵⁹ opinamos que, en muchos aspectos, el efecto más perjudicial del delito es la pena, debemos comprender el gran influjo negativo de la pena de muerte.

2º Según muchos especialistas, la pena de muerte no produce efectos intimidativos. La abolición de esta pena no aboca al aumento de la delincuencia. A esta conclusión llegan Liepman, el Coloquio internacional de Coímbra, la Comisión británica, la canadiense, etc. Excepcionalmente, algunos autores reconocen su fuerza intimidante en ciertos delitos militares (deserción, desobediencia militar, etc.), en circunstancias bélicas⁶⁰. Otros, por ejemplo Jescheck⁶¹, no admiten esta excepción.

⁵⁹ R. A. FROSALI: Sulla pena di morte in generale e nel Diritto penale comune italiano, en *Homenaje a J. Pereda*, S. J., Bilbao, 1965, p. 387 ss. BERNALDO DE QUIRÓS: *La Picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medievales*, Madrid, 1907, p. 53 (con la cita de Tarde). A. CALDERÓN: La pena de muerte, en *Anuario republicano federal*, por J. Castro y Cmp. editores, Madrid, 1870, p. 558. H. von HENTIG: *La pena*, II, trad. de Rodríguez Devesa, Madrid, 1968, p. 46 ss, 134 ss. BOCKELMANN, en *Niederschriften...*, t. II, Bonn, 1959, p. 23 ss. F. A. SILVELA: *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los códigos y de aplicar en su caso la pena capital*, p. 169 ss. Christian HELFER: *sub voce* Todesstrafe, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, 2.ª ed., t. III, Berlin, 1975, Gruyter, p. 351 ss (con indicación bibliográfica selecta).

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, admite la pena de muerte en el Derecho penal militar, según testimonio de M. RUIZ PUNES: *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, Ed. Rev. Derecho Privado, 1934, p. 40 ss. Acerca de otros autores de opinión parecida, cfr. Christian HELFER: *sub voce* Todesstrafe, en *Handwörterbuch für Kriminologie*, 2.ª ed., t. III, Berlin, 1975, p. 348.

⁶¹ Hans-Heinrich JESCHECK: Informe a la Gran Comisión de Derecho penal, en *Niederschriften...*, t. II, Bonn, 1959, p. 35.

3º Aun suponiendo que la pena de muerte produzca cierta intimidación general, no parece científicamente demostrado que esa intimidación alcance tal fuerza que baste para justificar una pena tan grave. Además, ese supuesto buen ejemplo no llega a tanta altura como el efecto criminógeno indicado en el párrafo primero. No lo compensa. En el mejor de los supuestos, pues, el resultado final para el bien común es de cifras rojas.

En resumen, la pena de muerte viola (o al menos no se demuestra que cumple) los requisitos elementales que, a la luz de la teología católica, debía cumplir. Prescindimos ahora de probar que también viola (o, al menos, tampoco se demuestra que cumple) otros requisitos que exigen los especialistas al estudiar el valor sagrado de la vida, el sentido de la muerte, la posibilidad de error judicial, la semiimpunitabilidad de los condenados a muerte, las pérdidas para los familiares, la existencia del verdugo, el egoísmo profundo del poder, etc.⁶²

⁶² Marino BARBERO SANTOS: *La pena de muerte, problema actual*, Murcia, 1964, p. 11 ss. Carlos LANDECHO: Reflexión criminológica sobre la pena de muerte, en *Razón y Fe* (dic. 1970), p. 1 ss. C. GARCIA VALDÉS: *No a la pena de muerte*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1975, especialmente p. 281 ss. E. CUELLO CALÓN: *La moderna penología*, t. I, Barcelona, 1958, p. 117 ss. L. POLAINO ORTEGA: La licitud de la pena de muerte en la doctrina de la Iglesia Católica, en *Rev. Esp. Penit.* (enero 1954), p. 23-29. M. RUIZ FUNES: La pena transpersonal, en *Rev. Jurídica argentina La Ley*, t. 28 (oct.-dic. 1942), p. 941-944. E. ROY CALVERT: *Capital Punishment in the twenty Century*, London, Kennikat Press, 1927, p. 169 ss. Christian HELFER: *sub voce* Todesstrafe, en *Handwörterbuch...*, p. 349 ss. Paul SAVEY-CASSARD: Les arguments d'ordre religieux dans les controverses sur la peine capitale en France au XIX siècle, en *Pena de morte, Coloquio internacional...*, t. II, Coimbra, s. a. (1967), p. 219-227. IDEM: L'Eglise catholique et la peine de mort, en *RSCrim.* (1961), p. 773 ss. J. VERNET, S. J.: Le glaive et la croix, position de l'Eglise devant la peine de mort, en *Rev. Intern. de Crimin. et de police technique* (1962), p. 620 ss. Petit de LATOUR: *Abolition de la peine de mort*, Paris, 1869, especialmente p. 15-86; W. KÜNNETH: Die theologischen Argumente für und gegen die Todesstrafe, en *Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten*, München, Piper, 1962, p. 153-165. K. ENGISCH: Todesstrafe. Ja oder Nein?, en *Pena de morte, Coloquio internacional...*, Coimbra, 1967, p. 273-309. T. REUDTORFF: *sub voce*, Todesstrafe, en *Die*

4. Conclusión. El catolicismo contra la pena de muerte

Después de lo hasta aquí indicado, podemos afirmar que el mensaje de Jesucristo, aunque no contiene normas concretas aplicables a los sistemas jurídicos, es una levadura que puede y debe fermentar también las instituciones del Derecho, depurando a lo largo de la historia sus injusticias estructurales.

Las líneas de fuerza del Evangelio exigen que la pena —evitando la venganza, la crueldad y la expiación— sea útil, digna y necesaria al bien común y al bien de los ciudadanos directamente afectados por ella. Que respete la dignidad personal del delincuente y contribuya a su reinserción social.

A la luz de la teología católica, la pena de muerte no puede admitirse pues le faltan los requisitos elementales que el Evangelio exige a toda sanción penal. Muchos argumentos apoyan la opinión de quienes en nuestro mundo cultural, la tachan como inútil, indigna e innecesaria. Ciertamente no puede probarse que esta pena sea útil, digna y necesaria. Una sanción tan grave exige una justificación patente. Al carecer de ella, la pena de muerte es injusta. El positivo desarrollo social de las naciones abolicionistas invalida las principales razones teóricas en otro sentido.

Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch f. Theologie und Religionswissenschaft, 3ª ed., t. VI, Tübingen, 1962, columnas 926-929. G. RADRUCH: Gesetzliches Unrecht und übergewaltiges Recht, en *Widerstandsrecht*, publicado por Arthur Kaufmann, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, p. 349-361. W. MIDDENDORFF: *Todesstrafe, Ja oder Nein?*, Freiburg i. Br. Tübingen, espec. p. 12 ss., 66 ss. Hans-Heinrich JESCHECK: *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, Mohr, 1957, p. 7. El Comité Central del Consejo Mundial de las Iglesias, en enero de 1971, manifestó a todas las naciones del mundo su deseo de que se suprima la pena de muerte porque viola lo sagrado de la vida. Cf. la encuesta llevada a cabo por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las N. U. (Nueva York, 1962).

Si valen las consideraciones expuestas en estas páginas, condenar a muerte a un delincuente es un abuso y una desviación de poder, un asesinato (que aumenta la espiral de la violencia que rompe el plan de Dios-Ágape).

Ojalá pronto podamos decir que la pena capital está condenada a muerte.

Terminamos con una pregunta sugerida por Thorsten Sellin⁶². Si un católico, de otro planeta, visitase nuestros templos durante las celebraciones litúrgicas, nuestros hospitales, nuestros patronatos caritativos, nuestras universidades, nuestros centros de reeducación en las instituciones penitenciarias... y después asistiese al juicio y a la ejecución de un condenado a muerte, ¿nos consideraría ilógicos o delincuentes?

⁶² Thorsten SELLIN: The Inevitable End of Capital Punishment, en *Capital Punishment*, New York, 1967, p. 253.

JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO

Perspectivas actuales de la pena de muerte¹

El título de este trabajo —“Perspectivas actuales de la pena de muerte”— responde a un propósito y a un convencimiento. El propósito es el de plantear el tema desde la altura de nuestro tiempo y, por consiguiente, con perspectiva histórica. El convencimiento afecta a la actualidad del tema.

Creo que el tema de la pena de muerte —contra lo que, a veces, se oye decir— tiene actualidad, vigencia. Al menos en aquellos países que, como el nuestro, mantienen esa pena en su escala de sanciones. Con frecuencia se alega que, al fin y al cabo, pocas veces se impone la pena de muerte, y aún menos veces se ejecuta. Y ello es cierto. Pero, con independencia de que esas pocas veces sean suficientes para sensibilizar cualquier conciencia mínimamente despierta, lo decisivo para un jurista es que la pena de muerte o cualquier otra sanción esté o no esté en el Código. Si está, su imposición será, llegado el caso, un deber-ser jurídico, es decir, una estremecedora necesidad. De ahí que para los profesionales del Derecho la cuestión no haya dejado nunca de ser apasionante, especialmente si se trata de profesionales con mayor proximidad a la problemática del Derecho Penal. Podemos tener el propósito firmísimo de darle a la

¹ Trabajo publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n° 13, fascículo 2, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, 1973.

norma la interpretación menos dura que sea posible, pero, allá en el fondo de nuestra conciencia, sabemos que la benevolencia ni es una solución jurídicamente satisfactoria ni puede permitirnos desvirtuar los términos claros y rotundos de la Ley. No debe deducirse, sin embargo, de lo anterior, que considero actual y vigente el tema sólo a nivel de especialistas. No, en absoluto. Creo que su vigencia es un hecho social. La feliz circunstancia de que la pena capital sea, entre nosotros, un acontecimiento insólito, no significa, ni mucho menos, que exista un *consensus* casi unánime favorable a su desaparición. Aunque no tenemos datos sobre la distribución de la opinión pública sobre el particular, la mera observación del entorno social induce a pensar que el número de los antiabolicionistas no es mucho menor —o quizá es mayor— que el de los abolicionistas. Lo que significa que la pena de muerte no es solamente un tema dramático de la conciencia jurídica, sino, más sociológicamente, un problema susceptible de crear en la opinión lo que suele llamarse una curva de conflicto y, llegado el caso, de conflicto apasionado.

Comienzo, pues, con la afirmación de un convencimiento personal: la pena de muerte es un tema actual, un tema que sigue siendo de nuestro tiempo.

De entrada, la constatación de este hecho nos permite ahorrarnos en este artículo la que podíamos llamar "fase de preparación emocional", para entrar en situación. No necesitamos entrar en situación, porque ya estamos en ella. No nos hace falta comenzar haciendo un inventario de, cuantos procedimientos descubrieron los hombres, a lo largo de la historia, para eliminar a los malhechores. Esa morbosa enumeración de horrores podría, con

toda seguridad, provocar la náusea y suscitar la compasión, pero no aumentaría el intrínseco interés de nuestro tema. Además, no me convence personalmente esa forma de enfocar la cuestión. No creo que conduzca a ninguna conclusión aceptable un discurso sentimentalmente estimulado. No es infrecuente oír que los argumentos contra la pena de muerte son, en su mayoría, no razones, sino alegaciones sentimentales. Ello puede ser cierto en muchas actitudes noblemente apresuradas. De forma análoga, podría detectarse también una fuerte dosis de irracionalismo en los planteamientos favorables a dicha pena. Pero, como sea, estimo un presupuesto metódico imprescindible proponerse, desde el principio, que ninguna de las "razones del corazón" se deslice en la reflexión sobre un tema tan polémico. En última instancia si la pena de muerte es injusta, no es sólo porque sea cruel. Y, en todo caso, será cruel si es injusta.

Dos coordenadas han de servirnos para situar el tema: el Derecho y el poder coercitivo del Estado. Las dos son, por lo pronto, datos históricamente ineludibles, y sin referencia a ellas, no tendría sentido nada lo que en estas líneas se va a decir.

La sociedad de los hombres se nos presenta siempre jurídicamente organizada a través de una estructura de poder que denominamos Estado. Los hombres necesitan convivir, y ello sólo es posible ordenando sus recíprocas relaciones, ajustándolas a normas que conviertan la inseguridad en seguridad, la desconfianza en confianza, la imprevisibilidad en expectativa. La creación de tales normas y la garantía de su cumplimiento suponen una institución encargada de satisfacer esa necesidad. Y tal institución —que en su forma moderna denominamos Estado— surge desde el principio investida de

poder, demandando obediencia. Nacen así, al mismo tiempo que relaciones igualitarias entre los miembros de la sociedad, relaciones no igualitarias —de supraordinación y subordinación entre la estructura de Poder, decir, el todo, y los particulares, es decir, los súbditos o ciudadanos.

Un episodio característico de estas últimas relaciones es la pena. La pena es una manifestación del poder coercitivo del Estado, que se pone en movimiento, en actitud defensiva, tan pronto como el orden jurídico-social, creado y garantizado por él, resulta transgredido. Ahora bien, esta reacción de defensa en que la pena consiste —según una primera aproximación—, no abandonada, por rudimentaria que sea la organización social al arbitrio instintivo ni a la improvisación del momento. Por el contrario, la pena —instrumento de defensa del Derecho— es, a su vez, una figura jurídica, está, en su morfología y en su sometida al Derecho. De ahí que —como antes se dijo— el poder coactivo y el Derecho nos hayan de marcar, inevitablemente, el cauce por donde discurran nuestras reflexiones.

Acaso se me reproche que, con este inicial planteamiento, abstraigo, tanto al Derecho y al Estado como a la pena, de sus históricas concreciones. Es cierto que lo hago. Pero es que pienso que la abstracción está justificada precisamente por la permanencia con que se manifiestan aquellas realidades en la historia de los hombres. No sé —lo digo con toda sinceridad— si en un primer momento de su devenir la sociedad careció de Derecho y de poder político. Tampoco sé —porque me ha sido negado el don de profecía— si en el futuro desaparecerán poder y Derecho. Lo único que me es posible verificar es la existencia de ambas cosas en toda sociedad histórica

o actualmente conocida, ya se trate de sociedades más o menos estáticas, ya se trate de sociedades cambiantes, en pleno dinamismo. La universalidad del fenómeno creo que autoriza, si no a elevarlo al plano metafísico de lo necesario, sí, por lo menos, a analizarlo desde un razonable nivel de abstracción. En otras palabras y más particularmente, si la pena de muerte ha sido utilizada en defensa de la sociedad patriarcal, de la "polis" y de la "civitas", de la sociedad agrícola y de la industrial, del orden estamental y del igualitario, de la sociedad burguesa y de la socialista, pienso que es lícito preguntarse, en abstracto, pero a la altura de nuestro tiempo, sobre la oportunidad y la justicia de esta institución.

El Derecho —esa suerte de necesidad establecida sobre la vida social— se fundamenta sobre dos principios que, como ha puesto de manifiesto recientemente Guasp² orientan de hecho cualquier figura jurídica: el principio de la paz y el principio de la justicia. Detrás de ellos se adivinan dos necesidades fundamentales de la sociedad a cuya satisfacción está llamado precisamente el Derecho: la necesidad de sobrevivir, de conservarse y la necesidad de mejorar.

Toda figura jurídica responde, en distinta proporción, a una y otra exigencia, si bien es normal que en unas tenga prevalencia la preocupación por el mantenimiento del equilibrio social y en otras prive el afán de sustituir el orden social existente por otro mejor. En definitiva, ésta es la antinomia —al menos aparente— que, como tantas veces se ha señalado, cruza el Derecho: la de ser simultáneamente

² JAIME GUASP: *Derecho*. Madrid, 1971, págs. 291 y ss.

factor de conservación y de cambio social o —dicho más clásica y esquemáticamente— la antinomia entre seguridad y justicia. En este marco de referencia hemos de examinar el tema de la pena y, más en concreto, el de la pena de muerte.

Como ya he adelantado, la pena es, sin duda, una figura jurídica primariamente inspirada por la necesidad de defender el orden jurídico-social; lo que quiere decir que en ella prevalece el principio de paz, de la seguridad. Incluso podría decirse que, en la confusa lejanía histórica de la primera articulación social, la pena aparece sólo para defender un precario equilibrio inicial. Justamente el progreso de esta institución puede medirse —como luego se pretenderá demostrar— por las huellas que va dejando en ella el afán de mejora, de cambio, de justicia, en definitiva.

Por ello, porque —incluso cronológicamente— la pena ha sido antes un mecanismo de defensa que un instrumento de justicia, me propongo analizar, por ese orden y con la debida separación, ambas finalidades, refiriéndolas, claro está, a esa forma peculiar de pena que es la pena de muerte.

Primer punto, pues, de este análisis: la pena, institución jurídica necesaria para la defensa del orden social. Ello supone, de entrada, una exigencia de racionalización que podríamos adjectivar como funcional: no es admisible cualquier pena, sino sólo aquella que es necesaria y en la medida en que lo es. La pena es forzosamente una restricción de los derechos del hombre —tiene que serlo para frenar los impulsos delictivos de muchos—, y si fuese superflua, si no fuese imprescindible para satisfacer la necesidad social que la fundamenta, dicha restricción sería odiosa, inadmisibles (se da aquí, por supuesto,

un humanismo básico según el cual la organización social existe en función de la persona y no al contrario).

Pues bien, esta consideración funcional de la pena ha servido históricamente, durante mucho tiempo, para justificar la pena de muerte, y ha de servir hoy, en mi opinión, para todo lo contrario.

Lo primero es evidente, si pensamos, por ejemplo, en la estructura jurídica de los pueblos primitivos, de la que quedan más huellas de lo que suele pensarse en el subconsciente de los pueblos de nuestro tiempo. Efectivamente, cuando la religión era todavía —sociológicamente hablando— un fenómeno de grupo, no universal, y cuando aún tenían vigencia las concepciones mitológicas y antropomórficas de la divinidad, las sociedades, de un lado, estaban sacralizadas, y las autoridades, de otro, tenían la misión de mantener al grupo en relaciones de amistad con Dios. Si algún miembro del grupo cometía un crimen y ofendía a la divinidad, la comunidad, por medio de sus jefes, se esforzaba en aplacarla, limpiando mágicamente la huella del delito. Nada tiene de particular que la forma más segura de borrar el crimen y aplacar la ira divina pareciese el sacrificio del criminal. Se diría que, en este contexto mágico-jurídico, la necesidad de la defensa social desemboca y se concreta, de forma casi automática, en el sacrificio expiatorio. Van Hentig³ se ha esforzado en demostrar que, en el origen de la pena de muerte, encontramos invariablemente un acto ritual consistente en la ofrenda de un hombre —el delincuente casi siempre, pero también, a veces, otra persona o un animal, o incluso un objeto inanimado— para aplacar con el sufrimiento

³ HANS VON HENTIG: *La Pena*, Espasa Calpe, Madrid, 1968. Tomo II, págs. 91 y ss.

miento y la muerte de la víctima la ira del Dios ofendido. E, incluso, este mismo autor ha rastreado, en las formas actuales de ejecución de la pena de muerte, residuos de arcaicos ritos sacrificiales.

Resultaría, sin embargo, demasiado fácil identificar la pena de muerte sólo con la superstición, la magia y la barbarie de la sociedad primitiva. En épocas más evolucionadas, aparecidas ya las religiones universales —fundamentalmente el cristianismo—, despojada o casi despojada la idea de Dios de adherencias mitológicas e incluso secularizada enteramente la sociedad política, la pena de muerte sigue existiendo, e inteligencias muy lúcidas la siguen defendiendo. No porque piensen todavía que, como se dice en el libro de los Números, “la sangre derramada contamina la tierra y debe ésta purificarse con la sangre de quien la derramó”, sino, mucho más sencillamente, porque consideran que no hay otro procedimiento mejor para defender a la sociedad. En este tipo de razonamiento, menos trascendente, más modesto e instrumental, creo que debe situarse el famoso argumento del “miembro podrido” de Santo Tomás⁴. Cuando el teólogo de Aquinas —empleando, por otra parte, una metáfora muy discutible— afirma que el derecho de la Autoridad a eliminar a un delincuente es análogo al que tiene cualquier persona a cortar un miembro de su cuerpo que, por estar podrido, amenace la vida del organismo entero, no hace, en realidad, otra cosa que situar, en términos adecuados, y resolver, a la altura de su tiempo, el problema de la defensa social. Sea cual sea nuestra opinión y nuestros sentimientos de hombres del siglo XX, en el siglo XIII no hay, seguramente, otra opción.

⁴ SANTO TOMÁS: *Suma Teológica*, II, 2.

Precisamente el debate sobre la abolición de la pena de muerte se plantea, en la Europa occidental, cuando se adivina o sospecha que sí hay otra opción, cuando algunos pensadores comienzan a preguntarse si el Estado no se defendería con más eficacia —o al menos con la misma eficacia—, haciendo trabajar a los delincuentes en lugar de ahorcarlos. Las primeras voces abolicionistas aluden con más claridad a lo que la pena de muerte tiene de inútil para su función defensiva que a lo que tiene de injusta. El P. Sarmiento, en España, afirmaba, a mediados del siglo XVIII: “por malvado que sea un hombre, será más útil para la sociedad vivo que muerto, si se le separa de ella en donde se le haga trabajar”. Y pocos años más tarde, Beccaria⁵, en Italia, y Voltaire⁶, en Francia, insistirían en el mismo razonamiento (“un muerto —es la frase de Voltaire— no vale para nada”).

Es explicable que sean los europeos del XVIII los que empiezan a denunciar la inutilidad de la pena de muerte y a propugnar, en consecuencia, su desaparición. Sinceramente, no creo que esta actitud pueda explicarse simplemente por su credo utilitarista y por su sensibilidad para los derechos humanos, aunque, ciertamente, la tenían. Tanto como este factor ideológico hubo de pesar una doble circunstancia objetivo-real: de un lado, el Estado de la época ya era, hasta cierto punto, capaz de crear un sistema penitenciario que recibiese y organizase el trabajo de la masa de población considerada, hasta ese momento, “carne de horta”; de otro lado, la incipiente Revolución

⁵ CESARE BECCARIA: *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid, Cap. XXVIII.

⁶ VOLTAIRE: *Comentario al libro de los delitos y de las penas por un abogado de provincia*. Incluido en la edición ya citada del libro de Beccaria.

Industrial y la racionalizada colonización de los Nuevos Mundos estaba demandando con urgencia una mano de obra disciplinada y barata que podría ser incrementada con los condenados. No se pretende con la anterior observación poner de manifiesto la índole especialmente "interesada" del humanitarismo ilustrado, sino simplemente señalar la correlación existente entre la primera ideología abolicionista y determinados hechos que, en esa misma época, están transformando la realidad social en muy diversos niveles. Correlación que, por supuesto, sólo resulta plenamente significativa desde una óptica historicista para la que la conciencia ética del hombre no es una facultad que crezca y progrese en el vacío, sino estrechamente condicionada por su circunstancia con la que mantiene una constante y enriquecedora relación dialéctica. Despojándola de su pesada carga materialista, es inevitable recordar en este punto la fecunda idea marxiana de que los valores en cuyo nombre se emprende la verdadera liberación del hombre no son nunca exteriores a la experiencia humana, sino immanentes a la historia.

Ha pasado mucho tiempo desde que el movimiento abolicionista inició su campaña contra la pena de muerte con el argumento de su inutilidad. Naturalmente, nadie piensa ya en pedir su desaparición en nombre de las necesidades de la industrialización y de la colonización. El nivel alcanzado por la conciencia moral del hombre y la misma realidad socio-económica no lo permitirían. Pero la alegación de la inutilidad es más fundada que en tiempos de Voltaire y Beccaria. El crecimiento experimentado por el Estado moderno, en los órdenes burocrático, técnico y financiero, junto con el desarrollo espectacular de las ciencias del hombre, permiten afirmar con más

razón que nunca que la autoridad social está en condiciones de aislar, tratar y recuperar a toda clase de delincuentes, convirtiéndoles en personas socialmente útiles o, por lo menos, no peligrosas. Bastaría poner en la tarea el mismo empeño, la misma imaginación y la mitad del presupuesto que se aplican a otras actividades públicas.

Mi primera conclusión, en consecuencia, es ésta: si una sociedad moderna y civilizada recurre todavía, en su defensa, a la ejecución de sus más peligrosos delincuentes, no es, en manera alguna, porque no pueda hacer otra cosa, sino, pura y simplemente, porque no sabe hacer otra cosa. Y si se puede hacer otra cosa, si hay ya otra opción menos irreparable, menos destructora, la pena de muerte, privada de apoyo en la necesidad, queda reducida a la condición de residuo histórico mantenido por la inercia, el miedo irracional o la ignorancia culpable.

Es en este marco de la discusión sobre la utilidad o inutilidad de la pena de muerte en donde se inscribe el clásico problema de su fuerza intimidativa. Aunque no es mi intención hacer la crítica de ninguno de los argumentos que se han esgrimido en favor y en contra de la pena capital, me parece no del todo inoportuno intercalar en este momento un paréntesis para examinar serenamente esta zona del debate, en la que, con demasiada frecuencia, hay más prejuicios —en el sentido de juicios previos— que examen objetivo de los hechos.

La pena es, entre otras cosas, una amenaza, explícita en la Ley, con la que se aspira a disuadir del delito a las personas de alguna forma inclinadas a cometerlo. La advertencia legal de que al delito seguirá la sanción y el mismo espectáculo de su ejecución, se piensa

que serán eficaces para alejar a muchos delincuentes potenciales de la tentación de convertirse en delincuentes actuales. A esta virtualidad intimidativa, a esta función inhibitoria, se la ha considerado siempre —y con razón— una de las más importantes finalidades de la pena. Esto es así porque, lógicamente, desde el punto de vista del mantenimiento de la paz social, interesa más que reprimir comportamientos desviados, prevenirlos, evitarlos. De ahí que a esta finalidad de la pena se la haya identificado en la teoría jurídico-penal como de "prevención general".

Los partidarios de la pena de muerte han sostenido siempre, y aún sostienen hoy, que, para determinados individuos particularmente endurecidos, sólo dicha pena es intimidante, de lo que deducen la necesidad de su mantenimiento. Los abolicionistas, por su parte, dudan de la famosa virtud intimidativa de la pena capital, y aducen como prueba que, en aquellos países en que se la ha suprimido, no han aumentado los delitos graves. Hay que decir, sin embargo, que también los primeros, los antiabolicionistas esgrimen estadísticas en apoyo de su tesis. Pero es posible que, en esta cuestión, las estadísticas no nos digan todavía mucho ni en un sentido ni en otro. En primer lugar, porque si se comparan países donde está vigente la pena de muerte con países donde no lo está, se manejan términos comparativos de significación muy distinta; se enfrentan, para comparar el efecto que en ellos tiene una misma sanción penal, grupos humanos de diversa estructura demográfica, socioeconómica, axiológica, etc.

En segundo término, porque, aun contrayendo la observación a un solo país para comparar, por ejemplo, el índice de asesinatos

antes y después de la abolición de la pena de muerte, habrá que ampliar el análisis a plazos relativamente largos para que las conclusiones sean —también relativamente— válidas; y entonces lo que ocurrirá es que estaremos posiblemente comparando épocas distintas de la historia de un mismo país, tan distintas, quizá, que la existencia o inexistencia en ellas de la pena de muerte será apenas un factor secundario que incidirá, con otros muchos y con variable importancia comparativa, en la aparición y gravedad de determinadas formas de delincuencia.

Creo, en consecuencia, que las afirmaciones genéricas sobre la mayor o menor eficacia intimidante de la pena de muerte se han de hacer, de momento, con estricta conciencia de su provisionalidad, en tanto no tengamos pruebas suficientes para verificar una u otra hipótesis. No estaría de más, sin embargo, sugerir de pasada una consulta a los descubrimientos criminológicos de la psicología profunda. Como dice Von Hentig⁷ entre lo que el legislador, el profesor y el filósofo creen que intimida y retiene al delincuente y lo que "realmente" le intimida y retiene, media un abismo. Pensemos, por ejemplo, en la hipótesis, hoy muy generalizada, de que el homicida revela en su acción un soterrado deseo de suicidio. Y preguntémosnos qué fuerza inhibitoria puede tener la conminación de la muerte sobre un psiquismo desviado hacia la autodestrucción.

Hora es ya de tomar de nuevo el hilo de estas consideraciones. Comenzaron las mismas con la afirmación de que la pena, como toda figura jurídica, responde simultáneamente a una exigencia de

⁷ Obra citada. Tomo II, pág. 129.

seguridad y a una exigencia de justicia. Me he detenido, primero, en su dimensión defensiva y conservadora, porque parece que es ella la que históricamente ha prevalecido. Y he pretendido explicitar las razones por las que pienso que, fundamentándose la pena, ante todo, en la necesidad de proporcionar paz y seguridad a la sociedad, pierde la pena de muerte sentido y consistencia a medida que aquella función puede satisfacerse de otra manera, menos irreparablemente destructiva.

Pero esto no es todo. La pena constituye también, insisto, una respuesta a la necesidad social de justicia. Si no fuera así, carecería de dignidad jurídica; sería un mero acto de fuerza, un puro gesto de poder nacido "extra muros" del Derecho, hipótesis que, desde un principio, he creído necesario descartar.

Pues bien, admitido que la pena responde a la exigencia de realizar entre los hombres el valor justicia, topamos con la segunda y más importante pregunta que problematiza nuestro tema: ¿qué significado tiene la justicia frente a la pena, o mejor, dentro de la pena? Y más especialmente, planteando el interrogante con plena radicalidad, ¿es compatible la justicia —tal y como el hombre de nuestro tiempo la siente y entiende— con esa forma absoluta y total de pena que es la pena de muerte? ¿Es ésta, en definitiva, justa o injusta?

La respuesta depende del modo como se defina la justicia, y no siendo posible abordar en este momento el estudio de la misma con toda la extensión y profundidad que su importancia demanda, será preciso acortar camino y elegir un concepto, no a título de hipótesis provisional, pero sí con el compromiso de justificar la elección en ocasión más propicia. Sin embargo —y antes de centrarme en la idea

de la justicia de la que propongo partir—, creo de gran interés aludir a una concepción nacida en el ámbito de la Filosofía del Derecho de origen liberal, emparentada, a su vez, con la Teología del Derecho protestante.

Helmut Coing⁸, uno de sus actuales representantes, concibe la justicia como valor que nos orienta en nuestra relación con el prójimo, según una regla general de igualdad. La justicia —se dice— nos exige, ante todo, ver en el otro a un igual. De ello se deduce que toda relación de poder y —consiguientemente— de subordinación, sólo se justifica en la medida en que se limita, es decir, en la medida en que se asemeja a una relación de igualdad. De ahí que la presión de la justicia sobre la pena —evidente manifestación de una relación de poder— tenga el único sentido de limitarla, de humanizarla. La justicia —dice Coing— no es el fundamento de la pena; el fundamento de la pena es la necesidad y la justicia es sólo su límite⁹.

La tesis es sugestiva y no carece de interés. Puede, además, presentarse ilustrada con un excepcional ejemplo histórico, puesto que, en una primera aproximación, la evolución de la pena en los dos últimos siglos es la historia de sus limitaciones. Desde los últimos decenios del siglo XVIII a nuestros días, hay una ruta esperanzadora, en la que se ha avanzado desde el patíbulo rodeado de las torturas más atroces al que sólo sirve para matar (aunque también torture, por supuesto), desde la ejecución pública a la practicada en secreto, de esa forma vergonzante puesta agudamente de manifies-

⁸ HELMUT COING: *Fundamentos de Filosofía del Derecho* Ariel. Barcelona, 1961, pág. 124.

⁹ Obra citada. págs. 220 y ss.

to por Albert Camus¹⁰, desde la pena de muerte conminada para una muchedumbre de delitos a la reducción de la misma para los crímenes más graves, desde su vigencia, en fin, hasta su derogación en no pocos países. Estas limitaciones de la pena —que no afectan solamente a la pena de muerte, sino a todas las manifestaciones de esta función estatal—, se han ido estableciendo a un ritmo en cierta medida paralelo al que seguían las limitaciones que iban someriendo el poder a normas de Derecho. El paralelismo, desde luego, no es muy riguroso, pero, hasta cierto punto, creo que puede decirse que la humanización del Derecho Penal ha podido ser medida con los progresos que ha ido alcanzando la democracia liberal. No se trata de establecer entre uno y otro fenómeno una relación de causalidad —las relaciones de causalidad entre fenómenos humanos son, como se sabe, demasiado aventuradas y poco científicas—, sino simplemente de señalar una correlación que puede ser orientadora: la pena se humaniza, se suaviza, se limita, en definitiva, cuando se le da a la justicia la función predominante de garantizar, frente al poder, el mayor ámbito posible de autonomía personal.

Como puede fácilmente deducirse, el interés, doctrinal e histórico, de este punto de vista sobre la justicia es muy grande. Ni qué decir tiene que en el marco de la discusión sobre la pena de muerte, esta concepción de la justicia como límite del derecho de penar lleva, por lo pronto, a postular, como primera y más elemental limitación, la desaparición de dicha pena. No obstante, creo que la tesis no es del todo convincente. En primer lugar, porque, tras ella, hay

toda una concepción del mundo político para la que el poder sería una realidad extraña al Derecho, una relación social cuya juridización sólo podría operarse desde fuera, algo sustancialmente injusto, que sólo se justificaría en la medida en que se negase; concepción que no me parece aceptable, pues el hecho social, el hecho de la convivencia, es algo positivamente valioso para el hombre, y no resulta lógico, por ello, valorar negativamente —decir que es injusto— lo que, como el poder, es inevitable para que la convivencia subsista y progrese. Y en segundo lugar, porque dicha tesis, planteando el tema de la justicia en términos demasiado abstractos, no resulta, a la larga, muy operativa. Efectivamente, afirmar que la influencia de la justicia sobre la pena se traduce meramente en la limitación de ésta, no puede llevar sino a proponer, lisa y llanamente, la desaparición de la pena —lo que, de momento, parece utópico, aun admitiendo la hipótesis de una sociedad futura no escindida— o a la vía muerta de unos vagos y estériles buenos deseos.

Es por ello por lo que pienso que la indagación en torno al sentido último de la justicia debe orientarse por un camino menos formalista y más fecundo. Y debo confesar que, después de dudarlo mucho, he elegido un camino clásico, un camino viejo y familiar; el que nos traza la definición romana y escolástica: la justicia, como hábito constante de dar a cada uno lo suyo. O vista desde otro ángulo, la justicia como valor que, realizado u objetivado en una comunidad, exige atribuir a cada uno de los miembros de la misma, las cargas y beneficios derivados de la vida colectiva que le pertenecen.

El problema, naturalmente, está en determinar qué sea “lo suyo”, el “suum” de cada uno, en qué consista ese derecho que a cada cual

¹⁰ ALBERT CAMUS: *La pena de muerte*, Emecé Editores. Buenos Aires, 1960. pág. 119.

se deba reconocer y atribuir. Pues, como dice Kelsen¹¹, con sobrada razón, aceptada la definición clásica sin ulterior determinación, se nos queda en las manos una fórmula vacía de contenido. Ahora bien, la solución del problema no está, como piensa el positivismo jurídico más estricto, en llenar ese vacío con materiales tomados del Derecho positivo; la solución no está en responder que el "suum" de cada uno viene dado, sencillamente, por lo que, en cada momento y lugar, disponen las normas vigentes. Si ésa fuese la solución, la justicia no sería sino una forma retórica de designar la seguridad; el Derecho no estaría orientado sino por el principio de la conservación y no serviría, en definitiva, sino para mantener, intacto e invariable, el orden social existente. Lo que significaría amputarle su dimensión más alta y trascendente: la de funcionar como factor de cambio y renovación.

Jaime Guasp¹², en el reciente trabajo a que antes me he referido, intentando liberarse del caparazón formalista (aunque sin conseguirlo del todo), propone darle dinamicidad a la fórmula clásica de la justicia, colocando un permanente signo de interrogación, junto al derecho que a cada cual se debe atribuir. Es decir, que para el profesor de Madrid, a fin de cuentas, la justicia viene a ser un eterno cuestionarse sobre lo justo, una continua búsqueda, un inacabable perfeccionamiento. De forma análoga, no en el plano del Derecho sino de la Ética, se pronunciaba Aranguren¹³, cuando decía que la justicia es... la lucha por la justicia.

¹¹ KELSEN: *Justicia y Derecho Natural* (dentro de la obra aparecida con el título *Crítica del Derecho Natural*; selección de Elias Díaz). Taurus. Madrid. 1966, págs. 43 y ss.

¹² Obra citada, págs. 325 y ss.

¹³ José L. ARANGUREN: *Ética*. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1959, pág. 342.

El planteamiento es agudo, y la idea va derecha al centro del blanco. La única objeción que cabe hacerle es que no recorre íntegramente el trayecto. ¿Por qué? Porque para llegar hasta el final, para hacer diana, es necesario dar el salto que el formalismo jurídico prohíbe dar. Es preciso salir de la esfera "incontaminada" del Derecho positivo y tomar contacto con el mundo de lo que Kelsen considera metajurídico. Dicho con otras palabras: cierto que la justicia es búsqueda y lucha inacabable y no aceptación pasiva de lo vigente; pero no menos cierto que para que esa búsqueda tenga un sentido y esa lucha no se entable a ciegas, la justicia necesita nutrirse de una cierta concepción del mundo y del hombre, de una cierta filosofía. Solamente una filosofía nos proporciona una escala de valores, solamente una filosofía sostiene o modifica una pauta de distribución de bienes, solamente una filosofía puede, en consecuencia, darnos una respuesta a la pregunta acuciante sobre el derecho de cada cual y orientarnos en la tarea, quizá interminable, de dar a cada uno, efectivamente, lo suyo. Esto es, en definitiva, lo que quiere decirse cuando se habla de la función crítica de la Filosofía del Derecho: quiere decirse que la Filosofía del Derecho tiene, entre otras, la misión de indagar incansablemente una referencia objetiva para el valor—justicia y empujar—con idéntico tesón—la legalidad hacia la justicia¹⁴.

Pues bien, admitida esa definición de la justicia y supuesto que el contenido material de la misma nos lo ha de proporcionar el concepto último que tengamos del hombre—que, en el marco de este

¹⁴ JOAQUÍN RUIZ JIMÉNEZ: *Protección de derechos humanos y reforma de estructuras. Cuadernos para el diálogo*, número XII, extraordinario sobre *Democracia y derechos humanos*, Madrid, diciembre 1968.

trabajo, es el proporcionado por la filosofía cristiana tal y como históricamente se ha ido configurando y enriqueciendo hasta nuestros días— ha llegado el momento de plantear la pregunta nuclear de nuestro tema: ¿cuál el derecho, el “suum” de la sociedad frente al delincuente?, y a la inversa, ¿qué es lo que le corresponde al delincuente, precisamente en su condición de tal, como sujeto responsable de este o aquel delito? Y, concretando más la pregunta, situándola al nivel que interesa en este momento, ¿puede la sociedad —y la autoridad en su nombre— decidir justamente que una persona no merece como suyo sino la muerte?, o, vista desde el otro término de la relación, ¿puede ser la muerte, la desaparición física, lo único que corresponda a una persona, puede ser que alguien no merezca, delante de los demás miembros de su grupo, sino, escuetamente, desaparecer?

Veamos, primeramente, el problema desde la perspectiva de los derechos de la sociedad, de lo que cabe atribuir a la misma como “suyo” según el concepto aquí admitido de justicia.

Los derechos de la sociedad frente al delincuente, superada la pretensión retribucionista que atribuía al Estado el poder abstracto y casi mítico de compensar el delito con la pena y restaurar así la armonía del orden jurídico perturbado, se pueden sintetizar en la articulación de un mecanismo de defensa capaz de protegerla frente a la hostilidad y peligrosidad manifestada por aquél. La forma y la intensidad de la defensa no pueden ser cualesquiera ni tampoco ilimitadas, ya que, mediante ella no se actúa sobre un objeto, sobre una cosa, sino sobre un sujeto de derechos. Los límites de la defensa vendrán impuestos, de una parte, por la propia racionalidad de la defensa. El Derecho —y dentro de él, la pena— es ordenación racional, no volición arbitraria ni

reacción instintiva. Como ya se dijo en la primera parte de la exposición, las medidas penales que la autoridad ha de adoptar en defensa del cuerpo social sólo se justifican en tanto en cuanto son racionalmente necesarias. De otra parte —y ello es ahora lo más importante, puesto que aquel otro tipo de limitaciones quedó ya señalado—, la pena impuesta a un ser consciente y libre, como es el hombre, en consideración a un acto específicamente humano, cual es el delito, que se le reprocha socialmente como producto más o menos inmediato, de su inteligencia y de su libertad (porque, en caso contrario, no se le reprocharía como acto humano), ha de tener muy en cuenta hasta qué punto tal acto es efectivamente fruto de una voluntad consciente. Porque sólo en el supuesto límite, fácticamente descartable, de una inteligencia y una voluntad desprovistas de condicionamientos extraños, el juicio de culpabilidad, de reproche social, podría ser absolutamente condenatorio y la pena consiguiente, absolutamente grave. No obstante, lo que la realidad diaria nos pone delante de los ojos —lo único que, rigurosamente hablando, nos puede poner— son seres profundamente condicionados. Prescindamos por un momento, si es posible, de los delincuentes biológica y psicológicamente anormales (quizá sería más correcto decir excesivamente anormales). Detengámonos sólo —con los ojos bien abiertos y tan limpios de prejuicios como podamos— en los que llamamos normales. No encontraremos uno siquiera que no haya sido socialmente condicionado y encontraremos muchos que han sido literalmente empujados por su contorno social. No quiero decir, de ninguna manera, que todos los delincuentes sean irresponsables o víctimas pasivas de las circunstancias. Lo único que sostengo es que tanto nosotros en nuestro comportamiento pauta-

do —si es pautado—, como ellos en su comportamiento desviado —sin duda, ellos especialmente—, tenemos muy limitada nuestra conciencia y nuestra libertad, de suerte que, aun siendo únicamente conscientes y libres y, por ello, socialmente responsables en mayor o menor medida, nuestros actos no son nunca solamente nuestros, nuestro yo no es su única fuente, por lo que ni el juicio de estima —al que nos creemos, a veces, acreedores—, ni el juicio de reproche que formulamos contra los delincuentes nos pueden ser referidos con excesivo rigor. He aquí una segunda y poderosa razón por la que la intensidad de la pena no puede ser ilimitada. Sólo un reproche máximo y objetivamente riguroso podría justificar la imposición de la máxima pena, de la máxima restricción que, para el hombre, es la muerte. Si ese reproche riguroso hasta el límite resulta empíricamente inaceptable, su consecuencia jurídica —la pena de muerte— ha de ser igualmente inaceptable.

Examinemos ahora la cuestión desde el ángulo de los derechos del delincuente frente a la sociedad y al poder. No parece necesario recordar un hecho obvio: el delincuente es un sujeto de derechos. Es más, si la pena es una institución jurídica, ha de responder no sólo a las necesidades de la defensa social, sino a las exigencias de la justicia; y si la justicia se resume en dar a cada uno lo suyo, imponiendo la pena al delincuente, se le da —se le debe dar— lo que es suyo, esto es, su derecho. Precisamente el contrasentido —o mejor, uno de los contrasentidos— de la pena de muerte es que, en último análisis, significa la admisión pública y solemne de que, en determinados supuestos, el único “derecho” de una persona —que todavía lo es— sea meramente no existir, es decir, carecer en absoluto de derechos. Esta conclusión de suponer la pena de muerte una radical negación de la

persona como sujeto de derechos, nos obliga, en buena dialéctica, a preguntarnos, antes que por los derechos del delincuente, por los derechos del hombre, sea delincuente o no; más aún, por el derecho más primario y radical del hombre.

¿Cuál es el derecho que cualquier hombre tiene como más radicalmente suyo? Sin duda de ninguna clase, el derecho de ser, más exactamente, puesto que es un ser que se hace, el derecho de llegar a ser en toda su plenitud. Dicho de otra manera, el derecho de realizar existencialmente su ser. A esa plenitud de ser le empuja y encauza su naturaleza. Y, justamente por ello, aquellas normas jurídicas que son imprescindibles para que el hombre pueda, en solidaridad con otros hombres, realizar su ser, se llaman de derecho natural o, lo que es igual, de estricta justicia. Un ordenamiento jurídico sólo se aproxima a la justicia en tanto en cuanto le proporciona a cada miembro del grupo un conjunto de presupuestos institucionales que le permitan emprender, responsablemente, la tarea de ser, acabadamente, hombre. La pena de muerte —desde este punto de vista— consiste en cortar desde fuera, irremediabilmente, esa posibilidad de plenitud ontológica que es todo hombre. No creo, en consecuencia, exagerar lo más mínimo diciendo que esa pena aleja de la justicia al ordenamiento punitivo que le hace sitio, en la misma medida en que envuelve un olvido del más elemental deber de la sociedad con respecto a cualquiera de sus miembros: el sencillo deber de dejarle llegar a ser.

Claro que esto no es todo. Porque ese deber primario de la sociedad —contrapartida de aquel derecho primario de la persona— no es más que el eslabón inicial de la íntima y complicada relación que se

traba entre individuo y grupo. El grupo no solamente tiene la aséptica y pasiva función de permitir la autorrealización de sus miembros, sino, más decisivamente, el deber de prestarles ayuda solidaria, el deber de remediar el escaso bagaje con que aquéllos cuentan, de entrada, para su aventura existencial. O, lo que es igual, los hombres tienen frente a la sociedad, no únicamente el derecho de continuar siendo, sino el de ser equipados, de hecho, para la tarea de ser en toda su plenitud. Lo que significa que la justicia no sólo ha de marcar límites al poder, sino que ha de funcionalizarlo, poniéndolo al servicio del desarrollo integral del hombre.

¿Qué incidencia ha de tener esto —que al fin y al cabo, es por casi todos aceptado— en la sanción penal? Creo que la incidencia ha de producirse a través de la inevitable consideración del delincuente como un personaje infradotado para llevar a buen término la empresa de su realización. Las taras biológicas, las desviaciones psicológicas, las determinaciones sociológicas, cuando son aprehendidas y comprendidas en toda su profundidad, obligan a aceptar esa definición del delincuente. Partiendo de la misma, el deber de ayuda solidaria que la sociedad tiene con respecto a cualquiera de nosotros, adquiere mayor importancia, mayor urgencia. ¿Desembocaremos, con esto, en el famoso "Derecho protector" que, como sustitutivo del viejo Derecho Penal, previó, hace ya muchos años, aquel gran visionario que fue don Pedro Dorado Montero?¹⁵ No lo sé. Personalmente, y de momento, no me atrevo a llegar tan lejos. Además, mi propósito no es plantear ahora, en toda su extensión, el tema de la

¹⁵ PEDRO DORADO MONTERO: *El Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1918.

reforma del Derecho Penal, sino el de la permanencia o desaparición de una pena concreta y determinada. Lo que sí pienso es que, partiendo de los que he llamado derechos del delincuente, que no son, en realidad, sino derechos de todos los hombres, las penas han de ser —¡qué duda cabe!— intimidantes, han de suponer, naturalmente, la restricción de importantes derechos, pero han de servir, al mismo tiempo —y aquí habría que recordar de nuevo las enormes posibilidades de tratamiento que un Estado moderno, ética y científicamente orientado, tiene a su alcance— para equipar adecuadamente a los sometidos a ellas, para una vida noble y fecunda... Se dirá, acaso, que algunos de los que cometen los más graves delitos, ya lo habían recibido todo antes de su crimen. No sé hasta qué punto esta afirmación podría mantenerse sobre datos empíricos e imparcialmente observados. Pero si, en algún supuesto, nos pareciese responder a la verdad, el deber de ayuda subsistiría. Habría que esforzarse, entonces, en poner las bases de una nueva personalidad. Y es claro que esto no se consigue eliminando el presupuesto irremplazable de la personalidad que es la vida. Mantener esta última solución —la de la eliminación— implicaría que, o se tiene por imposible la renovación del delincuente —al que se reputaría un ser absolutamente perdido y sin futuro—, o se piensa ha alcanzado ya su plena realización o, lo que es igual, que ya está salvado, definitivamente hecho. Y ninguno de estos dos juicios —que, por ser auténticamente finales, autorizarían, quizá, a poner fin a la peripecia humana en la tierra— puede formularse por hombre alguno. Porque ambos juicios tienen como contenido nada menos que la lejanía o la proximidad del hombre con respecto a su idea ejemplar en Dios. Y es claro que sobre ello

nadie puede decir una sola palabra que no sea irremediablemente insensata.

Unas breves —y acaso superfluas— puntualizaciones finales. A lo largo de las anteriores consideraciones se ha intentado razonar una actitud resueltamente contraria a la pena de muerte, situando los argumentos a un doble nivel: el de la oportunidad histórica y el de la justicia. El uso de esta doble perspectiva no supone, en modo alguno, que puedan plantearse con recíproca independencia las cuestiones que desde una y otra se advierten. Especialmente, no supone que, frente a un criterio relativo y concreto, como el de la necesidad, pretenda utilizarse otro abstracto y ahistórico, como el de la justicia. Ni el hombre de hoy ni el de ninguna otra época, pasada o por venir, puede evadirse de su concreción temporal y elevarse a un conocimiento absoluto e incondicionado de lo justo. Por el contrario, qué sea lo justo y lo injusto es algo que se va desvelando, progresiva y laboriosamente, a la conciencia a medida que la humanidad progresa, según el plan divino. Por ello, la definición de la justicia está siempre en función de una constelación de factores que limitan, más o menos estrictamente, el vuelo axiológico del hombre. La justicia, pues, es un valor de contenido variable o, quizá mejor, un valor —nunca plenamente aprehendido—, cuya definición está sometida a la constitutiva variabilidad de las circunstancias históricas. Según esto, afirmar, como se ha hecho en este artículo, que la pena de muerte no es ni necesaria ni justa no significa sostener, sucesivamente, que la misma no es necesaria “hoy” ni ha sido justa “nunca”. El “hoy” como categoría temporal ha de proyectarse tanto sobre el juicio de oportunidad como sobre el juicio de valor. En rigor, este segundo juicio viene decisivamente condicionado

por el primero —efectivamente, si la pena de muerte “ya” no es necesaria, resulta muy difícil admitir que “siga” siendo justa—, pero, además —y ello es lo decisivo—, el juicio de valor aquí admitido y del que se ha partido para elaborar la crítica de esa pena no es otro que la idea de justicia que los hombres de nuestro tiempo y de nuestra cultura han llegado a descubrir. Es desde ella, como creo debe llegarse a la conclusión de que la pena de muerte no es justa.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

La pena de muerte en España¹

1. Aplicación y formas históricas de ejecución

La historia de la pena de muerte en España hasta la Codificación, no ofrece diferencias sustanciales con la descrita sucintamente en el capítulo primero del presente estudio, en lo referente a la profusión de su aplicación y a la semejanza en los métodos o formas de ejecución de la misma empleados.

Por ello, van únicamente a resaltarse aquellas particularidades de cierta importancia que se observan en el devenir histórico del castigo capital en nuestra patria, al objeto de poseer una panorámica más concreta a ella referida exclusivamente.

Siguiendo, entre otros, a Bernaldo de Quirós², Cuello Calón³, Ruiz Funes⁴ y Tomás y Valiente⁵ diremos que hasta los siglos XII y XIII parece ser que los pueblos primitivos, la España romana y el Fuero Juzgo (siglo VII), aplicaban la pena de muerte a delitos tales como el patricidio, homicidio de parientes, aborto homicida, traición e incendio, y sus formas de ejecución eran el despenamiento,

¹ Texto publicado en la obra *No a la pena de muerte. Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1975.

² BERNALDO DE QUIRÓS, *El Derecho penal de Castilla en la Edad Media*, en «La Administración», 1897, págs. 301 y siguientes.

³ CUELLO, 1920, págs. 75 y sigs. y 1958, págs. 210 y siguientes; el mismo: Contribución al estudio de la pena de muerte en España, en «Anuario de Derecho Penal», 1957, páginas 9 y sigs.

⁴ RUIZ FUNES, Progresión histórica de la pena de muerte en España, en «Revista de Derecho público», III, 1934, páginas 193 y sigs.

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, págs. 381 y sigs.

la lapidación, la crucifixión o el fuego, mencionando en concreto Estrabón (3,3) y Dorado Montero⁶ como el despeñamiento y la crucifixión eran los métodos ejecutivos de los celtíberos y, en general, de los primeros pobladores.

Por su parte, el Fuero Juzgo (4,17,2) conoce el arrastramiento del reo como penalidad suprema, lo cual perdurará en la *Novísima Recopilación* (12, 21, 2-3 y 10).

Los Fueros municipales⁷ establecen nuevos sistemas de ejecutar la pena de muerte, y así la horca para el delito de robo se aplica en el de Salamanca y en el de Madrid, el despedazamiento del traidor «miembro a miembro» en el de Béjar, el enterramiento en vida debajo del cadáver de la víctima se impone al homicida en los de Jaca y Plasencia, mientras que la muerte por «hambre, sed o frío» al homicida del propio vasallo se autoriza en la Compilación de Huesca, manteniéndose la lapidación, el quemar vivo y el despeñamiento como otras formas de ejecución.

La muerte por azotes también se ha citado como procedimiento capital en la Barcelona del siglo XVI, presentando similar dureza a este respecto, el Libro de las Costumbres de Tortosa (6,9 De forca).

Las partidas conservan algunos de estos suplicios anteriores, excepto la lapidación, y aportan, por su parte, el cortar la cabeza con espada o cuchillo —no con hacha u hoz de segar—, y el arrojar al delincuente a las bestias bravas («damnatio ad bestias» del Derecho romano).

⁶ Cfr. DORADO, *El Derecho penal en Iberia*, Madrid, 1901, págs. 21 y 22.

⁷ Sobre este tema, vid. también: ORLANDIS, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en «Anuario de historia del Derecho español», 1947, págs. 83 y siguiente de la separata.

Transcribamos los preceptos del Código alfonsino, en este sentido: «Quando se imponga la pena de muerte, se ha de executar con espada, cuchillo u horca, quemando o echando a las bestias bravas al reo, y no cortándole la cabeza con hacha, u hoz, ni apedreándole, precipitándole o crucificándole» (7, 31, 6). Con anterioridad, ya se había manifestado que la sanción capital es el «primer género de pena» (7, 31, 4).

Admitido en las Partidas el tormento (7, 31, 7), una tercera reminiscencia importante del ordenamiento jurídico romano conservan las mismas: la durísima pena del «culleum» (7, 8, 12) que se impone a los parricidas.

Hasta el siglo XVI los llamados «casos de Hermandad» —raptos de doncellas y monjas, robo en despoblado, etc.— se castigan con el asañamiento (*Novísima Recopilación* 8, 13, 7), nueva forma de ejecución capital que se realizaba como un concurso de puntería, tomando parte quienes lo desearan, y ofreciéndose premios en metálico de veinticuatro maravedíes a los que acertaban con sus flechas en el corazón del reo, y un castellano de oro a los que no, castigo que fue muy «popular» en nuestro país y que hace decir a un cronista extranjero en 1466 que «no se suele ahorcar en España..., sino que unos ballesteros disparan contra el malhechor atado a un poste». Tan duro es el castigo, que Carlos I ha de disponer que antes de procederse a la ejecución capital así descrita, se estrangule al reo (*Novísima Recopilación* 8, 13, 46).

La severidad penal de este período contrasta así, de otro lado, con el impune y aún amparado mantenimiento en la práctica, hasta el siglo XV al menos en Castilla y Cataluña, de los «malos usos» o

privilegios señoriales, disfrutados a costa de los campesinos, payeses de «remensa», servidores o sometidos, cuales el «derecho de perna-da» o «dret de cuixa» («ius primae noctis») y el «dret de maltractar al pages» («ius maletractandi»).

Durante los siglos XV, XVI y XVII se decapita a los reos de alta traición con cuchillo y con hacha, contra el precepto de las Partidas, quemándose en la hoguera a los reos del «pecado nefando» (sodomía) y del «crimen bestialitatis» (comercio carnal con animales) y, desde luego, a los herejes, heterodoxos y brujas, castigo que se aplicó por última vez en 1781, y simbólicamente, muy entrado el siglo XIX en el año 1826 (caso Ripoll).

Hasta entonces, la Inquisición española⁸ con sus Autos de Fe (como el pintado por Rizi en Madrid en 1680) y sus posteriores llamas, han simbolizado la ejecución de la pena capital en nuestro país, aunque la hoguera fue también la muerte reservada a los monederos falsos durante este período.

Durante el mismo, a los envenenadores y salteadores de caminos se les arrastraba y ahorcaba, al igual que a los reincidentes «al tercer hurto», e incluso a los autores del simple en la capital (Pragmática de 1734, que volveremos a citar), mientras que a los parricidas se les sigue aplicando la pena del «culleum» romano, que se mantuvo hasta 1838, última vez en que se ejecutó, en forma simbólica, en Barcelona pintando en el arca que contenía los cadáveres de los reos

⁸ Sobre la misma, vid., por todos: CIRAC, Los procesos de hechicerías en la Inquisición de Castilla la Nueva. Madrid, 1942; TUBERVILLE, La Inquisición española. México, 1960; ALONSO TEJADA, Ocaso de la Inquisición en los últimos años del reinado de Fernando VII. Madrid, 1969.

culpables del expresado delito un mono, un gallo y una serpiente, arrojándose posteriormente todo el conjunto al mar.

Un testigo directo de la época, el padre Pedro de León, que asistía a los condenados en la Sevilla imperial (1578-1616), nos da noticia de las diversas maneras de cumplirse las sentencias de muerte a lo largo de aquel período: descuartizamiento, horca, fuego, asaeta-miento (si el reo es mujer, muere ahorcada), degollamiento (en los nobles, si es delito alevoso), entonellamiento (parricidas), etc., mencionando en el año 1615 como se llegó a dar muerte a un cadáver⁹.

No puede sorprendernos lo mencionado en último término por el buen sacerdote, pues todavía en Barcelona el 13 de julio de 1855 se da garrote al cadáver del coronel Durana, reo del homicidio de una conocida baronesa, que la noche de la víspera se había suicidado en su celda¹⁰.

En toda la época histórica hasta aquí examinada, la represión penal es tremenda. Tanto que comienza a chocar notoriamente con la sensibilidad jurídica del pueblo y de los magistrados.

Felipe V, en Real Pragmática de 23 de febrero de 1734 ordena que se imponga la pena de muerte al mayor de diecisiete años que hurtara en la Corte su rastro, precisando: «sin arbitrio para templar o conmutar esta pena en alguna otra más suave y benigna» (*Novísima Recopilación*, 12, 14, 3), mas el Consejo de Castilla no aplica la severa disposición y sobre la impopularidad de la misma entre los

⁹ Cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Crisis y decadencia de la España de los Austrias*. 2ª ed. Barcelona, 1971, págs. 40 y sigs.

¹⁰ Cfr. DE ARCE, *Tribunal de la muerte*. Barcelona, 1973, páginas 141 y sigs.

Tribunales de justicia nos da buena noticia la propia *Novísima Recopilación* (12, 14, 5 y 12, 14, 6).

Por último, durante los siglos XVIII y XIX hay que destacar la pena de muerte ejecutada mediante descuartizamiento impuesta a los bandoleros por las Pragmáticas Reales, con exhibición de sus «cuartos» en diversos puntos de la ciudad o del camino que conoció sus «hazañas».

El fenómeno del bandolerismo¹¹ —una estricta reivindicación social en la mayoría de las ocasiones en su origen— se viene combatiendo con la pena de muerte, ejecutada con publicidad y mediante ahorcamiento, decapitación, degollamiento y descuartizamiento, desde que aquél hizo acto de presencia en el campo andaluz o catalán, si bien los resultados son, como era lógico y previsible, desalentadores, desde el equivocado punto de vista gubernamental.

Victoria Sau menciona cómo las primeras manifestaciones de este fenómeno, objeto de su estudio, han de situarse en el año 1543, pues el 12 de julio fueron sentenciados a muerte y ejecutados doce bandoleros de una sola vez; y a continuación añade: «Dicha medida no sólo sirvió de escarmiento sino que encendió más los ánimos»¹².

Desde entonces, la larga serie de sucesos —y represalias— sangrientos es inagotable, rivalizando perseguidos y perseguidores en hechos criminales, culminándose el inagotable capítulo con las postreras ejecuciones ejemplarizadoras.

¹¹ Sobre el bandolerismo español vid, por todos, y referido a sus específicas peculiaridades, BERNALDO DE QUIRÓS-ARDILLA, *El bandolerismo andaluz*, ed. Madrid, 1973 y *El Catalán, un bandolerismo español*, Barcelona, 1973.

¹² Cfr. SAU, pág. 11.

En 1781, el 30 de marzo es arrastrado ahorcado y descuartizado («hecho cuartos por los caminos») Diego Corrientes, según el habitual procedimiento al uso en estos años en Andalucía hasta 1798.

Con el nuevo siglo, el mecanismo no experimenta variación alguna, sufriendo similar muerte el 18 de agosto de 1817 y el 7 de febrero de 1818 los «Niños de Ecija». En 1831 (Legajo de la Real Chancillería de Granada número 418-7) es sentenciado José María Hinojosa Rodríguez, alias «El Tempranillo» —que posteriormente obtendrá el perdón del Rey— a la pena de ser arrastrado y morir en garrote vil, siendo, además, su cadáver, «hecho cuartos y puestos por los caminos y lugares» donde delinquiera; y, en fin, el 13 de diciembre de 1832, en Sevilla, muere agarrado y descuartizado José Rojas, alias «Veneno».

También esta penalidad es la que se aplica a los delincuentes políticos, especialmente comuneros, tal y como se venía haciendo desde el siglo XVI, registrándose la última ejecución de esta clase en el año 1824 en la persona de Gregorio Iglesias. Un año antes, por sentencia de 5 de noviembre, había sido condenado a morir en la horca, previo arrastramiento y posterior desmortizamiento, el general Riego.

Junto a estos castigos «legales», otros más arbitrarios han hecho su aparición a lo largo de estos siglos.

De esta forma a los enemigos políticos del poder real se les ha cocido en hornos y calderas, especialmente en el siglo XIII, o se ha permitido la captura «vivo o muerto» («alvalá» o «talla») de cualquier presunto delincuente rebelde, según Reales y numerosas Pragmáticas, en los siglos XVII y XVIII.

Centurias antes, el rey don Fernando hace descuartizar por tiro de caballos, en Barcelona, a un loco, Juan de Cañamas, que le hirió levisísimamente el 7 de diciembre de 1492, castigo desconocido en nuestras leyes —«muy crudelísima muerte» la califica el cronista—¹³, pero no en Europa ni para el monarca «católico»¹⁴, y que volverá a repetirse en Cuzco en la persona de Tupac Amaru en el año 1781.

Asimismo, en Barcelona, hay noticia de que un desconocido, en el año 1797, fue ajusticiado siendo arrastrado por un caballo, a cuya cola fue atado.

Finalmente, cerrando ya el presente epígrafe, y en esta línea de muertes no previstas por las disposiciones penales vigentes, con anterioridad, en el siglo XVI, se asesina en la cárcel al comunero Conde de Salvatierra, abriéndole las venas¹⁵.

2. La Codificación: el garrote y el fin de la publicidad de las ejecuciones capitales

En el período inmediatamente anterior a la Codificación de nuestras leyes punitivas, van lentamente desapareciendo los crudelísimos castigos hasta aquí mencionados.

¹³ Cf. BERNÁLDEZ, *Historia de los Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel*, ed. Madrid, 1946 (1ª ed. Sevilla, 1869).

¹⁴ Vid. también: BERNALDO DE QUIRÓS, *Archivo de criminología: Los reglidos españoles*, en «Policía española», 16-71 2-8-1935, págs. 13-14/13-15, respectivamente, y genéricamente sobre el tema: FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Referencias y transcripciones para la historia de la literatura política de España. La razón de Estado; el tiranismo; el derecho de la resistencia al Poder*, Madrid, 1925.

¹⁵ GIBERT, *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1971, pág. 269 señala como, al parecer, «el proceso que se había instruido fue quemado».

Ya el ministro ilustrado Roda¹⁶, en Consultado Oficio de 1776, había señalado la conveniencia de suprimir, como se hace «en algunos pueblos cultos», la pena capital, conmutándola por otro «castigo de duración», y si bien su empeño no alcanza el objetivo deseado, y pese a las prácticas extralegales, Lardizábal, años después, puede atestiguar que la pena de muerte se reduce a ejecutarse en España mediante garrote, horca y arcabuceo para los militares¹⁷.

El garrote gana carta de naturaleza en esta época como método de ejecución capital.

De probable origen chino, al decir de Scott¹⁸, es de antiguo conocido en nuestra patria y utilizando, hablándose de su empleo en el siglo XVI.

En el siglo XVII, el cronista Barrionuevo lo describe como «instrumento ingenioso con que a dos vueltas de tornillo, en un abrir y cerrar de ojos, se está en la otra vida»¹⁹ —lo que no es tan exacto, pues ocasión hay en que la muerte tarda en llegar hasta treinta minutos por la impericia del verdugo o la fortaleza y resistencia del reo—, mientras que Antón nos ratifica cómo su dominio fue debido a la pobreza de la Administración española, compatible con la sencillez del aparato, para el cual bastan, sin necesidad de mayores

¹⁶ Cf. SEMPERE Y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid, 1785-1789. III, págs. 167 y sigs y 174 y 175.

¹⁷ Vid. LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, ed. 1967, pág. 116 (por Antón), en el original «Discurso», págs. 186 y 187.

¹⁸ SCOTT, pág. 159.

¹⁹ «Avisos» de los días 15 y 19 de agosto de 1654; sobre las ejecuciones habidas en Madrid en el siglo XVII, vid. Los «avisos» de Pellicer, Madrid, 1790, y de Barrionuevo, Madrid 1891-1894, recopilados por González Palencia, Madrid, 1942.

perfeccionamientos posteriores, una cuerda y un palo que sirva de torniquete²⁰.

Sea por este motivo, o por el también apuntado y popular de que se producían profusas y sospechosas roturas de la cuerda en las horcas que iban a colgar a los reos, previa compra del verdugo, el garrote es el método ejecutivo elegido por Fernando VII.

Introducido en nuestra legislación por Real Decreto de 24 de abril de 1828 y Real Cédula del día 28 de idéntico mes y año, existían tres modalidades del mismo: garrote ordinario, para las gentes del «estado llano»; noble: para los «hijosdalgo» y vil, para los reos de delitos infamantes —manteniéndose la desigualdad ante la muerte, reconocida en el Derecho de los siglos anteriores: hacha para el noble; horca para el plebeyo—, y todo ello a tenor de la Real Cédula citada, «dada en Aranjuez», cuyo texto dispositivo es el siguiente:

«Que con fecha en Aranjuez, a veinte y cuatro de este mes he dirigido, señalado de mi Real mano al Decano de mi Concejo, el Real decreto que sigue: Deseando conciliar el último e inevitable rigor de la justicia con la humanidad y la decencia en la ejecución de la pena capital, y que el suplicio en que los reos expían sus delitos no les irroque infamia cuando por ellos no la mereciesen, he querido señalar con este beneficio la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina, mi muy amada esposa; y vengo en abolir para siempre en todos mis dominios la pena de muerte

en horca; mandando que en adelante se ejecute en garrote ordinario la que se imponga a personas del estado llano; en garrote vil la que castigue los delitos infamantes sin distinción de clases, y que subsista, según las leyes vigentes, el garrote noble para los que correspondán a la de los hijosdalgo. Tendráse enterado en mi Consejo Real y dispondrá lo necesario a su cumplimiento».

El Código penal de 1822 ya había recogido esta fórmula de estrangulamiento como método de ejecución capital en su artículo 38, disponiendo que la muerte se efectuará «en garrote, sin tortura ni modificación alguna»²¹.

Se destierra así de la legislación española la horca, aunque fue restablecida, de manera transitoria y por última vez, y ampliamente empleada, en la reacción absolutista de los años 1823-1824.

El Código de 1848 establece definitivamente el garrote y así dispone en su artículo 89 que «la pena de muerte se ejecutará en garrote y sobre un tablado», artículo que con el número 102 pasa al Código de 1870.

Reformados por la Ley 9 de abril de 1900, los artículos 102 y siguientes del último texto punitivo citado, en relación con este tema, decían textualmente:

«Art. 102. La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo, y a las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa o nacional.

²⁰ Cfr. ANTÓN, La pena de muerte en la Edad Contemporánea, en «Triunfo» extra 1971 cit., pág. 37 y el razonamiento es de SALILLAS, Una página histórica fotografiada. La ejecución de Angiolillo, en «Revue Hispanique», XIX, 1908, págs. 135 y sigs./149.

²¹ Sobre el tema, en general, véase: MARTÍ SORO, La pena de muerte en los Códigos penales españoles, en «Boletín de información», Ministerio de Justicia, 25-7-72, págs. 3 y siguientes.

Art. 103. Hecha la notificación expresada en el artículo anterior, la Autoridad judicial encargada del cumplimiento de la sentencia dispondrá que el reo sea instalado en lugar de la misma prisión, y no permitirá que comuniquen con el condenado sino las Autoridades superiores de la localidad, el Fiscal del Tribunal sentenciador o su delegado, los Sacerdotes o Ministros de la religión e individuos de Asociaciones de caridad que hubieren de auxiliarle, el Médico de la cárcel, un Notario si el reo quisiere otorgar testamento o ejecutar cualquier acto oral, y los funcionarios públicos y personas que sean absolutamente indispensables para realizarlos, y mediante expreso consentimiento del reo, su representación y defensa en la causa, e individuos de su familia o cualquiera otra persona que por circunstancias especiales obtuviesen permiso de la Autoridad judicial al prudente arbitrio de ésta.

Art. 104. Asistirán al acto de la ejecución el Secretario judicial designado al efecto, los representantes de las Autoridades gubernativa y municipal, el Jefe y empleados de la prisión que el Jefe designe, los Sacerdotes o Ministros de la religión e individuos de las Asociaciones de caridad que auxilien al reo, y tres vecinos designados por el Alcalde, si voluntariamente se prestasen a concurrir.

En el momento de la ejecución se izará, en parte visible desde el exterior de la prisión, una bandera negra, que se mantendrá ondeada durante todo el día.

El cadáver podrá ser entregado para su inhumación a la familia del reo, y, en su defecto, a personas piadosas.

El entierro no podrá hacerse con pompa.

Para acreditar la, ejecución de la pena, se extenderá acta sucinta del hecho, que suscribirán las personas que la hubiesen presenciado, y se publicará en el Boletín Oficial de la provincia.

La Autoridad judicial observará y hará guardar y cumplir todas las disposiciones referentes a la ejecución».

Posteriormente, el Código penal de 1928 se remite en cuanto a la ejecución de la pena de muerte a lo que dispongan los Reglamentos, e igual hace el de 1944 y actual, en su artículo 83, Reglamento que no es otro más que el de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 y reformas posteriores, que en su artículo 46 sólo dice que la sentencia capital se ejecutará con arreglo a la Ley, por lo que no menciona el método de producir la muerte, aunque que sigue siendo el garrote el empleado²²

La ejecución desde un principio hasta el Código penal de 1870 (Ley de 1900), tuvo ocasión de día y con publicidad (por ejemplo art. 40 del texto de 1822), en señaladas fiestas, con solemnidad y en lugares tales como la Plaza Mayor y la de la Cebada de Madrid (hasta el año 1890) o en el Puente de Toledo de nuestra capital, y en Barcelona, en el Patio de los Cordeleros, hasta 1897.

Impuesta en el Derecho histórico la publicidad en la ejecución, tanto en el Fuero Juzgo (7, 4, 7) como en las Partidas (7, 31, 11), en la España de los siglos XVI y XVII el patíbulo se erigía, en ocasiones, allí donde se cometió el delito, elección que buscaba el efecto

²² Vid. Sobre los temas aquí tratados, el reciente trabajo de MARTÍ SORO, *La pena de muerte en España: su ejecución en garrote en «Pretora», mayo-junio 1973, páginas 29 y sigs.*

intimidante y ejemplarizador del castigo, si bien la plaza mayor de la ciudad o la del mercado, o las puertas de aquella, son el lugar habitual y preferido para la ceremonia ejecutiva.

Las costumbres que rodean a ese día son similares a las estudiadas en el extranjero por aquella época y así, entre otras, también el reo habla al público por última vez en su vida y el verdugo que va a ajusticiarle le pide perdón.

La publicidad en las ejecuciones capitales pasa a nuestra Codificación, se dice, para evitar los rumores del pueblo que hablaban de perdones clandestinos de determinados reos por elevados intereses políticos, pero la doctrina española especializada se muestra reiteradamente en contra: Concepción Arenal²³ y Pulido²⁴, en sendas obras, atacan la exhibición popular de la muerte.

A su indudable influjo, las ejecuciones se retiran al interior de los patios de las prisiones: así lo recoge el artículo 104 del Reglamento de la Celular de Madrid de 23 de febrero de 1894 y posteriormente la Real Orden de 24 de noviembre de aquel mismo año. Finalmente, la ya citada Ley de 9 de abril de 1900 (Ley Pulido) consagra aquel civilizado principio y oculta la sangrienta visión a los ciudadanos.

Todavía una especie de publicidad viene a admitir el Reglamento de Prisiones de 10 de diciembre de 1928 cuando, en los días de ejecución, hacia ondear al viento una bandera, adosada al estableci-

²³ ARENAL, *El reo, el pueblo y el verdugo, o la ejecución pública de la pena de muerte*. Madrid, 1867 y en «Obras completas». XII, Madrid, 1896, págs. 141 y sigs. y 154 y sigs.

²⁴ PULIDO, *La pena capital en España*. Madrid, 1897.

miento de tal forma que pudiera ser vista desde el exterior, lo que se suprime en el Ordenamiento carcelario de 5 de marzo de 1948 y no se menciona en el actual.

Hoy, dentro del establecimiento penitenciario, como señala el citado artículo 46 del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones, se cumple la sentencia de muerte a las diez horas de su notificación al reo, indicándose las personas que pueden estar presentes exclusivamente.

Con la Codificación desaparece el dejar los cadáveres de los condenados en exposición y para pasto de alimañas, admitiendo los Textos penales de 1822, 1848 y 1870 que el cuerpo de los reos sea entregado a los familiares, si lo desean, para enterrarlo sin pompa, como sucede en la actualidad.

Asimismo, en todos los Códigos se dispone, con precedentes en el Fuero Real (4, 5, 2) y las Partidas (7, 31, 11), que no se ejecutará la pena de muerte en mujer embarazada o encinta, notificándosele la sentencia, en todo caso, a los cuarenta días después del alumbramiento (art. 83 del Código actual).

Con la Codificación terminan, por último, las costumbres referentes al indulto al reo que es pedido en matrimonio en el instante de la ejecución por una prostituta (romances de «la Azevedo» de «Pava», siglo XVI), o que en el camino al cadalso se cruce con un cardenal el cual ponga su sombrero en la cabeza del condenado, así como el perdón, la mayoría de las veces popular, no refrendado en ocasiones legalmente, en el caso de rotura de la cuerda con que iban a ahorcarle, mencionando Larra todavía en 1835/1836 la permanencia de la «salve carcelaria» que can-

tan el día de la ejecución los compañeros del reo condenado a muerte²⁵.

3. El verdugo²⁶

Lo que no desaparece con la Codificación ni en la época actual en España es la figura del verdugo, personaje que señala Cuello es mencionado por vez primera («berdugo») en el año 1340 en la repoblación de Garrovillas por disposición de Alfonso XI creando tal puesto²⁷.

Reconocido posteriormente por los Reyes Fernando e Isabel y los Austrias, ostenta los mismos derechos que su colega extranjero: tomar las vestiduras de los condenados, los alimentos del mercado, etcétera como ya se ha hecho referencia anteriormente, e incluso son de señalar famosas dinastías de los mismos: Carnero en La Coruña, Pérez-Sastre en Madrid, González en Zaragoza y Osuna en Sevilla, mencionándose, en fin, cómo era oficio escaso de sueldo hasta los siglos XVIII y XIX en los cuales llegaron a cobrar más de diez mil reales al año, lo que nos da una idea aproximada de la cantidad de ejecuciones que se producían.

Del «sayon» (militar) y el «andador» (alguacil), se pasa al cargo y nombre genérico y popular de «verdugo» en la época contempo-

ránea, regulándose su «status» legalmente por Real Orden de 16 de diciembre de 1896.

Famosos verdugos españoles serán Gregorio Mayoral²⁸, el de Burgos, y Casimiro Municio, el de Madrid, único en activo al estallar nuestra guerra civil.

En la década de los años cuarenta, no menos conocidos son el de Valladolid, Florencio Fuentes, y el de la Capital, Cándido Cartón, y con ellos enlazamos con los tiempos actuales con la promulgación de la Orden Ministerial de 29 de septiembre de 1948 sobre «ejecutores de sentencias de pena de muerte», de los que crea cinco plazas en España (Madrid, Antonio, Barcelona: Vicente y Sevilla: Bernardo) de las que no se cubren dos (La Coruña y Valladolid).

He aquí el texto de la disposición legal mencionada:

«1º El número de Ejecutores de sentencia para el territorio nacional e islas Baleares y Canarias será el de cinco, que tendrán su residencia en las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Sevilla, La Coruña y Valladolid, pudiendo ser desplazados adonde las necesidades del servicio lo requieran, por acuerdo del Ministerio de Justicia, según las circunstancias y urgencia lo precisen.

2º Las Salas de Gobierno de las Audiencias antes mencionadas en que no exista Ejecutor de la Justicia procederán con la mayor diligencia a realizar la propuesta de dichos funcionarios para que puedan verificarse los nombramientos por este Ministerio.

²⁵ Cfr. LARRA, *Artículos políticos*, ed. Madrid, 1967, páginas 232 y 290.

²⁶ Sobre este tema, además del artículo de SUEIRO ya citado («Cuadernos» extra, diciembre 1971), *vid.* el libro del mismo autor *Los verdugos españoles*. Madrid-Barcelona 1971, fundamental para el conocimiento del ejecutor de la justicia en nuestra patria y en mi opinión, no sólo el más acabado de cuantos ha escrito el gran periodista, sino uno de los mejores publicados sobre el tema; también: MONTSERRAT, *Ensayo sociológico sobre el verdugo*, en «Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios», 70, 1951.

²⁷ CUELLO, 1958, págs. 236 y 237.

²⁸ *Vid.* el originalísimo trabajo de SAMPERIO, *Una tarde con Gregorio Mayoral, verdugo de Burgos*, en «Papeles de Son Armadans», 1964, págs. 309 y sigs.

3° Los Ejecutores de Sentencias percibirán como remuneración por sus servicios la cantidad de 6.000 pesetas anuales, o aquella que pueda determinarse en lo sucesivo por este Ministerio, con cargo a la consignación existente en los presupuestos generales del Estado, sección séptima, capítulo tercero, artículo primero, grupo segundo, concepto único.

4° Los nombramientos se realizan, por el Ministerio de Justicia, a propuesta de las respectivas Salas de Gobierno, y deberán ser verificados y mantenidos en el más riguroso secreto.

5° Hallándose en la actualidad provistas las plazas correspondientes a las Audiencias de Madrid y de Valladolid, lo determinado en el apartado segundo de esta Orden se entenderá exclusivamente de aplicación a las Audiencias de Barcelona, La Coruña y Sevilla.

6° Queda derogada en todos sus efectos la Real Orden de 16 de diciembre del año 1896».

Hoy el sueldo viene a ser de unas 6.000 pesetas al mes, con dietas de 10.000 pesetas por ejecución, y es que en todo hay categorías, pues al igual que el verdugo inglés recibía unas 15 libras y el norteamericano oscilaba entre los 125/400 dólares por día de ejecución, las dos familias de ejecutores de Uttar Pradesh (India) se han de contentar hoy con una botella de licor por ahorcamiento y un sueldo de 1.529 pesetas/mes, lo que motiva su descontento²⁹.

²⁹ Vid. «Ya», 31-5-74; por su parte BERGASA en *El proceso de la Mano Negra*, en «Historia y Vida», agosto 1974, página 26 nos revela como aún en 1884 los verdugos españoles recibían una onza de oro por cada agarrado.

En nuestra patria el verdugo actúa por últimas veces en 1959 (caso Jarabo), 1963 (casos Delgado y Granados), 1966 (casos Gil Guirado y Romero), y aún en 1974 (casos Puig Antich y Chez), como volveremos a citar, y pese a la «maldición» que Daniel Sueiro ha revelado conlleva el cargo³⁰, muriendo violentamente o suicidándose algunos ejecutores en el siglo XX (Pérez Cicario y Muñoz, de Barcelona; «Bartolo» Casanueva, de Sevilla; o Fuentes de Valladolid), y a lo que en sí significa, es empleo al que no parecen hacer muchos reparos determinadas personas, cuando en el verano de 1972, con ocasión de quedar vacante la plaza de verdugo de la Audiencia de Sevilla, se cubre inmediatamente.

4. La abolición de la pena capital en el Código penal de 1932 y su posterior restablecimiento en la Ley de 5 de julio de 1938

Pero no siempre la pena de muerte ha sido reacción penal legal en España, y es honrosa muestra de lo dicho el Código penal de 1932, que la suprime para toda clase de delitos, derogando los artículos 53 y 102 a 105 del Código penal de 1870.

Escuchemos las palabras de la Exposición de Motivos del Texto punitivo republicano, y concretamente de su parte V —«humanización del castigo»—, como exactas y precisas en esta materia:

«...Y llegamos ahora al punto más reformador del Código, el referente a las penas, particularmente a la abolición de la pena capital. Son múltiples las razones que nos han inclinado a suprimirla; pero no es coyuntura propicia para hacer un despliegue de

³⁰ Cf. SUEIRO, 1974, págs. 380 y sigs.

citas y de estadísticas extranjeras. Baste apuntar que en Inglaterra, uno de los países más tradicionales, se agita en esta hora una corriente por demás favorable al abolicionismo... La Cámara inglesa ha hecho una investigación en los países extranjeros, y los escritores británicos han demostrado con datos estadísticos, que la pena de muerte no cumple su pretendido fin intimidante..., pero no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo. Su pretendida fuerza intimidatoria no existe y su evidente carácter eliminador sería invocable si se practicara la última pena en grande escala; pero es un argumento sin poder disuasorio si se piensa en el escaso número de reos ajusticiados y en que la sensibilidad contemporánea no permite hacer de ella más largo empleo»³¹.

La profecía que se señala en estas líneas no se cumple respecto a España, restableciéndose la pena capital al derrocar la República y su Código.

La Ley de 5 de julio de 1938 reintroduce en sus tres artículos el máximo castigo, a tenor de la siguiente y textual Exposición de Motivos:

«La Ley que a continuación se promulga es de las que no requieren explicación ni justificación, porque es la propia realidad la que la impone y la dicta. De ello dan testimonio bien expresivo las leyes penales de la casi totalidad de las Naciones, incluso de las que creen decorarse con el título de democráticas.

³¹ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, I, 3ª ed. Buenos Aires, 1964, pág. 803. La pena de muerte se restableció por Ley de 11 de octubre de 1934 en la legislación especial, prorrogada por otra de 20-6-35.

Por un sentimentalismo de notoria falsía y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero, fue cercenada la «Escala general de penas», eliminándose de ella en el Código penal de la nefasta República, la de muerte. Por la presente Ley se restaura en su integridad la susodicha escala y se prevé la aplicación de dicha pena a casos gravísimos, sin perjuicio de las modificaciones que habrán de introducirse muy en breve en la ordenación de la legislación penal del nuevo Estado español»

En consecuencia, aquella suprema penalidad figura, finalmente, en el actual texto punitivo vigente de 1944, con sus reformas de 1963 (refundición), 1967, 1971³² y 1974 (Ley 39 de 28-11).

5. Enumeración de los delitos castigados con la pena de muerte en el Código penal español vigente y estadística ejecutiva (1947-1959)

En la hora actual se impone la pena de muerte en nuestro Código penal para la siguiente lista de delitos, según el cuadro sistemático siguiente que hemos realizado:

a) *Bien jurídico protegido de naturaleza política.*

—Delitos contra la seguridad exterior del Estado:

Traición: Artículos 121-3º y 122-1º y 3º (Auxilio a banderas enemigas, sediciosas o separatistas para hacer la guerra a España o arentar a la seguridad del Estado).

— Delitos contra la seguridad interior del Estado:

³² Sobre el tema, en general véase: VECILLA, *La Pena de muerte según el Derecho positivo español*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1963, pág. 138 y sigs.

- 1) Delitos contra la forma de Gobierno: Artículo 163 (Arentar contra la forma política de Gobierno mediante lucha armada o produciéndose violencia grave).
- 2) Rebelión: Artículo 215-2º, en relación con el artículo 214 (Rebelión pública y hostil con lucha armada contra el Gobierno y alzamiento).
- 3) Sedición: Artículo 219-1º, en relación con el artículo 218 (Alzamiento público y tumultuoso con combate, estragos o violencias, con un objeto político-social contra el Gobierno).
- 4) Terrorismo y tenencia de explosivos: Artículos 260-1º y 261, según Ley 44/71 (Actos de terrorismo o separatismo con resultado de muerte o lesiones, o actuaciones tendentes a atemorizar las poblaciones o a sectores de la misma, o de venganza o represalia de carácter político-social).

b) *Bien jurídico protegido de naturaleza político-religiosa.*

—Delitos contra el derecho de gentes: Artículo 137 bis-1º, según Ley 44/71 (Actos contra grupo nacional étnico, social o religioso, con, resultado de muerte.)³³.

c) *Bien jurídico protegido de naturaleza común.*

— Delitos contra la seguridad exterior del Estado:

- 1) Traición: Artículos 120, 121-1. y 2º y 122-2º-4º-5º y 6º (Inducción a la guerra contra España, facilitar al enemigo la entrada en ella o seducir tropas en su contra, o reclutar gente

de una potencia enemiga o bien suministrar informes y revelar secretos, e impedir el auxilio a las tropas nacionales).

- 2) Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado: Artículo 134-3º, párrafo 2º (Correspondencia en guerra con país enemigo y suministro de información).
- 3) Delitos contra el derecho de gentes: Artículo 136 (Muerte del Jefe del Estado extranjero).
- 4) Delitos de piratería: Artículo 139, en relación con el artículo 138-1º (Piratería con abordaje, asesinato, homicidio o delito contra la honestidad, y en todo caso, los jefes).

—Delitos contra las personas: Artículos 405 y 406. Parricidio y asesinato.

—Delito mixto contra las personas y la propiedad: Artículo 501-1º. Robo con homicidio.

d) *Bien jurídico protegido de naturaleza mixta política-común.*

— Delitos contra la seguridad interior del Estado:

- 1) Delitos contra el Jefe del Estado: Artículos 142 y 144 (Muerte, secuestro o violencia grave sobre el mismo).
- 2) Delitos contra el sucesor: Artículo 148 bis, según Ley 44/71 (Idénticos supuestos que los delitos anteriores).
- 3) Arentados: Artículos 233 y 234 (Muerte o lesiones graves de un Ministro en funciones o a la familia del Jefe del Estado, Ministro o Autoridades).

Siguiendo a Cuello (1958, pág. 244) y a Rodríguez Devesa (1967, pág. 368), que se apoyan en datos obtenidos en el Ministerio de Justicia y en la observación directa sobre la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, podemos ahora, finalmente,

³³ Acerca de este nuevo delito, véase el especializado trabajo, tesis doctoral en su día, de SAENZ DE PIPAON, *Delincuencia política internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid, 1973, págs. 230 y sigs.

establecer cuál ha sido el número de ejecuciones capitales llevadas a cabo en España en virtud de sentencias emitidas por la Jurisdicción Ordinaria (delitos comunes), durante el período comprendido entre los años 1947 a 1959 en que tiene lugar la postrera (caso Jarabo):

Año	Número de ejecuciones
1947	1
1948	4
1949	4
1950	2
1951	4
1952	3
1953	3
1954	7
1955	4
1956	3
1957	1
1958	3
1959	2
TOTAL	41

6. Criterio restrictivo y principio de legalidad en la imposición de la pena de muerte. El problema de si es legalmente ejecutable en nuestro país la sanción capital: las posturas de Alamillo, Del Toro, Ferrer Sama y Fiscalía del Tribunal Supremo; la de Gerardo Landrove; nuestra opinión.

En todos los casos reseñados, la pena de muerte no se aplica jamás en nuestro Código penal ordinario como pena principal única, sino como alternativa con la reclusión mayor en sus tres grados (mínimo: de 20 años y 1 día a 23 años y 4 meses; medio: de 23 años, 4 meses y 1 día a 26 años y 8 meses; máximo: de 26 años, 8 meses y 1 día a 30 años, artículo 78 Código Penal), o mejor aún, como

último grado de la totalidad de la extensión de aquélla (de 20 años y 1 día a 25 años, de 25 años y 1 día a 30 años y a muerte), según la divisibilidad analógica del artículo 79.

Reforzando este criterio restrictivo, mínimamente exigible en un Código penal que la mantiene en su texto articulado, la pena de muerte podrá dejarse de imponer por los Tribunales en los casos en que constituya esta sanción el grado máximo de la pena aplicable a una infracción, concurriendo solamente una circunstancia agravante, y habida cuenta de la naturaleza y características del delito y del culpable (art. 61-2º, párrafo 2º, por ejemplo: asesinato con alevosía -cualificante- y precio -agravante única: art. 406 núms. 1 y 2, en relación art. 59, todos del Código Penal).

La pregunta de si quiere significar esta disposición aludida que en los casos de concurrencia de agravación específica el juez tiene libertad para dejar de imponer la pena capital, se contesta afirmativamente por las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1955 y de 3 de diciembre de 1964, declarando que el párrafo 2º del número 2º del artículo 61 va referido no sólo a las agravantes genéricas del artículo 10, sino también a las específicas, siendo por ello admisible no imponer la sanción capital al culpable de un robo con homicidio perpetrado usando armas³⁴.

En este mismo artículo 61 del Texto punitivo vigente, y en su número 2º, párrafo 3º, se reitera de manera específica el principio de le-

³⁴ Vid. QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2ª edición (por Gimbernat), Madrid, 1966, pág. 359 y CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO -DEL TORO-CASABÓ, *Comentarios*, II, páginas 264 y 265.

galidad formulado en el artículo 23 del Código penal, referido ahora de manera concreta a la pena capital, al decir: «En ningún caso se impondrá la pena muerte cuando, no hallándose establecida en este Código (y en las leyes especiales: art. 7) para el delito de que se trate, resultare aplicable por agravación de la pena señalada al mismo».

Este precepto se encuentra en directa relación con su propio número 6° (multirreincidencia), único su puesto en que puede producirse la agravación prevenida, al aplicarse la pena superior en uno o dos grados (ejemplo: homicidio del multirreincidente con nocturnidad y desprecio al sexo o robo con violación del multirreincidente que lleva armas y además realiza el delito en casa habitada), criterio reforzado por el artículo 75 del Código al establecerse que cuando «la Ley señale una pena superior a otra determinada sin designar específicamente cual sea», si la superior fuere la pena de muerte, la reacción penal aplicable será, según el número 1° del citado precepto, la de reclusión mayor «con la cláusula de que su duración será de cuarenta años» (ejemplo: jefe de una cuadrilla armada que haya realizado un robo con violencia³⁵), como pena indivisible.

Igualmente se reafirma el criterio de garantía mínima concedida al reo, cuando al imponer una sentencia de muerte la Audiencia Provincial en instancia, es preceptivo que aquella lleve aparejada la obligatoriedad del recurso contra la misma ante la Sala Segunda del Tribunal

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte general*, 3ª ed. Madrid, 1973, pág. 744; para lo hasta aquí mencionado cfr. también la exposición de Motivos del Código penal de 1944 («Boletín Oficial del Estado», de 22-7), libro primero, número 3°, cuando sentaba: «no figurará en ningún delito como sanción única la pena de muerte, y en caso cuando resultare establecida como consecuencia de la estimación agravada de un determinado delito».

Supremo (arts. 497 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la cual siempre puede encontrar algún motivo de equidad para aconsejar que no se ejecute la sentencia firme (art. 953 LeCrim: indulto total según Ley 18-6-1870 o sólo de la pena principal, art. 45 CP), así como que en las causas con petición fiscal de esta penalidad sean cinco, en vez de tres, los magistrados componentes de las Salas juzgadoras (según la Disposición Adicional de la Ley del Jurado de 20-4-1888, arts. 1 y 3; en este sentido: sentencia 20-6-1892) y en el plano defensivo, el establecerse en los Colegios de Abogados un turno especial de oficio para los letrados que lleven más de cinco años de ejercicio profesional, únicos habilitados para actuar en sumarios donde se ventile una pena capital (art. 27 de los Estatutos del Colegio de Madrid).

De semejante manera, en los casos de accederse a la concesión de la extradición solicitada por un país extranjero, se condiciona la entrega del presunto delincuente «a que si la pena señalada al delito por la Ley del Estado requirente fuese una pena capital, ésta se conmute por otra que no tenga aquel carácter» (Convención Europea de Extradición de 13 de noviembre de 1957 y Ley de Extradición española de 26 de diciembre de 1958).

En cambio, no alcanzamos a ver claro cuál es la razón por la que al conmutado de pena de muerte no se aplica el beneficio de la redención de penas por el trabajo (art. 100 CP y concordantes del Reglamento de Prisiones), práctica contra la que se ha expresado la más especializada doctrina penitenciaria³⁶.

³⁶ En este sentido: GARCÍA MARTÍN, *Los conmutados de pena de muerte y la redención de penas por el trabajo*, en «Revista de estudios penitenciarios», núm. 173, 1966, páginas 389 y sigs.

En cuanto a la ejecución de la pena capital³⁷, el artículo 83 del Código penal vigente señala cómo la misma «se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos», norma blanca o abierta que se remite y completa por el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 y reforma posterior de 25 de enero de 1968, que, como queda señalado, reenvían a su vez a ejecutar la pena de muerte «con arreglo a la Ley» (art. 46 RSP), con lo cual no impone taxativamente el texto penitenciario el garrote como forma de consumación del castigo, pudiendo plantearse la existencia de una clara laguna legal, con peligrosa violación del principio de la garantía ejecutiva reconocido en el artículo 81 del Código penal, al tratarse de ejecutar la pena capital mediante horca, por ejemplo, si bien es el garrote el método actual, y en las últimas veces no discutido, de producirse y realizarse aquél.

La tesis de la laguna legal es defendida, entre otros, por Alamillo³⁸ y Del Toro³⁹, con semejantes razones a las indicadas, así como por la Fiscalía del Tribunal Supremo⁴⁰, mencionando Ferrer Sarna⁴¹ como la Ley a la que hace alusión el texto legal, sería el derogado Código penal de 1870, con lo cual la teoría del «cum-

³⁷ Vid. JIMÉNEZ ASEÑO, *Ejecución de las penas*, en «Nueva Enciclopedia jurídica» (Seix). Barcelona, 1956, VIII, especialmente, págs. 68 y sigs. Como antecedentes legislativos cabe mencionar el Real Decreto de 14-12-1855, las Reales Órdenes de 1-6-1864 y 24-11-1894, el Reglamento de la Prisión celular de Madrid de 23-2-1894 (art. 104) y el Reglamento de Prisiones de 1928 (art. 6: bandera negra en el exterior del recinto).

³⁸ ALAMILLO, *La ejecución de la pena de muerte (Una curiosa laguna legal)*, en «Boletín de información», Ministerio de Justicia, 15-1-62, págs. 3 y sigs. 17.

³⁹ CÓRDOBA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASAS, *Comentarios al Código penal*, II. Barcelona, 1972, págs. 430 y siguiente, en excelente exposición.

⁴⁰ Cfr. Memoria, 1967, pág. 193.

⁴¹ FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, II. Murcia, 1947, págs. 323 y sigs. 324.

plimiento imposible» de la pena de muerte en nuestra patria gana en consistencia.

En este estado de cosas Gerardo Landrove Díaz, en recentísima monografía⁴², se ha decidido por la respuesta afirmativa a la pregunta de si es legalmente ejecutable la sanción capital en España, razonando, en esencia, de la siguiente forma.

La Disposición final del vigente Reglamento de Prisiones de 1956 no deroga las normas legales que no se opongan a lo establecido en su articulado, con lo cual permanece vigente el artículo 58 del Ordenamiento penitenciario de 1948 que mencionaba como método ejecutivo el garrote, cosa que no hace el artículo 46 del actual de 1956/1968.

Con ser importante, trabajada y, desde luego, inteligente y aguda la postura de mi buen amigo el profesor Agregado de Santiago de Compostela, pienso que el problema sigue en pie y que ha de ser resuelto de manera negativa, es decir, contraria, a como él lo hace.

Personalmente he mantenido con anterioridad la tesis de la laguna legal con los habituales argumentos ya reseñados⁴³, que hay que matizar ahora.

El Reglamento de Prisiones de 1948, el de 1956 o cualquier otro Reglamento, no es Ley penal en un sentido legal y estricto. Precisamente el que el Ordenamiento carcelario sea un Reglamento apro-

⁴² LANDROVE, *¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en España?* Santiago de Compostela, 1974, ed. mecanografiada (publicado en «ensayos penales», Santiago de Compostela, 1974, págs. 49 y sigs. y 72 y sigs.), págs. 17 y sigs.

⁴³ Cfr. GARCÍA VALDÉS, 1973, pág. 22 y el mismo: *Reflexiones sobre la pena de muerte*, en «Boletín del grupo de abogados jóvenes» (Barcelona), 2ª época, núm. 3, marzo 1973, págs. 7 y sigs. 18.

bado por Decreto, es lo que permite decir hoy a Bueno Arús⁴⁴, o con anterioridad a Quintana⁴⁵, que carecemos de una Ley Penitenciaria básica o de un Código Penitenciario.

Por ello, y como el artículo 46 del vigente texto prisional mencionan la palabra «Ley», no podemos equiparar a ésta una norma de rango inferior, como los Reglamentos de Prisiones de 1948/1956, con lo cual, la laguna legal denunciada, de la que se viene hablando repetidamente hasta ahora, sigue estando en pie, pues la situación creada con la supresión de la mención del método ejecutivo —garrote— producida desde el Reglamento carcelario de 1956, no permite equipararse con la anterior, es decir, la regida por el Decreto de 1948, en la cual se designaba aquel medio de ejecución expresamente —en el citado artículo 58—, norma blanca del precepto penal que precisamente remitía —art. 83— al Reglamento, y al no mencionar el hoy vigente la palabra garrote y reenviar a que se ejecute la pena capital «según Ley», insisto en la tesis de la laguna legal, enlazando con el razonamiento efectuado líneas antes.

7. Tratamiento penitenciario de los condenados a muerte

Al lado de países como Francia, Nicaragua, y antes Inglaterra o los Estados Unidos, que reservan celdas y procedimientos de custodia especiales para los reos de muerte al conocerse la decisión del Tribunal, en espera de la ejecución capital⁴⁶, también los artículos

⁴⁴ BUENO ARÚS, *El sistema penitenciario español*. Madrid, 1967, pág. 18.

⁴⁵ QUINTANA, *Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas*, en «Anuario de Derecho penal», 1952, pág. 318.

⁴⁶ El régimen era especialmente duro en Francia donde, desde 1866 y duplicado en 1948, se les obligaba a los condenados a muerte a portar grillos y cadenas, lo que fue suprimido mediante Circular de 5 de noviembre de 1953.

43 a 46 del vigente Reglamento carcelario español, se ocupan de los últimos momentos del condenado en el mundo de los vivos.

Y así, con la frialdad propia e intrínseca de todo texto legal, nos dirán que desde el pronunciamiento del fallo condenatorio hasta su notificación al reo, éste ocupará celda aislada en la planta baja de las prisiones, sólo se alimentará de la comida del establecimiento, se examinará su correspondencia y encargos que reciba, se efectuarán requisas en su celda, y podrá, finalmente, el condenado comunicar con sus familiares, Autoridades, defensor y sacerdote de su culto (art. 43).

Hecha la notificación de la sentencia, el artículo 44 contempla de nuevo el régimen de visitas, ahora más estricto, y el artículo 45 establece para el establecimiento penitenciario la regla del silencio hasta después de la ejecución, suspendiéndose los paseos en el patio, visitas, juegos, etc. Esta «espera mortal», según los arts. 947 y siguientes de la Ley Procesal, no debe sobrepasar los tres meses.

Por último, el artículo 46 establece que «la pena de muerte se efectuará con arreglo a la Ley, a las diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución», permitiéndose la asistencia a la misma, que se realiza normalmente de madrugada, del secretario del Tribunal sentenciador, Autoridades, director y funcionarios de la prisión, sacerdote, médico y tres vecinos de la localidad —normalmente uno de ellos el defensor—, extendiéndose acta que se unirá al sumario instruido, pudiendo ser entregado el cuerpo a la familia del reo, si lo solicita, pero el entierro no podrá efectuarse con pompa.

La lectura de estos preceptos es uno de los mejores argumentos abolicionistas: el hombre solo e indefenso como no lo estuvo nunca, ni siquiera su propia víctima, a muchos meses de distancia de come-

tido su delito, es entregado al «ejecutor de la Justicia» para que ésta se cumpla, cerrándose así el ciclo histórico repetible en que, según Hauriou, camina la humanidad, que, en referencia a la reacción penal, comenzó con la venganza privada y acaba en la actualidad con la misma venganza, esta vez pública, más legal y «perfeccionada».

8. La pena de muerte en el Código de Justicia Militar: mención de los delitos capitales

Las reflexiones que anteceden se multiplican al tratar de la aplicación y ejecución de la pena de muerte en nuestro Derecho penal militar (Código de Justicia Militar de 17 de febrero de 1945), y ello por dos razones, entre otras de índole procesal, fundamentales:

- a) Por la profusión con que su texto la impone —por su fin intimidante y ejemplarizador—⁴⁷ para un gran número de delitos como pena única, indivisible y principal (excepción hecha de los artículos reformados por la Ley 42/71, en que se aplica con la fórmula común «treinta años de reclusión a muerte»), y
- b) En último extremo, por su forma de ejecución, especialmente deshonrosa para el reo condenado, como se comprobará en líneas posteriores.

Según el cuadro sistemático que hemos realizado a la vista del Código castrense, podemos decir que se castigan con pena capital, en atención al bien jurídico protegido, los siguientes delitos:

⁴⁷ Sobre la comparación con el común, su especialidad, mayor severidad en las penas, fin intimidatorio de las mismas y profusión de la sanción capital para gran número de delitos, en NÚÑEZ BARBERO, *Derecho penal militar y Derecho penal común*, en «Anuario de Derecho penal», 1971, páginas 713 y sigs. y bibliografía allí citada.

a) Bien jurídico protegido de naturaleza político-militar.

—Delitos contra la seguridad de la Patria:

1. Traición: Artículos 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 270.
2. Espionaje: Artículos 271, 272, 273, 274 y 278.
3. Delitos contra el derecho de gentes o saqueo: Artículos 279, 280 y 282.

—Delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos:

1. Rebelión: Artículo 287, en relación con los artículos 286 y 288.
2. Terrorismo, separatismo y atentados contra las personas, perteneciendo a organizaciones o grupos estables: Artículo 294 bis a) —1°; bis b) —1° y bis c) —1°, según Ley 42/71.
3. Sedición: Artículo 295.
4. Insulto o maltrato a centinela o fuerza armada con lesiones graves: Artículos 306, 307 y 308 —1°.
5. Atentada a la Autoridad militar: Artículo 314.

b) Bien jurídico protegido de naturaleza militar.

—Delitos contra la disciplina militar:

1. Insubordinación: Artículos 319, 329 y 321 —1°.
2. Desobediencia: Artículos 327 y 330.
3. Delitos contra el honor militar: Artículos 338, 339, 340, 342, 344, 345 —1°, 347 —1° y 348 —1°.

—Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército:

1. Abandono de servicio: Artículos 358 —1°, 359 —1° y 360 —1°.
2. Incumplimiento del deber de centinela: Artículos 361 —1°, 362 —1° y 364.
3. Abandono de destino: Artículo 365 —1°.

4. Deserción: Artículos 375 y 376.
5. Denegación de auxilio: Artículo 384.
6. Negligencia: Artículos 388 y 392-1°.

9. Procedimiento ejecutivo

«De la ejecución de la pena de muerte» se ocupan los artículos 867 a 879 del Código de Justicia Militar (Capítulo II, Título XVI, Tratado III), que disponen cómo aquélla se efectuará en tiempo de paz, de día y con publicidad, a las doce horas de notificada la sentencia al reo, como regla general (art. 871).

El artículo 872 distingue, según que el delito y el reo sea militar o paisano, su forma de ejecución, y así, si es militar, sea cual fuere el delito, se le pasará por las armas (fusilamiento); si es paisano y el delito es militar, se le fusilará o se le agarrotará, y si no fuere el delito militar, se le agarrotará.

De la forma material de producirse el fusilamiento, se ocupa el artículo 873, que en toda su dimensión trágica ordena que después de haber sido «puesto en capilla» el condenado, previa notificación del fallo sentenciador, se le conducirá de uniforme al lugar donde será ejecutado, dando frente a los piquetes de fusilamiento, que estarán formados por soldados del Cuerpo o Arma donde aquél sirviera, y se le degradará, si precede, mediante la fórmula que leerá el instructor: «Despojad a ... de sus armas, insignias y condecoraciones, de cuyo uso la Ley le declara indigno: la Ley lo degrada por haberse él degradado a sí mismo» (art. 879).

Se le permitirá, si lo desea, continúa diciendo el precepto, que se «reconcilie brevemente», y a continuación «será pasado por las

armas», tocando en seguida «marcha las bandas, desfilando las fuerzas que hayan asistido al acto por delante del cadáver, dando vista a éste», que será enterrado posteriormente o arrojado al mar, pudiendo ser entregado el cuerpo a los parientes, pero prohibiéndose la pompa en la conducción del cadáver.

En caso contrario, quedará en la causa constancia del cementerio, paraje y sitio del enterramiento (artículo 877).

Los artículos 874 y 875, siempre del Código de Justicia Militar, contemplan la ejecución del reo no militar, la cual se efectúa mediante fusilamiento, que será simple, sin las prescripciones de los artículos anteriores, y en cuanto a la muerte según el procedimiento común, el Texto militar se remite al Reglamento de los Servicios de Prisiones, ya estudiado.

Por su parte, el artículo 876 ordena la presencia en la ejecución capital de un médico militar, que extenderá certificado de defunción.

Para concluir, un gran especialista del tema de la pena muerte en nuestra patria, Daniel Sueiro, ha señalado un grave problema en la aplicación de la misma por el Código de Justicia Militar y los Tribunales castrenses.

De esta manera, nos dice que «así como todas las sentencias de pena capital dictadas por las Audiencias en todo el país han de pasar necesariamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que a su vez las da a conocer a una publicación oficial —Colección Legislativa de Jurisprudencia Criminal—, no todas las sentencias de muerte debidas a los Tribunales Militares llegan preceptivamente al Consejo Supremo de Justicia Militar, ni mucho menos son publicadas oficial-

mente», debiéndose añadir a esto el que «un tercio de las ejecuciones de los —últimos veinte años se han debido a los Tribunales Militares, no habiendo en los últimos diez años ninguna sentencia de muerte cumplida por Tribunales ordinarios, sí una decena de agarrotados por la jurisdicción militar»⁴⁸.

Con ello, el problema se agudiza notoriamente, sumándose a la falta de publicidad oficial y a la profusión de ejecuciones, la no existencia de una segunda garantía, como es el recurso ulterior ante Tribunal superior, que en nuestro Derecho penal común se reconoce «ipso iure» a todas las sentencias de muerte, como ha quedado dicho anteriormente.

10. Las últimas condenas y ejecuciones capitales en España dictadas por la Autoridad judicial militar

Todos los datos mencionados se amontonan precisamente en las últimas penas de muerte ejecutadas en España según el Código de Justicia Militar.

Previo Consejo de Guerra en Valencia, Pedro Martínez Expósito, soldado del Regimiento de Artillería número 17 de guarnición en Paterna, es fusilado el 8 de enero de 1972, habiéndose denegado el indulto particular, condenado a dos penas capitales por robo con homicidio con dos resultados de muerte, realizado el 8 de marzo de 1971, ejecución escasamente conocida —a excepción del excelente relato que de la misma hizo José Luis Albiñana—⁴⁹, pues la prensa nacio-

⁴⁸ Cfr. SUEIRO, *Los verdugos españoles*, págs. 305 y 306.

⁴⁹ ALBIÑANA, *Ejecución de una pena de muerte*, en «Cuadernos para el Diálogo», febrero 1972, págs. 13 y sigs.

nal tan sólo dio noticia de la sentencia el día 3 de enero de 1972 y del cumplimiento de la misma el día 10 del mismo mes y año⁵⁰.

Hasta entonces, la última ejecución debida a la Jurisdicción militar era la de Julián Grima, fusilado en 1963.

A finales del año 1972, en Zaragoza, van a ser juzgados los autores del incendiario atentado, y subsiguiente fallecimiento del señor Tur —que fue atado a un mueble— al Consulado francés de aquella capital, solicitando el Fiscal militar tres penas capitales para Noguera, Segarra y Mellado, respectivamente⁵¹.

Celebrado el Consejo de Guerra, el día 1 de febrero de 1973 se dicta sentencia, que no impone pena de muerte a los declarados culpables.

«Previo el enterado del Gobierno, en la mañana de hoy ha sido ejecutada la sentencia de pena de muerte impuesta a Salvador Puig Antich, por Consejo de Guerra celebrado en la plaza de Barcelona, que fue confirmada por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Con esta misma fecha, también como consecuencia de sentencia pronunciada por Consejo de Guerra, constatado en la plaza de Tarragona y confirmado por el Consejo Supremo de Justicia Militar, previo el enterado del Gobierno, ha sido ejecutada la pena de muerte impuesta a Heinz Chez.

Barcelona, 2 de marzo de 1974».

⁵⁰ Cf. «Informaciones», 3 y 10-1-72.

⁵¹ Sobre este tema, véanse los editoriales de «Cuadernos para el Diálogo», titulados *Terrorismo en Zaragoza* (noviembre 1972, pág. 7) y *Tres penas de muerte* (enero 1973, pág. 15) y genéricamente, el anterior *La pena de muerte*, noviembre 1969.

Con esta nota oficial se daba cuenta a la opinión pública española de la última doble ejecución capital acaecida en España, que aún permanece en la memoria de todos⁵².

El súbdito polaco subió al patíbulo, instalado en la prisión provincial de Tarragona, siendo ejecutado mediante garrote por el verdugo de Sevilla, a las 9,30 horas de aquella mañana y escasos minutos después, en la «cárcel Modelo» de Barcelona, lo hacía el anarquista catalán, cumpliendo la sentencia el verdugo residente en Badajoz.

Ampliamente difundidos por la prensa y así conocidos los hechos que llevaron a ambos condenados al cadalso (robo con muerte de un miembro de la Guardia Civil, en Chez y delito de terrorismo con resultado de muerte de un subinspector de policía, producida durante la detención del reo catalán), aquel mismo día era indultado un tercer sentenciado a la pena capital, Antonio Franco Martín, guardia civil, que en octubre de 1973 disparó, en su despacho, contra el capitán de su mismo cuerpo, fallecido a consecuencia de las heridas.

De los postreros momentos del súbdito polaco, nos ha quedado un impresionante relato del padre jesuita, Juan de la Cruz Badell, que le asistió en sus últimas horas y al que nos remitimos, por ser fácilmente localizable, al haber sido publicado en una periódica revista mensual española⁵³.

⁵² Sobre las mismas, y por todos, véanse los amplios reportajes de «Sábado Gráfico», 9-3-74, «El Caso», 9-3-74 o «Hechos y Dichos», abril del mismo año. Una crítica de la doble ejecución desde mi óptica abolicionista en GARCÍA VALDÉS, *La razón, el derecho y las estadísticas contra la pena de muerte*, en «Mundo Social», abril 1974, pág. 10 y el mismo: *La pena de muerte*, en «Cuadernos para el Diálogo», abril 1974, págs. 21 y 22; también los editoriales de la misma revista, febrero y marzo de 1974, págs. 8 y 12.

⁵³ P. BADELL, *La última noche de Heinz Chez*, en «Mundo», 13-4-1974.

En cuanto al caso Puig Antich, me limito ahora a recoger dos escritos que, sin entrar en el fondo del asunto, abordaron de manera lúcida el entonces aún candente problema.

El primero es el firmado en París el 7 de diciembre de 1973 por Pos, Certeau, Paris, Schull, Bataillon, Domenach, Flamand, De Felice, Cruse, Alves, Gardiner, Schwartz, Matarasso, Hill, Tillion, Mercier, Duff, Jolas, Gardiner (Lord), Ayer, Caradon (Lord), Cecilia y Nieves de Borbón, Baez, Berley, y De Candillac, que decía así:

«Excelentísimo Señor Capitán General de la IV Región Militar. Barcelona. —Habiendo seguido con inquietud las noticias concernientes al señor Puig Antich y sus compañeros, que deben comparecer próximamente ante un Consejo de Guerra, y profundamente conmovidos por la posibilidad de que les sean solicitadas graves penas, estimamos que es nuestro deber dirigirse a usted para exponerle las razones que nos parecen aconsejar calma y prudencia en este asunto.

No queremos de ninguna manera abordar el aspecto político de la cuestión. No nos consideramos suficientemente informados de las circunstancias que han rodeado la muerte violenta de un miembro de la Policía española de la que ha sido inculpado el señor Puig Antich: se sabe, sin embargo, que aquella muerte sobrevino en el curso de un intercambio de disparos.

Lo que nos preocupa sobre todo es la existencia de un clima apasionado, creado por acontecimientos anteriores que han producido víctimas en las fuerzas del orden, que podría comprometer la serenidad del Tribunal haciendo recaer, contra la más fundamental de las normas jurídicas, sobre la persona del inculpado el

peso de circunstancias exteriores a su propia culpabilidad.

Expresamos nuestra confianza en que usted vigilará para que nada de esto se produzca, y le agradecemos su comprensión en nombre del respeto de las leyes y de los derechos del hombre».

El segundo de los documentos que transcribo, es el enviado por más de 300 intelectuales españoles (entre ellos: Tierno, Ruiz-Giménez, Miralles, Morodo, Torres Boursault, Peces-Barba, Mesa, López Salinas, Barón, Mohedano, Arias Salgado, García Rico, Albornoz, Moya, etc.) al Jefe del Estado, en solicitud de gracia para Salvador Puig Antich, el cual textualmente expresaba:

«A su Excelencia el Jefe del Estado, los abajo firmantes, demócratas españoles, con domicilio en Madrid, exponen:

Primero: Que se encuentran profundamente impresionados por la sentencia del consejo de guerra, en la que se condena a la pena de muerte a don Salvador Puig Antich.

Segundo: Que es a Su Excelencia a quien corresponde la última decisión acerca de la vida de un condenado a muerte, según dispone el artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado.

Tercero: Que son muchos los países que, en base a consideraciones éticas, sociológicas o jurídicas, han hecho desaparecer de sus legislaciones la pena de muerte, siendo España uno de los pocos países europeos que aún la mantienen, a pesar de que insignes tratadistas y sectores diversos de la sociedad abogan por su abolición.

Cuarto: que haciendo abstracción de los hechos que motivaron la sentencia, consideran los firmantes que debe aplicarse la prerrogativa de gracia, como en ocasiones anteriores hizo Su Exce-

lencia, dulcificando así la Legislación Penal española en lo que a la pena de muerte se refiere.

En virtud de lo expuesto,

Suplican: Que tenga a bien admitir este escrito, con las manifestaciones en él contenidas, y en base a las atribuciones que las leyes confieren a Su Excelencia, conceda la prerrogativa de gracia a don Salvador Puig Antich.

Madrid, 26 de febrero de 1974».

En sentencia de fecha 8 de enero de 1974 Puig Antich era condenado a muerte en la plaza militar de Barcelona por el Consejo de Guerra ordinario que entendió de la causa núm. 106-IV-73 por delito de terrorismo, siendo ratificada la decisión judicial con inmediata posterioridad por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Las masivas peticiones de clemencia y las protestas, internas y externas, por la condena capital, de nada valdrían, como tampoco las supuestas deficiencias procesales (rechazo de la prueba pericial y testifical médica consistente en demostrar que, en curso del tiroteo, el policía muerto recibió cinco heridas de bala y no tres) que un hombre de intachable centro, J. M. Daillet, señalara en las páginas de «Le Monde»⁵⁴.

Hoy la tumba número 2.763 de un cementerio barcelonés guarda los restos del joven militante anarquista, último reo ejecutado en España en virtud de sentencia de la Autoridad judicial militar.

⁵⁴ Cfr. DAILLET, De Soljenitsyne a Puig Antich, en «Le Monde», 17/18-2-74. Contrasta con la general petición de clemencia y postura abolicionista ante el tema, el artículo de FUENTE AREVALO, Un tema ingrato: la pena de muerte, en «Fuerza Nueva», núm. 372/1974, mantenedor de tesis contrarias y, desde nuestro punto de vista, arcaicas y equivocadas.

DANIEL SUEIRO

El garrote¹

El garrote es el instrumento de ejecución de penas capitales que se utiliza casi exclusivamente en España.

1. ¿Qué es el garrote y cómo se da garrote?

En principio, ni el mismo instrumento ni el sistema han permanecido invariables a través de los tiempos, y ni siquiera dar garrote ha significado siempre dar un garrote de muerte. Agarrotar significa ante todo «atar y apretar fuertemente», «apretar una ligadura retorciéndola con un palo»; así es cómo el garrote aparece primeramente en su sentido de tormento, un típico tormento de cuerdas y torno muy empleado por la Inquisición y por otros verdugos en épocas anteriores.

El garrote empieza a apretar gargantas en España bastante antes de los siglos XV y XVI, fechas en que se prodiga este instrumento de muerte en los autos de fe para ejecutar a los condenados que a última hora se confesaban o daban alguna señal de arrepentimiento, quemándose así piadosamente sus cadáveres en la hoguera, en lugar de quemarlos a ellos en vida. En la *Crónica de los Reyes de Castilla*, Alfonso X hace ya referencia, a mediados del siglo XIII, a ciertas formas de ejecución en que los reos mueren ahogados o estrangulados.

¹ Texto publicado en *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*. Alianza editorial, ediciones Alfaguara, Madrid, 1974.

lados, artes practicadas en buena parte por medio de un artificio — cuya parte esencial la forman una serie de cuerdas— análogo a lo que pronto iba a tener denominación inconfundible.

El primer garrote tal como hoy lo entendemos no debió de ser más que un palo derecho con un agujero en la punta, a través del cual se hacía pasar una doble cuerda que formaba un nudo corredizo en torno al cuello del reo, que moría asfixiado, estrangulado. La manipulación de este nudo corredizo por medio de un torniquete formado por un palo introducido en las mismas cuerdas no fue más que un paso lógicamente inmediato. Un gran perfeccionamiento, casi definitivo, consistió en la sustitución del nudo corredizo de cuerda por una argolla, collar o corbatín de hierro, que ciñe el cuello del condenado, y se acciona por medio de un torniquete. Esta es la base mecánica del sistema que ha llegado hasta nuestros días, más o menos modificado, más o menos perfeccionado.

A este garrote se refiere sin duda Barrionuevo cuando habla, en dos de sus célebres *Avisos* (los de 15 y 19 de agosto de 1654), de una argolla de hierro que pusieron en torno a la garganta de un condenado, describiéndola como «un instrumento ingenioso con que a dos vueltas de tornillo, en un abrir y cerrar de ojos, se está en la otra vida» y como «un artificio de hierro que estrechaba con tornillo a la primera vuelta».

Con collar de cuerda o corbatín de hierro, la acción del garrote no es otra cosa que una estrangulación semejante a la de la horca antigua, un ahorcamiento sin suspensión del cuerpo de la víctima.

Subsisten históricamente al lado de esta pena otras habituales, como la horca, la hoguera, el arcabuceo, que se aplica a gente plebeya, quedando reservado el garrote para los nobles. Si se trata de

«hombre libre, le darán garrote, y si esclavo, le quemarán», se lee en alguno de los libros de la época. Incluso cuando el Código Penal establece en 1822 el garrote como único medio legal de ejecución en España —aunque la horca sería profusamente aplicada en la reacción absolutista de 1824—, sigue admitiendo la discriminación de clases y castas que preside, en el fondo, la esencia misma de la pena de muerte. La conocida Real Cédula de Fernando VII de 1828 disponía, en efecto, que en adelante se ejecutase en *garrote ordinario* a las personas de estado llano, en *garrote vil* a los condenados por delitos infamantes y en *garrote noble* a los fijosdalgo.

No es fácil averiguar en qué consistía la nobleza del instrumento en que se ejecutaba a la gente rica o con blasón. La única distinción entre las dos clases de ejecución en garrote consistía en que los condenados al garrote ordinario eran conducidos al cadalso en caballería mayor y capuz pegado a la túnica; los condenados a garrote vil iban en caballería menor o arrastrados, según la sentencia, y con capuz suelto, y al garrote noble iban los que se podían montar caballería ensillada y con gualdrapa negra. En esa época, el reo de garrote ha de vestir siempre con hopa negra, chía y gorro de bayeta negra —según las constituciones de la Real y primitiva Archicofradía de Nuestra Señora de la Caridad y Paz—, excepto en los casos de regicidio o parricidio, en que ésta es sustituida por otra amarilla y con manchas rojas. Por lo demás, el instrumento en sí no admite muchas versiones distintas. El Código Penal español de 1848 establece al fin en su artículo 89 que «la pena de muerte se ejecutará en garrote y sobre un tablado», eliminando las anteriores distinciones y excluyendo cualquier otro método de ejecución.

2. El instrumental: innovaciones y perfeccionamiento.

Se lee en los tratados que el garrote, en general, es un agente de estrangulación en la modalidad de lazo y por torsión, y que su naturaleza es muy variable. En el garrote como suplicio, como modo estudiado de ejecución legal, es el collar o corbatín de hierro el que se cierra en torno al cuello del condenado; dos mitades metálicas que el ejecutor va juntando por medio de un tornillo o manivela, hasta producir la estrangulación. Pero puede ser también algo más, y de hecho lo es. El mecanismo de presión del collar puede actuar sobre un plano fijo, quedando el cuello sujeto entre ambos, en cuyo caso no se trata sólo de estrangulación, sino de aplastamiento de la región cervical. Las lesiones internas (laríngeas, hioideas, esqueléticas) son entonces fatales.

El asiento adosado al palo, es decir, la silla en que se sienta el condenado, es un elemento indispensable. En nuestro teatro clásico pueden verse escenas en que ciertos personajes aparecen sentados en sillas sobre las que han sido agarrotados. Un personaje de la picaresca española² ejecuta por sus propios medios al que cree seductor de su amada «atándole los pies y brazos fuertemente a los de la misma silla», «le cortó ambas manos y en el canto de la silla le dio garrote, con lo que lo dejó ahogado». El garrote no es una máquina como la guillotina, pongamos por caso, ni una cámara perfectamente localizada, como la de gas, o como la de la silla eléctrica; no es un juguete como el fusil, conocido hasta por los niños, ni un aparato especta-

² MATEO ALEMÁN: «Guzmán de Alfarache», en *La novela picaresca española*. Ed. Aguilar, Madrid, 1956.

cular como la horca clásica. El garrote, dentro de lo que cabe, está rodeado de secreto y de misterio. ¿Quién lo ha visto? ¿Quién lo ha visto que lo pueda contar? No hay ningún tratado acerca del garrote. Y, sin embargo, el garrote es algo que existe. Unas argollas de hierro, un gran tornillo que es preciso engrasar de vez en cuando, una manivela que hay que saber manejar, un palo, una silla que hay que saber colocar justa y exactamente. ¿Y dónde está el garrote? ¿Quién lo tiene, quién lo guarda, quién lo esconde...?

El garrote necesita cuidados, y no puede ser manejado por cualquiera de la noche a la mañana. Todos podemos —aunque no, no todos podemos— saber apretar un gatillo o un resorte, bajar una palanca eléctrica, tirar de una cuerda, pero no todos pueden o saben dar una vuelta rápida a la manivela, en el momento justo, con fuerza y temple suficientes, con suficiente salvajismo, en la nuca de un semejante, para quebrarle exactamente el espinazo a la altura de la cuarta vértebra cervical.

El verdugo es quien lo hace, y el verdugo es quien sabe cómo es el garrote. Él lo tiene, él lo cuida, él lo adapta a su mano, a su estatura, a su músculo; él es quien, con el tiempo, va introduciendo en el aparato las modificaciones que lo hacen más perfecto, más refinado, más útil, en una palabra. Al menos eso es lo que ha ocurrido hasta hace poco. Para conocer el instrumental del garrote nada mejor que preguntar al verdugo, a los verdugos que lo han usado desde su implantación. Y eso es lo que han hecho ya, antes que nosotros, escritores y tratadistas que nos merecen entero crédito.

Baroja, por ejemplo, tuvo siempre mucha curiosidad por estas cosas, y en muchas de sus novelas y artículos se deja asombrar por

las barbaridades que siempre rodean el tema. En *Aurora roja* escuchamos hablar al verdugo de Madrid de fines del siglo XIX, que acaba de ejecutar al «Diente», un tipo muy templao: «El aparato... es muy sensiyo. Dos planchas de asero que se ajuntan. Se põne así —y el verdugo cogió el frasco de vino por el cuello con su mano ancha y velluda— y luego se hace ¡crac!, y ya está (...). Con él estrené yo el correaje nuevo..., porque yo no ato con cuerda. Lo veréis ustedes. ¡Chica! Trae esas correas para que las vean esto señore». Y la mujer trajo una cincha negra, con varias hebillas brillantes. Todos hicieron un ademán de repulsión al verla. «Ya ve usted —siguió diciendo el verdugo—, estas correas las he tenido que pagar yo; pues no se lo agradecen a uno. Todavía lo quieren a uno desacreditá».

En *La familia de Errotacho*, el mismo Baroja distingue entre el instrumental de dos distintos verdugos, el de Madrid y el de Burgos, que tuvieron que trabajar juntos en una ocasión en que había mucha faena. El verdugo de Madrid era un poco novato y «se encontraba como paralizado de estupor, muerto de miedo» en el patio de la prisión en que estaban poniendo los palos. «Armó despacio y torpemente su instrumento. Tenía éste un puño de madera en la mandíbula y actuaba de adelante atrás, al contrario del aparato del burgalés, que empujaba la barra posterior de atrás a adelante». El de Burgos tenía mucho prestigio, o al menos eso parece a través de todas las referencias históricas y literarias que tenemos de él, y, sobre todo, mucho oficio. Su aparato, sigue diciendo Baroja, «tenía, además de la manivela, una palanca. Con ella se producía rápidamente la estrangulación y la ruptura de las vértebras cervicales». «Mayoral, el de Burgos, mostraba deseo de hablar, y ensalzó las ventajas de su

aparato. Producía la muerte por triple procedimiento: asfixia, estrangulación y descabello. Lo más importante de sus mejoras era una uña de sujeción del tornillo, mandada hacer por él. También había pensado, sin duda preocupado por la estética, que, al tiempo de la ejecución, penetrara una aguja en la garganta, e impidiera el feo espectáculo de la salida de la lengua del ajusticiado; pero todavía no había resuelto esta importante mejora. «Con mi sistema —decía— no se cogen pellizcos en la piel y apenas sale una gota de sangre».

Emilia Pardo Bazán conocía ya anteriormente, en el tiempo de publicar *La piedra angular*, una innovación bastante parecida practicada en el instrumental del garrote por el verdugo Juan Rojo. La condesa ha visto los hierros dentro de dos cajas cuadrilongas, custodiadas en la Audiencia, «en un cuchitril oscuro, escondidos como si fuesen la prueba de un crimen, hasta que, la víspera de la ejecución, los recoge el verdugo para adaptarlos al palo». Y describe así estos instrumentos: «Debajo de paños empapados en aceite, reluciente y limpio como si se acabase de frotar, apareció uno de los dos garrotes: cabalmente el modificado con arreglo a las indicaciones de Rojo. Tiene este artefacto de muerte, que la produce a la vez por estrangulación y por asfixia, el defecto de que en ocasiones retrocede el eje de hierro donde empalma la cigüeña, y no logrando el torniquete destrozar con la rapidez necesaria las vértebras cervicales y reducir el pescuezo al diámetro de un papel, puede la agonía de la víctima prolongarse un espacio de tiempo en que cabe un infinito de horror. No tanto por esta consideración como por miedo a un fracaso y a una grito, Juan Rojo había discurrido sujetar la uña que afianza la palanca o cigüeña de un modo ingenioso y seguro, y se envanecía de su obra».

También Sender, en *El verdugo afable*, nos da una verdadera y completa lección al respecto. «Comprendí el mecanismo del garrote —habla por boca de un aprendiz de verdugo que nunca resultó una gran cosa en el oficio— viéndolo de cerca».

«Tenía dos pequeños bastidores rectangulares, de metal, almohadillados con cuero. Estos detalles con los que el verdugo se proponía la comodidad del reo —los bastidores almohadillados, el sillín— absorbían toda mi atención. El lado frontal de los rectángulos se podía abrir mediante un resorte para hacer que el cuello del reo entrara dentro. Después se cerraban los dos de nuevo y haciendo girar por detrás del poste la manivela, uno de los bastidores resbalaba delicadamente sobre el otro, estrechando la garganta hasta desarticular a veces las vértebras cervicales o al menos hasta producir la asfixia (...). En un rincón en tierra se veía una caja de metal color verde oscuro cerrada con una ancha correa negra. Allí estaban los corbatines de ejecución. El viejo los limpiaba y engrasaba a menudo. Estaban cubiertos con una capa de lubricante amarillo como la mantequilla. Según decía el verdugo, aquella grasa les gustaba demasiado a las ratas (...). Los postes tenían a una altura conveniente un sillín donde el reo debía sentarse. No era más que una tabla reforzada por debajo con soportes de metal. Más arriba, a la altura de la garganta, cada poste tenía dos abrazaderas de hierro aseguradas con gruesos tornillos. De ellas partía el aparato del garrote, parecido a un cepo de cazar raposas, pero más pequeño».

Gregorio Mayoral, verdugo de Burgos, debió ser sin duda alguna un genio de la profesión. A principios del siglo XX el escritor José

Samperio le visitó en la capital castellana y gracias a su reportaje³ podemos conocer realmente, con testimonio de primera mano, otra de las innovaciones efectuadas en su instrumental por este viejo patriarca, que él mismo nos explica: «... todo ese tiempo estuve perfeccionando el aparato, que era malo y estaba rajado. Ahora verán el nuevo. ¡Qué diferencial! Lo estrené en Madrid, con los del correo de Andalucía. Mi compañero de Madrid es novato y tenía un aparato de mala muerte, viejo y roñoso. Aquel día se hizo un lío del demonio, no sabía por donde andaba; ni sentarlo sabía... Cuando vio mis aparatos se quedó bizco... ¡Así son las cosas de la vida!». Samperio cuenta cómo «Gregorio Mayoral va hacia su cama y saca de debajo de ella dos cajas que parecen de topografía, para teodolitos; barnizadas y limpias. Se ve que las cuida. Pone una de ellas sobre la mesa (...). Abre la caja y aparece ante nuestros ojos su obra perfeccionada, el famoso aparato de hierro bien perfilado, pulido, brillante y perfecto. Lo saca y nos lo muestra con evidente satisfacción». Sin duda, está orgulloso de su obra mecánica. «Con éste —continúa— es muy sencillo. No hace ni un pellizco, ni un rasguño, ni nada; es casi instantáneo, tres cuartos de vuelta y en dos segundos...». El visitante le ayuda al verdugo a montar el artefacto, que «pesará unos siete kilos, incluida la barra que sirve de palanca, curvada en un extremo», y le escucha: «Como ve, esta pieza corredera de atrás y esta otra de delante que cierra con este pasador tienen los bordes redondeados para que no agarre pellizcos. Nada. Esto funciona como un reloj».

³ JOSÉ SAMPERIO: «Una tarde con Gregorio Mayoral, verdugo de Burgos», en *Papeles de Son Armadans*, núm. XCVI. Palma de Mallorca.

Mire, ponga el dedo aquí y dé una vuelta a la palanca, despacio». Yo hago lo que me indica y las dos piezas, la corredera y la pieza fija, me oprimen levemente el dedo. Pienso que tiene razón Gregorio Mayoral. «Esto es estupendo. Ni un pellizco, ni un rasguño, nada, nada... Una obra maestra. ¿Se da cuenta?».

Y el maestro sigue explicando: «Monto el aparato así, horizontal, en un poste de dos metros de alto y de seis pulgadas por ocho de grueso. Un carpintero me ayuda a fijarlo bien al suelo. Se hace un agujero de dos pulgadas a un metro diez de altura, y por él paso este tubo, que lleva dentro el paso de rosca. Después sujeto el aparato al poste con estos tornillos y las tuercas. Con una tabla de dos pulgadas hago el asiento, sujeto con patas y cruces. Siempre tengo a mano dos tablas de pulgada y media por si el reo es pequeño... para subirlo un poco, claro. Las manos ya están sujetas con una correa atrás, a la espalda; pero los pies se atan después de sentarlo. ¿Y sabe lo que pasó con esa mujer (...) ? Pues nada, que cuando ya la tenía sentada, sujeta y tapada la cabeza, di vuelta a la palanca y, zas, que se rompe la correa de los pies por el estirón, y se salió del asiento como volando; pero como estaba apretada aquí —señala el lugar— se fijó con los pies en lo alto del poste; tiró al cura patas arriba y por poco se nos viene abajo todo, claro. Y no tuve la culpa, pero éstos de la Audiencia armaron la marimorena y me retrasaron la paga. Ahora he añadido un cinturón, por si acaso, y la cosa parece que marcha bien».

3. El frío hierro en la nuca

Una de las primeras apariciones célebres del gartote en las plazas españolas se registra documentalmente en Toledo, durante un gran

auto de fe celebrado hacia el año 1600, en que algunos de los reos son estrangulados —como es costumbre para todos los arrepentidos— antes de ser quemados en las hogueras del Santo Oficio. «... Sobre ancho terraplén de arena y de granito, seis palos de agarrotar con sus respectivas argollas, varias pilas de leña y una enorme cruz pintada de blanco. Hasta el símbolo de la sublime caridad tomaba en aquel paraje un aspecto repelente y cruel. Confusa aglomeración de frailes, de verdugos, de alguaciles, cubrió un instante el ancho quemadero, rodeando a los condenados. Con muy poca emoción se vio estrangular a los arrepentidos. Algunos, al morir, dejaban caer la coraza; otros la conservaban sobre su horrible cabeza colgante»⁴.

El lunes, 12 de noviembre de 1798, ejecutaron en Sevilla a los miembros de una cuadrilla conocida con el nombre de «Los Berrocos». Entre ellos había un miembro de una familia rica, cuya ejecución podemos seguir a través del siguiente relato⁵, lleno de delicadeza y de precisiones: «A las doce sacaron a don Francisco de Huertas y Eslava, con una túnica de paño negro, sujeta por la cintura con un cordón de seda y en la cabeza puesto un gorro del mismo color, y en un dedo de la mano izquierda un cintillo; iba subido en una mula toda enlutada, sin que se le vieran más que manos, pies y orejas. Iba escoltado por religiosos carmelitas descalzos y otros varios eclesiásticos que lo iban exhortando. De esta manera llegó al tablado... Estaba todo cubierto de paño negro hasta arrastrar una

⁴ ENRIQUE LARRETA: *La gloria de Don Ramiro*. Espasa Calpe, Madrid, 1941.

⁵ A. DE VILLAFRANCA: *Los bandoleros: mitos y realidades*. Dux, Ediciones y Publicaciones, Barcelona.

cuarta por el suelo. En el medio estaba el palo que tenía el tornillo, todo nuevo, y delante, de cara a la Audiencia, un sillón sin respaldar, también enlutado, así como el palo del tornillo. Cuando llegó el reo, le acompañaron a subir al tablado los religiosos carmelitas descalzos que lo habían acompañado en la capilla, lo sentaron en el sillón y habiendo el reo levantado las manos que llevaba atadas, manifestó al verdugo el cintillo que llevaba puesto, el cual se lo sacó el verdugo y se lo puso en la mano; después lo ató de pies y manos al sillón, y en fervoroso acto de dolor y amor, entregó su cuello al tornillo y su espíritu al Creador, siendo sentida esta muerte de todo el numeroso concurso que asistió a esta escena». Por cierto que el tío del reo, don Francisco Eslava y Conde, se gastó en esta solemnidad unos veinte mil reales de vellón, puesto que tuvo que pagar «el costo del tablado, del tornillo, paño para enlutarlo, vestido del reo, costo del verdugo y pregonero, misas y entierro y demás gastos».

En señal de la nobleza de la víctima, también el tablado para la ejecución de Mariana Pineda, en 1831, estaba cubierto de bayetas negras. Esta mujer, viuda de un liberal, liberal ella misma, que en su época quería decir mucho, parece que fue sorprendida bordando una bandera para los liberales de Andalucía, y por ello sentenciada al garrote. Murió a los veintisiete años. Cuando le ataban las manos a la espalda para llevarla al palo, al ponerle «la gargantilla de hierro de sus bodas de muerte»⁶, ella se quejó del dolor que le producían las ligaduras: «Me lastima usted mucho», le dijo al verdugo. Y éste

⁶ GARCÍA LORCA: «Los títeres de cachiporra», en *Cinco farsas breves*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1960.

le respondió brutalmente: «Eso no es nada»... Mariana, que siempre fue considerada popularmente como una mártir de la libertad, lo sería oficialmente también pocos años después, con uno de esos cambios de gobierno que hacen de la pena de muerte un trágico juego de la lotería. Entonces fueron exhumados sus restos, encontrándose que «el esqueleto se hallaba completo (...) y que tres vértebras cervicales, la cuarta, la quinta y la sexta, se hallaban rotas en sus apófisis espinosas, y la quinta en su porción anular; no extrañando esta circunstancia por saberse que la fuerza con que obra el tornillo de la argolla no sólo es suficiente para producir la estrangulación, sino también para causar la rotura de las vértebras sobre que directamente obra»⁷.

El barón Charles Davillier, aristócrata francés que viajó por España por los años 1860, asistió, entre fascinado y horrorizado, a una ejecución al modo español. «Es sabido —comienza en su crónica⁸— que en España la pena de muerte se aplica por medio del garrote, es decir, de la estrangulación. El desgraciado a cuyo suplicio asistimos era un tal Francisco Vilaró. Había asesinado al alcalde de su pueblo. Como apenas si podía mantenerse en la caballería, se apoyaba sobre dos sacerdotes que le habían puesto entre las manos un libro de oración. Sus ojos se fijaban ya en el libro, ya en la multitud que hacía calle a su paso y a la que miraba estúpidamente. Una larga hilera de penitentes, unos con cirios en la mano, otros con estandartes y

⁷ ANTONINA RODRIGO: *Mariana de Pineda*. Ediciones Alfaguara, Madrid, 1965 (citando el Leg. 1922 del Archivo Municipal de Granada).

⁸ CHARLES DAVILLIER: *Viaje por España: Castilla*. Madrid, 1949.

Santoscristos casi de tamaño natural precedían y seguían al cortejo. Salmodiaban el oficio de difuntos, que salía ahogado de sus largos capuchones puntiagudos, en los que dos agujeros dejaban brillar sus ojos. Todo esto no podía ser más lúgubre y les daba un falso aire de familiares de la Inquisición. Una vez que llegó el reo al final de su último viaje, se le hizo subir a un alto cadalso, en cuya mitad había un escabel de madera adosado, a guisa de respaldo, a un poste bastante alto. El verdugo, sencillamente vestido de negro, con una blusa corta como los obreros de las ciudades, le obligó a sentarse en el escabel y fijó sólidamente sus brazos y su cuerpo al poste. Luego le ató las manos y le colocó alrededor del cuello un aro de hierro que, pasando por dos ranuras practicadas en el poste, acababa en un tornillo por la parte opuesta. Puesto en movimiento el tornillo gracias a una manivela de hierro, el aro es atraído y la estrangulación se produce inmediatamente. La muchedumbre se había quedado silenciosa. El sacerdote que asistía al reo acababa de ponerle una cruz en las manos y le dio permiso para que dirigiese unas palabras a la muchedumbre. En efecto, le oímos proferir algunas palabras pidiendo el perdón de Dios y el de los hombres, perdonando además a quienes le hubiesen ofendido. El sacerdote, por su parte, le dirigió una breve exhortación. Mientras esto sucedía, el verdugo se mantenía detrás del poste, dispuesto a cumplir con su tarea. Levantó el brazo, tembló la multitud y por tres veces se le vio dar vueltas a la manivela fatal. Todo el mundo se santiguó. Se oyeron voces que musitaban a toda prisa algunas oraciones, y las mujeres gritaron: «¡Ay, pobret!» Y entonces vimos abatirse su cabeza sobre el pecho hasta quedar inmóvil, con la lengua hinchada fuera de la boca. Al

cabo de unos instantes se le amorató el rostro. La muchedumbre comenzó a retirarse lentamente».

A mediados y finales del siglo XIX se multiplicaron en España las visiones, históricas o literarias, totalmente verídicas o inventadas en la poca parte en que estas cosas dejan ya lugar a la imaginación, de la muerte en el garrote. Hay quien defiende la institución y el instrumento, hay quien los ataca apasionadamente, pero nadie puede evitar escalofríos de terror al evocar la escena que ha presenciado en la plaza pública o en el rincón de la prisión, la escena que alguien le ha contado... Incluso aquellos que manifiestan que «la pena capital, bien usada, es la que puede traer mayor número de ventajas», no dejan de reconocer que el corazón se les desgarró y se oprime su pecho «al sentir el ruido horripilante del hierro y verle mover (al reo) apenas la cabeza, y echar los ojos fuera de las órbitas y descolgar un poco la lengua mezclada y tinturada con saliva y sangre humeantes todavía...».

En el protocolo más o menos estricto que acompaña a estas escenas, la historia o la leyenda, van acumulando frases y dichos que parecen obligados a lo largo de toda función. «Ave María Purísima», en la plaza, cuando ya no hay remedio; la vuelta del torniquete, cuando acaso aún lo había, en el momento de recitar el «Jesucristo, su único hijo», del Credo, quedando el «hjjj...» colgando de la lengua... El «Adán con lo que tenga», grito que en la cárcel parecía servir igual al reo que llaman para ponerlo en capilla como al que van a poner en libertad. Como denominación popular genérica de la clase de muerte que se da en España, se dijo y puede aún decirse que aquí se muere «estirando las piernas y retorciendo la nuez» o «retorciendo el gañote».

4. Las negras siluetas de los agarrotados de Baroja

Una de las impresiones más profundas sufridas por un hombre tan preocupado por la brutalidad humana como Baroja, sobre el que las ejecuciones capitales, los delincuentes, los verdugos ejercían una extraña fascinación, fue, según él mismo cuenta⁹, «ver de chico, desde el balcón de un cuarto de la calle Nueva, de Pamplona, el paso de un reo que llevaban a ejecutar en la Vuelta del Castillo. Iba en un carrito rodeado de cuatro o cinco curas. Vestía una hopa amarilla pintada con llamas rojas y un birrete. Se llamaba Toribio Eguía. Había matado en Aoiz un cura y a su sobrina. Dos largas filas de disciplinantes encapuchados, con sus cirios amarillos, cantando responsos o letanías, iban delante del carro. Detrás marchaba el verdugo a pie, braceando. Era pequeño, rechoncho; llevaba traje de aldeano, sombrero pавero y polainas. Todas las campanas de las iglesias del pueblo tocaban a muerto... Luego, por la tarde, lleno de curiosidad, sabiendo que el agarrotado estaba todavía en el patíbulo, fui a verle y estuve de cerca contemplándole. Después apareció el verdugo a soltar el cadáver y dio explicaciones ante un grupo de curiosos. Yo volví a casa temblando de horror».

«Pocos años más tarde —sigue contando Baroja— era estudiante en Madrid del Instituto de San Isidro. Había allí bastante granjería de los barrios bajos. Una mañana un condiscípulo propuso hacer novillos e ir a ver cómo ejecutaban a los reos de la Guindalera, dos hombres y una mujer. Fuimos unos cuantos. Llegamos tarde. Tres si-

⁹ Pío Baroja: «Los verdugos», en *La decadencia de la sorresía*. Ediciones Raid, Barcelona, 1956.

luetas negras de agarrotados se destacaban al sol en el tablado puesto al ras de la tapia de la Cárcel Modelo. La mujer estaba en medio, la habían matado la última, según decía la gente, por ser la más culpable. El espectáculo era terrible, pero tenía algo de teatral».

«Años después presencié la ejecución de la Higinia Balaguer, la del crimen de la calle de Fuencarral, desde los desmontes próximos a la cárcel. Hormigueaba el gentío. Soldados de a caballo formaban un cuadro muy amplio. La ejecución fue rápida. Salí al tablado una figurita negra. El verdugo la sujetó los pies y las faldas. Luego los hermanos de la Paz y Caridad y el cura con una cruz alzada formaron un semicírculo delante del patíbulo y de espaldas al público. Se vio al verdugo que ponía a la mujer un pañuelo negro en la cara, que daba una vuelta rápidamente a la rueda, quitaba el pañuelo y desaparecía. En seguida el cura y los hermanos de la Paz y Caridad se retiraron y quedó allí la figurita negra, tan pequeña, encima de la tapia roja de ladrillo, ante el cielo azul claro de una mañana madrileña».

5. Un garrote por humanidad y decencia

A fines del siglo XVIII se discutía en la Asamblea francesa sobre cuál era el mejor modo de matar a la gente después de haber sido juzgada y condenada por las leyes. La guillotina había sido probada ya con mucho éxito, pero algunos diputados propusieron, por humanidad, el retorno a la horca. Para conciliar las opiniones diversas alguien propuso «atar a los condenados a un poste y estrangularlos con un torniquete». Sin duda estaba hablando del garrote, que se empleaba en España, de una forma u otra, desde hacía siglos.

Por humanidad fue también por lo que Fernando VII se decidió en España por el garrote, en contra de la horca, a principios del siglo XIX. El rey humanitario no lo dudó mucho: para conciliar «el inevitable rigor de la justicia con la humanidad y la decencia en la ejecución de la pena capital, y que el suplicio en que los reos expían sus delitos no les irroge infamia cuando por ellos no la merecieran, he querido señalar con este beneficio la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina, mi muy amada esposa, y vengo en abolir para siempre en todos mis dominios la pena de muerte en horca; mandando que en adelante se ejecute en garrote...».

Los comentaristas nacionales del Código penal español de 1884 se expresan por lo común en favor del garrote, «que es la forma menos repugnante, puesto que evita la efusión de sangre a cuya vista no debe acostumbrarse el paisano». La razón no parece ni muy profunda ni muy definitiva. Existe una copiosa literatura acerca de las preferencias sobre unos u otros medios legales de matar a las personas. Esta literatura se hace increíble y grotesca cuando llega a pretender determinar la bondad de unos sobre otros procedimientos porque «éste es más rápido que aquél» o «el otro hace sufrir menos que éste». «El garrote es muy repugnante —opinan unos, comúnmente extranjeros—; la trituration de vértebras cervicales para laminar el cuello aplastando el bulbo; la congestión lívida del rostro, la espantable mueca en que queda clavado, y su trincamiento a un madero, le convierten también en salvaje, indigno del ser humano. Es de creer que el sujeto padezca poco, nada, o casi nada; que las sacudidas del cuerpo, como sucede con el guillotinado, sean reflejos ya inconscientes de la brusca y mortal

lesión del sistema nervioso...». Pero la patriótica réplica no se hace esperar.

«El garrote —dice con orgullo a principios de siglo un autor español¹⁰— es algo más noble y reposado que la cuelga inglesa, porque es algo más sedentario y eminente. El condenado se ofrece sedente sobre un banquillo, sobre un alto tablado teatral; puede discurrir por él y hablar desde allí a la muchedumbre si así lo desea (...). Todo es solemne y clásico en este arte de dar la muerte; el mortífero aparato está presente con su forma de altar, como un vestigio de las aras antiguas; rodéanle los sacerdotes, y el verdugo, como un inmolador, como el inexorable brazo del destino, aguarda; abajo, clamor de muchedumbre, muchedumbre latina, simpática y sensible, que espera el instante supremo con una simpática congoja en las gargantas. Escala el reo el patíbulo y lanza el peso de su mirada sobre la multitud, y la multitud clama condolido y aterrada (...). Luego, resignado, sumiso, ofreciéndose como un trasunto del inocente cordero expiatorio, se sentará sobre el banquillo; el verdugo le pedirá perdón; luego apretará suavemente su cuello con la férrea corbata. Un crujido misterioso conmoverá todo el patíbulo... y todo ha terminado con un sueño, como un sueño trágico (...). El garrote vil es la tragedia de un pueblo latino, grave y decoroso, como el nuestro, que gusta de la pompa litúrgica y de los dramas históricos».

Larra tiene también su criterio sobre tan grotesca cuestión, de si una manera de matar es mejor que la otra: «...el reo ha llegado al patíbulo; en el día no son ya tres palos de que pende la vida del hom-

¹⁰ C. ASSÉNS: *ob. cit.*

bre; es un palo solo; esta diferencia esencial de la horca al garrote me recordaba la fábula de los Carneros de Casti, a quienes su amo proponía, no si debían morir, sino si debían morir cocidos o asados». «Entre las muertes innobles que se ejecutan fríamente —se lee en un texto más actual¹¹—, la muerte más innoble: el garrote vil. ¡Asesinato de artesano! ¡Crimen de aprendiz! ¡Ejecución primitiva de que se sirven los brutos! Muerte atroz que se rehúsa hoy a las bestias...». El jurista Pietro Ellero opina a su vez que «una ejecución en garrote vil no sólo despierta piedad para los ajusticiados, sino también y principalmente una suprema angustia y repugnancia».

Por otra parte, el verdugo inglés James Berry manifiesta¹² que, frente al garrote, él encuentra grandes ventajas a favor de la horca, «porque el garrote puede producir cierta cantidad de sangre con su argolla». Aunque seguro, dice, «es un método más lento y produce más sufrimientos que la moderna horca».

Otras opiniones insisten con un descaro más que sospechoso en que «el garrote provoca instantáneamente la muerte *sin sufrimiento alguno* para el condenado»¹³.

6. Un horrible cuadro

En teoría, el garrote puede producir la muerte instantánea, pero casi nunca ocurre así, según las crónicas. Casi siempre resulta ser un estrangulamiento dificultoso y lento, en que, si no pudiera parecer

una ironía totalmente fuera de lugar, cabría preguntarse cuál de los personajes del drama sufre más, si el que mata o el que ha de morir, es decir, el que tiene la obligación de matar y no acierta a hacerlo o aquel que, finalmente, lo único que desea es sólo morir, y morir en seguida. No sería el primer caso en que también la víctima del garrote, como la del hacha siglos atrás, ha de rogarle al ejecutar serenidad y rapidez.

Cuando todo, o casi todo, depende de la pericia o de la sangre fría de un hombre, que en este caso además es sólo un verdugo, cualquier cosa puede ocurrir.

No una, sino cuatro, cinco o diez vueltas de torniquete han de darle a veces las manos del verdugo sobre la nuca del condenado, para que éste deje de dar botes en el sillín, deje de sollozar, de gritar, de aullar, para que deje de estremecerse espasmódicamente, deje de moverse, se quede quieto, quieto, muerto. No uno, ni dos, ni tres minutos dura a veces el espeluznante espectáculo, sino veinte, veinticinco, treinta minutos inmensos, laboriosos y agónicos.

Algunas veces, pocas, es la excepcional, o rara, o terca constitución física del reo; la mayoría de las veces es la inexperiencia del funcionario, los nervios, el terror, tal vez, o eso que pasa cuando uno no sirve para hacer una cosa o esta cosa no está bien hacerla.

Uno de los cuadros más impresionantes y atroces que nos sea dado presenciar de un garrote mal dado, trabajoso y largo, en que la agonía del reo se prolonga cruelmente, es el que nos pinta Solana en uno de sus virogosos y sombríos escritos. «Muy recientemente —se quejaba el pintor no hace aún demasiados años— también ha sido deplorable y trágica la ejecución de los reos de Lérida: el matrimonio

¹¹ YVON LE VAILLANT: *Témoignage Chrétien*.

¹² JAMES BERRY: *My experiences as an Executioner*. H. Snowden Ward, Percy Lund & Co., Bradford, s.f.

¹³ Como declaran en la revista *El Español*, en septiembre de 1963.

Antonio y Ángela Ballester, por haber asesinado y robado a su suegra. A las tres de la mañana oyeron misa y comulgaron y cuando ya tenían puesta la argolla pidieron que les permitieran despedirse de sus parientes. Estos desfilaron por el tablado, abrazando y besando al reo, que lloraba amargamente. El verdugo de Barcelona, Rogelio Pérez, que era primerizo, se hallaba muy impresionado, por lo que vaciló mucho en hacer los preparativos, y se olvidó atarle los pies y pasarle una cuerda por el pecho; cuando dio la vuelta al torno no consiguió matar al reo, al que en una de las sacudidas que dio se le cayó el velo negro que cubría el rostro, ofreciendo un horrible cuadro, mientras besaba el crucifijo y pedía perdón invocando la misericordia divina...».

7. El garrote en España

La pena de muerte, que se ejecutó históricamente en España siguiendo muy diversos procedimientos, distintos incluso en un mismo momento en las diversas regiones del país —la horca aparece, por cierto, por casi todas partes, y permanece durante mucho tiempo—, encontró su medio de práctica normal en el garrote a principios del siglo XIX. Actualmente, sin embargo, como en otros muchísimos países que tienen su propio medio de ejecución, digámoslo así, se practica también entre nosotros el fusilamiento para determinados delitos o delincuentes.

El Código Penal español de 1870 sigue al de 1848, definidor del sistema único de muerte legal para todos los españoles —y los extranjeros que la merezcan—, cuando en su artículo 102 expresa: «La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre tablado. La ejecución se

verificará a las veinticuatro horas de notificada la sentencia, de día, con publicidad y en lugar destinado generalmente al efecto, o en el que el Tribunal determine cuando haya causas especiales para ello». Y el Código de 1848 seguía en esto fundamentalmente al de 1828.

En el siglo pasado, el reo podía estar en capilla tres días antes de sentarse en la silla del garrote. El Código de 1870 redujo este plazo a veinticuatro horas.

La pena de muerte fue abolida en el Código Penal español de 1932, y restablecida por Ley de 11 de octubre de 1934 para la represión de los delitos cometidos por medio de explosivos y de los robos con violencia o intimidación en las personas. Y el Código Penal de 1944 conserva las cosas así, en este terreno.

Este último Código Penal, actualmente en vigor, no parece contener muchas precisiones al respecto. Su artículo 83 indica solamente que «la pena de muerte será ejecutada en la forma prevista en los reglamentos». Y el Reglamento de los servicios de prisiones señala en su artículo 46 que esta pena se ejecutará con arreglo a la Ley, a las diez horas de haber sido notificada al reo la señalada para la ejecución.

Durante algunos años pudo considerarse como la última ejecución por medio del garrote en España¹⁴ la de Jesús Río Romero, considerado culpable de la muerte de un sargento de la Guardia Civil, efectuada en Madrid el 3 de diciembre de 1966. En mayo de

¹⁴ No utilizando el garrote, sino mediante fusilamiento, la última ejecución capital practicada en España era más reciente: el 8 de enero de 1972 fue pasado por las armas, en un campamento militar de la Marina, en Valencia, el soldado Pedro Martínez Expósito, de 24 años, autor de dos delitos de robo con homicidio.

ese mismo año había sido agarrotado en Valencia Antonio Rafael Gil Girado, atracador y asesino de un taxista. Antes, y en la misma década de los 60, habían sido agarrotados dos reos en Sevilla, en 1960, y otros dos en Madrid, en 1963, casi todos juzgados por la jurisdicción militar.

La aplicación de la pena de muerte empezaba a apaciguarse en España después de unas décadas bastante violentas. Los años con mayor número de ejecuciones en garrote fueron 1955 y 1969, con siete reos de muerte cada uno de ellos.

Pero en la mañana del día 2 de marzo de 1974, en prisiones distintas, aunque cercanas, y casi a la misma hora, fueron agarrotados dos jóvenes condenados a muerte por la jurisdicción militar. El primero, extranjero, de nacionalidad polaca, de nombre Heinz Chez, con 32 años en el momento de morir, considerado culpable de la muerte de un miembro de la Guardia Civil, entre otros delitos, y ejecutado a las 9.30 de esa mañana en la prisión provincial de Tarragona. El otro, español, catalán, Salvador Puig Antich, militante anarquista, considerado culpable de actividades terroristas y de la muerte de un subinspector de policía, ejecutado a los 25 años y a las 9.40 del mismo día en la prisión provincial de Barcelona.

Desde que empezaron a actuar los tres últimos verdugos (casi simultáneamente, hacia 1950) se ha ejecutado aquí en garrote a unas cincuenta personas.

El instrumental correspondiente se guarda en la actualidad en determinados lugares de algunas Audiencias, de donde los ejecutores lo recogen en cada caso mediante el correspondiente recibo y a donde lo devuelven una vez cumplida su misión. Unos son más modernos

que otros, y aunque en su funcionamiento obedecen todos al mismo principio (una plancha de hierro curvada que se junta en su parte convexa con un segundo plano para aplastar el cuello del reo, quebrando su espinazo a la altura de la cuarta vértebra cervical, produciendo la muerte por estrangulación y asfixia conjuntamente), los más antiguos presionan desde delante ese cuello contra el mismo palo fijo al que se adapta el hierro y ante el cual se coloca la silla para que se siente el condenado, en tanto que los más nuevos ejercen su presión sobre una segunda placa metálica igualmente convexa que corre a juntarse con la otra, dejando al palo una misión de mero soporte o apoyo.

8. También se da garrote fuera de España

Ni en España se mata legalmente por medio exclusivo del garrote, puesto que, como se ha dicho, también se fusila¹⁵, ni el garrote es procedimiento exclusivamente español.

Se ha agarrotado y se agarrota según la Ley en otros varios países del orbe, tanto occidentales como orientales.

Un país moderno que venía codeándose con el nuestro en esto del uso del garrote era Bolivia, donde se utilizaba según precepto del artículo 51 de su Código Penal¹⁶.

El historiador inglés Macaulay afirmaba que el garrote se utilizó anteriormente en Italia, y que seguía en vigor en algunos puntos de Oriente, en época relativamente moderna. En China, por ejemplo, se ejecutó por medio del garrote hasta hace muy poco tiempo. Y tal

¹⁵ Hay que anotar aquí que la peculiaridad española se manifiesta también en este campo, manteniendo en el territorio del Sahara español la arcaica y terrible modalidad penal del calión.

¹⁶ En *St. James Gazette*, 8 agosto 1893.

vez siga ejecutándose así todavía en algunas ocasiones y en determinadas zonas de ese país, sin duda las más tradicionales.

En las colonias españolas trasoceánicas, pero sobre todo en Cuba, fieles gobernadores utilizaron el garrote para ejecutar a sus enemigos y a determinados delincuentes durante todo el siglo XIX. Y después de la guerra hispanoamericana, parece que fueron los americanos los que introdujeron en sus nuevas colonias, como Puerto Rico, esta curiosa herencia de su contacto con nuestras huestes. En 1902 fueron ejecutados allí cuatro hombres en el garrote, instrumento y procedimiento que a los americanos debió parecerles exótico y fascinante. Existen incluso fotografías oficiales de este hecho. Pero el sistema no prosperó y fue sustituido por la horca. Dijeron que aquello recordaba demasiado a los métodos de la Inquisición.

Parece ser que también en algún otro país europeo además de España se empleó este método de ejecución. En Austria, por ejemplo, aunque allí se trataba de un estrangulamiento lento con cierta personalidad propia. En un periódico de finales del siglo XX¹⁷ pudo leerse, en efecto: «El sábado, en el patio de la prisión de Krems, en presencia de un centenar de espectadores, fue ajusticiado un peligroso criminal llamado Emi Brunner, mediante estrangulamiento, el método practicado en Austria. El procedimiento de estrangulamiento, que fue llevado a cabo en parte por medio de nudo corredizo y en parte por medio de la compresión de las vías respiratorias efectuada por el verdugo con sus propias manos, tuvo una duración de cinco

¹⁷ Debo esta información a los datos facilitados espontáneamente por don Juan Pedro Yaniz Ruiz, de Barcelona.

minutos, y sólo dos minutos después, el médico de la prisión certificó la muerte del condenado».

Entre la inmensa variedad de técnicas mortales practicada por los nazis figuró también el agarrotamiento. La modalidad alemana del garrote consistía en un sillón cuyos brazos iban provistos de argollas, para sujetar al reo, y sobre cuyo respaldo figuraba asimismo otra especie de argolla que se accionaba, desde atrás, mediante un mando muy parecido al volante de un automóvil. Tenía un aspecto muy semejante al de la silla eléctrica. El III Reich lo puso en práctica para castigar los delitos de traición, y en el garrote nazi murió, entre otras muchas personas, un hijo del premio Nobel Plank.

En Andorra está vigente como método de ejecución capital el garrote, aunque el último condenado a muerte en el Principado fue fusilado el 18 de octubre de 1943, ante las dificultades que suponía tener que contratar al verdugo español para efectuar el trabajo.

MARINO BARBERO SANTOS

La pena de muerte en la Constitución¹

1. Argumentos en favor y en contra de la pena capital

La abolición en un país de la pena capital constituye un acontecimiento histórico-cultural de primer rango: por su vinculación a un estadio avanzado de desarrollo de las concepciones ético-jurídico-colectivas², estadio que la humanidad comienza a alcanzar con el alborear de la Edad Contemporánea, es decir, muy tardíamente. Hasta el siglo XVIII fueron muy pocos y de forma aislada, o en grupos que por ser marginales respecto a los poderes constituidos carecieron de influencia social suficientemente eficaz para imponer sus concepciones, quienes rechazaron la licitud de la pena capital³. Por el contrario, la generalidad de las mentes más preclaras —Sócrates, Platón, Santo Tomás, Erasmo, Lutero, Goethe, Kant y tantos pensadores más—, aceptaron durante siglos, e incluso apoyaron sin la menor vacilación, el hecho de que el Estado pudiese privar al individuo —mediante la imposición de penas— de sus bienes más importante: la vida incluida.

¹ Texto publicado en *Sistema* 42, 1981.

² Para Vouin, catedrático de la Universidad de París, la creciente reprobación que se manifiesta respecto a la pena de muerte no procede del progreso de la civilización, sino d'un *affaiblissement de l'homme*, de un *émollessement de l'esprit*. *L'article de la mort*, en «*Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*», 1966, pág. 575.

³ Barbero Santos: *La pena de muerte en el Derecho histórico y actual*, en «La pena de muerte, 6 respuestas» (2.ª ed.), Madrid, 1978, pág. 19.

La pena de muerte es una de las penas más antiguas. La aplican la generalidad de los pueblos, incluso los más primitivos (Egipto, Grecia, Israel, la antigua Roma, etc.). Y, aún hoy, son minoría los que la han suprimido. La historia de la pena de muerte acompaña, pues, a la historia de la humanidad como su trágica sombra. En lo que a nuestro país afecta, en más de una ocasión he subrayado el significado del hecho de que la primera representación de una ejecución capital de que se tiene noticia se encuentre en una caverna del Levante español (Cueva Remigia, Barranco de la Gasulla, Ares, Castellón)⁴.

En la época antigua, e incluso en la Edad Media, la pena de muerte no posee la propiedad de constituir una retribución más o menos racionalmente motivada o una venganza destructora. La ejecución capital pretendía tan sólo suprimir o defender de los peligros de un entuerto que se cree producido por fuerzas mágicas, así como de un malhechor considerado demoníaco. Las penas en general, y la de muerte en concreto, poseen por ende un carácter simbólico. Y son eficaces, según se cree, si se ejecutan de acuerdo con un determinado ritual. Existe un orden cósmico en el que el individuo desaparece y domina lo colectivo. Y ese orden se altera por ciertos hechos de los hombres o de los animales, o relacionados con las cosas inanimadas, por lo que los hombres, animales o cosas son susceptibles de castigo (salvo el rayo y los meteoros, según Platón, por ser arrojados por la mano de los dioses). La prosaica pena

⁴ Obermaier-García Bellido-Pericot: *El hombre prehistórico y los orígenes de la humanidad*, Madrid, 1955 (5.ª ed.), pág. 111 y lámina IX.

de morir apedreado, que llega hasta el Nuevo Testamento (pasaje de la mujer adúltera), y se prevé especialmente para los delitos más graves contra la divinidad (actuación de falsos profetas, blasfemias, idolatría, etc.), es uno de los ejemplos más claros de pena simbólica. El pueblo tomaba parte de la ejecución con el fin de purificarse de la mancilla que sobre todo él había recaído por la ofensa inferida a Yahvé⁵. Idéntico carácter tiene en Platón el castigo de los parricidas, aunque no sea el pueblo, sino los magistrados en representación del Estado, quienes intervienen en el apedreo. Según sus palabras, los jueces condenarán a muerte al convicto de haber arrancado, voluntariamente y con premeditación, el alma del cuerpo de su padre, de su madre, de sus hermanos o de sus hijos, «siendo ejecutado por el verdugo, y arrojándose su cadáver, desnudo, fuera de la ciudad, en un lugar a este efecto destinado. Todos los magistrados, en representación del Estado, llevarán en la mano una piedra, que arrojarán a la cabeza del cadáver, para purificar así al conjunto de los ciudadanos. Se trasladará luego dicho cadáver allende los límites del territorio, donde se le abandonará, insepulto, como la ley ordena»⁶.

Con carácter general ha podido afirmarse que la pena de muerte simbólica de los pueblos antiguos nos da la clave para conocer el fundamento psicológico del contenido irracional del pensamiento penal imperante a la sazón. No puede olvidarse, empero, que también ahora muchos penalistas no encuentran —no encontramos— contenido racional alguno a la existencia de una pena que consiste

⁵ Stumm: *Symbolische Todesstrafen*, Hamburgo, 1962, págs. 90 y 189, principalmente.

⁶ Platón: *Las Leyes*, libro IX.

en matar⁷. El argumento racional más importante contra la pena de muerte es, sin duda, la inexistencia de argumento racional alguno a su favor⁸. Ninguno de los utilizados por sus propugnadores es, en absoluto, convincente, como se vio obligado a reconocer el propio Rocco —de forma que puede calificarse sin ambages de brutal—, cuando pretendió fundamentar la reinstauración del castigo capital en Italia durante la época fascista: el problema de la pena de muerte no es un problema filosófico o un problema jurídico que pueda resolverse a base de razonamientos teóricos y metafísicos o de deducciones lógico-abstractas o apriorísticas, es un problema práctico, un problema de necesidad social y política. Necesidad del extremo suplicio para la conservación y defensa de la Nación y del Estado e insuficiencia para conseguir este fin con el empleo de otras penas (...). Esta necesidad se advierte sobre todo por el oscuro instinto de la raza y en los estratos más profundos de la conciencia nacional. Se siente, más que se demuestra (...). Toda la cuestión reside en ver si en un Estado dado, en un determinado momento histórico, la conciencia pública percibe y advierte, al menos para ciertos delitos graves, la suprema necesidad social y política de la pena capital. La «justicia» de la pena de muerte se halla por entero en su variable necesidad, más aún, en la variable conciencia colectiva de su necesidad⁹.

⁷ Barbero Santos, Marino: *Aproximación histórica a la pena capital*, en «Historia 16», 1977, sept., pág. 23.

⁸ Bokelmann: *Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe*, en «Die Frage der Todesstrafe. Zwölf Antworten», Munich, 1962, pág. 139. Barbero Santos: *La pena de muerte, problema actual*. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, pág. 8.

⁹ Rocco, Arturo: *Sol ripristino della pena di morte in Italia*, publicado en «L'impero» el 7 de octubre de 1926, y reproducido en «Opere giuridiche», 1933, III, pág. 550.

Con dificultad puede hallarse un reconocimiento más palmario de la sinrazón, de la irracionalidad, de la pena capital que en el texto en extracto transcrito, a pesar de que Rocco lo emplease para evidenciar que la pena de muerte posee la autoridad «della ragione» (1).

Un argumento —particularmente caro a los no abolicionistas—, utilizó asimismo Rocco en la ocasión citada para justificar la reintroducción de la máxima pena: el histórico. Reproducimos a continuación sus propias palabras.

La historia nos demuestra que la pena de muerte fue la pena por excelencia en el mundo oriental, en el mundo griego, en el mundo romano; que dominó sin oposición en el medievo en las instituciones jurídicas germánicas, y —a pesar de los sentimientos del Cristianismo primitivo— en las instituciones jurídicas de la Iglesia imperial, de la Iglesia bárbara, de la Iglesia de la Inquisición; que se afianzó vigorosamente en los Estatutos y en las leyes de la Edad Media y particularmente en los siglos XVI, XVII y XVIII como suprema norma de defensa del orden social y de la autoridad del Estado; que fue a su sombra como se constituyeron y organizaron en vigorosas unidades en Europa los Estados modernos. Sólo en la segunda mitad del siglo XVIII con la afirmación de dogmas individuales se puso sobre el tapete de la opinión pública «el problema de la pena capital». Pero la lucha, según Rocco, que los escritores del período filosófico emprendieron contra la pena de muerte tuvo escaso éxito¹⁰.

Arrastrado por la brillantez del discurso Rocco olvidó que ciertos pueblos antiguos no conocieron la pena de muerte u otorgaron a la

¹⁰ Rocco: *Ob. cit.*, pág. 547.

misma un puesto extremadamente modesto en el catálogo punitivo, v. gr., el libro chino de las Cinco Penas, el derecho penal islámico, el derecho consuetudinario ruso anterior a los ukases de los zares¹¹; la legislación republicana, respecto de los ciudadanos romanos, después de las Leyes *Porcine*¹²; el derecho germánico anterior al siglo XI, que preveía como consecuencia judicial en supuestos de homicidio penas pecuniarias (*Wergeld*) y no corporales¹³, etc.

Por lo demás, la historia de la pena capital carece del valor de ejemplo para un pensar que corresponda a nuestra época, sea por el número de ejecutados, auténticas hecatombes: 14.000 en tiempo de Agripa; 72.000 por haber cometido delitos contra la propiedad, durante el reinado de Enrique VIII de Inglaterra; varios cientos —si no miles—, por obra de las sentencias de un solo juez: el famoso criminalista alemán Benedict Carpzovio¹⁴, etc.; sea por las crudelísimas modalidades de su ejecución¹⁵. Hay base, por ello, para la terrible afirmación de Del Vecchio de que la historia de las penas es en mu-

¹¹ Ancel, Marc: *Le problème de la peine de mort*, en «Rev. de Droit Pénal et de Criminologie», 1964, pág. 375.

¹² Mittemaler, C. J.: *Die Todesstrafe nach der Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschungen, der Fortschritte der Gesetzgebung, und der Erfahrungen*, Heidelberg, 1862, pág. 5.

¹³ Schmidt, Eberhard: *Die Geschichte der Todesstrafe bis zur Aufklärung*, en «Die Todesstrafe, Zwölf Antworten», Munich, 1962, pág. 27.

¹⁴ Desde Oldenburger, profesor ginebrino de fines del siglo XVII, se estimó que el número de sentencias capitales dictadas por Carpzovio ascendía a 20.000. Número que Fischl eleva a 30.000 (*Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, reimpresión de la ed. de Breslau de 1913, Aalen, 1973, pág. 1). Recientes investigaciones de Böhm y von Weber, a quienes se debe Schmidt, reducen la cifra a un máximo de 300 (SCHMIDT, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1963, 3ª ed., pág. 156).

¹⁵ Remitimos a los volúmenes, con espléndidas ilustraciones, de Franz HEINEMANN, *Der Richter und die Rechtsgelehrten. Justiz in früheren Zeiten*, Leipzig, 1900, y Karl R. Pawlas: *Die Foltergewölbe und Hochgerichte der Vorzeit*, Nürnberg, 1963. Véase asimismo Sueiro: *El arte de matar*, Madrid, 1968.

chas de sus páginas tan deshonrosa para la humanidad como la de los delitos¹⁶. La justicia de una institución no depende, en absoluto, de su mayor o menor antigüedad.

Hasta el tiempo de Copérnico, de Kepler y de Galileo, argüía Ellero, la humanidad creía que el sol giraba alrededor de la Tierra. ¿Deberíamos creerlo por esto también nosotros?

Uno de los argumentos preferidos por los partidarios del máximo castigo es el de su eficacia intimidante en relación, al menos, a una serie de delitos. Para poner freno en el corazón del homicida, del que abusa de la fuerza —escribía, por ejemplo, Saldaña en sus «Adiciones» al Tratado de von Liszt—, es preciso amenazarle con la pérdida de lo que más estima y más abusa, de la fuerza en su suprema síntesis: la vida¹⁷.

El valor intimidante de la pena capital no puede negarse —arguyen otros autores—, sin rechazar asimismo el efecto intimidante de toda pena¹⁸. En la eficacia intimidante de la pena de muerte es en la que más suele creer el vulgo.

Esta creencia —como mostré en el estudio sobre la pena capital que constituyó en el curso 1963–1964 la Lección de Incorporación al Claustro de la Universidad de Murcia, al que remitimos—, no se apoya en datos racionales¹⁹. Ni sobre los autores de asesinatos, ni sobre los autores de atentados contra la seguridad del Estado —los

¹⁶ Del Vecchio: *Sobre el fundamento de la Justicia Penal*, Madrid, 1947, traducción de Galán, pág. 43.

¹⁷ Saldaña: *Adiciones al «Tratado de Derecho Penal» de von Liszt*, Madrid, 1917, III (traducción de Jiménez de Asúa), pág. 286.

¹⁸ Vouin, art. cit., pág. 565.

¹⁹ Barbero Santos: *La pena de muerte, problema actual*, cit., págs. 16 y ss.

dos grupos de delitos para los que las legislaciones no abolicionistas suelen reservar el máximo castigo—, ejerce efecto decisivo la pena capital. Indudablemente no lo ejerce sobre el 25% de asesinos que, según las estadísticas, se suicidan²⁰. Y es harto dudoso que opere sobre los que se encuentran en una situación sin salida, sobre los delincuentes pasionales (un 50%), sobre los numerosos que presentan un componente psicopático (Peter Kürten, Petiot, Jarabo Pérez-Morris, etc.), etc. Respecto a la delincuencia política, nadie que tenga un mediano conocimiento de la misma niega hoy que la pena capital sea para ella inoperante. Muchos sujetos buscan, incluso, la condena a muerte como inmólación por una patria que anhelan mejor o para convertirse en héroes: la distancia que media entre el patíbulo y la glorificación es muchas veces de unos pasos tan sólo. Muy pocos ejemplos pueden bastar para mostrarlo: los de Sócrates o Jesucristo²¹, en la Antigüedad; o los de Juana de Arco, los Comuneros, o Mariana Pineda, en tiempos más recientes²². La muerte posee una *vis atractiva* de que carecen otras penas, v. gr. la prisión: sus efectos no pueden, por ello, compararse con los de las restantes penas. De Staub es la constatación de que numerosos asesinatos, probablemente la mayoría, se realizan con

²⁰ Sobre los suicidios de condenados a muerte, véase Deshaies: *Psychologie du suicide*, París, 1947, págs. 191 y ss. Entre los numerosos ejemplos recientes de condenados a muerte que, deseaban, morir: Sirhan Bishara, presunto asesino del senador Robert Kennedy, Gary Gilmore y Jesse Bishop.

²¹ Condenado por el crimen *maiestatis* de rebelión, como se exteriorizó ostensiblemente en la inscripción que se colocó sobre la cruz.

²² Barbero Santos: *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960*, en «Estudios de Criminología y Derecho Penal», Valladolid, 1972, pág. 261.

la esperanza de morir ejecutado: la pena de muerte produce más que intimidación estímulo²³.

En los últimos años el análisis de la eficacia de prevención general de la pena de muerte ocupa un lugar destacado en la investigación criminológica, principalmente norteamericana. La cuestión se plantea en los siguientes términos: si el castigo capital *tal y como se aplica en la actualidad* posee valor intimidante; no si podría conseguir este efecto empleado de otra forma. El sistema preferido se denomina *multiple regression analysis* (MRA) y tiene en cuenta, junto a la pena capital, una amplia serie de variables que pueden ser controladas desde el plano estadístico. El resultado prácticamente unánime de estos estudios²⁴ es la falta de evidencia de que la pena de muerte produzca un efecto intimidante apreciable (*any measurable deterrent effect*)²⁵.

En el mismo sentido se pronunció en 1974 el más famoso verdugo quizá del presente siglo, Albert Pierrepoint: «No creo que ninguna de las cientos de ejecuciones que llevé a cabo produjese efecto

²³ Staub: *Contribution psychanalytique au débat sur la peine de mort*, adición de la edición francesa a Alexander y Staub: «Le criminel et ses juges», París, 1938, pág. 257.

²⁴ El principal representante de la tesis contraria es Isaac Ehrlich. Véase de reciente su *Capital Punishment and Deterrence. Some Further Thoughts Additional Evidence*, en «Criminology Review Yearbook», Beverly Hills, 1979, pág. 148.

²⁵ Cfr. Finkelstein: *Regression Models in Administrative Proceedings*, en «Harvard Review», 1973 (86), pág. 1442. Black: *Capital Punishment: The Inevitability of Caprice and Mistake*, 1974, Baldus y Cole: *A Comparative Analysis of the Empirical Work of T. Sellin and I. Ehrlich as a Basis for Inferring a Causal Relationship Between Capital Punishment and the Murder Rate in the United States*, en «Yale Law Journal», 1975 (85), pág. 110. Bowers y Pierce: *Deterrence Brutalization, or Nonsense. A Critique of Isaac Ehrlich's Research on Capital Punishment*, en «Yale Law Journal», 1976, pág. 187. Passell: *The Deterrent Effect of the Death Penalty: A Statistical Test*, en «Stanford Law Review», 1976 (28), pág. 61. Friedman: *The use of multiple regression analysis to test for a deterrent effect of capital punishment*, en «Criminology Review Yearbook», ed. por Britner y Messinger, Beverly Hills, 1979, págs. 61 y ss. Knorr: *Deterrence and The Death Penalty: a temporal cross-sectional approach*, en «The Journal of Criminal Law and Criminology», 1979, págs. 235 y ss.

intimidante alguno (*in any way acted as a deterrent*) contra un futuro asesinato»²⁶.

La última magna representación dramática de ejecución capital que tuvo lugar en nuestro país el 27 de septiembre de 1975 y los sucesos inmediatamente posteriores avalan esta conclusión: en el breve lapso de una hora y en lugares diversos de la geografía nacional cinco personas morían fusiladas. El 1º de octubre siguiente, poco antes de que en la Plaza de Oriente tuviese lugar una manifestación de adhesión al General Franco, tres policías caían asesinados en Madrid, y antes de que transcurriese una semana, tres guardias civiles en Oñate.

Un argumento preferido por los clásicos —y que en nuestros días goza aún de favor—, es el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesario, en determinados casos, la eliminación del delincuente. La paz no se puede conservar en la República sin el castigo y la muerte de los hombres malos —escribía nuestro Cerdán de Tallada en 1581—, y añadía: Aunque es verdad que para la cosa pública es pérdida perder un hombre della, y más si es persona principal, o aventajada en artificio, empero la consolación y el beneficio de la paz que queda en la República, por medio del castigo de los malos, es tal que pone en olvido el sentimiento de la pérdida del hombre particular...²⁷.

La fundamentación utilitaria de la pena de muerte conduce a la equiparación del hombre a un animal dañino («una belva a viso humano», con expresión de Garófalo²⁸, era el, criminal nato), cuya

vida está desprovista de valor vital. Se opone a la concepción cristiana, informante del pensamiento de Occidente, de que todo hombre es susceptible de mejora, y, asimismo, a la finalidad de integración social que se estima hoy inherente a la pena y que posee, incluso, rango constitucional²⁹.

La ejecución de un delincuente basada en la seguridad de la colectividad significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido, y no se sabe con certeza si cometerá. Mediante la fundamentación utilitaria la máxima pena se rebaja, pues, a mera medida de seguridad³⁰. Con escasa incidencia aseguradora, por otra parte, frente a la delincuencia más peligrosa: la terrorista, a la que es aplicable la tremenda anécdota que Bentham relata en su famosa «*Teoría de las penas y de las recompensas*»: El verdugo que acababa de cortar la cabeza a un reo, se la presentó ensangrentada a un viejo irlandés, que, en una guerra civil, había caído prisionero, diciéndole: ¡Infeliz!, mira la cabeza de tu hijo. Mi hijo, respondió el anciano, tiene más de una cabeza³¹.

No deja de resultar al menos paradójico, como subrayaba la Comisión Social del Episcopado Francés, en enero de 1978, que la sociedad pretenda proteger la vida de los hombres decidiendo matar a alguno de ellos³².

²⁶ Pierepoint's very execution was only revenge, en «The sun», 21 octubre de 1974.

²⁷ Cerdán de Tallada: *Verdadero gobierno desta Monarchia...*, Valencia, 1581, páginas 61 y 62.

²⁸ Garófalo: *Contro la corrente*, Nápoles, 1888, pág. 29.

²⁹ Art. 25, 2. Integración que, a nuestro juicio, consiste en la simple socialización (Barbero Santos: *Marginalidad y Defensa Social*, en «Documentación jurídica», 1979, págs. 1063 y ss.).

³⁰ Carmelutti: *El problema de la pena*, trad. castellana de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947, pág. 40.

³¹ Bentham, Jeremías: *Teoría de las penas y de las recompensas*, trad. al español de la edición de Dumont por D. L. B., París, 1826, II, pág. 39.

³² Commission Sociale de l'Episcopat: *Faut-il maintenir la peine de mort en France?*, Alagon, 1978, págs. 6-7.

Un argumento utilizado por los abolicionistas desde antiguo, el de la posibilidad de cometer errores judiciales, irremediables totalmente cuando de pena capital se trata, sigue teniendo en nuestros días todo su trágico valor. No es necesario, por ello, reproducir al respecto el caso de Víctor Hugo de que la guillotina le recordaba a Lesurques, la rueda a Calas, la hoguera a Juana del Arco, el hacha a Tomás Moro o la cruz a Jesucristo.

Es posible presentar ejemplos más próximos en el tiempo, incluso de países que disponen de los mejores servicios de investigación policial y cuyos jueces poseen una competencia de todos conocida. El Ministerio Federal de Justicia alemán respondió, v. gr., al Cuestionario que difundió el Consejo de Europa con ocasión del conocido *rapport* sobre la pena de muerte elaborado por Marc Ancel, que, desde 1893 a 1953, se habían pronunciado 27 condenas capitales en las que se había establecido, o se presumía, un error judicial. En tres de estos casos la sentencia se había cumplido³³.

Hale menciona once casos ingleses de asesinato en los que, sin duda (*clearly*), hubo error judicial³⁴. En seis, la sentencia fue ejecutada. Tres ocurrieron en el pasado siglo, tres en éste. Entre ellos incluye el tan conocido de Timothy Evans, ejecutado por el asesinato de su mujer, Berly, y de su hija. Cuatro años después, en 1953, John Christie, principal testigo de cargo contra Evans, fue condenado como asesino de seis mujeres, entre ellas su propia

³³ Ancel: *La peine de mort dans les pays européens*, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1962, págs. 59-60.

³⁴ Hale: *Hanged in error*, Londres, 1961.

esposa, cuyos cadáveres aparecieron en la casa en la cual tanto él como Evans habían vivido. Las circunstancias de los dos casos eran ostensiblemente coincidentes. Aún más, Christie confesó haber matado a Berly.

La duda sobre la inocencia de Evans era tan grande que Chuter Ede, ministro del Interior cuando se le ejecutó, escribió al descubrirse posteriormente la actuación de Christie que el caso Evans muestra que un error judicial es posible. Así lo creyeron igualmente amplios sectores ciudadanos, iniciándose un movimiento que llevó —principalmente por obra de las intervenciones de Silverman en el Parlamento y de la publicación de varios libros sobre el tema³⁵— a la supresión en Inglaterra de la pena de muerte.

En los Estados Unidos, según Sellin, entre los espectaculares casos de los hermanos Boorn en 1819, y de James Foster en 1958, hay huellas de varios más. Precisamente la ejecución de inculpados inocentes³⁶ parece llevó a los Estados de Maine y Rhode Island a abolir la pena capital.

Hay serias dudas, por otra parte, de la existencia de errores judiciales en algunos de los casos más famosos del siglo, v. gr., el de los emigrantes italianos Sacco y Vanzetti, ejecutados el 23 de agosto de 1927 y rehabilitados, medio siglo después, por el gobernador del Estado de Massachussets en un documento firmado el 19 de julio de 1977 que pretendía levantar el estigma y el oprobio que recayó

³⁵ Page-Silverman: *Hanged and innocent?*, Londres, 1953. Gowers: *A life for a life? The problem of capital punishment*, Londres, 1956. Altricham-Ian Gillmour: *The case of Timothy Evans*, Londres, 1956.

³⁶ Sellin: *The Death Penalty*, Filadelfia, 1959, pág. 64.

sobre ellos con motivo de la condena y proclamaba, el 23 de agosto de 1977, «Día del recuerdo de Sacco y Vanzetti».

Asimismo turba la conciencia de muchos americanos la muerte en la silla eléctrica, el 19 de junio de 1953, del matrimonio Julius y Ethel Rosenberg. ¿Transmitieron realmente a la Unión Soviética los secretos de la bomba atómica? ¿O murieron porque —como escribieron a sus hijos Michael y Robert momentos antes de la ejecución— «la libertad y todo lo que contribuye a hacer la vida feliz y digna de ser vivida se paga a veces a alto precio», y porque el enrarecido ambiente de la «guerra fría» y el *macCarthyismo* originó una «justicia parcial»?³⁷.

En España tampoco faltan ejemplos de errores judiciales. Con gran posibilidad hubo error judicial en el caso Ferrer Guardia, cuya participación en los hechos de la «semana trágica», a mi juicio, no resultó probada en el proceso³⁸. Y lo es con certeza el conocido por «el crimen de Cuenca», estudiado con su proverbial agudeza por Jiménez de Asúa³⁹; aunque, por fortuna, en éste no se impuso la

³⁷ Loeser: *Mord auf Befehl*, Dortmund, 1976. A Alessandro Manzoni se debe muy probablemente el relato más estremecedor de un error judicial: el que llevó el 27 de julio de 1630 a la «infernál sentencia» de condena de Piazza y Mora como autores de la famosa peste de Milán, cuya magistral descripción constituye una de las partes más espléndidas de la hermosa novela *I promessi sposi*. Manzoni que, en un principio, proyectó incluir el relato citado en *Los novios*, lo publicó, por fin, como apéndice de la edición definitiva de 1840, bajo el título *Storia della colonna infame*. Agradezco a mi querido amigo y colega de la Universidad de Pavia, Mario Pisani, haberme proporcionado un ejemplar de esta interesante obra de Manzoni, prácticamente desconocida fuera de Italia.

³⁸ *Causa contra Francisco Ferrer Guardia, instruida y fallada por la jurisdicción de guerra en Barcelona, día 1909*. Madrid, 1911, pág. 492. Véase Barbero Santos: *Remembranza de Pedro García—Dorado Montero en el 50 aniversario de su muerte*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», Madrid, 1971, pág. 1610 (nota). Para Seco Serrano (*Alfonso XIII y la crisis de la Restauración*, Barcelona, 1969, pág. 82, nota). «La acusación no tenía suficiente envergadura —en cuanto a responsabilidad directa— para justificar la ejecución».

³⁹ Jiménez de Asúa: *El error judicial en el caso Grimaldos*, en «Crónica del crimen», Buenos Aires, 1970, 5ª ed., págs. 51 y ss. Sobre el tema, de interés la novela de Sender: *El lugar de un hombre*.

pena capital. Que Grimaud —en uno de los procesos más discutidos del período anterior— fuese autor de «un delito rebelión militar continuado» es más que dudoso, con independencia de que el Consejo de Guerra que lo condenó estuviese afectado por el presunto vicio sustancial de la usurpación de funciones por parte del ponente, como pretendió la defensa.

La existencia del verdugo, es decir, de un hombre dedicado profesionalmente a privar de la vida a otro hombre, es un importante argumento en contra de la pena capital. Para Unamuno su tacha más grave. No hay ningún verdugo, ni lo habrá —manifestó Eberhard Schmidt ante la Gran Comisión para la reforma del Derecho Penal alemán—, que realice su función como un acto de cumplimiento de un puro deber jurídico. Mata a un reo como degüella a un animal. Realiza la muerte de un hombre para ganar dinero y porque siente el cosquilleo excitante de poder matar sin el peligro de hacerse responsable de homicidio. En la ejecución de la pena capital el Estado se sirve del actuar amoral, más aún, criminoso de una persona. Renuncia de esta forma a aquella superioridad ética frente al condenado sin la cual desaparece la justicia de la pena. Si en un sentencia capital se exterioriza no sólo la sacralidad de la justicia, sino también la soberanía y dignidad del Estado en toda su grandeza, ¿por qué no actúan de ejecutores las primeras jerarquías de la nación en vez de un sujeto que lo hace por lograr unas monedas?⁴⁰.

⁴⁰ Schmidt, Eberhard: *Stellungnahme zum Thema Todenstrafe*, en «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», Bonn, 1959, vol. 11, Anhang 1, pág. 32.

Lo dramático del oficio de verdugo es la falta de emoción ante el cumplimiento de su tarea, el que pueda habituarse un hombre al hecho de privar de la vida a otro hombre. Así lo manifestó Pierrepont ante la *Royal Commission on Capital Punishment*: ¿Es muy molesto su trabajo o se ha acostumbrado a él? Le preguntaron. Me he acostumbrado a él, respondió (*I am accustomed to it now*)⁴¹.

Pero más terrible aún que el hecho de que a un verdugo le resulte trivial el matar, tras haber matado a varios cientos de personas, es que la fuerza corruptora de la pena de muerte sea tal que cualquiera se habitúe a ella a la segunda o tercera vez de haber participado en una ejecución.

Bockelman ha relatado su propia experiencia al respecto. Un día tuvo que participar como oficial auditor en una ejecución y pasó la noche anterior en una situación angustiosa indescriptible. Su misión consistía en desvelar al condenado a las seis de la mañana para comunicarle que dos horas más tarde sería fusilado. Acompañarle esas dos horas en su deambular por los patios de la prisión. Conducirle ante el pelotón y, luego, verle caer acribillado a balazos. Escribir, por último, una carta a su madre. Cuando varias semanas después hubo de actuar por segunda vez, durmió la noche precedente. Y en la tercera ocasión, transcurridos algunos meses, le pareció un servicio rutinario. ¡A la tercera ocasión, ya!, exclamó Bockelman. Precisamente esta fácil habituación a la monstruosidad de matar al prójimo

⁴¹ Vicente, uno de los protagonistas de la conocida obra de Sueiro, confesó que «lo peor es la primera o la segunda vez, que, luego ya después...». Mientras, Bernardo «la mayoría de las veces iba a dormir a la fonda tranquilamente» la noche anterior a la ejecución. (*Los verdugos españoles*, Madrid, 1971, págs. 497 y 498).

es para el penalista de Munich el argumento decisivo contra la pena capital⁴².

No menos estremecedor resulta el saber que no se trata sólo de un fenómeno individual, sino también colectivo, espléndidamente descrito por Larra en *Un reo de muerte*: «Un pueblo entero obstruye ya las calles del tránsito. Las ventanas y los balcones están coronados de espectadores sin fin, que se pisan, se apiñan y se agrupan para devorar con la vista el último dolor del hombre (...) ¿Qué curiosidad esta nación? ¿Ese pueblo de hombres —se responde a sí mismo con estupefacción Larra— va a ver morir a un hombre?».

La muerte de un ser humano —mientras las ejecuciones fueron públicas— constituyó un espectáculo trivial, peor aún, lútrico⁴³.

La macabra ambivalente atracción—repulsión que ejerce el verdugo⁴⁴, criatura degradada, vil, siniestra, cubierta de una igno-

⁴² Bockelman: *Berichtungen zur Todesstrafe*, en «Niederschriften über die Sitzungen der Grossens-
trafgerichtskommission», Bonn, 1959, vol. 11, págs. 23-24. Sueiro y Díaz Nosty nos han descri-
to cómo para el anterior Jefe del Estado se convirtió también en una «cosa de trámite», a decidir
a la hora del café de sobremesa, la muerte de los condenados a la última pena.

⁴³ Cfr. la descripción de un «Hanging Natch» en Radzinowicz: *A History of English Criminal Law*,
Londres, 1948, I, pág. 171.

⁴⁴ Un día, durante mis años de docencia en la Universidad de Murcia, el Presidente de la Sección
II de la Audiencia Provincial, don Joaquín de Domingo Peón, me relató, autorizándome a
publicarlo cuando lo deseara, un suceso por él presenciado cuando niño que ilustra como
pocos —en la rica documentación universal sobre el tema— acerca de la creencia popular en
los effluvia delictivos del verdugo, suceso que revelo ahora por primera vez. De excursión en
Alba de Tormes para visitar las reliquias de Santa Teresa, almorzaba con su familia en la terraza
de un restaurante. Sobre una mesa próxima, un hombre de mediana edad dejó al marcharse
el importe de su comida. Momentos después, el mozo aró las cuatro puntas del mantel con
todo lo que contenía, servicio de mesa e importe de la nota incluido, rozó el saco así formado
con alcohol, y lo prendió fuego. A las asombradas preguntas del resto de los comensales por
este insólito comportamiento respondió: Es el verdugo de Burgos que, con ocasión de alguna
ejecución, acostumbra a venir por aquí. Y siempre hacemos esto, ¿Cualquiera vuelve a tocar lo
que este sujeto ha tocado!

minia que no tiene semejante —con palabras de Concepción Arenal⁴⁵, que hacia todos mostró caridad y no pudo hacerlo hacia el andador, sayón o verdugo—, ha hecho olvidar, a la generalidad de quienes se ocupan del tema, que una ejecución capital sólo es posible si el legislador la prevé, el juez la impone y el titular de la *potestas* política la confirma; o, en otros términos, que en ella está implicado el Estado a través de sus tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. ¿Qué razón hay para no extender a sus componentes la tremenda expresión de la eximia penitenciaria ferrolana «¡Miserable el hombre que sea bastante razonable para no estremecerse a la vista del verdugo, y bastante despreocupado y filósofo para darle la mano!»⁴⁶. Todos y cada uno de ellos cumple oficio de verdugo.

No puede olvidarse que fueron jueces quienes, amparados en preceptos legales, condenaron a muerte a Cristo, a Sócrates, a Hus o a Giordano Bruno. El problema de la pena de muerte es tanto un problema de quien la recibe como de quien la impone⁴⁷. Bien lo sabe la Iglesia, que considera «irregular», junto al verdugo, al juez que pronuncia una sentencia capital⁴⁸.

Al Jefe del Estado corresponde decretar en última instancia si un hombre va a ser o no ejecutado. En algunos supuestos, al Gobierno. Así lo establece, verbigracia, el artículo 867 del Código de Justicia

⁴⁵ Arenal: *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, en «Obras Completas», Madrid, 1896, tomo XII, pág. 172.

⁴⁶ Arenal, art. Cit., pág. 164.

⁴⁷ Alt: *Das Problem der Todesstrafe*, Munich, 1960, pág. 146. Middendorff: *Todesstrafe—Ja oder Nein?*, Friburgo de Brisgovia, 1962, págs. 56 y ss.

⁴⁸ *Codex iuris canonici*, Canon 984, 6.º: *Iudex qui mortis sententiam tulit*.

Militar respecto de sentencias firmes dictadas por la Autoridad judicial de este carácter, ya que al Gobierno compete el trámite del enterado. Por Suelto y Díaz Nosty sabemos con qué fruición hizo uso el general Franco del *ius vita et necis* en que consistía la *petición de clemencia al Caudillo*⁴⁹. Por fortuna, en nuestra propia historia tenemos uno de los más admirables ejemplos que puede presentar pueblo alguno de un político que renunció a la más alta magistratura del Estado antes que ser copartícipe de un «asesinato legal»: Don Nicolás Salmerón y Alonso resignó ante las Cortes Constituyentes, el 6 de septiembre de 1870, el cargo de Presidente del Poder ejecutivo, que éstas le habían conferido el 18 de julio anterior, antes que pasar por la condena capital de ocho soldados acusados de «sedición e inobediencia», como consecuencia del restablecimiento en todo su vigor del Código de Justicia Militar aprobado por las Cortes por «cuatro votos de mayoría»⁵⁰.

Se trata, en todo caso, es obligado decirlo, de un ejemplo admirable, sí, pero de un raro, sino único, ejemplo.

El argumento retributivo goza todavía de particular favor. Para sus sostenedores, sólo la pena de muerte corresponde al asesinato,

⁴⁹ Suelto—Díaz Nosty: *Historia del franquismo*, Madrid, 1978, 8, «Viva la muerte» (I), pág. 142 y ss. Para valorar la magnitud de la represión punitiva durante la guerra civil y con posterioridad remitimos a Alberto Reig Tapia: *Consideraciones metodológicas para el estudio de la represión franquista en la guerra civil*, en «Sistema», 1979 (33), págs. 99 y ss., y a Carlos García Valdés: *Un derecho penal autoritario: Notas sobre el caso español*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 3, págs. 53 y ss.

⁵⁰ No acertó el Conde de Romanones en su augurio de que el veredicto de la Historia iba a ser desfavorable a Salmerón (Conde de Romanones: *Los cuatro presidentes de la primera República española*, en «Obras Completas», Madrid, 1949, I, págs. 705–706), porque la colectividad valora cada vez más como positivo el que un gobernante se detenga «ante los repulgos de su conciencia».

no la privativa de libertad. Esta concepción significa un retorno a la *pristina* forma del antiguo principio del talión o kantiano⁵¹.

El *ius talionis* no tiene, empero, validez general. En primer lugar, porque en numerosos casos es absolutamente imposible su aplicación. Si el talión se concreta en el principio «ojo por ojo, diente por diente», ¿qué pena habría que imponer, v. gr., al autor de una rebelión, de una bigamia, de una violación de sepulturas?

En segundo término, porque, incluso en los supuestos en que es materialmente hacedero, su imposición en todo caso se opone a instituciones ancladas con firmeza en las legislaciones modernas, por corresponder a las concepciones imperantes. Piénsese, por ejemplo, en la prescripción⁵², el indulto, el arrepentimiento espontáneo, etc. Todas ellas negadoras del conocido imperativo categórico kantiano, que en lo que afecta a la pena de muerte se concreta así: incluso si una sociedad se disolviese por el consentimiento unánime de sus miembros (por ejemplo, si un pueblo que habitase en una isla decidiese dispersarse y esparcirse por el mundo), debería ejecutarse antes al último asesino que se hallase en prisión, para que cada uno experimente que sus acciones son valiosas y para que la sangre vertida no caiga sobre el pueblo que no exigió su castigo; al poder ser considerado como partícipe en esta lesión pública de la justicia⁵³.

⁵¹ Cfr. Barbero, Santos, *La pena de muerte, problema actual*, cit., pág. 22.

⁵² Ha de advertirse, sin embargo, que, algún país, v. gr. Alemania, ha suprimido en 1979 la prescripción para el asesinato: la razón para hacerlo ha sido que ni uno solo de los criminales nazis aún no descubierto pudiese eludir la persecución penal. Sobre los apasionados debates en el *Bundestag* remitimos a: «Rev. de Droit Pénal et criminologie», 1980, págs. 327 y ss.

⁵³ Kant: *Metaphysik der Sitten*, ed. de Vorländer, Hamburgo, 1954, pág. 161.

El imponente rigorismo kantiano⁵⁴ no sólo se opone a las instituciones citadas, sino que parte de un axioma no demostrado: que el asesinato es el hecho más grave objetivamente y donde se refleja una culpabilidad mayor. Al primer punto puede oponerse la constatación de la acogida en triunfo al retornar a su tierra de ciertos condenados a muerte por asesinato, amnistiados; al segundo —y ello es aún más concluyente—, la dificultad de probar la culpabilidad plena en que la pena capital consiste: el estado psicológico que lleva al asesinato y los signos patológicos que presentan la generalidad de los asesinos⁵⁵ hacen surgir fundadas dudas acerca de la plena culpabilidad de los autores⁵⁶.

Por lo demás, pagar un mal con idéntica medida de mal es la manera más fácil, pero no la más verdadera, de restablecer el equilibrio perturbado. El mal se repara ontológicamente sólo con el bien. Por

⁵⁴ Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Gotinga, 1963, ed., pág. 231. Parece obligado manifestar que existe una radical contradicción entre esta tesis de Kant y su concepción de que la entera humanidad se encuentra entera en un solo hombre, y que esto no puede jamás ser tratado como medio para el cumplimiento de otros fines (Véase Paolo Rossi: *La pena di morte e la sua critica*, Génova, 1932, pág. 89).

⁵⁵ Wittenberger, Thomas: *Zur Naturrechtlichen Problematik der Todesstrafe*, en «Festschrift für Johannes Messner», Innsbruck, 1961, pág. 531. Kreuzer, Arthur: *Kriminologische Aspekte zur Debatte um die lebenslange Freiheitsstrafe*, en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1977, págs. 49 y ss.

⁵⁶ Tampoco la supuestamente grave peligrosidad de ciertos sujetos fundamenta la imposición del máximo castigo. Las estadísticas muestran, v. gr., que de los 700 condenados a penas privativas de libertad perpetua por asesinato en la República Federal de Alemania (*Lebenslänglichen*), en libertad condicional, sólo cinco cometieron un nuevo delito contra la vida (Kreuzer, artículo cit. en la nota anterior, pág. 50). La tesis de justificar la *máxima pena* en la supuesta peligrosidad de los autores —aunque pueda herir nuestra sensibilidad— tiene defensores. Así escribe textualmente Cuello Calón: «También legítima (la pena de muerte) su necesidad y su valor como instrumento de protección social contra los criminales endurecidos e insensibles no susceptibles de reforma e indiferentes a la amenaza penal. Es la única medida segura de eliminación de estos sujetos peligrosos; la prisión perpetua, como hemos señalado, ha dejado de existir de hecho (*La moderna penología*, Barcelona, 1958, I, pág. 207).

ello, como sostiene Del Vecchio, al *malum actionis* no corresponde, como exigencia de la justicia, un *malum passionis*, sino un *bonum actionis*⁵⁷.

La pena de muerte se opone, por último, al valor que hoy se reconoce a la dignidad del hombre. El individuo no está al servicio del Estado, sino el Estado al servicio del individuo. La pena de muerte no afirma un derecho; niega, por el contrario, el más importante: el que el hombre posee a la vida⁵⁸. Es, por ello, socialmente malsana, y el Estado, imponiéndola, da un ejemplo corruptor. El conocido argumento de Santo Tomás de si algún hombre «es peligroso para la comunidad, y la corrompe a causa de algún pecado, es provechoso y laudable privarle de la vida, para conservar el bien común»⁵⁹, se juzga viola la presente concepción acerca de la relación individuo-Estado; más aún, el propio pensar cristiano, el espíritu del Nuevo Testamento. Ningún pasaje de éste concede, en efecto, apoyo para justificar la máxima pena. Pero es que, como expresó Dickens de forma sutil: «...si existiera un texto que justificara esta pretensión, yo lamentaría la autoridad de un fragmento semejante para atenerme a las enseñanzas que ofrece la persona misma del Redentor y el sentido profundo de su Religión».

La Comisión social del Episcopado francés, en su admirable informe *Faut-il, maintenir la peine de mort en France?*, subrayaba que

⁵⁷ Del Vecchio, Giorgio: *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto*, Milán, 1958, pág. 8.

⁵⁸ Constitucionalmente reconocido, sin limitación alguna, en el párrafo 1º del artículo 15. que comentamos.

⁵⁹ «Si quis aliquis homo sit periculosus communis, et corruptum ipsius propter aliquod peccatum, labiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur (Tomás de Aquino: *Summa Theologica*, 2-2, q. 64, artículo 2).

Jesús llama a un comportamiento nuevo: «Habéis oído que se dijo: ojo por ojo y diente por diente. Y yo os digo que no pongáis resistencia al malvado» Rechaza toda venganza y llega incluso más lejos, hasta el amor de los enemigos. Y en una ocasión famosa, el episodio de la mujer adúltera, toma partido contra la pena de muerte que prescribía la ley de Moisés. Este episodio, reiteran los obispos franceses, nos libera respecto a los argumentos tomados de la legislación mosaica y nos indica en qué sentido marcha el pensamiento de Jesús⁶⁰.

2. La pena de muerte en el derecho comparado

Con el siglo XVIII la humanidad se plantea, por vez primera, el problema de la existencia de la pena capital.

Este siglo constituye el final y la culminación de las monarquías absolutas. Hasta entonces perduran, con todo su rigor, preceptos e instituciones procedentes del Derecho romano, germánico y canónico. A ellas se unen las pragmáticas u otras disposiciones, obra de los monarcas, que pretenden en el ámbito punitivo —por puras razones utilitarias— prácticamente un solo fin: la intimidación general o, en otros términos; producir terror. Los medios son muy diversos, entre ellos, un pródigo empleo de la pena de muerte y su ejecución eligiendo modalidades a cual más crueles⁶¹.

El paroxismo en la utilización de la pena capital era natural produjese una reacción en sentido contrario, máxime porque esta prác-

⁶⁰ Commission sociale de l'Episcopat: *Faut-il maintenir la peine de mort en France*, Alençon, 1978, pág. 26.

⁶¹ Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 45.

tica se oponía al espíritu imperante a la sazón: el de la Ilustración o de las Luces.

Se inicia entonces un movimiento abolicionista que, con detenciones y retrocesos, llega a nuestros días. No lo exponemos porque ampliaría en exceso este comentario: por lo demás, en más de una ocasión lo hemos verificado⁶².

La realidad es que, cuando comienza la década de los ochenta, la pena de muerte se enseñorea aún de la legislación punitiva de gran número de Estados, y esto sin contar la modalidad denominada «pena de muerte ilegal». De ambas formas estatales de matar, en sus manifestaciones a través de los cinco continentes, se ha ocupado de reciente, en un admirable informe, *Amnesty International*⁶³. El resultado del análisis de *Amnesty* es estremecedor: el número de países en los que la pena de muerte se admite legalmente ha crecido, en los últimos veinte años, en proporción similar a la que ha aumentado el número de Estados integrantes de la Comunidad internacional. La discusión acerca de la abolición de la pena de muerte sigue siendo una cuestión limitada prácticamente sólo al mundo democrático occidental.

Consolador en este sentido es, empero, que en muchos de los países que pertenecen a este área la abolición se ha consagrado al más alto rango legal: en la propia Constitución. Ello no empece,

⁶² Vide Barbero Santos, *La pena de muerte en el Derecho histórico y actual*, en «La pena de muerte. Seis respuestas», Madrid, 2ª ed., 1978, págs. 47 y ss.

⁶³ Amnesty International, *Die Todesstrafe*, Reinbek bei Hamburg, 1979. De acuerdo con los propios términos de la introducción al capítulo III, el informe no es plenamente exhaustivo; se le ha de considerar, en todo caso, excelente. Hay versión española.

por desgracia, que en alguno de los países de más acusada tradición democrática —de la que hoy conservan sólo el recuerdo— el mantenimiento constitucional del precepto abolicionista se eluda mediante el sistema de las «Ejecuciones capitales sin intervención judicial»⁶⁴. El ejemplo más dramático lo ofrece quizá Uruguay. Esta admirada nación hispanoamericana abolió la pena de muerte en 1907, tanto en la legislación común, como en la militar, como consecuencia de la enorme reacción que produjo una condena capital ejecutada públicamente en una plaza de Montevideo cuando el siglo XIX fenecía. La supresión fue acogida en las sucesivas Constituciones, incluida la hoy vigente de 1967, cuyo artículo 26 declara taxativamente que nadie puede ser condenado a muerte. Declaración que no dificulta, es verdad, la actividad carnícera de bandas parapoliciales y paramilitares. Pero que, sin duda, sirve para mostrar con el máximo de crudeza la radical contradicción existente entre una sociedad dada y un Estado que no es emanación de ella, hasta el extremo de que a pesar de detentar el poder político y todos sus resortes, no es capaz de modificar la Ley fundamental, no obstante despiadadamente incumplirla.

Otros países sudamericanos han llevado igualmente a la Constitución la supresión plena del máximo castigo. Colombia (artículo 29 de la Constitución de 1887, modificada en 1910), Panamá (artículo 29 de la Constitución de 1946), Ecuador (artículo 28 de la Constitución de 1967), Venezuela (artículo 58 de la Constitución de 1961), Honduras (artículo 56 de la Constitución de 1965) y la

⁶⁴ Vide Amnesty International, 1979, cit., págs. 33 y ss.

República Dominicana en su Constitución vigente de 1966, artículo 8⁶⁵. Mientras, un segundo grupo de Estados se limitan a excluir constitucionalmente la pena capital para la delincuencia política: México, artículo 22; Argentina, artículo 18; Haití, artículo 25, y Paraguay, artículo 25⁶⁶.

En lo que a Europa atañe, ocho naciones han abolido *de iure*, en absoluto, es decir, en la jurisdicción común y en la militar de paz y de guerra, algunas muy recientemente, la pena de muerte: Austria (1968), Dinamarca (1978), Finlandia (1972), Islandia (1928), Luxemburgo (1979), Noruega (1979), Portugal (1976), Suecia (1973). En algunas la supresión posee rango constitucional, v. gr.: en Alemania (artículo 102)⁶⁷, Austria (artículo 85), Portugal. La decisión parlamentaria de abrogada fue unánime —lo que merece subrayarse— en Austria y Suecia.

Cinco países europeos más han abolido asimismo la pena de muerte, salvo para determinadas infracciones militares o delitos cometidos en tiempos de guerra: España, Holanda (1870), Italia (1948)⁶⁸, Malta (1977) y Suiza (1942). En España e Italia (artí-

⁶⁵ Vide Amnesty International, 1979, págs. 96-97, 103, 106 y 110.

⁶⁶ Berdugo y Gómez de la Torre, *La pena de muerte en el actual Derecho Iberoamericano*, en Barbero Santos y otros, «La pena de muerte. Seis respuestas», Madrid, 1978, pág. 97. Sobre las tendencias a la reimplantación de la pena de muerte en el Derecho penal latinoamericano, remitimos al estudio de este título de Zulita Fellini Gandulfo, publicado en «La reforma penal en los países en desarrollo», Universidad Autónoma de México, México 1978, págs. 59 y ss. Véase asimismo: Solari Irigoyen, *La pena de muerte en la actual legislación argentina*, en «Cuadernos de Política criminal», 1978, pág. 144.

⁶⁷ Cfr. Geck, Wilhelm Karl, *Artikel 102*, en «Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)», Hamburgo, texto revisado, 1967; Scholz, *Artikel 102*, en Maundt-Herzog-Scholz: *Grundgesetz, Kommentar*, Munich, 1978.

⁶⁸ Cfr. Ranlet, *Manuale di Diritto Penale*, I, P. General (4^a ed.), Padua, 1968, págs. 614 y ss.

culo 27) la supresión posee rango constitucional. Igualmente en Suiza, pero sólo en lo que afecta a la delincuencia política (artículo 65, 1^o: «Wegen politischer Vergehen darf kein Todessurteil gefällt werden»).

La eventual reintroducción de la pena de muerte en la República Federal de Alemania, Austria, Portugal y Suecia sólo es factible mediante los requisitos previstos para la reforma de la Constitución. Y el mismo camino habría de seguirse en la contingencia de que se deseara ampliar el ámbito de aplicación de esta pena en Italia o España. En Islandia, por el contrario, bastaría para reinstaurarla superar un trámite legislativo específico diverso de la propia modificación constitucional.

En el elenco abolicionista no puede omitirse a Liechtenstein y a Inglaterra. En Liechtenstein la ejecución más reciente (por delito de traición) se remonta a 1795 (aunque curiosamente una condena capital, actualmente en trámite de apelación, se ha pronunciado allí en 1978). En Inglaterra un supuesto error judicial, el caso Evans antes mencionado, avivó una campaña que condujo, el 16 de diciembre de 1969, a su eliminación⁶⁹. Una moción en favor de su reintroducción fue derrotada en la Cámara de los Comunes por 119 votos de mayoría el 19 de junio de 1979.

Hoy, en el Reino Unido, tan sólo cabe imponer pena capital por alta traición y por determinadas conductas de piratería. La última ejecución, por el primer supuesto, tuvo lugar en 1946, y se limita, en la práctica, a infracciones cometidas en tiempos de guerra.

⁶⁹ Vide Barbero Santos, en «La pena de muerte. Seis respuestas», Madrid, 1978, págs. 56 y ss.

Mientras, el segundo supuesto resulta, de acuerdo con la legislación vigente, poco menos que inaplicable.

El Vaticano y Andorra han de ser sumados también a la lista de Estados abolicionistas. El primero, por el ejemplo que supone el haberla, al fin, suprimido *de iure*. El segundo, por no utilizarla en la práctica. Desde 1845 —fecha de la última ejecución, realizada mediante la horca, hasta la actualidad— tan sólo se ha cumplido en Andorra una condena capital: el 18 de octubre de 1943⁷⁰. Aunque el condenado tiene la posibilidad de elegir —de acuerdo con los usos y costumbres— entre ser ejecutado en Francia o en España, la realidad fue que por no existir precedentes —según me informó el batlle francés de Andorra, honorable Francesc Areny, en cartas de 28 de agosto y 28 de septiembre de 1964— «se le ejecutó en los Valles mismos». Por lo demás, tampoco se acudió a la guillotina o al garrote: el autor, que había asesinado a una hermana y a un hermano con el fin de heredarles, murió fusilado en una solemne ceremonia pública.

De los 21 Estados miembros del Consejo de Europa, ocho prevén aún la pena de muerte para delitos cometidos en tiempos de paz. A los dos citados (Liechtenstein e Inglaterra) han de añadirse Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Irlanda y Turquía. En desuso en algunos de estos países (en Bélgica, v. gr., la última ejecución por delito común remonta a 1918⁷¹; en Grecia no se ha llevado a cabo

ninguna desde la reinstauración de la democracia) puede asegurarse que únicamente en Turquía⁷² y en Francia⁷³ la pena de muerte es aún un problema vivo.

Decisivo impulso hacia la supresión en el Viejo Continente del máximo castigo es de esperar lo constituya el hecho de que la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa se haya pronunciado en Estrasburgo el 22 de abril de 1980, por 98 votos a favor y 25 en contra por la abolición de la pena de muerte, aceptando un proyecto de resolución del diputado socialdemócrata sueco Carl Lidbom⁷⁴.

La resolución considera que «la pena de muerte es inhumana» y formula un llamamiento a los «Parlamentos de los Estados miembros del Consejo de Europa que mantienen la pena de muerte por crímenes cometidos en tiempos de paz para que la supriman de sus leyes penales».

En el mismo sentido, la XII Conferencia de Ministros europeos de Justicia, celebrada en Luxemburgo los días 20 y 21 de mayo de 1980, considerando, entre otros argumentos, que la abolición de la

⁷⁰ Sueiro, Daniel, *Los verdugos españoles. Historia y actualidad del garrote vil*, Madrid-Barcelona, 1971, pág. 103.

⁷¹ La *Commission pour la révision du Code Pénal*, en Sesión plenaria de 5 de abril de 1979, se pronunció de la siguiente forma: 8 miembros por la abolición completa; 6, por su mantenimiento, con la cláusula de su no ejecución en tiempos de paz; dos, por su supresión tan sólo en tiempos de paz. Véase el *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, 1979, pág. 85.

⁷² Cfr. Kunter, *Le problème de l'abolition de la peine de mort*, en «Annales de la Faculté de droit d'Istanbul», 1980, Separata, *passim*.

⁷³ De ello es claro síntoma la creación en noviembre de 1979 de una «association pour l'application et le maintien de la peine de mort». Y el reenvío por el Gobierno —que determina el orden del día de las Cámaras— del anunciado debate parlamentario sobre el tema, que, en principio, se iba a celebrar en la sesión de primavera de 1980, y ello, de acuerdo con declaraciones del Ministro de Justicia, porque «la discusión de un proyecto de ley debe verificarse en un ambiente de serenidad y la serie de crímenes horribles que han conmovido la opinión pública desde diciembre último no permiten hacerlo actualmente» (véase *Le Monde*, 19 de mayo de 1980).

⁷⁴ El problema de la pena de muerte, como todos los problemas penales, se plantea prevalentemente a nivel nacional. Y en este sentido ha de darse razón a Kunter (*Le problème de l'abolition de la peine de mort*, en «Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul», Estambul, 1980, pág. 6 de la separata). Ahora bien, las organizaciones supra-nacionales no exceden su competencia por recomendar a los Estados su abolición.

pena capital en los Estados miembros constituye un fin a alcanzar, recomienda al Comité de Ministros del Consejo de Europa estudiar la posibilidad de elaborar nuevas normas europeas apropiadas concernientes a la abolición de la pena capital, y asimismo lo invita a encargar al Secretario General a que presente en la XIII Conferencia de Ministros europeos de Justicia un *rapport* sobre la evaluación y los progresos conseguidos en este campo⁷⁵.

En particular se ha estimado que el artículo 2º de la Convención europea de Derechos del Hombre no refleja ya la situación actual en lo que concierne a la pena de muerte en Europa. Este artículo habrá, pues, de modificarse, sea mediante la forma de lo que se denomina un *protocole d'amendement*, sea de un *protocole additionnel*. Una tercera vía consiste en la adopción por parte del Consejo de Ministros de una recomendación a los Gobiernos. Ahora bien, ésta requiere que estén presentes la mayoría de los representantes del Comité de Ministros y se manifiesten de manera unánime en el sentido de la recomendación.

El último paso hasta ahora en el camino de la abolición lo constituye, a nivel supranacional, la decisión tornada por el Parlamento europeo, el 21 de noviembre de 1980, solicitando que se suspenda la ejecución de condenas capitales en todos los países pertenecientes a la Comunidad.

Los Estados socialistas prevén la pena de muerte, aunque la mayor parte la consideran *expressis verbis*, pena de carácter excepcional,

v. gr., el Código penal soviético (artículo 23), el rumano (artículo 54), el yugoslavo (artículo 24), etcétera⁷⁶.

Las infracciones a que se impone suelen ser: delitos contra la seguridad del Estado y ciertas formas graves de delitos contra la vida. Lo que caracteriza las modificaciones legislativas más recientes es la notable reducción de conductas que se estiman merecedoras del máximo castigo. Lo que no significa, paradójicamente, que haya disminuido igualmente el número de penas de muerte cumplidas. En Polonia, v. gr., en el año 1969 el número de delitos capitales pasó a ser 27 de 94. Sin embargo, en los cinco años que precedieron a la reforma se ejecutaron en total 27 personas; mientras en los cinco siguientes fueron 94. En 1977, 10 personas sufrieron pena de muerte. No pocos penalistas pertenecientes a países del Este de Europa se oponen, en principio, al mantenimiento de la pena de muerte, aunque estiman que en la presente situación internacional no resulta indicada su abolición⁷⁷.

En Estados Unidos de Norteamérica ha de estimarse cerrado el paréntesis que abrió, el año 1972, la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Furman v. Georgia al declarar contraria a la Constitución la pena de muerte tal y como se regulaba a la sazón. Gran número de Estados han reemprendido, en efecto, en 1977 —después de diez años de no hacerlo— el camino de las ejecuciones tras modificar la normativa anterior. Ahora no se deja ya al arbitrio del Tribunal la

⁷⁵ Cfr. Conseil de l'Europe, Conférence des Ministres européens de la Justice, Douzième Conférence. Conclusions et résolutions de la Conférence, Luxembourg, 1980, páginas 10 y 27.

⁷⁶ Cfr. Barbero Santos, en Barbero Santos y otros: *La pena de muerte. Seis respuestas*, Madrid, 1978, 2ª ed., pág. 52.

⁷⁷ Cfr. Lammich: *Das Sanktionensystem im geltenden Strafrecht der sozialistischen Länder*, en «Juristen Zeitung», 1980, pág. 260.

imposición o no de una pena capital en un caso concreto, sino que ha de hacerlo cuando se dan los presupuestos legales; como asimismo, ha de tomar en consideración las circunstancias que concurren en el hecho y en el autor. Al decretarla no se viola ya —según se estima— las enmiendas 8 y 14 a la Constitución⁷⁸, que prohíben las penas inusuales y crueles⁷⁹.

A corto plazo, y a nivel de Constitución federal, la batalla contra la pena de muerte ha de considerarse, pues, por entero perdida⁸⁰.

De acuerdo con la segunda encuesta llevada a cabo por las Naciones Unidas sobre la pena capital en los Estados miembros, en el período que abarca de 1974 a 1978, y teniendo en cuenta, sobre todo, las contestaciones de los 62 Estados que respondieron al Cuestionario (de los 152 que la integran), resulta que la situación legislativa, en líneas generales, ha variado poco en relación a la primera encuesta, aunque se observa una tendencia a suprimir la pena de muerte para los delitos contra las personas y a introducirla para delitos económicos y políticos y para actividades terroristas⁸¹.

Durante el citado período de cinco años se informó haberse dictado 2.364 condenas capitales y ejecutadas 713. Estos son los datos anuales:

⁷⁸ Karger: *Capital punishment: death for murder only*, en «The Journal of Criminal Law and Criminology», 1978 (69), págs. 179 y ss.

⁷⁹ Barbero Santos, en *La pena de muerte. Seis respuestas*, 1978, cit., págs. 62 y ss.

⁸⁰ Weigend: *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den U.S.A.*, en «ZStW», 1978 (80), pág. 1114. Palmer: *Two perspectives on structuring discretion: Justice Stewart and White on the Death Penalty*, en «The Journal of Criminal Law and Criminology», 1979 (70), págs. 194 y ss.

⁸¹ Naciones Unidas—Consejo Económico y Social. Cuestiones de Derechos Humanos. La pena capital. Informe del Secretario General. E/1980/9, 7 febrero 1980 (80-03443), pág. 7.

Años	Condenas capitales	Ejecuciones
1974	429	70
1975	449	154
1976	416	96
1977	689	334
1978	381	59

De las 2.364 personas condenadas, tan sólo nueve fueron mujeres. Y ninguna de ellas fue ejecutada. Más de la mitad de las sentencias comunicadas (1.279) se impusieron en siete Estados de África, al sur de Sahara; de las cuales 991 (179 ejecutadas) en un solo Estado, Sudán. El número máximo de ejecuciones corresponde, empero, a Bangladesh, 258⁸². Con posterioridad a los datos recogidos en este Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, la mayor hecatombe legal producida en un solo día quizás haya sido la decapitación, el 9 de enero de 1980, en ocho ciudades de Arabia Saudí, de 63 miembros del grupo de «renegados» que asaltó el 20 de noviembre de 1979 la gran Mezquita de La Meca y la mantuvieron en su poder durante dos semanas.

Las ejecuciones más recientes no han respetado a Jefes de Estado o de Gobierno. De la amplia lista mencionaremos a Ali Bhutto, a Francisco Macías y a Hafizullah Amin, ejecutados, respectivamente, el 4 de abril, el 29 de septiembre y el 27 de diciembre de 1979.

⁸² Naciones Unidas—Consejo Económico y Social, 7 de febrero de 1980 (80-03443), cit., cuadro I.

9. Abolición constitucional de la pena de muerte

En España, la primera mención de la pena de muerte en una ley fundamental⁸³ acaece en la Constitución, no promulgada, de 1856, cuyo artículo 11 tenía el siguiente tenor: «No se podrá imponer la pena capital por delitos meramente políticos».

No tuvo mejor fortuna el texto fundamental que, por segunda vez, se ocupó de esta materia. El Proyecto de Constitución Federal de la República Española, presentado a las Cortes Constituyentes el 17 de julio de 1873, tampoco se convirtió en Ley⁸⁴. La regulación en esta ocasión no fue ya específica, sino genérica, dentro de los denominados derechos naturales, en el número 1 del Título Preliminar. Este fue su tenor literal: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni la ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales. 1º El derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida».

La tercera gran oportunidad en que la abolición pudo alcanzar rango constitucional también fue, al fin, desaprovechada. Aludo a las Cortes Constituyentes de la II República.

⁸³ Lo que a continuación se expone muestra que se equivoca Alzaga cuando escribe que «nuestro Constitucionalismo histórico soslayó el tratamiento de estas cuestiones» (*Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 184). Cosa distinta es que las preocupaciones de los constitucionalistas no encontrasen consagración en una Ley Fundamental que llegase a regir. Por seguir a Alzaga incurre en el mismo error Higuera Guímera (*La previsión constitucional de la pena de muerte*, Barcelona, 1980, pág. 3).

⁸⁴ Entre estas dos fechas, 1856 y 1873, en la Sesión de 10 de abril de 1869, de las Cortes Constituyentes—según relata Ruiz Funes—los Diputados Salmerón, Gallejo Díaz, Villavicencio, Barón, Sandoval, Martínez Ricart y Molina presentaron una adición al título primero del Proyecto Constitucional, que no prosperó. Este era su tenor: «Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos. No se podrá imponer la pena capital por delitos comunes desde el día en que se haga la reforma del sistema penitenciario» (Véase *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, en «Revista de Derecho Político», 1934, III, pág. 217).

El proyecto de Constitución que el 27 de agosto de 1931 Jiménez de Asúa, como Presidente de la Comisión parlamentaria que lo redactó, presentó a las Cortes contenía un artículo, el 27, con el siguiente texto: «Queda abolida la pena de muerte. Sólo podrá aplicarse, excepcionalmente, en tiempo de guerra, por la jurisdicción militar».

Al discutirse el proyecto constitucional en el Parlamento, se presentaron tres enmiendas: una del Sr. Barriobero y otra del Sr. Baeza Medina, ambas en favor de la abrogación de la pena de muerte, tanto en el fuero común como en el militar; la tercera, del Sr. Castrillo (con el carácter de voto particular, por pertenecer su autor a la Comisión Parlamentaria), solicitaba la supresión del artículo. Prosperó la enmienda del Sr. Castrillo y el artículo (27 de la enumeración primera, 29 de la reformada) quedó excluido de la Constitución. La República, con la gran inseguridad propia de lo nascente, no consideró oportuno prescindir de la tutela de la pena capital. La defensa de la neonata República precisaba—así se manifestó en el Congreso—el arma de la pena de muerte, desconociendo que las instituciones políticas no las mantienen en vida las penas (ni siquiera la de muerte), sino la opinión de los ciudadanos: olvidando que la existencia del Estado es ante todo, como advirtió Welzel y alguna vez he recordado, un problema político, y, sólo también muy secundariamente, es también un problema jurídico-penal⁸⁵. Para la plena comprensión del resultado debe añadirse, no obstante, que gran nú-

⁸⁵ Cfr. Barbero Santos: *La pena de muerte en España: historia de su abolición*, en «Doctrina Penal», Buenos Aires, 1980, pág. 208.

mero de diputados —quizá la mayoría— eran abolicionistas. Pero no estimaban aconsejable que la supresión se consagrara en un precepto constitucional por significar —y en este sentido se manifestó Ossorio y Gallardo en el debate parlamentario— «una norma de impotencia del Gobierno, y cohibirle de tal modo que ya no pueda rectificar, ni aun en caso de suprema angustia nacional, sino acudiendo al extremo medicamento de reformar la Constitución, cosa que además sería imposible en el caso mismo en que fuera necesario»⁸⁶.

El paso que en la Constitución no se dio, pudo darse, por suerte, en el Código penal que se promulgó durante la época de la República; innovación que constituyó, con palabras de Jiménez de Asúa, presidente de la Subcomisión Jurídica Asesora que redactó el anteproyecto, «el punto culminante del Código»⁸⁷. En consecuencia, el 1 de diciembre de 1932 la pena de muerte desaparecía por vez primera en nuestra historia de la legislación penal común.

El triunfo, empero, que los abolicionistas entonces lograron no fue duradero. El 11 de octubre de 1934, como consecuencia de los graves sucesos que culminaron en la denominada Revolución de Asturias, se restableció la pena de muerte en la jurisdicción común para los delitos contra el orden público cometidos por medio de explosivos o sustancias inflamables o por medios que produzcan peligro o alarma generales y de robo a mano armada, cuando resultare alguna persona muerta o gravemente herida.

⁸⁶ Cfr. «Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española», 29 septiembre de 1931 (núm. 46), pág. 41.

⁸⁷ Jiménez de Asúa: *La legislación penal de la República española*, Madrid, 1932, pág. 31.

Poco después, el Bando de 28 de julio de 1936, declarador del estado de guerra, iniciaba un período deletéreo —el más sangriento de nuestra sangrienta historia— que iba a producir auténticas hecatombes legales⁸⁸. De sus particularidades, sin embargo, no es necesario en esta ocasión tratar.

El fallecimiento, el 20 de noviembre de 1975, del general Franco inició una nueva época no sólo en lo político, también en lo que afecta a la pena capital. El 25 de noviembre, dos días después de la proclamación de Juan Carlos I como rey, se decretaba un indulto general cuyo mayor acierto fue la conmutación de condenas capitales impuestas o que pudieran imponerse por delitos cometidos con anterioridad a la promulgación del indulto. Esa época nueva culmina el 29 de diciembre de 1978, día en que el *Boletín Oficial del Estado* publicó la Constitución que hoy nos rige. En el ámbito punitivo este hecho produjo, entre otras, trascendentes consecuencias, la de suprimir a nivel constitucional —por vez primera en España— la pena de muerte, y no sólo en la jurisdicción común, igualmente en la militar en tiempos de paz.

Este es el tenor literal de la regulación, según aparece en el artículo 15: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra».

⁸⁸ Cfr. Barbero Santos: *Política 17 Derecho Penal en España*, Madrid, 1977, págs. 64 y ss. Véanse asimismo, los estudios de García Valdés y Reig Tapia citados anteriormente en la primera parte de este comentario.

Esta fórmula, resultado como siempre de un compromiso, no tuvo una gestación fácil. En su análisis no podemos, sin embargo, entrar. Sólo diremos que el último párrafo procede de una enmienda de Entesa del Catalans, aceptada el 24 de agosto de 1978 por la Comisión de Constitución del Senado, que suprimía la máxima pena a salvo de «lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempo de guerra». Expresión que la Comisión Mixta Congreso-Senado sustituyó por «para tiempos de guerra», texto que definitivamente pasó a la Constitución.

El precepto fundamenta la prohibición constitucional de la pena de muerte en los límites que estatuye⁸⁹. Esta norma de prohibición deriva tanto de una declaración de valor de carácter objetivo, como del contenido de una norma fundamental subjetiva, *status negativus*, en favor del sujeto penalmente perseguido, sea español o no. La disposición posee, como toda norma fundamental, el doble carácter de una garantía constitucional objetivo-subjetiva⁹⁰.

En tal carácter se integra funcionalmente con las garantías procesales inherentes al ejercicio del Poder judicial. Y, materialmente, con

⁸⁹ De acuerdo con la «Disposición derogatoria» 3, al establecer que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» impide considerar vigentes las disposiciones que prevén la pena de muerte, al menos dentro de los límites del párrafo 2º del artículo 15 (Cfr. el espléndido estudio de García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica*, en «Anuario de Derecho Civil», 1979, en especial pág. 317). En todo caso el RD de 21 de diciembre de 1978 modifica los artículos del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercantes que prevén como pena única, o grado máximo de pena, la de muerte, en el sentido de que la pena única o máxima a imponer, salvo en tiempos de guerra, es la de treinta años de reclusión.

⁹⁰ Véase, respecto a Alemania, Scholz, en Maunz-Dütig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz. Kommentar*, Munich, 1978, comentario al artículo 102, 3.

el derecho fundamental a la vida⁹¹, reconocido sin límite alguno, en lo que afecta a la intervención del poder penal del Estado, en el párrafo primero del mismo artículo 15, al declarar, como hemos visto, que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Solemne declaración con la que no armoniza la permisibilidad, todo lo limitada que se quiera, que otorga el último párrafo del artículo citado, a la legislación militar para prever para tiempos de guerra la pena capital.

El artículo 15 contiene, pues, una grave antinomia que el jurista debe denunciar. Para superarla no cabe acudir al especioso argumento de que al igual que ocurre con los demás derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo, su concreción depende del contenido a dar a los restantes derechos y libertades⁹². Y ello porque al contrario de los bienes jurídicos que integran la generalidad de los derechos y libertades fundamentales, en este caso el bien —el derecho a la vida— no es graduable. La libertad ideológica, la intimidad personal, la libertad de residencia, el derecho de reunión pacífica, el derecho a la educación, etc., pueden darse en más o en menos, el derecho a la vida no. Se tiene vida o no se tiene, *tercius non datur*. La vida no es un bien jurídico graduable. Estimo, en consecuencia, que el segundo párrafo del artículo 15 está en flagrante contradic-

⁹¹ Schmidt-Bleibtreu, en Schmidt-Bleibtreu-Klein: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied-Berlin, 1978, pág. 795.

⁹² Este argumento fue utilizado por Fernández-Galiano Fernández en la discusión parlamentaria sobre la pena capital: «Todos los derechos tienen sus lógicas limitaciones, incluso los derechos fundamentales no son de un ilimitado ejercicio» (Cfr. «Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución», Sesión núm. 5, 24 de agosto de 1978, pág. 1805).

ción con el primero⁹³. Y no sólo por establecer éste que *todos* (los hombres) *tienen derecho a la vida*, sino, asimismo, por prohibir taxativamente las penas o tratos inhumanos o degradantes: ya que nada hay más degradante e inhumano que la pena capital, por privar al hombre de la vida, que es la esencia de lo humano⁹⁴.

La referencia a la legítima defensa y al estado de necesidad como muestra de limitaciones a la validez general de la norma de prohibición subyacente al párrafo 1º del artículo 15, no es tampoco, a mi juicio, utilizable.

El reconocimiento del derecho a la vida como derecho fundamental obliga al Estado en primer término. Es frente al Estado ante el que el derecho primariamente se consagra. Es contradictoria *in terminis* la afirmación de un derecho a la vida y la autorización al Estado para privar de ella. En la legítima defensa o en el estado de necesidad, no es el Estado quien actúa, sino un particular, y precisamente porque el Estado no alcanza a tutelar la propia vida en peligro de éste. La fundamentación de la pena de muerte y de la *inculcata tutela*, es diversa. La primera supone el dominio de las leyes; la segunda, su ineficacia⁹⁵. Igualmente es distinto su fin: la pena de muerte pretende suprimir una vida; la

⁹³ La contradicción no surge de forma tan flagrante en la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales, por no consagrarse en ella un delito absoluto a la vida, sino reconocerse simplemente que «el derecho de todo hombre a la vida se protegerá legalmente» (artículo 2). Véase Paroche: *Die Rechte und Grundfreiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, en «Die Grundrechte», ed. por Bettemann-Neumann-Nipperdey, Berlín, 1966, I, I, págs. 334 y ss. Precisamente por ello resulta también urgente la modificación del precepto.

⁹⁴ En el mismo sentido, por mi hace ya tiempo defendido, se exterioriza de reciente Scholz, artículo cit., 7: *Das Verbot der Todesstrafe konkretisiert das Verbot der unmenschlichen oder zu grausamen Strafe*.

⁹⁵ Cfr. Ellero: *Sobre la pena de muerte*, trad. del italiano de Gómez Tortosa, Madrid, 1907.

legítima defensa o el estado de necesidad suprimir una situación de peligro para una vida⁹⁶.

Puesto que la pena de muerte es una sanción penal —las cuales únicamente pueden ser impuestas por los tribunales de este carácter, de acuerdo con lo que establece el artículo 117 del texto fundamental—, el destinatario del segundo párrafo del artículo 15, 2º es la autoridad judicial, para la que significa un límite infranqueable en su actuar⁹⁷.

El artículo 15, 2º obliga asimismo a la administración penitenciaria, que no puede ejecutar una condena capital ni aun en el supuesto de haber sido dictada por un tribunal extranjero de acuerdo con su propia legislación. En lo que a la extradición afecta, el problema lo resuelve la Ley de 26 de septiembre de 1958 al prohibir la entrega por un delito capital, salvo condonación previa de la pena de muerte (artículo 7º, 1º)⁹⁸. Ninguna ley española, salvo las militares (si es que se considera salvable la antinomia existente entre el párrafo 1º y el 2º del artículo 15) pueden prever penas capitales.

¿En qué medida la legislación militar puede hacerlo? Por tratarse de una limitación al derecho a la vida constitucionalmente reconocido la limitación «tiempos de guerra» ha de interpretarse restrictivamente, una vez que la propia Constitución no ofrece apoyo para llegar, en este grave tema, a una interpretación auténtica, al haber

⁹⁶ Durig, en Maunz-Durig-Herzog-Scholz: *Grundgesetz. Kommentar*, Munich, puesta al día en 1979, artículo 2, núm. 15.

⁹⁷ Vile García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica*, 1979, cit., pág. 317.

⁹⁸ A tanto no llegan otras legislaciones, v. gr., la alemana. Cfr. Geck: *Artikel 102 GG und der Rechtsbinnenverkehr zwischen der Bundesrepublik und Ländern mit der Todesstrafe B VerfGE 18, 112*, en «Jus», 1965, pág. 221.

sólo regulado los estados de alarma, excepción y sitio, ninguno de los cuales suspende por lo demás los derechos reconocidos en el artículo 15.

Al no haber regulado la Constitución el «estado de guerra» podría pensarse que éste corresponde al «estado de sitio» por ella previsto. Estado de sitio que permite a los tribunales militares ejercer actividad jurisdiccional fuera del ámbito estrictamente castrense (artículo 117, 5.º).

Si es cierto que la Constitución prevé la posibilidad de que los Tribunales militares puedan, durante el estado de sitio, actuar por encima de sus competencias habituales, estas facultades, no se extienden, a mi juicio, a la imposición de penas capitales. La Constitución exige dos condiciones: a) que la legislación militar no haya renunciado a hacer uso de las facultades que para tiempos de guerra le otorga la Constitución; y b) la existencia de tiempos de guerra.

Ahora bien, «tiempos de guerra» en un Estado de Derecho no pueden ser sólo algo fáctico, sino jurídico. Tiempos de guerra son los que son tales por haber sido así establecidos por la Ley. Y jurídicamente, de acuerdo con la Constitución, sólo existe guerra cuando la declara el rey (artículo 63, 3). Al igual que solamente él puede hacer la paz. En ambos casos, previa autorización de las Cortes Generales.

La conclusión es, pues, que la única guerra por la Constitución contemplada es la guerra internacional⁹⁹. Y que una guerra civil

⁹⁹ En este sentido De Miguel Zaragoza, en su estudio inédito, pleno de sugerencias, *Tiempos de guerra y pena de muerte*, por cuya utilización le expreso mi reconocimiento. En contra, aunque sin fundamento, Alzaga (ob. cit., pág. 168), para quien se precisa real situación bélica y declaración del estado de sitio (sic).

no faculta a los tribunales militares, jurídicamente, para imponer penas capitales. Aún más, por ser la interpretación que mejor garantiza la seguridad jurídica individual: no basta la declaración formal de guerra, es necesario además que a la declaración de guerra —prevista en el artículo 63, 3º—, se acompañe una real situación bélica, que a este resultado lleva la literalidad de la expresión tiempos de guerra (artículo 15, 2º). Que la alteración de la *pax* (guerra civil, *rectius*, conflictos armados sin carácter internacional), que puede fundamentar la declaración del estado de sitio, no faculta en absoluto a los tribunales militares a imponer penas capitales resulta asimismo, a mi juicio, de lo estatuido en el artículo 55. Este precepto establece de forma taxativa los derechos y libertades que pueden ser suspendidos en el supuesto de declaración del estado de sitio. Y entre ellos no se menciona ninguno de los que consagra el artículo 15.

Mi opinión es asimismo negativa en lo que afecta a la posibilidad de establecer la pena de muerte, en «tiempos de guerra» internacional, por medio de bandos militares. Si la Constitución exige (artículo 81, 1º) que el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas se verifique por ley orgánica y no concede siquiera al Gobierno, incluso en caso de extraordinaria y urgente necesidad, facultad para legislar sobre estas materias (artículo 86, 1º), parece evidente que menos aún pueda tenerla la autoridad militar. En la misma dirección, el artículo 39, 3º de la Ley de Orden Público al regular los límites a que han de someterse obligatoriamente los bandos, determina que en ningún caso éstos pueden establecer penas distintas de las contenidas anteriormente en las leyes.

En lo que a la fundamentación de la excepción respecta —es decir, al hecho de excluir de la abolición conductas cometidas en «tiempos de guerra», parecen necesarias unas observaciones, en particular porque incluso convencidos abolicionistas estiman que, en caso de guerra, la pena capital puede constituir, en ciertos supuestos, el único medio que impida a un soldado abandonar el frente.

Ha de subrayarse, ante todo, la insalvable contradicción existente entre basar la victoria ante el enemigo en el valor de un ejército, o lo que es lo mismo, en el de cada soldado —es decir, en su ausencia de miedo a morir frente al enemigo— y la pretensión de que tenga miedo a morir precisamente ante el verdugo. Carece de coherencia estimular la carencia de temor ante la muerte y amenazar con el verdugo... como sostén de la valentía¹⁰⁰.

Si las tropas, o el soldado, carecen de moral de lucha, el verdugo no se lo dará. Jamás, se lo ha dado. Un ejército cuya moral dependa de la existencia de la pena capital sale ya derrotado al campo de batalla. Esta moral es algo interno que se tiene o no se tiene; cuando lo segundo ocurre, la presencia del verdugo es incapaz de impedir la rendición o la desbandada. En el mismo sentido se manifestó Bockelmann en las sesiones sobre la pena de muerte de la Gran Comisión para la reforma del Código penal alemán: Yo les pregunto a todos y cada uno de ustedes que haya sido jefe de una unidad, ¿se puede realmente dirigir una compañía, y no digamos una división, sólo por el miedo a un Consejo de Guerra? Lo excluyo por entero¹⁰¹.

¹⁰⁰ Alt, Hans-Peter: *Das Problem der Todesstrafe*, Munich, 1960, pág. 165.

¹⁰¹ Bockelmann, en «Beratungen zur Todesstrafe», en «Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission», Bonn, 1959, vol. 11, pág. 20.

La expuesta es la opinión común entre los militares. Basta la cita de uno de los tratadistas clásicos en el arte de la guerra. Pertenece a la obra, impresa en Amberes, en 1625, del Maestre de Campo Carlos Coloma, *Las Guerras de los Estados Bajos*. Este es su temor: «a quien el gusano de la honra no le persuade a que esté arado a las murallas que se obligó a defender no se lo persuadirá el miedo de la pena». ¡Ojalá el argumento valga para que los parlamentarios españoles eliminen de las leyes el único residuo —«tiempos de guerra»— que aún hace posible aplicar en nuestro país la pena capital!

Aunque no se haya logrado todavía el desideratum de la absoluta supresión legal del máximo castigo¹⁰², la excepción es aplicable en un caso tan extremo que no impide considerar a España, por vez primera, como uno de los Estados que, en esta materia, la más dramática del Derecho penal, mantiene una postura más ejemplarmente progresiva.

Ello no significa, sin embargo, que el jurista pueda ya reposar tranquilo. Múltiples peligros acechan. Ante una grave situación de inseguridad pública, no pocos ciudadanos piensan que, para superarla, se debe acudir a la vieja y radical farmacopea. Al jurista le corresponde demostrar —esa es, en parte, la pretensión de cuanto antecede—, no sólo que están equivocados, sino también que el remedio exigido agrava el mal que se trata de atajar.

¹⁰² Un paso adelante en esta dirección ha significado la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre de 1980, de reforma del Código de Justicia Militar, al suprimir el garrote que, a mi entender, lo que había pasado inadvertido a los comentaristas, ha estado hasta el 22 de noviembre de 1980 en vida. De acuerdo con el Reglamento de establecimientos penitenciarios militares, de 22 de diciembre de 1978 (B. O. de 5 de febrero de 1979), tan sólo se pasará por las armas al reo si *fuera militar* (artículo 75.2). Lo que a *contrario sensu* significaba que si no lo fuera tenía que ser otro el instrumento letal a emplear mientras no se suprimiese el artículo 872 del Código de Justicia Militar. Lo que sólo ha ocurrido al promulgarse la citada Ley Orgánica de reforma del Código de Justicia Militar.

La acogida constitucional de la abolición es, sin duda, un espléndido logro, porque el Estado exterioriza —el primero: como debe—, el valor que para la colectividad posee la vida de un hombre¹⁰³. Mas para que el precepto derogado posea el beneplácito de la generalidad de los ciudadanos y se mantenga sin perder un ápice de su contenido, es menester que el jurista no deje de velar las armas¹⁰⁴. Sólo así podrá conseguirse que llegue un día en que la humanidad haga pasar al desván de los recuerdos una pena que consiste en matar: la *pena de la vida*, como de forma tan real, como plástica, designaban al castigo capital nuestras viejas Ordenanzas militares^{105, 106}.

¹⁰³ El argumento, tantas veces utilizado por los defensores de la pena capital: *que empiecen primero (a no matar) los señores asesinos*, degrada al Estado a un nivel inferior al de éstos.

¹⁰⁴ Que ante ciertas manifestaciones delincuenciales indiscriminadas o de particular violencia no es raro escuchar voces que —sin argumentos de razón y sólo movidas por un irracional sentimiento— claman por la reintroducción del máximo castigo. Este fenómeno, en la actualidad perceptible, ha encontrado reflejo en recientes encuestas (verbigracia, el sondeo de ICESA Gallup de julio de 1979, publicado en *Las Provincias*, de Valencia, el 3 de agosto del mismo año, en el que, por vez primera desde 1973, la mayoría relativa de los españoles se inclina por la pena de muerte). Por el contrario —y ello es muy significativo— en una encuesta llevada a cabo por Maribel Barreiro Fernández, Rosario Rodríguez, Carlos Pla y Pedro José Fanega, el 29 de marzo de 1980 en la 1.ª Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Madrid (Base 152), tan sólo el 17 por 100 (26) se declararon no abolicionistas. Porcentaje sensiblemente igual (16 por 100) al que un año antes, el 16 de mayo de 1979, se había opuesto a la abolición en una encuesta realizada por el mismo equipo en la citada cátedra.

¹⁰⁵ Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Código o sea Tratado del Derecho militar de España y de Indias*, Barcelona, 1857, 2ª ed., II, pág. 162.

¹⁰⁶ Pena de muerte que el Código de Justicia Militar —reformado por Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre (BOE del 21), en vigor desde el 22 del mismo mes— regula de forma insatisfactoria. Y no ya sólo por el hecho de admitirla, sino también, entre otros, por los siguientes motivos: incluir la muerte tanto en la escala de penas militares como en la de penas comunes (I) (artículo 209); prever que pueda aplicarse en tiempo (*in*) de guerra (artículo 262, epígrafe del capítulo II, título XVIII, parágrafo III, etc.), y no en tiempos de guerra, como requiere la Constitución; por haber dejado en vigor el artículo 338, que otorga un reprimible salvoconducto para matar con olvido de las garantías legales mínimas; por mantener vigente el artículo 874, cuyo parágrafo 2.º remite al artículo 873, regla 5.ª, derogada, etc.

GERARDO LANDROVE DIAZ

La abolición de la pena de muerte en España¹

I

La pena de muerte², al constituir la privación del bien jurídico de la vida, el más elemental y precioso de los derechos, es la sanción más grave de todos los arsenales punitivos en que tiene cabida.

La pena capital no tiene historia; ha nacido con la Humanidad. De tan decisiva pena se ha usado y abusado en todas las legislaciones de la antigüedad. La facilidad de su ejecución y la primitiva dureza de los más arcaicos ordenamientos jurídicos son razones decisivas en la proliferación de esta pena. Además, la pena de muerte ha tenido en tiempos pretéritos carácter de pena corporal *graduable*, en el sentido de que su ejecución podía acompañarse o no de refinados suplicios. A partir del Código francés de 1791 perdió tal carácter para configurarse, simplemente, como la *privación de la vida*.

La vida de la pena capital puede ser dividida en dos períodos que separa el siglo XVIII. Como afirma García Valdés³, dos trascendentes razones abonan este criterio: de un lado, el decrecimen-

¹ Texto publicado en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Fascículo I, Enero-Abril, 1981.

Este trabajo constituye mi colaboración en el homenaje que al Prof. Dr. OTERO VARELA prepara la Universidad de Santiago de Compostela.

² Vid., G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, Reimpresión de 1980, págs. 27 y ss.

³ Vid., C. GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1975, pág. 15.

to de su aplicación a partir de aquel momento histórico; de otro, la relativa humanización que en su mecanismo ejecutivo supone la guillotina, nacida en Francia. Con esta máquina de matar se suprimieron las torturas que anteriormente acompañaban a la ejecución, humanizándose—en cierta medida—la pena capital. Además, y a partir de este trascendental momento de la historia de la Humanidad, las penas privativas de libertad van a alcanzar en la justicia punitiva el papel protagonista que en solitario habían ostentado antes la pena de muerte y las corporales.

Durante siglos no se puso en tela de juicio ni la justicia ni la utilidad de la pena de muerte. Los filósofos y teólogos que incidentalmente se ocuparon de esta problemática defendieron aquella sanción, sirviendo a los intereses de la monarquía absoluta y construyendo argumentos tendentes a justificar su *ius puniendi*. En la obra de Santa Tomás encuentra formulación la tesis justificadora—muchas veces esgrimida—de que la preservación del organismo puede legitimar y hacer necesaria la amputación del miembro infecto, es decir, la eliminación del delincuente para prevenir el contagio de todo el cuerpo social. Tópica argumentación de la que se hace eco Alfonso de Castro y que ha llegado hasta nuestros días.

A mediados del siglo XVIII, la incidencia del pensamiento de la Ilustración en el campo punitivo determinó lo que Tomás y Valiente ha llamado la *humanización del Derecho penal*⁴. Humanización en el doble sentido de suavización del trato procesal y penal dado

⁴ Cf., F. TOMÁS y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, página 408.

al reo y, sobre todo, de secularización del Derecho penal, alejándolo de consideraciones pseudorreligiosas que no habían servido durante siglos más que para endurecerlo. Y esta general tendencia humanizadora provoca que se alcen las primeras voces en contra de la pena capital. Sin embargo, no se trata aún de un abolicionismo en sentido estricto, pero sí de un movimiento crítico de la frecuencia de aplicación de la última pena y, fundamentalmente, de lo cruel de su mecánica ejecutiva. Hasta este momento la pena de muerte estaba prevista para un repertorio de infracciones desmesuradamente amplio, y alguna de ellas de muy limitada significación delictiva en la hora presente. Por ejemplo, al tercer hurto era frecuente su aplicación. Por otro lado, la ejecución era extraordinariamente cruel: decapitación, crucifixión, colgamiento, asfixia por inmersión, despenamiento, lapidación, descuartizamiento, enterramiento en vida, cremación en la hoguera, etc.

Por todo ello, en la obra de Voltaire o de Beccaria se contiene, más que un ataque frontal a la indiscutida licitud de la pena de muerte, una crítica a su prolija aplicación y de las modalidades ejecutivas vigentes en su tiempo, pero se ponen ya las bases del movimiento abolicionista que incide directamente en la utilidad y justicia de esta pena.

Se abre así un largo debate sobre la pena de muerte que habría de convertir a la polémica abolicionismo—antiabolicionismo en uno de los grandes temas del Derecho punitivo de los siglos XIX y XX. Los argumentos utilizados en uno y otro sentido son de muy diversa naturaleza: filosóficos, políticos, religiosos, jurídicos o simplemente sentimentales. En ocasiones, la adopción de una u otra postura res-

ponde fundamentalmente a una actitud *visceral* ante pena tan radical. Por ello, ha podido afirmarse que no es ésta una divergencia de escuelas; miembros de la escuela clásica o de la positiva han reaccionado al respecto de forma bien distinta entre sí. La controversia —ya secular— permanece abierta.

Aunque en ocasiones se ha intentado, es prácticamente imposible redactar un repertorio de todos los argumentos abolicionistas y antiabolicionistas esgrimidos, procedentes en su mayoría del siglo pasado, pero que los autores repiten una y otra vez con apasionada vehemencia. Además, estas páginas no tienen esa finalidad. Su alcance es más limitado. Me propongo, a través de ellas, contar la moderna historia de la pena capital en España, que culmina con su abolición, solemnemente proclamada en la Constitución de 1978.

Aunque pienso que la abolición de la pena de muerte en España es un logro que cabe calificar de «democrático», aunque sólo fuere por el inmediato precedente histórico y por la significación política de los grupos que se oponían a la misma, conviene sentar ya en el pórtico de mi exposición algunas afirmaciones que juzgo fundamentales.

En primer lugar, y dada la complejidad de esta problemática, no debe identificarse superficialmente democracia con abolicionismo y autoritarismo con antiabolicionismo. El peso de muy diversos factores, entre ellos la tradición histórica, puede determinar que países con estructuras democráticas (Francia, por ejemplo, o Inglaterra hasta hace no demasiados años) conserven en su repertorio de penas la de muerte, y que, por el contrario, en otros sistemas de corte

totalitario se declare a la misma anticonstitucional (tal es el caso de Portugal, antes de abril de 1974).

En segundo término, y en íntima vinculación con lo antes expresado, conviene tener muy presente que la inexistencia formal de esta pena en la legalidad de algún país no es más que una farisaica declaración que se ve desmentida por la proliferación de policías, más o menos *paralelas*, que «ejecutan» fundamentalmente a los disidentes políticos. El respeto a la vida humana no se agota en la solemnidad de las declaraciones del texto constitucional.

II

Por la lógica carencia de fuentes fidedignas, no es empresa fácil determinar la progresión histórica de la pena de muerte en España, sobre todo en la Edad Antigua y parte de la Media. Todas las afirmaciones que puedan hacerse sobre su vigencia y régimen ejecutivo caen inexorablemente en el ámbito de las simples conjeturas. Quizá las notas más destacadas —y más destacables— durante muchas centurias sean la arbitrariedad en la imposición y la crueldad ejecutiva.

La muerte en garrote⁵, tristemente vinculada al sistema punitivo español durante tantos años aparece ya en el siglo XVII y se va imponiendo paulatinamente a lo largo del XVIII, para generalizarse

⁵ En un principio, la ejecución en garrote se operaba mediante un simple palo derecho con un orificio en su extremo superior, a través del cual se hacía pasar una doble cuerda que formaba un nudo corredizo en torno al cuello del reo, que moría estrangulado. Posteriormente, se manipulaba el nudo corredizo por medio de un torniquete formado por un palo introducido entre las cuerdas. En los últimos tiempos, se había sustituido el nudo corredizo por una argolla o corbacin de hierro que ceñía el cuello del condenado y se accionaba por medio de un tornillo de paso muy largo que, además de estrangular, provocaba la fractura de las vértebras cervicales.

su uso en la segunda mitad de esta centuria. Al propio tiempo van desapareciendo los crueles rituales que acompañaban su ejecución en momentos históricos anteriores.

Dentro de la ortodoxia del pensamiento de la Ilustración antes aludido, escribe Lardizábal en 1872: «las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; y siéndolo efectivamente en algunos casos, no sería justo, ni conveniente proscribirla de la legislación; aunque la humanidad, la razón y el bien mismo de la sociedad, piden que se use de ella con la mayor circunspección posible», añadiendo que «es una máxima cierta y muy conforme al fin de las penas, que deben siempre preferirse aquéllas que, causando horror bastante para infundir escarmiento en los que las vean ejecutar, sean lo menos crueles que fuere posible en la persona del que las sufre». Por todo ello, estima que «entre las penas capitales, quando sea necesario imponerlas, deben preferirse con exclusión de las demás las que actualmente se usan entre nosotros, quales son el garrote, la horca y el alcabuceo en los soldados, en las cuales concurren las circunstancias expresadas»⁶.

También en esta línea de aceptación de la pena, por razones de justicia y de utilidad pública, pero de proscripción de la crueldad ejecutiva, se pronuncia Marcos Gutiérrez⁷ a principios del siglo XIX; «aunque dudosos y tímidos —escribe— sobre si ha de conservar-

⁶ Cfr., M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, Madrid, 1782, págs. 184 y ss.

⁷ Cfr., J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1806, págs. 88 y ss. del *Discurso sobre los delitos y las penas* contenido en el tomo III.

se o borrarse del todo la pena de muerte en los códigos penales, estamos bien ciertos de que en el primer caso deberá usarse de ella con la mayor circunspección y no derramarse la sangre humana sino con la más avara economía», así, pues, «lejos de nosotros para siempre las ruedas, los hornos encendidos, las calderas de aceyte hirviendo, el plomo derretido, el desquartizar los hombres vivos, los arrancamientos con tenazas de pedazos de carne humana, las camisas de azufre y, en fin, aquellos suplicios lentos inventados para atormentar largo tiempo a los infelices reos».

Consecuentemente, parece haberse superado en este momento histórico una dilatada época en la que habían tenido cabida las más atroces modalidades de ejecución de una pena tan grave como frecuentemente utilizada. En esta inteligencia, y con tímidos intentos abolicionistas, se inicia el proceso de codificación del Derecho penal en España.

En el seno de la Comisión encargada de redactar el proyecto de Código penal que habría de ser promulgado en 1822 se especuló tíbiamente con la posibilidad de desterrar la pena de muerte de nuestro ordenamiento jurídico. Al no prosperar esta iniciativa se incluye tan grave sanción en la escala general de penas del artículo 28. En nuestro primer Código penal la mecánica ejecutiva está cuidadosamente regulada (arts. 31 a 46), preceptuándose en el artículo 36 que el reo condenado a muerte sufrirá en todo caso la de garrote, «sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona». La publicidad y ejemplaridad en la ejecución —inexcusables en las concepciones de la época— quedan suficientemente garantizadas con una meticulosa regulación.

Al margen de las dudas que se han suscitado sobre la efectiva aplicación del Texto de 1822⁹, la reacción absolutista de 1823 supuso su desaparición de la vida jurídica nacional y el retorno a las modalidades ejecutivas anteriores: la horca, fundamentalmente, e incluso la muerte por el fuego de los herejes y el *culleum*, si bien bajo simbólicas formas de ejecución.

La pena de muerte en la horca fue abolida en 1828 por Real Cédula de 28 de abril, dictada por Fernando VII. En ella se prescribe la ejecución por medio de garrote y se hace una distinción de carácter puramente formal, en cuanto a la puesta en escena, ya que el instrumento y la técnica de dar muerte son idénticos: garrote *ordinario*, para ejecución de individuos del estado llano; garrote *vil*, para los delitos infamantes, sin distinción de clases; garrote *noble*, reservado para los hijosdalgos.

Con el Código de 1848 desaparece toda distinción ante trance tan igualitario como es el de la privación de la vida. A partir de este momento histórico se reserva el garrote para la ejecución de los delincuentes de Derecho común y el fusilamiento para los del militar. La pena de muerte, expresa el artículo 89 del Texto de 1848, «se ejecutará en garrote sobre un tablado». En idéntico sentido se pronuncia el Código de 1870. Por ello, cuando en fechas posteriores se

⁹ Al respecto, vid., J. ANTÓN ONECA, *Historia del Código penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1965, página 275; A. FIESTAS LOZA, *Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822*, en *Revista de Historia del Derecho*, Universidad de Granada, 1978, II-1, págs. 57 y ss.; F. J. ALVAREZ GARCÍA, *Contribución al estudio sobre la aplicación del C. P. de 1822*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1978, págs. 229 y ss.; J. R. CASABO RUIZ, *La aplicación del Código penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, págs. 333 y ss.

ha utilizado la forma retórica de aludir a la modalidad ejecutiva del «garrote vil» se ha cometido una incuestionable inexactitud técnica. La alusión al garrote vil sólo tiene sentido en el momento en que existen otras modalidades del mismo; cuando todas se unifican la adjetivación carece ya de sentido y más que a propósitos de matización técnica responde a otros de índole dialéctica.

Con base en la inteligencia de que la publicidad de la ejecución capital no producía ni la intimidación ni la ejemplaridad que pudieran justificarla⁹, la Ley de 9 de abril de 1909 otorgó la siguiente redacción al artículo 102 del Código penal: «La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo...». Esta ley ha pasado a la historia de nuestra legislación indisolublemente unida al nombre del Dr. A. Pulido, ya que fue él precisamente quien presentó el proyecto de ley que habría de acabar con la publicidad ejecutiva, puesta ya en tela de juicio por los estudiosos de la época¹⁰.

El artículo 170-1º del Código de 1928 supone una ruptura con el ya tradicional criterio de especificación en el texto punitivo de la peripecia ejecutiva de la última pena; se preceptúa en el mismo que «la pena de muerte se ejecutará en la forma y términos que dis-

⁹ Ya una Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de febrero de 1874 había tratado de prevenir los excesos del público asistente a las ejecuciones, dictando instrucciones a los Presidentes de las Audiencias para rodear aquellas del debido respeto.

¹⁰ Una severa crítica del sistema ejecutivo de la época se encuentra en la obra de CONCEPCIÓN ARENAL, *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, en *Obras completas de Concepción Arenal*, Madrid, XII, 1896, págs. 141 y ss. Sobre la actitud, no siempre bien comprendida, de esta autora en torno a la pena capital, vid., G. LANDROVE DÍAZ, *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1969, pág. 33.

pongan los reglamentos que se dicten al efecto»; aprobándose por Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 el Reglamento pertinente, que habría de entrar en vigor —como el propio Código— el 1 de enero de 1929. Reglamento que estableció la ejecución en garrote, de día y en sitio adecuado de la prisión.

Como un resultado más del proceso de *republicanización* de las leyes penales españolas, el Código de 1932 hace desaparecer del arsenal punitivo la pena de muerte¹¹, destacándose en su Exposición de Motivos la indudable trascendencia del triunfo, por primera vez en nuestra historia, de la tesis abolicionista. La pena capital fue restablecida solamente para determinados delitos de terrorismo y bandolerismo por Ley de 11 de octubre de 1934.

En plena Guerra Civil, la Ley franquista de 5 de julio de 1938, que se autocalifica como de aquéllas «que no requieren explicación ni justificación» porque es la propia realidad la que las impone y dicta, reintroduce en el Código penal español la pena de muerte. La Ley de 1938 afirma en su preámbulo que la desaparición de esta pena «no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero». Se anunció, pues, un Estado de aquellas características y hay que reconocer que en los años siguientes esta promesa se cumplió literalmente, si bien sólo al 50 por 100.

El Código penal de 1944 otorgó la siguiente redacción al párrafo primero del artículo 83: «La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos». Redacción conservada en las

¹¹ Sobre la peripetia abolicionista republicana, *vid.*, M. BARBERO SANTOS, *La pena de muerte en España: Historia de su abolición*, en *Doctrina penal*, 1980, págs. 207 y ss.

sucesivas modificaciones a que fue sometido el Texto de 1944. Por Decreto de 5 de marzo de 1948 se aprobó el Reglamento de los Servicios de Prisiones que, en su artículo 58, precisaba la ejecución en garrote. La promulgación de un nuevo Reglamento, el 2 de febrero de 1956, permitió abrigar a algún sector de la doctrina española la esperanza de que la pena de muerte había dejado de ser *legalmente* ejecutable¹². En otro lugar, creo haber demostrado lo inviable de esta solución¹³.

Desde aquel momento la pena de muerte en el Código penal común dejó de estar prevista como pena única. Integraba una sanción compuesta con la de reclusión mayor, constituyendo la muerte el grado máximo. Además se contenían en el Texto punitivo una serie de precisiones para evitar que tan grave sanción fuese impuesta por una mecánica aplicación de las reglas generales existentes en materia de determinación de la pena.

III

En la legislación penal militar española la pena de muerte ha gozado tradicionalmente de una amplia acogida. En el Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, aparece ésta incluso como pena *única*, prevista para infracciones consideradas especialmente graves (traición, rebelión y sedición militares, etc.). Otras veces la

¹² Problemática suscitada por F. ALAMILLO CANILLAS, *La ejecución de la pena de muerte (una curiosa laguna legal)*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 542, de 15 de enero de 1962, páginas 3 y ss.

¹³ *Vid.*, G. LANDROVE DÍAZ, *¿Es legalmente ejecutable la pena de muerte en España?*, en *Ensayos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, págs. 45 y ss.

pena de muerte se esgrimía con la misma técnica que en el Código penal común. La fórmula más frecuente en la legislación castrense era la de «pena de treinta años de reclusión a muerte». La modalidad ejecutiva más utilizada, el fusilamiento.

En la materia, justo es destacar que en España, y durante muchos años, se ha sufrido la hipertrofia de la jurisdicción militar, es decir, que la misma no se reducía a sus cauces naturales: el conocimiento de los delitos de carácter estrictamente militar y cometidos por militares. Por el contrario —y como ha puesto de relieve el Informe de *Amnesty International* sobre la pena de muerte de 1979— la jurisdicción militar extendía su competencia sobre delitos incuestionablemente comunes y sin las garantías procesales inherentes a la jurisdicción ordinaria. Situación corregida en parte con la promulgación de la Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980, de reforma del Código de justicia Militar.

En la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955, y en la Ley penal y procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, se contemplaba —también— la pena capital, con la fisonomía propia del Derecho penal común, es decir, constituyendo una pena compuesta «de reclusión mayor a muerte».

Los tres cuerpos legales mencionados —y como se verá en su momento— fueron objeto en la materia de una sustancial modificación en 1978.

IV

El punto de vista de los juristas españoles sobre la más grave de las penas presenta en su evolución un lógico paralelismo con las

tendencias universalmente manifestadas al respecto. En un primer momento —y como ya se indicó— no se dudó siquiera de la utilidad ni de la justicia de la pena de muerte. A partir del siglo XVIII y, sobre todo, del XIX se dejan oír las primeras voces abolicionistas. No escuchadas, salvo en el breve paréntesis que significó la solución republicana de 1932.

A pesar de la lógica cautela con que se expresaban después de la Guerra civil las opiniones *heterodoxas* en la materia, y con los ilustres precedentes que significan Jiménez de Asúa o Ruiz-Funes, en los últimos años ha ido creciendo incontenible el movimiento abolicionista en nuestra patria. Incluso, se han publicado obras colectivas monográficamente preocupadas por tan trascendental cuestión¹⁴. Entre los más decididos abolicionistas cabe destacar a Cerezo Mir, Fernández Albor, Gimbernat Ordeig, Barbero Santos, García Valdés, Cobo, Beristain, Muñoz Conde, Mir Puig y un largo etcétera. Las argumentaciones más frecuentemente utilizadas son las ya tradicionales en esta línea: inutilidad y crueldad de la pena, su carácter de atentado contra la dignidad humana, nulo efecto intimidante, inidoneidad para el cumplimiento de los fines modernamente atribuidos a la pena, irreparabilidad de los errores judiciales, etc.

No faltan, por supuesto, defensores de la tesis antiabolicionista. Cuello Calón, Puig Peña y Quintano Ripollés han optado, en su momento, por esta solución.

¹⁴ Vid., M. BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte. Seis respuestas*, "Boletín Oficial del Estado", Madrid, 1978.

Para otros, Rodríguez Devesa por ejemplo, el problema de la pena de muerte no se puede plantear en términos absolutos, sino en base de las circunstancias normales o excepcionales por las que atraviesa el Estado. En circunstancias normales se declara abolicionista; sin embargo, estima que en circunstancias profundamente anormales, cuando el Estado queda desorganizado, «prevalece frente a todo argumento la vieja farmacopea» y la pena de muerte es el remedio heroico para las graves enfermedades del cuerpo social¹⁵.

En la hora actual, conviene poner de relieve que ya en mayo de 1975, y entre las conclusiones de las *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, celebradas en la Universidad de Santiago de Compostela, figuraba la expresa exigencia de que nuestro ordenamiento jurídico-penal respetase de manera absoluta los principios humanitarios y de justicia que son patrimonio común de los pueblos de nuestro ámbito cultural; recomendándose, de forma particular, la abolición de la pena de muerte¹⁶.

La respuesta del régimen franquista a los profesores españoles de Derecho penal es sintomática del respeto que al fenecido régimen merecían las recomendaciones de los especialistas en la materia: pocos meses después de aquella recomendación, el 26 de agosto de 1975, se promulgó el Decreto-ley sobre prevención del terrorismo en el que se establecía como pena *única* la de muerte.

¹⁵ Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, séptima edición, Madrid, 1979, pág. 834.

¹⁶ Ya en 1970, el *IV Congreso Nacional de la Abogacía Española*, celebrado en León, acordó por unanimidad "elevar a los poderes públicos la petición de que la pena de muerte sea abolida en España para toda clase de delitos".

Además, en este Decreto-ley de agosto de 1975 —el franquismo estaba dando sus últimos zarpazos— se sancionaba (art. 10) a los que trataran de minimizar la responsabilidad de las conductas tipificadas en el mismo «por medio de la crítica —directa o solapada— de las sanciones legales que las previenen o castigan»: es decir, se *criminalizaba* la crítica de la pena capital. Las penas previstas: prisión menor, multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de funciones públicas y para las docentes, públicas o privadas.

Como reflejo de la postura «oficial» de aquel entonces en la materia, cabe subrayar que en la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, elaborado en diciembre de 1972 por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, figuraba entre las penas graves la de muerte, si bien este poco afortunado intento codificador fue pronto arrinconado, habida cuenta las severas críticas que recibió por parte de nuestra doctrina. Además, en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de las últimas décadas se ha expresado con cierta claridad la aceptación del mantenimiento de la pena capital, aunque con recomendaciones sobre la sustitución del sistema ejecutivo por otro más humano y rápido; también se ha intentado presentar a España como un país abolicionista *de facto*, en base de una pretendidamente escasa aplicación real de esta pena, cuando es obvio que este tipo de «abolicionismo» hace depender las ejecuciones de criterios antes políticos o de oportunidad que estrictamente jurídicos. De ahí lo rechazable —y peligroso— de tal solución.

Así planteada la cuestión, y como ya en su momento puso de relieve Barbero Santos, resulta evidente que el trascendental pro-

blema de la abolición no ofrecía solamente una dimensión jurídica o sociológica, sino también política. «Al jurista —afirma— al igual que al sociólogo o al psiquiatra, le compete determinar dentro de sus Seminarios o Clínicas aspectos científicos. A los Parlamentos, el decidir sobre la oportunidad política. La responsabilidad de decidir acerca de lo prudente o practicable de la abolición de la pena de muerte corresponde, pues, al político. Lo que sí se ha de desear es que el político sopesa, con el cuidado que merece, los resultados del labor científico, para que no parta en su decisión de premisas apriorísticas, acaso equivocadas, que podrían llevarle a soluciones también falsas»¹⁷.

V

Con la muerte del General Franco en noviembre de 1975, se inició un tímido —en mi opinión— proceso democratizador en la sociedad española que —para algunos— ha culminado con la promulgación de la Constitución de 1978.

En el artículo 15 del Texto constitucional, y con base en la afirmación de que todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal y en la proscripción de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, se proclama solemnemente: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

¹⁷ Cfr., M. BARBERO SANTOS, La pena de muerte, problema actual, en Estudios de Criminología y Derecho penal, Universidad de Valladolid, 1972, pág. 173 y s.

Esta fórmula, utilizada con cierta frecuencia en el ámbito constitucional comparado¹⁸, fue ampliamente aceptada en las Cámaras legislativas españolas y admitida prácticamente sin reservas por la doctrina penal. En todo caso —ha llegado a afirmarse— la Constitución prohíbe la pena de muerte en tanto tenga vigencia la propia Constitución, porque es evidente que la guerra se rige por reglas propias extraconstitucionales¹⁹.

Por ello, una visión realista de la cuestión desde el plano abolicionista ha de conducir a satisfactorias conclusiones, habida cuenta que se establece una abolición general de la pena de muerte y que la excepción sentada no significa otra cosa que la suspensión transitoria de la abolición mientras dure una guerra²⁰.

Quizá hace algunos años la fórmula constitucional hubiese colmado con exceso las expectativas de la más tajante doctrina abolicionista, que no dudaba en reconocer que —en la materia— el primer paso sería necesariamente la abolición en la legislación penal común: conseguida ésta, habría llegado el momento de intentarla respecto

¹⁸ La Constitución italiana declara, en su artículo 27, que *non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*. En la República italiana la pena de muerte fue sustituida por el ergastolo, es decir, la privación perpetua de la libertad personal.

¹⁹ Cfr., F. BUENO ARÚS, Las normas penales de la Constitución Española de 1978, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio de 1979, pág. 41, en nota.

²⁰ En este sentido, vid., O. ALZAGA, La Constitución española de 1978 (comentario sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978, página 187. Más ambicioso se ha mostrado A. BERISTAIN en su afán abolicionista: «El Derecho penal empieza a ser Derecho, la administración de justicia empieza a ser humana, cuando desaparece la pena capital en la legislación común y en la especial, durante la paz y durante la guerra» (Cfr., *Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea*, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, S. A., Madrid 1979, pág. 596). Sobre las características de las leyes penales militares para tiempos de guerra, y en relación con la problemática suscitada, vid., G. D. PISAPIA, *Il problema della pena di morte e la sua attualità*, en *Studi in onore di Diego Petracelli*, III, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 1450.

del Derecho penal militar, y quizá con soluciones más limitadas que la ofrecida por la Constitución vigente.

Consecuentemente, ha llegado a afirmarse que la abolición abordada constitucionalmente «supone uno de los avances más deseados por todos los que consideran a la vida humana, incluida la de quien ha cometido delitos graves, un bien que no podía ser instrumentalizado a efectos penales»²¹.

Por supuesto, no han faltado opiniones, más o menos claramente expresadas, contrarias a la solución abolicionista. Siguen existiendo en nuestro país —demasiadas veces dividido entre verdugos y víctimas— quienes piensan que la pena capital es un instrumento indispensable para organizar la convivencia ciudadana. Así, Serrano Gómez²², y después de declararse abolicionista, afirma que muy probablemente no sea ésta la opinión de la mayoría de los ciudadanos españoles: «si se hubiera realizado una encuesta a nivel nacional estimamos —escribe— que habría ganado la opción de los partidarios de la pena capital, sobre todo teniendo en cuenta el temor que existe en la población con el aumento de la criminalidad, en especial las formas de mayor gravedad, como son los actos terroristas. Esto nos demostraría —concluye— que las leyes no siempre reflejan la opinión del pueblo, sino del grupo que legisla». Sólo cabe recordar que Serrano Gómez, con sus por lo menos arriesgadas afirmaciones, se está

²¹ Cfr., J. M.ª ESCRIVÁ GREGORI, *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, en *Papers, Revista de Sociologia*, núm. 13, Barcelona, 1980, pág. 160.

²² Cfr., A. SERRANO GÓMEZ, *Temas de Derecho penal en la Nueva Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, págs. 96 y s.

refiriendo a un precepto de la Constitución española aprobada por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

VI

El artículo 15 de la Constitución que declara abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra, al conectarse con la disposición derogatoria número 3, «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución», planteó la necesidad de una normativa que abordase el trascendental problema de las penas sustitutivas de la capital.

La evidente urgencia en la materia se veía reforzada respecto de la legislación castrense ya que —como se indicó— en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 la pena de muerte era, en ocasiones, establecida como sanción *única*. Consecuentemente, la normativa sustitutoria debía impedir un vacío jurídico de especial importancia.

Por ello, el Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1978 (que entró en vigor el mismo día que la propia Constitución) abordó la necesaria reforma del Código de Justicia Militar, incidiendo también en otras dos leyes especiales: la Ley penal y procesal de la Navegación Aérea y la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante. La necesidad de rango de ley y razones de evidente urgencia —se justifica en la Exposición de motivos— «aconsejan la adopción de

Decreto-ley, para evitar el vacío y la inseguridad jurídica en que quedarían preceptos de tan extraordinaria importancia».

El artículo 1 del Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1978 precisó que los artículos del Código de Justicia Militar en que se establecía como única pena la de muerte quedan modificados en el sentido de que, salvo en tiempos de guerra, dicha pena es sustituida por la de treinta años de reclusión.

Los artículos del Código de Justicia Militar, de la Ley penal y procesal de la Navegación Aérea y de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante en los que se señala pena compuesta por la de muerte y otra u otras de privación de libertad, quedan modificados —preceptúa el art. 2 del Real Decreto-ley mencionado— en el sentido de que la pena máxima a imponer, salvo en tiempos de guerra, es la de treinta años de reclusión.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 209 del Código de Justicia Militar (reformado por Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980) se reitera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución y en el Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1978, «la pena de muerte sólo podrá imponerse en tiempos de guerra».

VII

Resulta sorprendente que tan correcta solución sustitutoria, desde el punto de vista de la técnica legislativa, como la antes expresada no incidiese también en el campo de la legislación penal común. Quizá por ello haya llegado Rodríguez Devesa a afirmar que el Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1978 constituye la «máxima ex-

presión de torpeza legislativa», porque «no deroga la pena de muerte en el Derecho común»; opinión más que discutible, sobre todo si se conecta con la conclusión que extrae el mencionado Catedrático de Madrid: «mientras no se dicte una disposición específica o se pronuncie el Tribunal Constitucional, la pena de muerte sigue en vigor en el Derecho común»²³.

Lo que sí resulta evidente es la incongruencia legislativa que supone abordar la problemática sustitutoria en un ámbito y no en otro. Con toda seguridad la ya denunciada existencia de la pena única de muerte en el Código militar forzó el ritmo legislativo en este sentido.

El relativo vacío jurídico producido por la falta de una normativa aclaratoria sobre las penas sustitutivas de la de muerte en el Código penal común, pero no sobre la evidencia de su abolición a nivel constitucional, ha determinado que la doctrina se interrogue sobre cuál es el contenido actual de las penas de «reclusión mayor a muerte»²⁴ que aún figuran en el texto penal (arts. 405, 406, 501-1º, etc.).

En opinión de Bueno Arús —que comparto respecto de su primera afirmación—, las penas de reclusión mayor a muerte han quedado automáticamente convertidas en penas de reclusión mayor, aunque quizá —afirma— hubiera sido más sistemático convertirlas en penas

²³ Cf., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte general*, cit., pág. 825.

²⁴ En nota a los artículos de referencia, la decimoquinta edición del Código penal del B. O. E., septiembre de 1980, se limita —lógicamente— a expresar que «la pena de muerte ha sido abolida por el artículo 15 de la Constitución Española, que figura transcrito en nota al artículo 27 de este Código».

de reclusión de cuarenta años (como en el art. 75-1ª del propio Código o en el proyecto de ley de 30 de mayo de 1978, al que muy pronto aludiré) o en penas de reclusión mayor a reclusión de cuarenta años²⁵.

La evidente conversión —sin más— de la pena capital en reclusión mayor, plantea, sin embargo, problemas de largo alcance sobre los que no parece haber reflexionado el legislador español. Por ejemplo, en el vigente Código penal, la muy polémica modalidad de robo con homicidio se describe y sanciona con los siguientes términos en el artículo 501-1º: el culpable de robo será castigado «con la pena de *reclusión mayor* (a muerte), cuando, con motivo o con ocasión del robo, resultare homicidio»; en el artículo 501-2º se prevé «la pena de *reclusión mayor*, cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación causada de propósito, o con su motivo u ocasión se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1º del artículo 420». A la vista de ambos preceptos, resulta evidente que la pena es idéntica —a partir de la abolición de la pena capital— en los dos supuestos. Lo que se compagina mal con la tradición histórica de los tipos de referencia y —sobre todo— con el juicio de disvalor, bien diferenciado, que merecen las dos modalidades delictivas. La pena de *reclusión mayor* constituye, en la hora actual, la respuesta punitiva a dos conductas difícilmente parificables en su trascendencia, es decir, la privación de libertad de veinte años y un día a treinta años.

²⁵ Vid., BUENO ARÚS, *Las normas penales de la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 42, en nota.

Por ello, no puede extrañar que la pena de reclusión mayor desgajada de la de muerte en los tipos en que se contemplaba como sanción compuesta se haya tratado de configurar como una reclusión mayor distinta de la establecida, en ocasiones, como pena única. Con ello se trataría de diversificar, en cierta medida, lo que a efectos punitivos debe ser objeto de diferenciación. El ejemplo del artículo 501, números 1 y 2º es suficientemente expresivo al respecto.

Desde esta óptica debe ser comprendido el Proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes, y publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 30 de mayo de 1978, es decir, antes de promulgarse la Constitución. Proyecto que en su preámbulo se autocalifica de «paso fundamental en el proceso de gradual abolición de la pena de muerte en nuestro Ordenamiento». Se pretendía una reforma circunscrita al Código penal común que no alteraba la sistemática del mismo, en espera de la elaboración de un nuevo Código. Para ello, y en vez de modificar todos y cada uno de los artículos del Código relativos a la pena capital, se adoptaba el criterio de complementar las reglas de determinación de la pena en el sentido de que cuando resultase aplicable la pena de muerte, a tenor de las precisiones del artículo 61, regla 2ª, sería ésta sustituida por la pena de reclusión mayor con la cláusula de que su duración fuese de cuarenta años, tal como se prevé en el artículo 75, número 1º.

La parte dispositiva del referido Proyecto de ley estaba concebida en los siguientes términos:

«*Artículo primero:* Cuando por la aplicación de los preceptos del Código penal vigente hubiera de imponerse la pena de muerte, se observará lo dispuesto en la regla primera del artículo setenta

y cinco de dicho Código, sustituyéndose aquélla por la pena de reclusión mayor, con la cláusula de que su duración será de cuarenta años.

Artículo segundo: La pena resultante de la sustitución prevista en el artículo anterior no podrá ser objeto de reducción por virtud de indultos y otras medidas de gracia de carácter general.

Artículo tercero: La redención de penas por el trabajo, el período de libertad condicional y demás beneficios penitenciarios que puedan aplicarse a la pena así sustituida no afectará en ningún caso al cumplimiento efectivo de veinte años de reclusión ininterrumpida».

Aunque por la doctrina española se consideró plausible el espíritu abolicionista del Proyecto, se dejaron oír algunas críticas en cuanto a la solución que se ofrecía para sustituir a la pena capital en el seno del Derecho penal común. En esta línea²⁶, se puso de relieve la excesiva duración de la pena privativa de libertad (cuarenta años) que, además, se concebía como indivisible; también se insistió en que la extensión del supuesto excepcional del artículo 75 del Código penal en forma desmesurada contradecía el criterio inspirador del Código en cuanto a la determinación de las penas, intermedio entre el estricto legalismo y el libre arbitrio judicial.

²⁶ Vid., J. BOIX REIG, *Comentario al Proyecto de Ley sobre abolición de la pena de muerte en el Código penal*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1978, pág. 209. También Amnesty International, en su Informe de 1978, había expresado su preocupación por la severidad de las penas privativas de libertad propuestas para sustituir a la de muerte. Más recientemente, vid., BARBERO SANTOS, *La pena de muerte en España: Historia de su abolición*, cit., pág. 214.

Este Proyecto de ley, pendiente de informe al disolverse la legislatura correspondiente, fue arrinconado. Aunque el Texto constitucional abordó la abolición de la sanción capital, al no regularse el mecanismo sustitutorio los problemas antes apuntados subsisten en nuestro Derecho penal común. Como ya se indicó, en el ámbito de la legislación especial han sido obviados por el Real Decreto-ley de 21 de diciembre de 1978.

Muy posiblemente, la expectativa de un Código penal *nuevo* haya determinado el olvido de esta cuestión que no parece deba ser minimizada. La en exceso acelerada redacción del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 17 de enero de 1980, y las previsiones de una pronta promulgación del mismo, parecen ser las razones de que no se acometieran en la materia los necesarios retoques del Código penal vigente. Sin embargo, el denunciado escepticismo de la doctrina penal española sobre las cualidades técnicas del Proyecto²⁷, sobre todo con relación a su Parte especial, el abrumador número de enmiendas presentadas al mismo y la más que posible incidencia de criterios de oportunidad política, han retrasado un proceso legislativo que —en mi opinión— debió de discurrir por cauces más abiertos y menos sigilosos.

VIII

En la magnífica Exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1980 —a cuya altura no está un texto articulado que,

²⁷ Al respecto, vid., en su conjunto la obra colectiva *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

muchas veces, contradice sus postulados politicocriminales— expresamente se alude a la desaparición «de acuerdo con el mandato constitucional» de la pena de muerte y se acomete una profunda, y necesaria, innovación del arsenal punitivo español²⁸.

Consecuentemente, y al desaparecer la artificial distinción actual entre arrestos, presidios, prisiones y reclusiones, la pena de *prisión* en el Proyecto se configura con una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, si bien en casos de excepcional gravedad puede llegar hasta veinticinco años, y treinta y cinco en los delitos de terrorismo. Este último límite, como ha subrayado Rodríguez Mourullo²⁹, no figuraba en el Anteproyecto y fue introducido por el Gobierno. Se configura así en el posiblemente futuro texto penal la más grave pena de privación de libertad, en contra del parecer de la Ponencia que intentó —sin éxito— mantener el límite máximo de la prisión en veinte años, de acuerdo con los planteamientos político-criminales y penitenciarios de mayor solvencia en la hora actual.

En cualquier caso, abolida la pena de muerte y desechada la prisión perpetua³⁰, en otros momentos históricos lógico sustitutivo de aquélla, el Proyecto resuelve el problema al precisar en cada caso concreto cuál es la más grave pena que en el futuro cabe imponer

como resultado de la aplicación del Código penal común. Con las matizaciones que posiblemente impondrán las discusiones parlamentarias, y habida cuenta el uso que en este país se ha hecho en determinados momentos históricos de la pena de muerte, cabe saludar con íntimo regocijo la desaparición de tan cruel y definitiva pena.

Sin embargo, conviene tener muy presente que la secular cuestión de la pena de muerte no está definitivamente zanjada. En la España actual se intenta, por determinados sectores, crear un clima *catastrofista* que puede destruir los modestos logros democráticos alcanzados en los últimos años. Y en el tema abordado ya se han oído las primeras voces que claman por la reintroducción de la pena de muerte en nuestra legalidad, con base en la existencia de crímenes impiadosos que exigen tan crudo rigor en su represión. Al margen de los planteamientos políticos, inconfesables muchas veces, que subyacen en declaraciones de este tipo, es lo cierto —como ha puesto de relieve Barbero Santos— que «la lucha contra la pena de muerte no acaba, por tanto, por la acogida de un precepto en la Constitución, sino que adquiere nuevas formas. Una de ellas es mantener viva en la opinión pública la convicción de que la pena de muerte no es la panacea de los delitos considerados capitales»³¹.

²⁸ Vid. en la materia, F. BUENO ARÚS, *El sistema de penas en el Proyecto de Código penal de 1980*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1980, págs. 555 y ss.

²⁹ Cfr., G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., pág. 45.

³⁰ Entre la literatura especializada al respecto, vid., J. VERNET, *Enquête préalable à l'abolition de la peine de mort. La perpétuité de la peine de remplacement est-elle funeste?*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1966, págs. 579 y ss.; P. CANNAT, *Peut-il exister une peine de remplacement de la peine de mort?*, en *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, 1967, págs. 477 y ss.

³¹ Cfr. BARBERO SANTOS, en *Prólogo a la segunda edición de La pena de muerte. Seis respuestas*, cit., pág. 12.

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

**La reinstauración de la pena de muerte
en el Código Penal Militar¹**

1. Sobre la no abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra

La promulgación de la Constitución no supuso la abolición total de la pena de muerte en nuestro país. Tras reconocer a todos el derecho a la vida, el artículo 15 declara: «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Dicho precepto, de difícil gestación², omite tomar postura sobre la implantación o no de la pena capital en ese campo, delegando la responsabilidad a este respecto en el legislador ordinario. La fórmula fue recogida del artículo 27 de la Constitución italiana.

La justificación esgrimida para apoyar la decisión de los constituyentes pone el acento en que se reserva la posible aplicación de la pena capital a una situación excepcional y que sólo en ella puede encontrar acomodo una medida tan cruel. Se subraya que la situación bélica supone la quiebra del Derecho como solución pacífica de conflictos y la constante exposición a la muerte, por lo que resulta

¹ Este artículo apareció publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º EXTRA 11, 1986.

² Véase Higuera Guimerá, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, págs. 20-30.

incoherente escandalizarse de que ese aparato de destrucción requiera, para conseguir sus objetivos, la presencia de la pena capital³. Ante esta argumentación cabe oponer dos radicales objeciones.

En primer lugar, no es cierto que la situación de guerra justifique en modo alguno la aplicación de la pena de muerte. Si la guerra supone la quiebra del Derecho como solución pacífica de conflictos y se encuentra, por tanto, fuera del mundo jurídico, constituye un imposible lógico apoyar una medida jurídico-penal utilizando como argumento una realidad que niega, precisamente, el Derecho. Como señala Alzaga⁴, cuando suenan los cañones, el Derecho enmudece. En relación con este tema ya apuntó Beccaria que «si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los mismos hombres, no debieran aumentar este fiero documento, tanto más funesto cuanto la muerte legal se da con estudio y pausada formalidad»⁵.

En segundo lugar, tampoco es cierto, como se afirma, que la presencia de la pena capital sea de algún modo útil en orden a la consecución de los fines bélicos del Estado. En relación con ello, es hoy día indiscutible que la pena de muerte no es, en general, un instrumento preventivo idóneo; la experiencia de Gran Bretaña sirvió para despejar toda duda al respecto⁶. Hay que plantearse por tanto si ante una situación tan excepcional como la guerra quebra-

³ Cfr. Alzaga, *Constitución española de 1978*, tomo II, Edersa, 1984, pág. 326.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. de las Casas, Alianza Editorial, 3ª ed., 1982, pág. 78.

⁶ Véase Arroyo Zapatero, «La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981, págs. 47 y ss. En general, véase, por todos, García Valdés, «No a la pena de muerte», Madrid, 1975.

ría esa tesis, que es de recibo, con carácter general, para la inmensa mayoría de los penalistas. Pues no, la pena capital tampoco es útil aun en situación de guerra; como pone de manifiesto Barbero Santos⁷, «representa una insalvable contradicción basar la victoria ante el enemigo en el valor de un ejército, o lo que es lo mismo, frente al enemigo—, y la pretensión de que tenga miedo a morir precisamente ante el verdugo. Carece de coherencia estimular la carencia de temor ante la muerte y amenazar con el verdugo... como sostén de la valentía. Si las tropas o el soldado carecen de moral de lucha, el verdugo no se lo dará. Jamás se lo ha dado. Un ejército cuya moral dependa de la existencia de la pena capital sale ya derrotado al campo de batalla. Esta moral es algo interno que se tiene o no se tiene; cuando lo segundo ocurre, la presencia del verdugo es incapaz de impedir la rendición o la desbandada». Carece entonces de sentido decir que la guerra precisa, para conseguir sus objetivos, la presencia de la pena de muerte. No servirá de nada.

Saliendo ya de la justificación al uso y centrándonos en el texto constitucional, es inevitable resaltar la grave contradicción en que éste incurre cuando, por un lado, proclama el reconocimiento a «todos» del derecho a la vida, y por otro, mantiene la puerta abierta para que el Estado pueda privar a determinadas personas de ese bien primordial. Los especialistas en Derecho constitucional no dan, sin embargo, especial relieve a esta grave antinomia⁸. Únicamente Ba-

⁷ En «La pena de muerte en la Constitución», en *Sistema*, núm. 42, mayo de 1981, pág. 54.

⁸ Cfr. Esteban/L. Guerra, *El régimen constitucional español*, tomo I, ED. Labor, Univ., pág. 143; Sánchez Agesta, *Constitución española*, comentada por el autor, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pág. 52.

sile⁹ explicita que, «en armonía con la proclamación del derecho a la vida, la cláusula que permite la existencia de la pena de muerte según las leyes penales militares en caso de guerra debería ser interpretada de manera rigurosamente restrictiva». Con todo, no satisface plenamente su opinión. La Constitución reconoce *erga omnes* el derecho a la vida, y ésta no es un bien jurídico graduable¹⁰. Por otra parte, resulta imposible compatibilizar la consideración de la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10 de la Constitución) y la permisividad del texto constitucional en cuanto a la aplicación, en determinados casos, de una pena que ha sido calificada reiteradamente de cruel, inhumana y degradante.

Por tanto, habría que concluir exigiendo al Parlamento, que utilizase el mecanismo de reforma del artículo 168 de la Constitución, para derogar la salvedad tantas veces aludida del artículo 15. De este modo, aparte de ganar coherencia la norma fundamental, se conseguiría eliminar de nuestro ordenamiento una disposición que se sitúa frente a la humanidad, frente al progreso democrático de la sociedad y, en definitiva, frente a la historia. No hay que olvidar que ello nos situaría junto a países tan cercanos a nosotros en la cultura como Francia, Austria, Alemania Federal, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega, Luxemburgo o Portugal, donde la pena capital se ha suprimido sin paliativos.

⁹ «Los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución española de 1978*, edición preparada por Predieri/García de Enterría. Ed. Civitas, 1ª ed., Madrid, 1980, pág. 287.

¹⁰ Cfr. Barbero Santos, cit., pág. 52.

2. La pena de muerte en la Ley Penal Militar

El Código de Justicia Militar, nacido a la sombra de la dictadura, castigaba con la pena capital gran número de delitos. Ante la, entonces, inminente promulgación de la Constitución de 27 de diciembre de 1978 —que abolía la pena de muerte, manteniéndola sólo en tiempos de guerra—, el Gobierno aprobó un Real Decreto-ley, el 21 del mismo mes, con la intención de adaptar algunos preceptos del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante a la normativa de inmediata entrada en vigor. De los tres textos legales mencionados, sólo el primero tenía el carácter de militar, frente a los otros, de naturaleza común¹¹. El Real Decreto-ley aludido mantuvo la pena de muerte para algunos delitos, cometidos en tiempo de guerra, previstos en el Código de Justicia Militar. No se trataba, sin embargo, en opinión de Muñoz Conde¹², de una interpretación del artículo 15.2 de la Constitución, por lo que dicho precepto ha permanecido sin desarrollar hasta que el Gobierno socialista decidió, en Consejo de Ministros de fecha 12 de septiembre de 1984, enviar a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar. En el mismo, a pesar de las graves objeciones antes planteadas, se optaba por la reimplantación constitucional de la pena capital en nuestro país.

La Exposición de Motivos del Proyecto declaraba que, «por imperativos constitucionales, la pena de muerte sólo se prevé para

¹¹ Cfr. Higuera Guimerá, cit., pág. 79.

¹² Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. y adiciones a cargo de Mir Puig y Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, vol. II, pág. 1058.

tiempos de guerra». Desafortunada expresión, por cuanto parece significar, o bien que la Constitución obliga a mantener la pena capital (lo cual, obviamente, no es cierto), o bien que los autores del Proyecto hubiesen preferido no tener que sujetarse a la restricción impuesta por el artículo 15 de la Constitución. En cualquier caso, servía para poner de manifiesto la voluntad política de mantener a todo trance la pena de muerte en el futuro Código Penal Militar, como así ha sido. En efecto, la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar incluye en su artículo 24, entre las sanciones aplicables, la pena de muerte en tiempos de guerra. De nada sirvió que en el transcurso de la discusión parlamentaria del Proyecto se alzasen voces autorizadas (v.gr. Amnistía Internacional, Asociación Pro Derechos Humanos), criticando duramente tal decisión. Lo único que se consiguió, a última hora, fue la inclusión, en el artículo 25 del Código, de una disposición que limita la aplicación de la pena de muerte a casos de extrema gravedad. Por otra parte, ya el Congreso excluyó la posibilidad de considerar a los bandos militares fuente de creación de delitos, lo que hubiera supuesto permitir a las autoridades militares extender la aplicación de la pena de muerte con absoluta discrecionalidad. En sus líneas maestras, sin embargo, el Proyecto se ha mantenido incólume hasta su conversión en ley.

La regulación contenida en el Código, en lo relativo a la interpretación del artículo 15.2 de la Constitución, suscita dos importantes objeciones: 1ª, la amplitud conferida a la expresión «tiempos de guerra» y 2ª, el excesivo número de delitos que se castigan con la máxima pena.

El artículo 14 del Código dispone que, «a los efectos de este Código, se entenderá que la locución 'en tiempo de guerra' comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera y termina en el momento en que cesen éstas». Esta disposición de carácter general se ve limitada, en lo que respecta a la aplicación de la pena de muerte, por lo expresado en el artículo 25: «la pena de muerte en tiempos de guerra sólo se podrá imponer... en los supuestos que (*sic*) la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera».

El legislador no tiene en cuenta que la única vía prevista en nuestro ordenamiento jurídico para la existencia de una guerra, en sentido normativo, es la que se regula en el artículo 63.3 de la Constitución: declaración formal efectuada por el Rey previa autorización de las Cortes Generales¹³. Así pues, aunque se hayan roto las hostilidades con una potencia extranjera, si no existe la declaración regia no se puede hablar de guerra en sentido «jurídico». Ello implica que tanto el artículo 14 como el artículo 25, ambos del Código Penal Militar, no son enteramente conformes a la Constitución.

La segunda objeción se plantea en referencia al elenco de delitos para los que ha previsto el legislador como sanción la muerte. Ya su elevado número (más de 30) es un indicio de utilización no rigurosamente restrictiva, como —recordémoslo— proponía Basile¹⁴, sino

¹³ De la misma opinión, Barbero Santos, cit., pág. 54, y Muñoz Conde, cit., página 1058.

¹⁴ Véase nota ocho.

todo lo contrario. Sin embargo, no es más que eso: un indicio que es preciso corroborar constatando que la inmensa mayoría de esos tipos delictivos no cumplen los requisitos exigibles, en cuanto a protección de bienes jurídicos de suma importancia. A propósito de ello, escribía Higuera Guimerá hace unos años que «la ley penal militar que, hipotéticamente, estableciera la pena de muerte para tiempos de guerra debería hacerlo sólo para aquellos delitos que guarden relación directa con una situación bélica, y deberían ser delitos 'muy graves' que precisamente afectasen la buena marcha de las operaciones bélicas militares, que sería desde luego el único y exclusivo bien jurídico tutelado»¹⁵.

No es éste el momento de analizar minuciosamente todos y cada uno de los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985. Mi propósito es más modesto: poner de relieve algunas graves contradicciones en que incurre la regulación del texto legal con respecto a ese punto de partida expresado por Higuera Guimerá.

En mi opinión, únicamente cumplen las exigencias propuestas por el citado autor los siguientes hechos delictivos:

1. El delito de traición militar, tipificado en el artículo 49.5º: seducir tropa española o al servicio de España para que se pasen a las filas enemigas o reclutar gente para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas;
2. El delito de traición militar tipificado en el artículo 49.9º: con el ánimo de favorecer al enemigo, causar grave quebranto a los

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 78.

recursos económicos o a los medios y recursos afectos a la defensa militar;

3. El delito de espionaje militar, tipificado en el artículo 52, y
4. El delito de rebelión militar en tiempos de guerra, tipificado en el artículo 79, cuyo tenor es prácticamente idéntico al del actual artículo 214 del Código Penal común.

La inclusión aquí del delito de rebelión militar se justifica por cuanto supone un intento de variar el orden constitucional e implica la necesidad de desviar efectivos hacia los sublevados. Sorprende, sin embargo, que el legislador castigue este delito con menos rigor que el de sedición. En efecto, el artículo 79 castiga con pena de muerte sólo a «quienes promovieren o sostuvieren la sublevación y quien ostente el mando superior de las fuerzas implicadas»; no así a quienes «ejercen mando de compañía o de unidad análoga o superior» ni a los meros ejecutores. Por el contrario, el artículo 91 (que tipifica el delito de sedición) castiga con la máxima pena a «todos los autores» de la misma si en su transcurso se ataca a un superior causándole la muerte o lesiones graves. La mayor amplitud del castigo sólo se justifica interpretando que el legislador considera la disciplina militar un bien jurídico de rango supremo. Y existen graves indicios de que, efectivamente, es así. En el mismo capítulo que la sedición se castigan con la pena capital los siguientes hechos:

1. Maltratar de obra a un superior frente al enemigo, rebeldes o sediciosos (art. 98);
2. Desobedecer órdenes relativas al servicio que corresponda realizar (art. 102), y
3. Causar la muerte a un inferior (art. 104).

Ninguno de ellos cumple los requisitos propuestos. Se trata más bien de delitos que atentan contra el principio de jerarquía.

Más grave aún es el caso de los delitos de «cobardía» (cap. I del título VI). Incluso se considera reo de la pena capital al que «realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir (sic) pánico en la propia fuerza» (art. 109). Pone aquí de manifiesto el legislador un desprecio mayúsculo a la dignidad del hombre. Mostrar cobardía en situaciones límite constituye una actitud tan humana y respetable que en modo alguno puede dar pie, no ya a castigar al cobarde con la muerte, sino incluso a considerarle delincuente. Si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales se estaría exigiendo al Derecho penal algo que excede por entero de sus posibilidades¹⁶. Al cobarde no se le puede exigir otra conducta y, por ello, no es merecedor de pena.

En relación con el supuesto anterior, se encuentra una especie del tipo genérico de traición: el regulado en el artículo 49.8º. Propalar o difundir noticias desmoralizadoras o realizar cualesquiera otros actos derrotistas, con la intención manifiesta de favorecer al enemigo. Una vez más hay que subrayar que la moral de victoria de un ejército viene dada por múltiples factores. Los intentos de desmoralizar no tendrían relevancia alguna mientras se den las condiciones objetivas para el avance de las tropas. Si la moral falta, será seguramente porque éstas no se dan.

Debe destacarse, por último, un grupo de delitos que de ningún modo pueden afectar a la fluidez de las operaciones bélicas, ya que casti-

¹⁶ Cfr. Barbero Santos, «La reforma penal española en la transición a la democracia», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, pág. 65.

gan precisamente crímenes sobre el enemigo. Así, el artículo 69 se refiere al militar que causare la muerte a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios para defenderse; el artículo 70 castiga al militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate de buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje; en fin, el artículo 71, relativo al delito de sometimiento a heridos, náufragos, prisioneros de guerra o población civil a tratos inhumanos. Aquí parece entreverse la utilización de la pena capital en clave retribucionista: a tan execrable mal corresponde la sanción más dura, la pena de muerte. Sin embargo, la asignación a la pena de una función retributiva es absolutamente incompatible con los principios del Estado social y democrático de Derecho¹⁷.

Puede concluirse, pues, que el legislador parece haber entendido que la cláusula del artículo 15 de la Constitución no sólo le permite decidir si incorpora o no la pena de muerte en nuestro ordenamiento, sino que le otorga carta blanca para, en tiempos de guerra, castigar cualquier hecho delictivo con la pena de muerte. Pero, evidentemente, no es así. Se olvida un principio fundamental del Derecho penal: la proporcionalidad de la pena, que, aparte de suponer una conquista histórica en orden a la progresiva humanización del ordenamiento punitivo, constituye un precipitado inmediato de la consideración del Estado como democrático¹⁸.

La importancia de las objeciones apuntadas no permite emitir más que un juicio radicalmente negativo acerca del tratamiento

¹⁷ Véase Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, págs. 77 y sigs.

¹⁸ *Ibidem*.

otorgado por el legislador al tema de la pena de muerte en tiempos de guerra. Preocupa sobremanera que se convierta la Constitución en papel mojado, al igual que ha sucedido en los últimos años en nuestro país y fuera de él, singular, pero no exclusivamente¹⁹, en lo que respecto a la legislación antiterrorista.

La reimplantación de la pena de muerte, por limitada que sea, constituye un grave retroceso en la cultura democrática del país. No es extraño, por ello, que quienes siguieron con detenimiento el desarrollo del Proyecto en el Parlamento y alzaran sus voces contra la pena de muerte, vuelvan a la carga una vez aprobado el Código. Así, la Asociación Pro Derechos Humanos, en su «Informe anual», dice lo siguiente: «Párrafo aparte merece la nueva presencia de la pena de muerte en un texto legal *posteriori* a la Constitución. La reinstauración de esa triste medida —puesto que de eso se trata— implica un gravísimo retroceso en el orden de los principios informadores de nuestra convivencia democrática. Y aporta un serio factor de degradación de nuestro clima cultural. Consecuencias ambas que en modo alguno pueden entenderse paliadas por la circunstancia de que el hecho se haya producido en el Código de Justicia Militar (*sic*) y para tiempo de guerra, porque la vida humana es un valor que, por su carácter esencial y básico, no puede permitir atenuaciones 'parciales' en su proclamación y en su vigencia».

¹⁹ Véase mi trabajo «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista» en *Poder Judicial*, núm. 10, marzo 1984, págs. 107 y ss.

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

El largo camino hacia la abolición total de la pena de muerte en España

La promulgación del Código Penal Militar en 1985 había reinstaurado de hecho la pena de muerte en nuestro país. En un momento de indudable ilusión democrática, la mayoría socialista había respondido —por miedo o por convicción— promoviendo la utilización de la salvedad contenida en el art. 15 CE, cuando lo deseable hubiera sido prescindir por completo de la misma. En efecto, la previsión del art. 15 CE autorizaba a adoptar esa decisión, aún a costa de contradecir el espíritu que había inspirado la norma fundamental. No faltaron autores que consideraron inconstitucional dicha salvedad, porque el mismo precepto constitucional prohíbe taxativamente las penas inhumanas o degradantes y ninguna lo es en más alto grado que la pena de muerte. Sin embargo, no hubo iniciativas para promover una declaración explícita en ese sentido por parte de nuestro Tribunal Constitucional, lo que parecía relegar el asunto a una mera reflexión filosófica penal si nuestro legislador no hubiera recibido un serio impulso por parte de organismos internacionales, principalmente del Consejo de Europa, pero también de Naciones Unidas.

En 1989 la ONU aprobó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. Su artículo 2.1 establecía que «No se ad-

mitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra." En uso de sus atribuciones, el Gobierno de entonces formuló reserva explícita en ese sentido, algo que abundaba en el mantenimiento del error político-criminal de 1985.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó en 1994 una Recomendación (1246) dirigida a su Comité de Ministros para elaborar un Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos con el objetivo de abolir la pena de muerte "tanto en tiempo de paz como de guerra", recomendación que se basaba en un informe elaborado por M. FRANK en el que se aludía directamente a España como país cuya Constitución había dejado abierta la posibilidad de prever la pena capital para tiempos de guerra y se refería expresamente al Código Penal Militar de 1985, "en el que se mantiene -según el Informe- para una amplia lista de delitos".

La abolición legal de la pena de muerte en tiempo de guerra (LO 11/1995)

A consecuencia de esa llamada de atención, los grupos parlamentarios socialista, popular y de Izquierda Unida presentaron sendas proposiciones de Ley que finalmente se refundieron en una sola pues, al margen de la diferente fundamentación de cada una de ellas,

conducían a la modificación del Código Penal Militar para anular las previsiones contenidas en él respecto a la pena de muerte en tiempo de guerra. Las dos primeras proposiciones citadas basaban la abolición precisamente en la iniciativa del Consejo de Europa, en la Recomendación 1246 y en la Resolución 1044. Con mayor o menor intensidad argumental, las tres parecían considerar que había llegado el momento de la abolición total. La presentada por Izquierda Unida terminaba su alegato así: "se puede considerar llegado el momento de que el pueblo español y su ordenamiento se encuentren liberados de la pesada e indigna carga del mantenimiento, sea en los tiempos que sean, de la pena de muerte". Digna de destacar es, asimismo, la argumentación utilizada por el representante del Partido Popular (GIL LÁZARO) para defender la abolición total: "Entendemos que la dramática excepcionalidad material que supone el hecho de toda guerra no puede acarrear excepcionalidad en los fundamentos éticos y jurídicos que en este caso los españoles quisimos darnos como base de nuestra convivencia. Entendemos también que abolir la pena de muerte en tiempo de guerra supone, por tanto, avanzar en el perfeccionamiento intelectual de nuestro ordenamiento, profundizar en la coherencia del mismo, y, si se quiere, también, o al menos así lo entiende mi Grupo Parlamentario, entraña una manifestación indirecta pero contundente de repulsa a la frustración histórica que el hecho de la guerra comporta." Con esta manifestación de intenciones, el grupo político que había defendido el mantenimiento de la excepción contenida en el art. 15 CE se distanciaba de ese pasado y enfocaba el problema en clara sintonía con el resto de los grupos políticos parlamentarios.

Por su parte, el representante de Izquierda Unida (LÓPEZ GARRIDO) abundó en la necesidad de retirar la reserva realizada en 1991 al Segundo Protocolo del PIDCP (algo que, por cierto, sólo realizó extemporáneamente el Gobierno en 1998). Con ello, dado el tenor literal del art. 2.1 del Segundo Protocolo, para una futura reimplantación de la pena de muerte en tiempo de guerra habría que denunciar dicho Pacto Internacional, con los inconvenientes que ello comportaría. Nuestro legislador, que estaba a punto de adoptar la decisión histórica de abolir completamente la pena capital, quedaría ligado en el futuro a esa decisión, en virtud de sus compromisos jurídicos internacionales. Tras los oportunos debates, pero con una coincidencia plena respecto al objetivo final, el Parlamento aprobó por unanimidad la LO 11/1995, de 27 de noviembre, "de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra".

El protocolo 13 del c.E.D.H. Y su ratificación por España

La Recomendación 1246 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa impulsaba a adoptar un texto jurídico vinculante que aboliera por completo la pena de muerte en los ordenamientos jurídicos de sus países miembros. España la había eliminado de su legislación ordinaria, pero aún seguía en pie la salvedad constitucional. Con el fin de lograr la erradicación total, en su reunión de 21 de noviembre de 2001, la Asamblea formula al Comité de Ministros la petición formal de adoptar un nuevo Protocolo en ese sentido. El Proyecto expresa así la convicción abolicionista: "Convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental

en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todos los seres humanos". A continuación, en los tres primeros artículos, se cierra el paso por completo a dicha sanción capital:

Art. 1 Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a dicha pena ni ejecutado.

Art. 2. No se autoriza excepción alguna a lo dispuesto en el presente Protocolo, en virtud del artículo 15 del Convenio.

Art. 3. No se admitirá reserva alguna a lo dispuesto en el presente Protocolo, en virtud del artículo 57 del Convenio.

La firma por parte de España de dicho Protocolo, efectuada el 3 de mayo de 2002, abría la posibilidad de plantear ante el Tribunal Constitucional la siguiente cuestión jurídica: "El Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Dicho Convenio incluye, a partir de ahora, una cláusula contraria a la previsión de la pena de muerte en tiempo de guerra. Sin embargo, nuestra Constitución mantiene en su art. 15CE una excepción a la abolición de la pena capital en esos casos. Teniendo en cuenta todo ello y la previsión del art. 95.1 CE, que obliga a la revisión constitucional cuando se celebre un Tratado internacional que contenga estipulaciones *contrarias* a la Constitución, ¿la ratificación del 13º Protocolo CEDH obliga a reformar el art. 15 CE eliminando la salvedad relativa a la pena de muerte en tiempo de guerra?". De acuerdo con lo previsto en el art. 95.2 CE, "el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción."

El 4 de marzo de 2005, el Gobierno solicitó al Consejo de Estado que informara sobre una serie de reformas constitucionales entonces en proyecto o en estudio:

- La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono.
- La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea.
- La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas.
- La reforma del Senado.

Como puede observarse, no se aprovechó la ocasión para someter a ese órgano consultivo el problema jurídico planteado por la firma y futura ratificación del 13º Protocolo CEDH. Por consiguiente, la eventual reforma constitucional ni siquiera se consideraba. Por el contrario, sí mantenía dudas el Gobierno sobre la necesidad de que las Cortes autorizaran la ratificación de dicho Protocolo, de acuerdo con lo previsto en el art. 94.1 CE, una duda manifestamente absurda por cuanto en dicho artículo se incluyen todos los Tratados o convenios que afecten "a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I". ¿Cómo no se iba a requerir la autorización de las Cortes? La respuesta del Consejo de Estado (Dictamen 147/2008) fue contundente: "La conclusión ahora del Protocolo n.º 13 al CEDH por parte de España, que lleva hasta sus últimas consecuencias la proscripción en toda circunstancia de la pena de muerte, y que será asumida como una obligación internacional, está claramente en línea tanto con las determinaciones adoptadas en el plano interno desde hace años por el legislador —de modo que su incorporación al ordenamiento

jurídico no implicará modificación legal alguna— como con la posición que se mantiene respecto de la pena de muerte en los foros internacionales. Asimismo, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado antes expuesta para tratados sobre la misma materia, está claro que el Protocolo de referencia es un tratado internacional que afecta a un derecho fundamental establecido en el Título I de la Constitución, por lo que su conclusión por España requerirá la previa autorización de las Cortes Generales".

En su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, nuestro Tribunal Constitucional explicó el carácter preventivo del mecanismo previsto en el art. 95.2 CE, por el que el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede instarle a declarar la existencia o no de contradicciones entre un instrumento internacional y la propia Constitución. "El art. 95.2 CE —decía entonces— hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquéllas, ésta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución. Se pretende evitar, en suma, que la contradicción advertida entre la Norma suprema, de un lado, y una norma todavía no integrada en el sistema regido por aquélla, de otro, llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro Ordenamiento." En el caso que ahora nos ocupa, creo que tal contradicción insalvable no existe. El art. 15.2 CE establece como principio general la abolición de la pena capital y ese es el sentido último del Protocolo 13 últimamente ratificado por España. El

hecho de que incluya a continuación una salvedad relativa a la regulación en la legislación ordinaria de la pena de muerte en tiempo de guerra no constituye una contradicción insalvable, que si existiera si ocurriera lo contrario, es decir si España ratificara un Tratado o Convenio internacional que permitiera la aplicación de la pena de muerte si el art. 15 CE no contuviera salvedad alguna respecto a la abolición de la misma. En la situación actual, la ratificación del Protocolo 13 y la retirada de la reserva al 2º Protocolo del PIDCP implica un bloqueo normativo para el legislador ordinario, que le impide hacer uso de la salvedad tantas veces mencionada. Ahora bien, es evidente que mientras dicha salvedad subsista existirá el riesgo de que en un futuro cualquier hipotética mayoría favorable a la pena capital promueva la denuncia de dichos instrumentos jurídicos internacionales y active la posibilidad de reinstaurar la pena de muerte en tiempo de guerra. Para evitarlo, sería imprescindible abordar la reforma del art. 15 de la Constitución y cerrar de una vez el ojal que quedó abierto al aprobarse el texto constitucional, cuyo espíritu es claramente abolicionista.

El 28 de septiembre de 1995, cuando se discutía en el Parlamento la LO 11/1995, Jordi Solé Turá, uno de los "padres" de la Constitución, afirmó: "Creo que es algo que tendremos que abordar algún día, la reforma de la Constitución, porque si ahora hemos tomado todas las precauciones eliminando de la legislación procesal militar y de la legislación sustantiva militar toda referencia a la pena de muerte, no podemos dejar ningún resquicio si queremos protegernos ante posibles eventualidades de futuro, que espero que no se producirán nunca más porque la sociedad no lo podría tolerar. En estos casos,

todas las garantías son pocas. Por consiguiente, creo que algún día tendremos que abordarlo, pero en el futuro." Pues bien, ese "futuro", casi veinte años después, ha llegado hace tiempo.

**SOLEDAD GALLEGO-DÍAZ
y BONIFACIO DE LA CUADRA**

**Una cuestión de conciencia: la abolición
de la pena de muerte¹**

La historia de la inclusión del derecho a la vida, esencial y prioritario, en nuestra Constitución —artículo 15—, ofrece el interés de mostrarnos las dudas y debilidades de Unión de Centro Democrático para llegar a las últimas consecuencias prácticas de sus propios planteamientos teóricos o doctrinales.

Como es natural, la principal consecuencia jurídica del derecho a la vida es la abolición de la pena de muerte, en los países donde todavía existe esa sanción brutal. En el caso español, la inclusión de la abolición de la pena capital, en términos no absolutos pero positivos fue una conquista de los grupos de izquierda y nacionalistas.

El texto elaborado por la ponencia constitucional, y que se sometió en el Congreso al debate de la Comisión, sólo establecía el derecho a la vida y a la integridad física y prohibía la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Ahí acababa el artículo que suponía un avance indudable sobre la legislación anterior, pero que no se atrevía a dar el paso decisivo de abolir expresamente la pena de muerte. En algunas de las interpretaciones centristas, la propia enunciación del artículo y la prohibición de *penas* inhumanas o

¹ Texto publicado en la obra *Crónica secreta de la Constitución*. Tecnos, Madrid, 1989.

degradantes llevaba aparejada la supresión de la más inhumana y degradante de todas ellas: la que quita la vida.

Pero el problema que la izquierda y los grupos nacionalistas plantearon en la Comisión fue la tajante inclusión de la abolición en el texto constitucional. En el debate hubo voces especialmente autorizadas en contra de la pena de muerte, como la del diputado comunista Josep Solé Barberá, condenado a esa pena por el franquismo y posteriormente indultado, quien aseguró: «Para mí no hay condenados a muerte de un color distinto de otro».

Los socialistas apelaron a la conciencia. Felipe González estuvo particularmente persuasivo en su afán de racionalizar el tema y excluir los planteamientos políticos. Invocó la conciencia individual de los diputados y sus apelaciones iban dirigidas hacia los representantes de UCD, algunos de ellos en la oposición hacía sólo unos años. El líder socialista declaró su respeto, aunque no podía compartirla, por la posición de Fraga —quien apoyándose en Pío XII y en la gravedad de la decisión, se había manifestado en contra de la abolición—, pero no podía aceptar como buenas las argumentaciones de UCD, desde pretendidas posturas abolicionistas, en contra de la abolición.

La verdad es que UCD había sido especialmente *cruel* al encargar la defensa de su postura, contraria en aquel momento a incluir la abolición en la Constitución, a un destacado abolicionista, Antonio Vázquez Guillén, diputado del sector socialdemócrata y de conocidas ideas progresistas. Como él se encargó de recordar, fue el abogado defensor de uno de los cinco ejecutados en septiembre 1975, el militante del FRAP José Humberto Baena Alonso. Pero esto sólo

contribuía a hacer más difícil el encargo de manifestarse abolicionista a la vez que defender que la «evolución hacia la abolición de la pena de muerte se haga de una forma paulatina y gradual» y, en definitiva, negarse a su inclusión en la Constitución.

El PSOE, por su parte, presionó al máximo exigiendo que la votación no se aplazara a la sesión de la tarde —eran más de las dos y media y se había ausentado Fraga a causa de un almuerzo inaplazable— y solicitando votación nominal. Un texto socialista, hecho llegar a UCD, salvaba incluso los problemas militares de la abolición. Por su parte Miquel Roca, por la Minoría Catalana, en su habitual función de negociador eficaz, tocó la línea de flotación del partido gubernamental al apelar al «gran desgaste del titular del derecho de gracia» en todos los países donde se aplica la pena de muerte. «Quiero recordar a sus Señorías que la Constitución que estamos elaborando —añadió el señor Roca— atribuye el ejercicio del derecho de gracia a Su Majestad el Rey».

Ni por esas. La mayoría mecánica funcionó y, a pesar de la ausencia de Fraga, 18 votos —los 17 de UCD y uno de AP— contra los 17 de los restantes grupos, impidieron en aquel embite la constitucionalización de la abolición. Para la Historia, entre los «noes» ucedistas no figuró ninguno de los diputados que tuvieron mayor futuro político. Ni Rafael Arias Salgado ni José Pedro Pérez Llorca, por ejemplo, participaron en la votación nominal, en la que se hicieron sustituir por hombres de segunda fila.

En el trámite de la explicación de voto, Miguel Herrero R. de Miñón, insistió en el «talante abolicionista» de UCD, demostrado «con los hechos» y compatible con su negativa a incluir la abolición

de la pena de muerte en la Constitución, mediante una declaración «meramente retórica, rígida y, a veces, difícilmente cumplible». UCD optaba por una ley ordinaria «sabia, prudente y matizada». Miguel Herrero vino a decir que allí todos eran abolicionistas y la única diferencia residía en que los de UCD eran unos abolicionistas *eficaces* y los demás unos abolicionistas *retóricos*.

Felipe González no dejó pasar la ocasión y contestó: «Si hay alguien que pueda explicarme esa contradicción en sus propios términos, yo le daría premio a la gran retórica, porque la única manera de ser eficaces en la abolición de la pena de muerte es estar firmemente, como principio y en conciencia, contra la pena de muerte».

La exhortación no cayó en saco roto. Dentro de la nueva estrategia general de separarse de Alianza Popular y unirse a los grupos progresistas, UCD *consensuó* la abolición de la pena de muerte con estos grupos y la presentó *in voce* al Pleno del Congreso el día 6 de julio, cuarenta y nueve días después de haber votado en contra en la Comisión.

Previamente, conocedores del carácter cicatero de su propuesta respecto a la abolición que los grupos a su izquierda deseaban, los responsables de UCD informaron a socialistas, comunistas, Minoría Catalana y PNV, que a cambio de la expresada mención del tema en la Constitución, debía quedar completamente a salvo «lo que puedan disponer las leyes penales militares para delitos cometidos por personas sujetas por su propia condición al fuero castrense». No se trataba de un capricho de partido —explicaron—, sino de un planteamiento sugerido en los propios medios castrenses, que debía asumirse responsable y conscientemente por los partidos que propugnaban la abolición total.

Los dirigentes del PSOE confirmaron la veracidad de la información ucedista —o creyeron confirmarla, como se verá después— y se mostraron dispuestos a aceptar la fórmula, que no gustaba a los diputados socialistas. Alfonso Guerra se encerró en una sala del Congreso con los componentes del grupo parlamentario y, en una tumultuosa reunión, intentó *convencerlos*. Era difícil, porque además el tema caía plenamente dentro de los casos de conciencia en que los partidos dispensan de la disciplina de voto. Se trataba de poner de manifiesto la imposibilidad fáctica de ampliar los márgenes de la abolición y el peligro de que, por mantener una posición intransigente, quedara sin incluir en la Constitución la abolición de la pena de muerte en los supuestos civiles. Julio Busquets, ex comandante del Ejército y diputado socialista, se expresó con vehemencia ante sus compañeros políticos. «Mi conciencia —dijo— no me permite aceptar esa redacción. Este texto no supone una muestra de respeto hacia la institución militar, sino una discriminación hacia ella sin justificación alguna». Pese a todo, se impuso el criterio de los dirigentes socialistas, que más tarde se llevarían las manos a la cabeza cuando durante los debates del Senado, el almirante Gamboa expresó argumentos similares a los del ex comandante Busquets, lo que venía a demostrar que los canales de información con las Fuerzas Armadas eran bastante defectuosos por parte de los dos grandes partidos.

Un simple análisis lógico del tema hacía ver que ni los sectores castrenses más ultras tendrían interés en dejar abierta la puerta a una posible aplicación de la pena capital a quienes visten el uniforme militar, una vez que quedaran excluidos de ella los civiles —también los terroristas— y teniendo en cuenta los tiempos que corrían...

Aun tomando el acuerdo de votar el texto de UCD, los grupos de la izquierda y nacionalistas insistieron en sus argumentos a favor de la abolición total en el debate, pero aceptaron la propuesta previamente negociada como la mejor posible. Se trataba de una abolición un tanto vergonzante, frente a la que Gregorio Peces-Barba pidió racionalidad y Luis Gómez Llorente dejó clara la posición socialista en favor de una abolición total, mientras Josep Solé Barberá volvía a invocar su condición de indultado; Miquel Roca apelaba el desgaste que el ejercicio del derecho de gracia produce en la Corona, y Josep Andreu Abelló recordaba a «tantos amigos» a quienes la pena capital había liquidado.

Por UCD, Jaime García Añoveros defendió la exclusión del ámbito militar en esta materia, con objeto de que sus leyes específicas decidieran sobre la abolición o no abolición, y José Pedro Pérez Llorca hizo hincapié en que sólo quedaba fuera de la Constitución lo relativo a la disciplina interna de las Fuerzas Armadas. Todos votaron a favor, y sólo Alianza Popular se abstuvo, por estimar que no era aquel tema constitucional.

Esta solución de compromiso, que se hizo en consideración a un respeto reverencial de los constituyentes del Congreso hacia los militares, no resultó del agrado de los militares del Senado. El almirante Gamboa no quiso entrar en la controversia política sobre la abolición de la pena de muerte, pero sí señaló «limitar la aplicación de la pena de muerte a los militares me parece sumamente grave en el texto constitucional, puesto que consagra en el mismo una discriminación importante». Lo único preocupante para los militares eran los efectos de la abolición en caso de guerra. El senador de la

Entesa Alexander Cirici encontró la fórmula, que dejaba a salvo «lo que puedan disponer las leyes penales militares en tiempo de guerra».

Durante el debate senatorial sobre la fórmula discriminatoria aprobada en el Congreso, Manuel Villar Arregui protestó también contra lo que calificó de «siniestra excepción en contra de los militares». «Permitáseme —pidió el senador del grupo de Progresistas y Socialistas Independientes— que traduzca al lenguaje vulgar lo que este párrafo dice: "Nadie podrá ser matado en nombre de la ley, pero sí podrán ser fusilados los militares". ¿No es esto, me pregunto, abrir una esperpéntica contradicción en razón de una dignísima condición militar, como es la profesión militar, que concurre en cuantos de modo permanente forman parte de nuestras Fuerzas Armadas?».

De nuevo, los grupos de izquierda y nacionalistas abogaron por la abolición total, aunque aceptando una solución posibilista como la propuesta por Entesa dels Catalans y que contó con la aceptación unánime de la Comisión Constitucional del Senado. En el debate, sólo el senador de UCD Antonio Fernández-Galiano, que insistió en el carácter «decididamente abolicionista» de su partido, defendió la excepción hecha a la abolición de la pena de muerte en el Congreso, con el argumento de que los derechos no son absolutos, sino que tienen «sus lógicas limitaciones». En el momento del voto, UCD se unió a los demás grupos en favor del texto de la Entesa.

Con esta salvedad, el Pleno del Senado dio su aprobación a la abolición de la pena de muerte. Sólo se registraron dos abstenciones, las de los senadores Lluís Maria Xirinacs y Juan María Bandrés, que deseaban una abolición absoluta, sin excepciones de ningún tipo.

La redacción final dada por la Comisión Mixta Congreso-Senado corrigió gramaticalmente el texto, sustituyendo la frase «en tiempo de guerra» por «para tiempos de guerra», con lo que se evitaba que las leyes penales militares pudieran dictarse durante la guerra y se limitaba la excepción a las previsiones legales establecidas para épocas bélicas. Había sido ganada una batalla constitucional en favor de la vida.

PEDRO OLIVER OLMO

El final de la pena de muerte en España. El abolicionismo democrático y lo que queda en la memoria¹

*Si te dijera, amor mío,
que temo a la madrugada,
no sé qué estrellas son éstas
que hieren como amenazas
ni sé qué sangra la luna
al filo de su guadaña.*

*Presiento que tras la noche
vendrá la noche más larga,
quiero que no me abandones,
amor mío, al alba,
al alba, al alba.*

*Los hijos que no tuvimos
se esconden en las cloacas,
comen las últimas flores,
parece que adivinaran
que el día que se acerca
viene con hambre atrasada.*

Presiento que tras la noche...

*Miles de buitres callados
van extendiendo sus alas,
no te destroza, amor mío,
esta silenciosa danza,
maldito baile de muertos,
pólvora de la mañana.*

Presiento que tras la noche...

("Al alba" es una canción de amor y un alegato contra la pena de muerte. Fue escrita por Luis Eduardo Aute en los días previos a los fusilamientos del 27 de septiembre de 1975)

1. Puig Antich y Heinz Chez en el último capítulo del garrote español

¿Otra vez el garrote? ¿A la altura de 1974? Aunque el franquismo seguía blandiendo la amenaza de la pena capital, la memoria social

¹ Publicado en *La pena de muerte en España*. Editorial Síntesis, Madrid, 2008.

La redacción final dada por la Comisión Mixta Congreso-Senado corrigió gramaticalmente el texto, sustituyendo la frase «en tiempo de guerra» por «para tiempos de guerra», con lo que se evitaba que las leyes penales militares pudieran dictarse durante la guerra y se limitaba la excepción a las previsiones legales establecidas para épocas bélicas. Había sido ganada una batalla constitucional en favor de la vida.

PEDRO OLIVER OLMO

El final de la pena de muerte en España. El abolicionismo democrático y lo que queda en la memoria¹

*Si te dijera, amor mío,
que temo a la madrugada,
no sé qué estrellas son éstas
que hieren como amenazas
ni sé qué sangra la luna
al filo de su guadaña.*

*Presiento que tras la noche
vendrá la noche más larga,
quiero que no me abandones,
amor mío, al alba,
al alba, al alba.*

*Los hijos que no tuvimos
se esconden en las cloacas,
comen las últimas flores,
parece que adivinarán
que el día que se avecina
viene con hambre atrasada.*

Presiento que tras la noche...

*Miles de buitres callados
van extendiendo sus alas,
no te destroza, amor mío,
esta silenciosa danza,
maldito baile de muertos,
pólvora de la mañana.*

Presiento que tras la noche...

("Al alba" es una canción de amor y un alegato contra la pena de muerte. Fue escrita por Luis Eduardo Aute en los días previos a los fusilamientos del 27 de septiembre de 1975)

1. Puig Antich y Heinz Chez en el último capítulo del garrote español

¿Otra vez el garrote? ¿A la altura de 1974? Aunque el franquismo seguía blandiendo la amenaza de la pena capital, la memoria social

¹ Publicado en *La pena de muerte en España*, Editorial Síntesis, Madrid, 2008.

de los agarrotamientos parecía anclada en los años cincuenta. Alguna gente sabía que en 1959, siguiendo un procedimiento lleno de irregularidades, había sido condenada a pena de muerte la famosa "envenenadora" de Valencia, Pilar Prades Expósito, la cual ha pasado a la historia como la última mujer agarrotada en España, por cierto a manos de Antonio López, el célebre verdugo titular de la Audiencia Territorial de Madrid, el cual, entre los casi veinte penados que ejecutó desde 1952 hasta 1974, también les quitó la vida a los anarquistas Granados y Delgado y al activista del MIL Salvador Puig Antich. Asimismo se podía estar al corriente de que el último hombre agarrotado por crímenes comunes y por decisión de la jurisdicción ordinaria había sido el célebre José María Jarabo, ejecutado en el patio de la Prisión Provincial de Madrid el 5 de julio de 1959, después de un proceso muy aireado por la prensa (sobre todo por el diario *El Caso*) que fue mayoritariamente seguido por un público expectante, hasta que Jarabo fue sentenciado a cuatro penas de muerte por el asesinato de cuatro personas, una de las cuales era una mujer embarazada. Con el ajusticiamiento de José María Jarabo, 1959 se convertía en el año de la última ejecución realizada en el ámbito exclusivo de la jurisdicción ordinaria. A Jarabo también lo agarrotó Antonio López, uno de los personajes reales de la interesantísima película-reportaje de Basilio Martín Patino, *Queridísimos Verdugos*, en la que tres verdugos en activo (Vicente Copete, Bernardo Sánchez Bascuñana y Antonio López Sierra) hablan de sí mismos, de su oficio y de los reos que ajusticiaban.

En cambio, muy pocos conocían que los últimos agarrotamientos por motivos políticos se habían realizado en 1963, cuando la

justicia militar ejecutó con gran celeridad a los anarquistas Delgado y Granados. En 1974 hasta cierto punto era lógico pensar que después de tantos años el garrote era ya cosa del pasado, que si por un lado ofrecía una imagen muy desfasada de la jurisdicción militar, por otro, quedaba anacrónico dentro del procedimiento penal ordinario. Era como si el fusilamiento, ahora de forma esporádica, continuara dando una imagen más moderna y más digna al ajusticiado; en cualquier caso, más previsible, entre otras cosas porque seguía siendo el método "interno" del mundo militar, el que estaba previsto aplicar a los miembros del ejército. Por ese motivo fue pasado por las armas el soldado Pedro Martínez Expósito el 8 de enero de 1972 en el acuartelamiento de Marines, después de que fuera juzgado en consejo de guerra y declarado culpable de haber robado y matado a dos mujeres el 27 de marzo de 1971 en el pueblo valenciano de Beniopa. Aunque fueran delitos comunes, aunque se tratara de un ladrón habitual que terminó cometiendo un doble homicidio, y aunque el castigo estuviera pertinentemente previsto en el Código Penal ordinario, Martínez Expósito formaba parte en esos momentos del ejército, un auténtico estamento en la pirámide social de la época, con un ordenamiento propio, y con un discurso nacionalista siempre caliente acerca del honor y la honra de la familia militar, la que nadie debía mancillar.

Delante del cadáver del soldado desfilaron las tropas del acuartelamiento, para que una vez más se cumpliera un viejo rito, una pedagogía del miedo, una escenificación ejemplificadora. Los historiadores han recogido testimonios que hablan de esos mismos ceremoniales en otras circunstancias. El ejército ha reproducido ese

ritual de muerte en situaciones diversas, por supuesto, cuando se aplicaba el Código de Justicia Militar a un miembro del ejército condenado a la pena capital (más aún durante la guerra civil con el fin de castigar la desertión, en ambos bandos, de hecho se recuerda que fue práctica habitual en el 5º Regimiento que comandaba el comunista Enrique Lister); pero asimismo se realizaba cuando se abatía o se ejecutaba de forma sumarisima a los prisioneros evadidos de los campos de concentración y las distintas unidades de trabajos forzados, para que la visión suplicial sirviera de seria advertencia a quienes pensaran seguir su ejemplo. Martínez Expósito iba a convertirse en el último español fusilado por delitos comunes, tal y como ha recogido el escritor y cineasta Javier Maqua en *Fusilamiento (instrucciones de uso)*. Aquellos hechos han quedado en la memoria de los que obligatoriamente tuvieron que asistir al ceremonial de muerte, soldados de reemplazo recién llegados al acuartelamiento tras el permiso de Navidad, erráticos y absortos después de haber cumplido el período de instrucción y campamento, confusos tras ser informados del inmediato ajusticiamiento, y muy nerviosos, sin poder conciliar el sueño, porque temían ser llamados a participar en la ejecución, a pesar de que se ofrecía como consuelo de conciencia una determinada proporción de balas de fogeo a quienes tuvieran que hacer de verdugos, miembros de un pelotón de fusilamiento que en este caso finalmente estuvo compuesto por suboficiales. Sin embargo, con ese fusilamiento de 1972 no se estaba escribiendo todavía la última página de la historia de la pena de muerte en España, y ni siquiera iba a terminar la larga historia del garrote español.

Con Salvador Puig Antich y con Heinz Chez la justicia militar

volvería a demostrar su poder para decidir la muerte de dos personas mediante garrote. Se ha escrito mucho de las circunstancias que llevaron al primero de ellos a las manos del verdugo. Desde la primavera de 1973 había pistas concretas que permitían a la policía estrechar el cerco del MIL (Movimiento Ibérico de Liberación). Con la ejecución de Puig Antich el régimen quería cerrar ese capítulo de la lucha antiterrorista, al tiempo que abría otros de gran dureza represiva contra grupos izquierdistas y contra el entorno del movimiento libertario catalán. Hay muchas noticias dispersas sobre el MIL y pocas reconstrucciones de su gestación y desarrollo entre 1970 y 1973. Abundan, eso sí, las opiniones y los juicios de valor en muchos relatos que se han visto sesgados por la emoción de todo lo que ocurrió con Salvador Puig Antich. A lo sumo también aparece otro personaje en segundo término, Oriol Solé, ametrallado hasta la muerte por la Guardia Civil en la madrugada del 6 de abril de 1976, muy cerca de la frontera francesa, mientras participaba en la espectacular fuga de la cárcel de Segovia, de la que había logrado evadirse el día anterior junto a casi una treintena de presos, la mayoría de ETA político-militar. Y muy lejos de esos protagonismos, prácticamente en el anonimato, a veces se puede leer algo sobre Jann-Marc Rouillan, uno de los fundadores del MIL, preso a perpetuidad en Francia. Ahora bien, entre la confusión y hasta la manipulación, hay obras de autores como Telesforo Tajuelo, Antonio Téllez y Sergi Rosés que ayudan a aclarar la compleja historia de unos grupos tan minoritarios como dinámicos e ideológicamente siempre inacabados, desde el MIL y los GAC (Grupos Autónomos de Combate) hasta los GARI (Grupos de Acción Revolucionaria Internacionalis-

ta), estos últimos organizados en Francia, precisamente, para luchar por la liberación de Salvador Puig Antich. Grupos todos ellos muy enfrentados a las estrategias del PCE y el PSUC, en general a las formaciones de lo que ha dado en llamarse oposición antifranquista y sindicalismo democrático, porque frente a las políticas de reconciliación nacional y de reivindicación de una ruptura democrática con el franquismo, primaron el anticapitalismo de su ideario y situaron los objetivos revolucionarios muy por encima del discurso de la lucha contra la dictadura de Franco.

Al igual que ocurriría con otras formaciones radicales, cuyos dogmas ideológicos podían ser dispares o incluso antagónicos —estalinistas, maoístas, trotskistas y anarquistas—, los activistas del MIL llegaron a creer que en la España del tardofranquismo era posible activar un proceso pre-revolucionario. Sus proyectos ideológicos giraron en torno a asuntos que evocaban algunas tradiciones marxistas y anarquistas, junto a otros más propios de la ultraizquierda europea posterior a "mayo del 68": la defensa de la validez del consejismo comunista antiburocrático, antiparlamentario y antisindicalista; el rechazo del vanguardismo leninista, postulando la importancia de la violencia revolucionaria en el proyecto de emancipación de las clases trabajadoras; y, por supuesto, la crítica radical del papel que estaban jugando los partidos de la izquierda revisionista, reformista y pacífico-parlamentarista. Por lo que se refiere a su práctica, los activistas del MIL, a quienes muchas veces la prensa franquista llamó "gángsteres", "forajidos" y "atracadores", siguiendo su propia teorización acerca de la necesidad de las "expropiaciones" de capital y las "recuperaciones" de material "para apoyar la lucha de proletariado

contra la burguesía y el Estado capitalista", realizaron atracos a bancos y Cajas de Ahorro en el cinturón industrial de Barcelona, con el fin de proporcionar ayuda material a las huelgas y luchas obreras, algo que explicaban dejando octavillas en los lugares de sus acciones.

Su desgraciado final ha hecho que Salvador Puig Antich —alias "Gustavo", alias "El Metge"— pase a la historia como el más notorio militante del MIL y quede en la memoria como activista de un grupo libertario. Sin embargo, cuando Puig Antich fue herido y detenido, el MIL ya se había autodisuelto sin que llegara a dar pistas claras acerca de ese supuesto anarquismo (aunque no es menos cierto que no pocos de sus militantes acabarían más tarde en las filas de la CNT). Sus militantes continuaron activos hasta abril de 1974 a través de los llamados GAC, pero el MIL se autodisolvió en agosto de 1973, precisamente, poco antes de que la represión dirigida contra sus militantes se hiciera realmente efectiva. El 25 de septiembre de 1973 fueron detenidos tres de sus activistas principales, entre ellos Salvador Puig Antich, el cual no dudó en disparar para evitarlo. Se provocó un tiroteo entre él y la policía, en el transcurso del cual resultó herido de gravedad el propio activista y cayó mortalmente herido un joven subinspector de la Brigada Político Social, Francisco Anguas Barragán.

El teniente coronel Nemesio Álvarez, espoleado por su propio entusiasmo justiciero, por el afán de venganza de los compañeros del policía muerto, por la movilización del búnquer del régimen, y por el vocerío de Blas Piñar y de sus huestes ultraderechistas, instruyó un proceso sumarísimo que concluyó en el consejo de guerra celebrado entre el 7 y el 8 de enero de 1974, poco después de que el régimen

recibiera el peor golpe de toda su historia por razón del atentado que mató al presidente del gobierno, el almirante Carrero Blanco. En un contexto político muy entarecido, en el que el entramado del régimen vivía los cambios obligados por la muerte de Carrero con una sensación de agravio, inseguridad y división interna, Salvador Puig Antich fue sentenciado a dos penas de muerte, una por el asesinato del policía, y otra —la única que le fue conmutada— por atraco a mano armada. Franco no quiso ceder a las peticiones de clemencia que le fueron llegando, algo que sí hizo en esa misma tesitura al conmutar la pena de muerte de otro condenado, Antonio Franco Martín, un guardia civil que había matado a su capirán con el arma reglamentaria.

Puig Antich fue agarrado en el patio de la cárcel Modelo de Barcelona el 2 de marzo de 1974 a las 9:40 de la mañana. Tenía 26 años y sólo la presión familiar pudo evitar que fuera enterrado en una fosa común. Los discursos políticos que se elaboraron para mostrar la solidaridad con el condenado denotaban las contradicciones del momento, entre unos grupos de oposición que se mostraban divididos entre sí (para rechazar el supuesto ideario anarquista de Puig Antich) y unidos contra la violencia institucional de la dictadura, por lo que públicamente se referían a él como joven antifascista, o víctima y mártir del fascismo². En esta ocasión no hubo una gran campaña política que ayudara a evitar su ejecución, aparte de algunas acciones de grupos de apoyo y de los muchos esfuerzos que hicieron tanto su abogado Oriol Arau como su familia, sobre todo

² TAJUELO, T. (1977), *El MIL, Puig Antich y los GARI*, Ruedo Ibérico, París, pág. 99.

sus tres hermanas mayores, con las que pasó la última noche "en capilla", junto a su defensor y a un sacerdote amigo suyo que había sido su profesor, cuya presencia reclamó tras rechazar los servicios religiosos del capellán penitenciario.

Los comités de solidaridad se fueron creando poco a poco, primeramente en Francia, desde que en octubre de 1973 el fiscal presentó sus peticiones de pena de muerte, después en otras ciudades europeas, y por último en Barcelona, ya en noviembre de 1973. Las noticias sobre el consejo de guerra tuvieron cierta repercusión en Europa, y durante los meses de enero y febrero se realizaron algunas acciones de protesta. En Barcelona se celebró una manifestación el mismo día en que se conoció la sentencia. Con todo, lo que destaca de la práctica de aquellos grupos de apoyo es que primaron las acciones de calle y los enfrentamientos con la policía, al mismo tiempo que los GARI —amalgama de antiguos militantes del MIL, anarquistas como Octavio Alberola y jóvenes de distintos credos radicales— realizaban en Francia atentados y sabotajes, todo lo cual indicaba radicalidad y aislamiento. Fue después de que muriera agarrado cuando se activó en Barcelona la contestación unitaria de la oposición política y sindical, eso sí, consignándose muy poco seguimiento real en los actos que se convocaron; y la protesta universitaria, incluso con huelgas en algunas facultades de Cataluña, País Vasco y Madrid, además de acciones callejeras protagonizadas por grupos anarquistas y de izquierda radical. En Francia los actos de protesta empezaron en París y continuaron en Toulouse con la detención del tren París-Bou, y con manifestaciones a veces seguidas de lanzamientos de cócteles molotov contra bancos o consulados

españoles, en Perpignan, Lyon, Pau y otras capitales. En mayo de 1974 los GARI contestaron a la ejecución de Puig Antich con el secuestro del director del Banco de Bilbao en París. En su primer comunicado denunciaron la ineficacia de las protestas pacíficas contra el franquismo y defendieron la validez de la violencia revolucionaria para hacer frente a la violencia del Estado. A lo largo del verano del 74 realizaron atentados en serie por toda Europa, en Roma, Zúrich, Ginebra, Marsella y en algunas otras capitales francesas³.

En verdad, aquella radicalidad de los grupos que en Barcelona o en París juraban que algún día iban a vengar el "asesinato legal de Puig Antich", revolucionando a la sociedad y destruyendo al Estado capitalista, en mayor o en menor medida se correspondía bastante con el pensamiento y con el talante de quien había sido ejecutado. En cambio, Heinz Chez, el otro último reo que ha sido agarrado en España, no tuvo motivaciones políticas para cometer el delito que le costó la vida a manos de un verdugo español. No fue ejecutado por error sino para saciar el interés de las autoridades. Hasta el final toda su trayectoria fue una lamentable cadena de errores y fatalidades que incluso han trascendido su muerte durante décadas. Desde el principio, por una equivocación de la policía y de los periódicos de la época, aunque él dijo llamarse Kart-Heinz Ches (mintiendo para protegerse), se dio a conocer como Heinz Chez, un huérfano polaco sin oficio que andaba errante por España. Sin embargo, el libro del periodista Raúl M. Riebenbauer —*El silencio de Georg*, publicado en 2005—, ha demostrado que su verdadero nom-

³ TAJUELO, T. (1977). *El MIL, Puig Antich y los GARI*, Ruedo Ibérico, París, págs. 91-107

bre era Georg Michael Welzel y que había nacido en la RDA. No sólo no era huérfano sino que mantenía una relación sentimental y tenía tres hijos. Había nacido en 1944 y huido en tres ocasiones del país comunista, un delito que lo mantuvo en prisión buena parte de su juventud, hasta que un intercambio de prisioneros le permitió salir de la Alemania del Este y llegar a España.

Es difícil saber por qué el 19 de diciembre de 1972, cuando se encontraba charlando con una camarera holandesa en el bar del camping Cala d'Oques, en L'Hospitalet de l'Infant (Tarragona), disparó y mató al guardia civil Antonio Torralbo, el cual solía acudir diariamente a ese local. También fue acusado de intentar asesinar a otro guardia civil, de tal forma que fue sentenciado a pena de muerte el 6 de septiembre de 1973. Comoquiera que el tiempo de ratificación de la condena o de la posible conmutación tuvo que coincidir con el proceso seguido contra Puig Antich, todo lleva a pensar que la dictadura quiso utilizar ambas ejecuciones como un ejemplo de contundencia frente al crimen en general, para castigar por igual tanto al asesino de guardias civiles por motivos comunes como al asesino de policías por motivos de bandidaje y terrorismo. La policía franquista fue informada por la Interpol de la verdadera identidad del encausado, pero parece ser que al régimen no le interesaba cambiar el curso de las cosas. El proceso siguió su curso inexorable contra el polaco Heinz Chez. El consejo de ministros ratificó su sentencia y la de Puig Antich el jueves 28 de febrero de 1974. Al día siguiente Franco permaneció callado y el gobierno no informó hasta la noche de la confirmación de las sentencias, evitándose así más presión.

Chez iba a cumplir pronto los treinta años cuando le llegó su última noche. Permaneció tranquilo "en capilla", habló con su abogado, regaló sus pobres pertenencias a un preso portugués, y jugó al parchís con los funcionarios, con el cura y con un pastor evangélico que las autoridades decidieron mandarle pensando que quizás fuera protestante. Tampoco entonces desveló su verdadera identidad. Al igual que estaba ocurriendo ese mismo día en la Modelo de Barcelona con Puig Antich, a eso de las 9 de la mañana, Chez fue agarrado. En esta ocasión le tocó hacerlo al verdugo de la Audiencia de Sevilla, quien se comportó de forma torpe y cruel pues no había ejecutado nunca a nadie. Chez hubo de sufrir mucho a manos de aquel ejecutor inexperto y ante los ojos horrorizados de los cinco testigos oficiales que la ley mandaba llevar hasta el lugar de la ejecución, en la prisión de Tarragona, de donde salió cadáver en un ataúd de pino y dentro de la furgoneta de una frutería. Ni pompa, ni solemnidad, ni dignidad. Fue enterrado en una fosa común del cementerio de Tarragona. Treinta años más tarde sus hermanos colocaron en ese mismo camposanto una cruz con los datos verdaderos de uno de los dos últimos agarrados en España: "Georg M. Welzel, 11-4-1944/2-3-1974".

El impacto político de los agarramientos de Salvador Puig Antich y de Heinz Chez (o Ches, o mejor dicho Welzel) fue muy distinto en un caso y en otro. Entonces y después. Sus ecos siguieron resonando de forma muy diferente varias décadas más tarde. El primero, militante de grupos ultraizquierdistas anticapitalistas que preconizaban el terrorismo revolucionario para apoyar las luchas del movimiento obrero, ha sido polémicamente recuperado para la me-

moria política del antifranquismo como joven militante del movimiento libertario catalán. El segundo, utilizado por el régimen para acompañar la decisión de ajusticiar al primero y escarmentar a los partidarios de la lucha armada, ha quedado en un segundo plano y entre la confusión de sus nombres. Para muchos, Chez era un apátrida, un errante abandonado de todo y por todos que pasó su última noche jugando al parchís. Era muy sospechoso que el régimen ocultara su identidad y actuara con tanto secretismo (de hecho, su madre, Ursula Ches, no se enteró de nada hasta que, alarmada porque había dejado de recibir cartas de su hijo, en 1975 supo que un tal Heinz Chez, que había muerto en Tarragona, podría ser su hijo Georg Welzel). Ya entonces algunas voces hablaron de montaje, y todavía en 1977, cuando con la obra teatral "La torna" los componentes de Els Joglars criticaron mordazmente los acontecimientos que llevaron a Chez al garrote, la jurisdicción militar se atrevió a incoar un proceso contra Albert Boadella.

Pero, sin duda, fue la vileza que simbólicamente se asociaba a la vieja tecnología elegida para la ocasión, lo que añadió todavía más conmoción a la poca gente que en 1974 se movilizó sin éxito para intentar evitar la ejecución de los condenados. El cruel método con el que fueron ejecutados aquellos dos muchachos sigue provocando espanto y emoción décadas después, cada vez que se recrea en libros como *Cuenta atrás: la historia de Salvador Puig Antich*, escrito por Francesc Escribano, o en películas como *Salvador*, dirigida por Manuel Huerga. Muchos años más tarde las hermanas de Puig Antich solicitaron la revisión de un proceso más que sospechoso de haber sido manipulado para provocar la condena a pena de muerte,

pues, entre otras denuncias de irregularidades nunca bien atendidas ni aclaradas del todo, la autopsia podría haber demostrado que el policía pudo morir a consecuencia de los disparos de sus propios compañeros.

El Tribunal Supremo se negó a aceptar el recurso de revisión. Lógicamente, la sentencia que llevó a la muerte al activista del MIL también ha sido formalmente deslegitimada por la Ley de la Memoria Histórica que, tras una larga y polémica tramitación, finalmente fue acordada e impulsada en 2007 por el PSOE e IU y terminó siendo apoyada por la mayor parte de grupos parlamentarios, excepto el PP y ERC. No obstante, aunque declara que las sentencias de los tribunales militares y especiales ya no tienen "validez jurídica", la ley no regula expresamente su "nulidad jurídica", lo cual hubiera respondido satisfactoriamente a los familiares que, como las hermanas de Salvador Puig Antich, han presentado recursos de revisión.

2. Los últimos fusilamientos y las últimas amenazas de la pena capital

Al asesinato del presidente Carrero Blanco, ocurrido el 20 de diciembre de 1973, siguió una época de gran conflictividad social y una viva actividad política de la oposición antifranquista, en medio de una intensa actividad huelguística. ETA había ganado un gran protagonismo y un indudable prestigio en la sociedad vasca y en los entornos políticos de la oposición antifranquista española. La "operación Ogro" había marcado la pauta histórica de la España de Franco, cuya salud daba ya claras señales de alarma a los sostenedores del régimen dictatorial.

La multiplicación de la actividad armada del independentismo vasco —con un muerto en 1972 y seis en 1973—, adquiría proporciones insólitas con los doce muertos y los ochenta heridos que provocó la acción terrorista del 13 de septiembre de 1974, realizada en un establecimiento muy frecuentado por policías, la cafetería *Rolando*, en la calle del Correo de Madrid. A la escalada violenta de ETA había que añadir el activismo del grupo de extrema izquierda Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP), la facción armada del PCE (m-l), el cual tuvo su bautismo de fuego cuando en mayo de 1973 reivindicó el ajusticiamiento de un subinspector de policía que murió en el transcurso de un enfrentamiento entre policías y manifestantes. Entre enero de 1974 y julio de 1975 hubo más de doscientos actos violentos, y en los primeros seis meses de 1975 murieron once miembros de las fuerzas del orden público a manos de ETA y el FRAP. La amenaza, pues, era cierta; y a ella contestó el régimen con miles de detenciones, en muchos casos acompañadas de maltratos y torturas.

Cuando comenzaba 1975, sin que entonces nadie pudiera saber que ése iba a ser el último año de la vida del ya viejo dictador, el gobierno supuestamente aperturista que presidía Carlos Arias Navarro anunció medidas drásticas contra los grupos que practicaban la subversión y la sedición. Los investigadores sobre el franquismo han destacado el carácter entre caótico y contradictorio de algunas decisiones de última hora. Cuando la conflictividad social y política se agudizaba, sobre todo en Euskadi, y en medio de increíbles proyectos que supuestamente pretendían aumentar la participación del pueblo en la vida política, el gobierno optó por el camino de la

represión con durísimas medidas excepcionales y de emergencia: declaró el estado de excepción en Guipúzcoa y Vizcaya el 25 de abril, cuando con más fuerza resonaba el eco cercano de la Revolución de los Claveles en Portugal; y aprobó un Decreto-Ley el 27 de agosto, el cual, para asombro de muchos, venía a reactivar toda la legislación represiva que en realidad había permanecido vigente desde la Guerra Civil en materia de ilegalización (y castigo) de aquellas organizaciones políticas cuyas ideologías promovieran la violencia, la rebelión y el terrorismo. En esas fechas Euskadi entera hervía a pesar del estado de excepción. Con la amenaza de ser condenados a pena de muerte, dos miembros de ETA fueron acusados de ser los supuestos asesinos del guardia civil Gregorio Posadas, con fama de torturador en los entornos de la oposición política. Los apellidos de los dos vascos se hicieron famosos. Aparecieron miles de veces nombrados y pintados por toda la geografía vasca. Eran José Antonio Garmendia y José Ángel Otaegui. "Garmendia y Otaegui". Otaegui estaba gravemente herido desde que fue detenido a tiros por la Guardia Civil. Según sus abogados, una bala que atravesó sus parietales de parte a parte le había dejado mentalmente incapacitado, lo que añadía dramatismo al proceso judicial y llegó a motivar un examen médico por parte de la Cruz Roja internacional, interesada por garantizar su suerte judicial como detenido convaleciente.

Había más procesos judiciales abiertos contra activistas vascos, entre ellos la escritora Eva Forest (la esposa del dramaturgo Alfonso Sastre), Antonio Durán y María Luz Fernández por el atentado de la calle Correo de Madrid. Pero la amenaza de la pena de muerte que se cernía sobre la suerte de Garmendia y Otaegui galvanizaba

todas las iniciativas. Se aprovechó todo. Cualquier evento era importante para hacer repicar la campana que por toda Euskadi pedía movilizarse con el propósito de evitar que Garmendia y Otaegui fueran agarrotados, pues en principio era eso lo que se temía: que fueran ejecutados mediante garrote. Sin duda, el agarrotamiento de Puig Antich un año antes estaba muy presente en la memoria de los militantes de ETA y en la de todos los luchadores antifranquistas. Eso denotaban los mensajes antirrepresivos del verano del 75. Por ejemplo, el 24 de julio, en la clausura del Festival de Jazz de San Sebastián, las "plataformas antirrepresivas" repartieron una hojas escritas en castellano y en euskera con un mensaje que, además de ser radical en el plano político —contra la "dictadura asesina" de Franco—, recordaba que la lucha había sido eficaz en otras ocasiones (por ejemplo cuando el proceso de Burgos, en el caso Sarasketa, etcétera). Si la protesta podía librar a los represaliados de la pena de muerte, el pueblo debía movilizarse urgentemente para "salvar" a Garmendia y Otaegui, más aún cuando el abogado Juan Mari Bandrés anunció que previsiblemente los consejos de guerra se celebrarían a finales de agosto. En otros lugares también se lanzaron mensajes semejantes. En Madrid y en otras ciudades, con el dramatismo de la iconografía del "garrote vil", se lanzaron al aire miles de octavillas ilegales. En Vallecas, Carabanchel, Moratalaz y Aranjuez se organizaron "coordinadoras populares" con el propósito de ayudar a "salvar a Garmendia y Otaegui"⁴. Más allá del activismo abertzale y radical, la

⁴ CELHAY, P. (1976), *Consejos de guerra en España. Fascismo contra Euskadi*, Ruedo Ibérico, París, págs. 58-59.

posible ejecución de los dos miembros de ETA sacudió la conciencia de toda la oposición democrática.

Si con tiros, infiltrados, torturas y peticiones fiscales de la máxima pena, la actuación del Estado contra ETA parecía ser implacable, el mensaje que se estaba dando con el Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto de 1975 no dejaba lugar a dudas. So pretexto de combatir los actos terroristas de signo separatista y marxista, también se amenazaba con reprimir duramente cualquier muestra de actividad política opositora, desde promover plataformas democráticas hasta repartir octavillas y enfrentarse a la policía que acudía a disolver una concentración. Al mismo tiempo, quedaba establecido el procedimiento de urgencia en la jurisdicción ordinaria y el sumarísimo en la jurisdicción militar. Aquello sonaba muy regresivo. Incluso altisonante para los tiempos que corrían, casi cuarenta años después del 18 de julio de 1936. Después de la entrada en vigor del que iba a ser conocido como decreto anti-terrorista, se convocó el consejo de guerra. De esa manera todo quedó previsto para el 28 de agosto, incluyendo la llamada a una huelga general en toda Euskadi. Con la medida excepcional del Decreto-Ley se agravaban las penas que estaban señaladas en el Código de Justicia Militar, concretamente, porque venía a imponer el grado máximo de penas (y en la práctica la pena de muerte) contra los condenados por atentados con resultado de muerte perpetrados contra autoridades, miembros de las Fuerzas Armadas y agentes de la Fuerzas de Orden Público. Además, la medida antiterrorista promovía los procedimientos rápidos, en el caso de la jurisdicción ordinaria especial —es decir, la del TOP— forzando a tramitar esos asuntos con carácter urgente, y cuando los

casos competían a la jurisdicción militar, obligando a convertir los sumarios militares ordinarios en procedimientos sumarísimos. La medida no estaba pensada en exclusiva para luchar contra el terrorismo, también endurecía las penas previstas para castigar la actividad clandestina de las asociaciones políticas ilegales.

Desde que se supo la noticia del señalamiento del juicio, el 23 de agosto, se sucedieron las manifestaciones, las huelgas de hambre de los presos políticos, etcétera. Desde el 29 de agosto hubo protestas y acciones de sabotaje en Bruselas, París, Colonia, Berlín, Estocolmo, Ginebra, Lisboa... En el Parlamento europeo protestó el grupo socialista y, en fin, se fueron sucediendo las muestras de repulsa internacional por el consejo de guerra. Hasta el 3 de septiembre fue en aumento la protesta laboral en el País Vasco y con ella las acciones callejeras y la represión policial. Al mismo tiempo también aumentaron las detenciones de miembros de ETA y con ellas la apertura de nuevos procedimientos. Mientras se procesaba a los miembros de ETA, también fueron detenidos algunos militantes del FRAP acusados de haber atentado contra militares que trabajaban como agentes de seguridad.

Dicho y hecho. El desafío del régimen hacia la oposición armada era firme y decidido. En seguida se supo que habría más consejos de guerra, contra varios miembros del FRAP, y contra el militante de ETA Juan Paredes Manot, alias "Txiki". Según la policía, este último fue detenido el 30 de julio de 1975 en la ciudad condal junto a Pedro Ignacio Pérez Beotegui ("Wilson"), en el transcurso de un enfrentamiento armado que hirió gravemente a dos agentes y a Wilson. En aquellas fechas las tácticas de infiltración policial en ETA estaban

dando sus frutos en Barcelona, Galicia y Madrid. La reafirmación de su poder frente a la oposición armada se convertía en un aviso muy serio. El franquismo afrontaba los consejos de guerra y las previsibles penas de muerte como una prueba de fuerza. Por eso tampoco escatimó esfuerzos en las labores de propaganda, o mejor dicho, en las técnicas de contra-propaganda. Bilbao y San Sebastián amanecieron el 28 de agosto llenos de pintadas contrarias a ETA y a favor del ejército español y del régimen de Franco. La prensa ultraderechista tampoco ahorra tinta para exigir a Carlos Arias Navarro (cabeza de un gobierno al que descalificaban por timorato), que castigara duramente a los terroristas vascos, a los que relacionaban con las estrategias y los apoyos de los comunistas españoles y extranjeros.

Muy poco antes de que muriera el dictador su gobierno estaba actuando con insólita dureza. Aunque el búnquer y los exigentes ultraderechistas no estuvieran satisfechos, era chocante comprobar que Arias Navarro reprimía más que Carrero Blanco. Por fatuo que pudiera parecer "el espíritu del 12 de febrero", el viraje represivo chirriaba con el discurso aperturista de Arias en materia de asociacionismo, aunque se presentara bien envuelto de justificacionismo antiterrorista. Sin duda, en el clima convulso de aquellos tiempos, contradicciones de ese tipo, e incluso el descontento de algunos militares, expresaban y a la vez azuzaban las fricciones en el seno del propio régimen y entre sus élites, y favorecían el distanciamiento de algunas personalidades y de sectores más moderados y reformistas, tal y como se ha discutido en algunos congresos u otros eventos historiográficos y ya han analizado, con muchos matices, especialistas como Javier Tusell, Juan Pablo Fusi, Pere Ysàs, Álvaro Soto

Carmona, Alfredo Grimaldos o Alberto Sabio y Nicolás Sartorius entre otros muchos.

El decreto aprobado en agosto con la expresa intención de dotar al Estado de instrumentos de castigo preventivo del terrorismo, sustentaba una estrategia represiva que pretendía llegar hasta donde fuera necesario en el castigo ejemplarizante de los activistas que inmediatamente iban a ser juzgados en Burgos (los de ETA), después en Madrid (los del FRAP) y muy pronto también en Barcelona (el otro miembro de ETA). Debido a ese afán por ofrecer resultados antiterroristas en dos de los frentes ideológicos que más podía odiar el régimen franquista —el separatismo de ETA y el marxismo del FRAP—, se provocó una cierta congestión en la política de apertura de consejos de guerra, y al mismo tiempo se facilitó una herramienta de aceleración para que la justicia militar resolviera rápidamente la situación dictando algunas penas de muerte ejemplarizantes. Desde meses atrás se sabía que a los dos procedimientos que ya tenían peticiones de pena de muerte (el de Garmendia y Otaegui) había que añadir otros que al menos de momento no contaban con petición fiscal de pena de muerte, como el que se seguía contra los acusados por el asesinato del presidente Carrero Blanco y por el atentado de la calle Correo. Pero a esos sumarios militares habría que añadir inmediatamente algunos procedimientos sumarísimos que sobrevinieron después de las detenciones de activistas del FRAP y de ETA acaecidas en julio y agosto. Sobrevivieron porque el célebre Decreto-Ley aprobado a finales de agosto permitía la aplicación de esas medidas excepcionales con carácter retroactivo. Ésa era la herramienta.

La celeridad, la contundencia y la retroactividad que impulsaba el decreto antiterrorista se explican por el deseo del régimen de añadir más castigos ejemplarizantes a los que ya tenía en curso. El gobierno Arias no quería que en esta ocasión la pena de muerte fuera un hecho demasiado puntual y aislado en la maraña normativa. Quería que el máximo castigo se convirtiera en un mensaje político nítido y contundente. El Decreto antiterrorista aprobado en agosto venía a decir que en España matar a las autoridades y a los agentes armados se castigaba con la muerte, por lo que estrechaba el margen penal que los tribunales militares tenían a la hora de decidir si sentenciaban a 30 años de reclusión o a pena de muerte. El régimen necesita contestar a ETA y apereibir a toda la oposición con respuestas claras, envolventes y sistemáticas. La excepcionalidad volvía a ser la norma de la España de Franco. Ése parecía ser su norte en aquellos momentos, a pesar de que también le sobrevinieran dudas, fricciones e improvisaciones al calor de la presión internacional que desencadenó su propia política represiva.

Se abrió un sumario militar ordinario contra Manuel Blanco Chivite, Pablo Mayoral, Vladimiro Fernández, José Humberto Francisco Baena y Fernando Sierra, cinco jóvenes militantes del FRAP que, tras ser detenidos a finales de julio, fueron acusados de haber matado a un policía. Un mes más tarde, en medio del impacto por las penas de muerte contra Garmendia y Otaegui, se pudo saber que el fiscal solicitaba para ellos la pena de muerte. La fecha no se supo hasta el día anterior. El consejo de guerra se celebró en Madrid, en el acuartelamiento de El Goloso (en la carretera de Colmenar Viejo), entre el 11 y el 12 de septiembre. En esa ocasión el tribunal

dictó tres penas de muerte, contra Manuel Antonio Blanco Chivite, Vladimiro Fernández y José Humberto Francisco Baena. En un ambiente de protesta que crecía en el País Vasco (donde también se protestaba por el consejo de guerra contra el FRAP), el régimen intentaba sacar provecho de la mezcla de aceleración y secretismo, pues se sabía observado por la prensa extranjera y por organismos como la Federación Internacional de los Derechos del Hombre. De hecho, a ese juicio pudo acceder Christian Grober, abogado del Colegio de Ginebra y Zúrich, el cual informó después para denunciar las condiciones deplorables que presentaban los presos después de su cautiverio, el carácter de "simulacro" que había tenido el consejo de guerra, y, en definitiva, "el procedimiento de tipo inquisitorial" que se había llevado a cabo contra aquellos cinco militantes del FRAP: "el asunto está juzgado de antemano y el acusado está ya de hecho condenado". Mientras que el fiscal pudo leer todos los papeles del sumario, los abogados defensores apenas habían tenido tiempo para hojearlos y conocerlos⁵.

Aún quedaban más procesos que resolver, sumarios militares ordinarios que iban a convertirse en procedimientos sumarísimos con carácter retroactivo. Días más tarde, el 17 de septiembre, también en El Goloso y de una manera todavía más apresurada, después de que en la víspera el fiscal hubiera solicitado cinco penas de muerte contra otros tantos militantes del FRAP, se celebró un consejo de guerra que acordó ratificar prácticamente en su integridad la peti-

⁵ CELHAY, P. (1976). *Consejos de guerra en España. Feticismo contra Euzkadi*, Ruedo Ibérico, París, págs. 326-252.

ción de la acusación. María Jesús Dasca, Concepción Tristán, José Luis Sánchez Bravo, Manuel Cañaveras, Ramón García Sanz y José Fonfría (a quien se sentenció a 20 años de reclusión) se sentaron en el banquillo acusados de haber dado muerte a tiros, el 16 de agosto de 1975, al teniente de la Guardia Civil Antonio Pose. El proceso empezó como sumario militar ordinario 310/75, pero el 16 de septiembre se convirtió en sumarísimo militar nº 1/75. Una vez más, con el Decreto del 26 de agosto se justificaba la escalada punitiva y su significativa rapidez además de la impostura de la retroactividad procedimental. En esa ocasión se impuso todavía más la política de secretismo y aceleración, hasta el punto de que el tribunal contestó de forma expeditiva a las protestas de los abogados defensores (entre ellos, Francisca Sauquillo), con el relevo de sus funciones, ordenando que fueran sustituidos por los defensores militares de oficio, los cuales, por cierto, también protestaron por no haber tenido tiempo suficiente para conocer el sumario. Esto último puede ser una señal más del descontento que, según recordaba el general Gutiérrez Mellado, se vivió ese año en algunos entornos militares por su obligada participación en la estrategia represiva del gobierno Arias.

El 18 de septiembre, en vísperas de la reunión del consejo de ministros, crecía la expectación pues se pensaba que quizás fuera el día decisivo. Las muestras de rechazo internacional se sucedían por doquier, desde las calles hasta los despachos del Consejo de Europa, la CEE y la ONU, pasando por las directivas de los principales sindicatos ingleses y franceses y por un buen elenco de personalidades del mundo del cine que habían sido convocados al Festival de San Sebastián. En el contexto de las protestas también hubo algunos

boicots, sabotajes e incluso atentados contra intereses españoles en el extranjero. Y muchas manifestaciones. El 20 de septiembre se concentraron alrededor de 50.000 en París. En Madrid fueron detenidos Ives Montand, Régis Debray, Costa Gavras, Ives Livi, Andre Jean Marie Laudouze, Claude Mauriac, Jean Lacouture y Michel Foucault, siete destacados intelectuales franceses que se habían decidido por la protesta física como medida de presión. Fueron expatriados mientras arremedaba el vocerío del búnquer y la prensa franquista los insultaba llamándoles "los siete mercenarios"⁶. De todas partes llegaban peticiones de clemencia, algunas de personalidades de primer orden, desde la reina de Inglaterra al primer mandatario soviético Leónidas Breznev. Pero todavía añadió más dramatismo a la campaña de solidaridad con los condenados los vanos intentos de Pablo VI por arrancar de Franco un último gesto de generosidad.

Se sabía que todo podía ir tremendamente rápido, sólo con la aprobación final del Capitán General de cada región, para los últimos cinco condenados del FRAP que habían sido juzgados por procedimiento sumarísimo. En cambio, se esperaba tener más tiempo para los condenados de los dos primeros consejos de guerra, porque habían resultado de un sumario militar ordinario y debían ser nuevamente vistos en el Consejo Supremo de Justicia Militar. Pero el propio Código de Justicia Militar permitía que dicho trámite se solventara con rapidez y secretismo, sin que tuvieran que estar presen-

⁶ DOMÍNGUEZ RAMA, A. (2005). "Vous qui pour la liberté allez demain mourir... 27 de septembre de 1975. El eco internacional de los últimos fusilamientos de la dictadura": Quirós-Cheyrouze, R. (dir.), *Actas del II Congreso Internacional "Historia de la Transición en España. Los inicios del proceso democratizador"* (Almería, 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2005).

tes los abogados. Y, además, el régimen todavía se reservaba una última vuelta de tuerca. De una manera igualmente precipitada, Juan Paredes Manot (Txiki), el militante de ETA detenido en Barcelona, fue juzgado y condenado a muerte el 19 de ese mismo mes. El sumario militar ordinario 141/75 se convirtió en sumarísimo 100/75. Se le acusaba de formar parte del comando de ETA que el 6 de junio de 1975 atracó una sucursal del Banco de Santander en Barcelona y disparó contra la policía hasta ocasionar la muerte del cabo primero Ovidio Díaz. La pequeña figura de Txiki quedaría agigantada en el imaginario abertzale tanto por su fusilamiento como por la actitud beligerante que mostró frente al tribunal militar: aceptó con orgullo ser miembro de ETA, rechazó la acusación que se le hacía y gritó "¡Gora Euskadi!" después de proclamar que aquél era un juicio contra el pueblo vasco y contra todos los pueblos del Estado español⁷.

El balance de los cuatro consejos de guerra (dos contra ETA, en Burgos y Barcelona, y otros dos contra el FRAP, en Madrid), que habían tenido lugar entre el 28 de agosto y el 19 de septiembre, ofrecía un total de 13 peticiones fiscales de pena de muerte (tres contra ETA y 9 contra el FRAP), de las cuales, los tribunales militares aceptaron 11 (dos contra militantes de ETA y ocho contra militantes del FRAP, incluyendo a dos mujeres que al parecer estaban embarazadas). El próximo consejo de ministros se celebraría el 26 de septiembre. La incertidumbre, el miedo y la rabia crecían a la par, en medio de un estruendoso ambiente de protesta que llegó a ser

⁷ CELHAY, P. (1976), *Consejos de guerra en España. Fascismo contra Euskadi*, Ruedo Ibérico, París, pág. 278.

prácticamente general en el País Vasco y en Navarra, mientras que la indignación crecía a nivel internacional de una forma todavía más clamorosa que en 1970, con motivo del proceso de Burgos.

De esa forma irremediable corrió el tiempo para los condenados, hasta que en la tarde del viernes 26 de septiembre, al terminar el consejo de ministros en el palacio de El Pardo, se empezó a saber que eran cinco las penas de muerte finalmente ratificadas. Al parecer fue el propio Franco el que impuso la decisión. A pesar de que todas las señales de alarma indicaban que las ejecuciones podían provocar un grave incidente diplomático, y a pesar de algunas preocupaciones que sin duda sobrevolaron en la reunión del gobierno, todos los ministros dieron su anuencia al "enterado" del dictador. La incertidumbre sobre los nombres se despejó cuando caía la noche, conforme fueron llegando a las cárceles las notificaciones de los juzgados militares y los presos fueron puestos "en capilla": a la de Carabanchel, donde se encontraban los del FRAP, y a las de Burgos y Barcelona, donde estaban los de ETA. En aquella noche de acompañamientos de familiares, últimas cartas, algunas canciones y muchas desesperanzas, los presos todavía dudaban acerca del método de ajusticiamiento que iban a tener que soportar. Al parecer les horripilaba especialmente pensar que podían ser agarrotados. El 27 de septiembre, entre las 9:10 y las 10:15 de la mañana, en un campo de tiro de Hoyo de Manzanares, fueron fusilados los tres militantes del FRAP Ramón García Sanz, Humberto Baena y José Luis Sánchez Bravo. En Burgos, ese mismo día pero algo más temprano, sobre las 8:30, fue ejecutado el miembro de ETA, Ángel Otaegui, por un pelotón de fusilamiento compuesto por voluntarios de la Policía

Armada; y poco más o menos a la misma hora, en el cementerio de Cerdanyola, también fue fusilado por guardias civiles voluntarios el otro militante de ETA, Juan Paredes Manot (Txiki).

Por tercera vez en aquel septiembre de 1975 se convocó una huelga general en el País Vasco. Miles de personas se manifestaron entre el 27 y el 30. Los funerales de Txiki y Otaegui fueron multitudinarios. Los gobiernos de Gran Bretaña, Irlanda, Francia, Italia, Bélgica, Alemania, Suecia, Austria y algunos otros llamaron a consultas a sus embajadores en la capital de España, hasta un total de diecisiete. En algunos países la frustración y la sensación de impotencia se expresaron de forma violenta. Ese mismo día la embajada de Lisboa fue incendiada y los funcionarios tuvieron que ser evacuados y repatriados, uno de los acontecimientos que más utilizó el propio régimen para descalificar las protestas como insidiosas campañas de los enemigos de España. También hubo manifestaciones masivas en capitales como Roma (con unos 150.000 congregados), París (con unas 300.000 personas), Ginebra, Londres, Estocolmo, Atenas, Utrecht, Viena, Oslo, Basilea, Estrasburgo, Budapest, Varsovia y un largo etcétera⁸. Se convocaron minutos de silencio y paros laborales por doquier. Se publicaron miles de comunicados, se hicieron llamadas al boicot y se realizaron gestos de todo tipo para hacer valer la repulsa internacional que habían provocado los fusilamientos. El presidente de México Luis Echevarría pidió en la ONU

⁸ DOMÍNGUEZ RAMA, A. (2005), "Vous qui pour la liberté allez demain mourir... 27 de septiembre de 1975. El eco internacional de los últimos fusilamientos de la dictadura": Quirós-Cheyrouze, R. (dir.), *Actas del II Congreso Internacional "Historia de la Transición en España. Los inicios del proceso democratizador"* (Almería, 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2005).

la expulsión de España y decretó una especie de bloqueo aéreo. La desazón y la tristeza dieron paso a la rabia y hasta a la violencia en los ambientes antifranquistas de medio mundo.

El régimen contestó calentando el sentimiento nacionalista de los españoles frente a las injerencias de los países extranjeros. Como ya hiciera otras veces en las que se sintió acosado por el repudio internacional, el viejo dictador volvería a la Plaza de Oriente y se dejaría jalea por sus incondicionales. Lo hizo el "1º de octubre" de 1975 para denunciar que la campaña desatada dentro y fuera de España obedecía "a una conspiración masónica-izquierdista de la clase política, en contubernio con la subversión comunista-terrorista en lo social, que si a nosotros nos honra a ellos les envilece". La voz casi inaudible de un Caudillo visiblemente avejentado y decrepito, fue aplaudida por miles de franquistas que gritaban o levantaban pancartas con lemas encendidos: "ETA al paredón", "Muerte al FRAP", "Venganza", "Muerte al comunismo" y "No queremos apertura, solamente mano dura". Los congregados mostraban con entusiasmo su agradecimiento por las cinco ejecuciones. Pero ETA no se dejó amilanar por la pena de muerte y ese mismo día atentó mortalmente contra la policía en Madrid. Aquella fue la última aparición pública de Franco. Y aquéllos fueron sus últimos fusilamientos. No obstante, durante aquellos largos meses del otoño de 1975 en los que el dictador sufría su lenta y dolorosa agonía, aún podían haberse abierto nuevos procesos sumarísimos contra varias decenas de acusados que podían haber recibido peticiones fiscales de pena de muerte.

Murió Franco y políticamente también murió el gobierno Arias. En febrero de 1976 Adolfo Suárez cambió la política y la normati-

va antiterrorista con otro Decreto-Ley. Sin embargo, en lo esencial continuaba incólume el basamento legal que posibilitaba la aplicación de la pena de muerte. No es de extrañar que durante el año 1976 e incluso hasta 1977 continuara proyectando su amenazante virtualidad, al menos entre quienes practicaban o promovían la lucha armada como estrategia de subversión e insurgencia revolucionaria. Persistía el poder extenso de la jurisdicción militar y con él la violencia simbólica de la amenaza de la pena de muerte. Cuando el franquismo llegaba a su fin y empezaba el proceso de transición a la democracia, las competencias de la justicia militar española no tenían parangón con la de ningún otro país occidental. Conservaba algunas viejas atribuciones, muy anteriores al período franquista, lo que le permitía actuar contra militares, contra todo tipo de personal que trabajara en obras y en empresas militarizadas, y contra aquellos paisanos que hubieran sido militarizados por disposición del gobierno. Pero, además, la jurisdicción militar podía juzgar cualquier delito no militar que fuera cometido por civiles si sus conductas o palabras suponían un ultraje, un insulto o un menosprecio grave de la nación, la bandera, el himno o los emblemas militares; o si la actuación de los paisanos afectaba a la propiedad para allegar fondos en beneficio de organizaciones que quebrantaran la unidad de España o el orden institucional. Para castigar todos esos delitos se podían abrir procedimientos sumarios o sumarísimos (mucho más abreviados y con menos garantías).

Los consejos de guerra podían dictar penas de todo tipo, normalmente de prisión, en el caso de atentados contra las personas o contra la paz pública. Pero asimismo podía echar mano del Código de

Justicia Militar de 1945 que estaba plenamente vigente para castigar con la máxima pena a los integrantes de organizaciones que atentaran contra la unidad de la patria y el orden institucional provocando explosiones, incendios y perturbación de comunicaciones, o pretendiendo conseguir fondos mediante robos y secuestros de personas con resultado de muerte, mutilación o lesiones graves (artículos 294 bis b y c). E igualmente podían utilizar el artículo 260 del Código Penal ordinario para castigar con "pena de treinta años de reclusión a muerte" los atentados contra la seguridad del Estado, la integridad nacional, el orden institucional o el orden público; así como el uso de explosivos o armas u otros medios que provocaran graves daños o accidentes ferroviarios con el "propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas y represalias, de carácter social o político" (una puntualización antiterrorista que quedaba aclarada en el artículo 261).

Pese a que los fundamentos de derecho eran tan variados y complejos, aquellos tribunales militares estaban compuestos íntegramente por militares, todos ellos sometidos a la máxima autoridad del Capitán general de la región militar u otra autoridad militar análoga. Sólo a veces, y porque la máxima autoridad discrepaba con la sentencia, el asunto podía llegar al Consejo Supremo de Justicia Militar, igualmente compuesto exclusivamente por militares. En el sumario militar ordinario el defensor tenía hasta cinco días para estudiar el sumario y presentar sus alegaciones. En cambio, cuando el procedimiento era sumarísimo ese plazo se podía reducir a cuatro horas y, además, no cabía recurso alguno contra las decisiones de la autoridad superior, por ejemplo, cuando rechazaba las pruebas propuestas por

el defensor del acusado. El procesado debía estar todo el tiempo en prisión preventiva. La práctica permitía deducir que el consejo de guerra solía realizarse en una sola sesión celebrada a puerta cerrada, y que al concluir, tras una reunión secreta de los miembros del tribunal, se daba a conocer la sentencia de inmediato. Todo parecía medido. Sin embargo, tal y como se había demostrado con los diferentes ritmos utilizados en casos como los procedimientos sumarísimos seguidos contra Grima, Delgado-Granados y Sarasketa, o en el proceso de Burgos, la normativa, con sus amplios márgenes y sus muchos vericuetos, posibilitaba la más absoluta arbitrariedad, lo que retrataba de cuerpo entero al poder dictatorial que la usaba en función de sus intereses políticos. Los tiempos podían ser alterados a conveniencia de la autoridad militar. Un procedimiento militar podía estar siendo tramitado secretamente durante meses y años, o terminarse en el plazo mínimo de unas cuantas horas por el sistema sumarísimo, aunque lo que estuviera en juego fuera la vida del acusado.

Así de intacta había llegado la jurisdicción militar al tardofranquismo, y con ese mismo poder formal llegaba al período democrático. Junto a ella, la pena de muerte, en la práctica tan adherida a la justicia militar, seguía proyectando su impactante mensaje. Sin olvidar, como ya se ha dicho, que además del código militar, el ordinario (reformado en 1973) seguía contemplando la máxima pena en su articulado, lo que permitirá que todavía en octubre de 1977 se dicten en Barcelona dos penas muerte contra José Luis Cerveto, el célebre "asesino de Pedralbes", hallado culpable del robo y doble homicidio de sus empleadores en 1974. Esas dos sentencias de muerte que había acordado la jurisdicción ordinaria cuando se contaba con

un primer gobierno democrático y se caminaba hacia la abolición constitucional de la pena de muerte, aunque ya entonces pudieran parecer regresivas y extemporáneas, fueron confirmadas por el Tribunal Supremo y tuvieron que ser conmutadas por otras dos de treinta años de cárcel, aprovechando la promulgación del Decreto de Indulto de noviembre de 1975. Curiosamente, el propio Cerveto, cuya atormentada y desquiciada personalidad fue llevada al cine por Gonzalo Herralde, exigió vehementemente ser ejecutado para que con la muerte purgara sus culpas y la sociedad se evitara daños mayores. Nadie le hizo caso. Nadie podía haber tomado en serio al condenado. Además de un imposible jurídico y de un despropósito acaso dramatizado por afán de notoriedad, o por simple desvarío, lo que pedía Cerveto iba en contra del devenir de los tiempos. Aunque no llegara a concretarse en la práctica jurídica, en mayo de 1978 el Boletín Oficial de las Cortes publicó un Proyecto de Ley sobre Abolición de la Pena de Muerte en el Código Penal, con el cual se hubiera sustituido cualquier aplicación de la pena de muerte por una pena de reclusión.

Ahora sí. Entre 1977 y 1978 la pena de muerte había dejado de ser una amenaza operativa. Aunque lamentablemente iba a continuar inserta en el articulado del Código de Justicia Militar con el refrendo de la propia Constitución, la nueva cultura política que se había creado al socaire de la reforma política y de la estructuración del sistema democrático, si bien todavía no situaba a España con todas las credenciales en el listado de países abolicionistas, convertía a la pena de muerte en un inoperante residuo del pasado. Sólo podría reaparecer en "tiempo de guerra", pero la guerra, la experiencia del

pasado que no se quería revivir ni en la memoria, a la gran mayoría se le antojaba un futuro inimaginable.

Al fin llegaba la pena de muerte al último episodio de su larga trayectoria. Quedaba el recuerdo de su presencia reciente. Pero hasta el patetismo que solía acompañarla ya no sonaba como siempre. Curiosamente, cuando esta atormentada historia del castigo moderno llegaba a su final, la más vehemente justificación de la pena de muerte era escasamente invocada por unos pocos, o por la tosca literatura política de los extremistas y los nostálgicos, o por las extemporáneas voces y los argumentos desquiciados de Cerveto, un preso enloquecido que reclamaba la pena de muerte contra sí mismo.

3. Epílogo

El reconocimiento del derecho a la vida como derecho fundamental obliga al Estado en primer término. Es frente al Estado ante el cual el derecho primariamente se consagra. Es contradictoria "in terminis" la afirmación de un derecho a la vida y la autorización del Estado para privar de ella [Marino Barbero Santos, *Pena de muerte (El ocaso de un mito)*, 1985]

La Constitución de 1978 abolía la pena de muerte en la jurisdicción ordinaria. Fueron los reparos que pusieron los grupos políticos de la derecha y el centroderecha los que impidieron que la abolición fuera total. En el mes de mayo la Comisión del Congreso de Asuntos Constitucionales rechazó una propuesta del socialista Gregorio Peces Barba que pedía incluir la inequívoca frase "Queda abolida la pena de muerte" en el texto del artículo que proclamaba el derecho a la vida y rechazaba la tortura y las penas o los tratos inhumanos

o degradantes. Toda la izquierda y los nacionalistas se mostraban de acuerdo, pero la propuesta no salió adelante y después derivó en otra fórmula porque, en principio, tanto Alianza Popular como la Unión de Centro Democrático se mostraron en contra de que la abolición de la pena de muerte se constitucionalizara. Sin embargo, como los congresistas de la izquierda volvieron a la carga en el pleno del 6 de julio, García Añoveros, de UCD, inició el debate acerca de la aceptación de la abolición con la condición de que se mantuviera en el ámbito castrense. Después de varias discusiones en el Congreso y en el Senado, se acordó que el artículo 15 del texto constitucional incluyera la siguiente frase: "Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra". Las posiciones políticas contrarias provinieron de los grupos más progresistas, de parlamentarios como Lluís M^a Xirinacs y Juan Mari Bandrés, y de la Asociación Pro-Derechos Humanos. La formulación, que planteaba dudas y problemas normativos desde el principio, dio paso a un arduo debate en el ámbito del pensamiento penológico. En el mismo mes de diciembre de 1978 un Real Decreto-Ley tuvo que modificar el Código de Justicia Militar (el que estaba vigente desde 1945) y otras normativas afines referidas a los ejércitos del Aire y de la Marina para que en el articulado se sustituyeran las referencias a la imposición de penas de muerte por otras que obligaran a dictar penas privativas de libertad, salvo en "tiempos de guerra". Pero más allá del campo de las reformas normativas, era la tratadística la que se mostraba perpleja por la decisión adoptada y por la ambigüedad de la expresión "tiempos de guerra". Tal y como hicieron ver algunos especialistas como Higuera Guimerá, Antonio

Beristain o Marino Barbero, no había ninguna previsión normativa al respecto, ni siquiera en el propio texto constitucional: nadie sabía muy bien qué se quería decir y hasta dónde se podía llegar con la posibilidad de aplicación de la pena de muerte en caso de conflicto armado, e incluso tampoco era posible definir de una forma consensuada qué tipos de conflicto armado entraban en esa conjetura⁹. Además de esa confusión de términos, no pocos penalistas clamaron por resolver la contradicción intrínseca de una Constitución que imponía el futurible de la pena de muerte a la vez que proclamaba el derecho a la vida¹⁰. Desde entonces fueron aumentando las voces que pedían la abolición de la pena capital en cualquier supuesto, lo que implicaría una reforma de la codificación militar y una modificación del texto constitucional.

La polémica arreció con otras reformas y con otros análisis penológicos (por ejemplo, los de Gerardo Landrove Díaz y Rodríguez Mourullo) que confrontaban la realidad de la guerra y el papel de la ejecución penal. Con la aprobación en 1985 del Código Penal Militar "de la democracia", algunos otros autores llegaron a acusar al legislador de haber reinstaurado la pena capital y haber despreciado la dignidad del hombre que podía ser ajusticiado, entre otras razones, por realizar actos demostrativos de cobardía susceptibles de infundir pánico entre las tropas¹¹. Sorprendentemente, e inconsistentemente

para muchos juristas, a la altura de 1985 la pena de muerte ganaba terreno apoyándose en el precepto constitucional. En la nueva normativa, el máximo castigo, aunque quedara asociado a otra pena de privación de libertad y siempre tuviera que ser aplicado de forma discrecional, estaba previsto para castigar más de treinta delitos. Se podía dictar pena de muerte para sancionar los delitos de traición, espionaje, sedición, rebelión y cobardía; los que iban contra las leyes y los usos de la guerra; los delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar que causaran lesiones graves o muerte; los atentados contra la autoridad militar con iguales resultados; el maltrato de un superior delante de un enemigo, rebeldes o facciosos; los delitos contra los deberes de mando; el abandono de un servicio de armas, transmisiones o centinela; los delitos contra la integridad del buque de guerra o la aeronave militar; etcétera. A todas luces era excesivo. Desde muchos sectores se dijo que aquello era un despropósito, impropio de un Estado de derecho y escandaloso por ser a iniciativa de un gobierno de izquierda. El rechazo de algunos analistas volvía a resituarse el debate en su posición primigenia: el abolicionismo fracasaba cuando hace excepciones, sencillamente, porque la abolición de la pena de muerte obliga a que no deba contemplarse en ninguna situación, ni siquiera en tiempo de guerra, y por eso mismo debería desaparecer del texto constitucional¹².

⁹ GARCÍA DE VIEDMA, E.; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. (1995), "La pena de muerte en la legislación comparada y en el derecho español"; *Amnistía Internacional* (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid.

¹⁰ BARBERO, M. (1985), *Pena de muerte (El caso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires.

¹¹ GARCÍA RIVAS, N. (1986), "La reinstauración de la pena de muerte en el Código Penal Militar", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, pág. 352.

¹² MARTÍNEZ-BUJAN, C. (1995), "La pena de muerte en tiempos de guerra: una abolición necesaria"; *Amnistía Internacional* (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid.

Así las cosas, a partir de 1993 Amnistía Internacional va a dinamizar una exitosa campaña abolicionista. Se podía contar con el beneplácito de la opinión pública, pues encuesta tras encuesta se había ido posicionando en contra de la pena de muerte. Sin embargo, ese clima favorable que tanto se sobreentendía no fue considerado por los grupos políticos mayoritarios cuando, como hiciera IU en 1992, se había intentado promover el abolicionismo total en el Congreso de los Diputados. También se podía argüir que en el caso de una hipotética aplicación de la pena capital en tiempos de guerra, España infringiría el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual era cuando menos un contrasentido. Todos esos argumentos estaban en el haber de la organización. Pero para intentar que España ingresara en la lista de países que han abolido totalmente la pena de muerte en cualquier tipo de código de justicia (ordinaria y militar), la Sección Española de Amnistía Internacional optó por una estrategia gradualista e ideó una campaña que tomaba en consideración, además de los principios éticos e ideológicos que desde sus orígenes han fundamentado su razón de ser como organización defensora de los derechos humanos a escala planetaria, los argumentos que la tratadística penal había esgrimido en contra del mantenimiento de la previsión de la pena de muerte en tiempos de guerra. Puesto que la reforma del texto constitucional planteaba serias trabas de procedimiento, lo lógico era apuntar hacia el Código Penal Militar, cuya revisión se antojaba muchísimo más fácil de acometer.

Más de dos años de campaña hicieron falta para que el 25 de abril de 1995 España se convirtiera en el 55º país que había abolido la pena de muerte para todos los delitos. Las primeras acciones tuvieron como objetivo convencer a los parlamentos autonómicos para que

discutieran y aprobaran propuestas encaminadas a ese fin. Se empezó en abril de 1993 pidiendo al Parlamento Vasco que remitiera al Senado una proposición de Ley por la que quedaría suprimida la pena de muerte en el Código Penal Militar. La buena acogida desencadenó el proceso siguiente. Con el pleno apoyo del Secretariado Internacional de la Organización en Londres, en enero de 1994 arrancó la verdadera "Campaña contra la pena de muerte en el Código Penal Militar español". Mucha gente, incluso muchos políticos, se sorprendieron pues creían que la pena de muerte estaba plenamente abolida en España desde 1978. Poco a poco, a medida que se iba informando, la campaña ganaba más y más apoyos, en la Diputación General de la Rioja, la Junta General del Principado de Asturias, el Parlamento Vasco, las Cortes Valencianas, la Asamblea de Madrid, la Asamblea Regional de Cantabria, el Parlamento de Extremadura, el Parlamento Andalúz y las Cortes de Castilla y León. Aún más decisivo fue que la campaña de AI también llegara a la Asamblea Legislativa del Consejo de Europa, porque eso, el hecho de que allí se aprobaran una serie de recomendaciones abolicionistas para todos los estados miembros, motivó al señor Bolinaga, senador del PNV, a interpelar al ministro de Defensa sobre esa cuestión en el pleno del 15 de noviembre de 1994. Las declaraciones del señor García Vargas desencadenaron el proceso, pues al defender el mantenimiento de la pena de muerte en el Código Penal Militar, el ministro entró en contradicción con lo que su propio partido, el PSOE, estaba apoyando en los parlamentos autonómicos y en el Consejo de Europa.

Paso a paso los activistas de AI fueron consiguiendo posicionamientos favorables del PSOE, el PP, IU y en general de todos los

grupos políticos de los distintos parlamentos autonómicos, acuerdos que después eran elevados a las Cortes Generales para que se iniciara un procedimiento parlamentario que pusiera fin a la pena de muerte en el ámbito de la jurisdicción militar. El verdadero debate iba a celebrarse en el Senado el 30 de noviembre. El resultado del voto en el Senado fue unánime: los 223 votos emitidos eran a favor de la abolición. Inmediatamente continuó la campaña en los parlamentos autonómicos con idénticos resultados. Y así hasta que la abolición llegó por fin al Congreso de los Diputados, como ya se ha dicho, en el pleno del 25 de abril de 1995, precisamente porque el PSOE se decidió a tomar la iniciativa y presentó una proposición de ley orgánica, lo que motivó a otros grupos a hacer lo mismo. La unanimidad del rechazo a la pena de muerte fue la tónica en todos los discursos. Meses más tarde, el 28 de septiembre, el Congreso aprobaría la que concluyentemente fue consensuada y denominada por todos los grupos Proposición de Ley Orgánica de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra.

Al fin quedaban claras las modificaciones del Código Penal Militar, los artículos que se suprimían y los que eran redactados de otra forma. No obstante, la abolición formal definitiva tendría lugar algo más adelante, cuando el Senado volvió a debatir y aprobar la proposición, el 15 de noviembre de 1995. Al día siguiente fue publicada en el BOE¹³. Aún así, tal y como vienen sosteniendo los penalis-

¹³ KRAKENBERG, A. *et al.* (1995), "Amnistía Internacional en marcha: el camino hacia la abolición de la pena de muerte en el Código Penal Militar español": Amnistía Internacional (ed.), *La pena de muerte y su abolición en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid.

tas más reputados en la materia y la propia Amnistía Internacional, mientras que el artículo 15 de la Constitución de 1978 mantenga la posibilidad de la pena de muerte en tiempo de guerra, siempre existirá el riesgo de que algún día semejante previsión pueda llevarse a la práctica. No es menos cierto que, aunque sea posible, cuesta imaginarlo. Casi nadie encuentra motivos para pensar de ese modo. Aunque también es verdad que de cuando en cuando se escuchan voces que reclaman la restitución de la pena capital, sobre todo en momentos de alarma social y de dolor e indignación por el impacto que provocan ciertos crímenes horrendos y algunos atentados terroristas especialmente crueles. Pero no es un sentir mayoritario. No parece posible que la pena de muerte pueda ser reincorporada a la legislación penal española. Es difícil que eso ocurra en la Europa comunitaria, tal y como se le hizo saber en 2007 al gobierno conservador polaco que intentó reabrir el debate de su reinstauración.

En España, sus últimas invocaciones se han quedado en el terreno de los lenguajes políticos y en el de las políticas hacia el pasado. Durante el período democrático las estrategias antiterroristas volvieron a recuperar algunos de los muchos nombres del campo semántico de la pena de muerte y de su imaginario cultural. Es lo que ocurrió cuando determinados responsables políticos y agentes del orden público protagonizaron episodios siniestros que hicieron reaparecer la violencia simbólica de la pena de muerte, envuelta en acusaciones de ejecuciones extrajudiciales a manos del GAL. Por si había alguna duda, el fiscal Santos acusó en abril de 2000 a algunos responsables de Interior del primer Gobierno presidido por Felipe González, argumentando, entre otras cosas, que al torturar, matar y

hacer desaparecer los cuerpos de dos jóvenes vascos desaparecidos, Lasa y Zabala, se habían ejecutado "penas de muerte extra-legales" en España. O en otro orden de cosas, cuando en la memoria colectiva se reactivó el recuerdo de la pena de muerte durante las tres terribles jornadas que en junio de 1997 ETA hizo vivir al secuestrar a Miguel Ángel Blanco para después ejecutarlo tras dar un ultimátum de tres días al gobierno, lo que evocaba los angustiosos días "de capilla" de los reos de muerte en el Antiguo Régimen, antes de que llegara su momento de patíbulo y la hora cierta del verdugo¹⁴. Desde entonces, algunas asociaciones que han hecho del activismo anti-ETA y anti-nacionalista su razón de ser, como el Foro de Ermua, han producido un lenguaje político que utiliza el triste nombre de la pena de muerte para referirse a esa especie de "corredor de la muerte" en el que estarían viviendo quienes están amenazados por ETA.

Ésas han sido algunas de las más importantes reapariciones semánticas de la pena de muerte cuando ya no existía como sanción penal. Sin embargo, al cumplir en 2008 treinta años de su abolición constitucional, la significatividad histórica de la pena de muerte ha quedado circunscrita al lenguaje de las políticas de la memoria, y todo indica que ahí seguirá durante mucho tiempo, quién sabe cuánto y con qué intensidad. La llamada Ley de la Memoria Histórica que fue aprobada en el parlamento el 31 de octubre de 2007 no responde a las expectativas de los familiares de las víctimas, los movimientos sociales, los partidos de izquierda y nacionalistas, las

plataformas de intelectuales mayormente integradas por escritores, juristas e historiadores, y los organismos pro-derechos humanos que reclaman la anulación jurídica de las sentencias dictadas por "tribunales militares y especiales" durante la Guerra Civil y a lo largo de todo el franquismo. Las políticas hacia un pasado traumático y doliente cierran y abren expectativas al mismo tiempo.

Desenterrada a golpes de memoria y reconocimiento de las víctimas, la pena capital seguirá presente en el recuerdo y en la investigación del pasado. Pero todo indica que desde 1978 entró en una vía de extinción legal y cultural que hace prácticamente inviable su resurgimiento. La sociedad española parece ser consciente de que las ejecuciones legales y extralegales están a la orden del día en algunas partes del mundo, pero no se siente demasiado afectada por ello. No lo vive como una problemática cercana, ni preocupante. Precisamente por eso, porque la pena de muerte ya no intranquiliza a nadie, tiene sentido este libro: historiar su larga presencia y su final en la España contemporánea servirá para alentar a quienes luchan por su desaparición universal, y para que la memoria social y el conocimiento histórico ayuden a asegurar su no retorno.

¹⁴ OLIVER OLMO, P. (2003), "La pena de muerte en la sociedad vasco-navarra durante el siglo XX. Una reflexión sociohistórica", *Vasconia*, n° 33, pp. 527-562.

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

La pena de muerte en los Códigos penales iberoamericanos (1975-2009)¹

1. En 1975 tuve ocasión de escribir mi primer artículo de Derecho penal y fue sobre la pena de muerte en los Códigos penales iberoamericanos². Aquel artículo apareció en el libro colectivo "La pena de muerte. Seis respuestas", publicado en tiempos dramáticos de la historia de nuestro país y que coordinaba mi maestro Marino Barbero Santos, ejemplo para todos nosotros en muchos ámbitos³, también en el compromiso por un Derecho penal respetuoso con los derechos humanos y dentro de él en su beligerancia contra la pena capital. Aquella primera investigación me permitió desde el inicio de mi formación como penalista exteriorizar mi beligerancia contra una pena, que se opone a todo lo que creo y defendiendo como penalista y como persona. Además, aunque entonces aún no lo sabía, el

¹ Texto aparecido en *Hacia la abolición de la pena capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

² Este trabajo hay que entenderlo como una continuación del que publiqué en 1975 y al que me refiero en la nota siguiente. Respecto al artículo de 1975 he prescindido de Haití, por no ser un estado iberoamericano. En puridad tenía que haber incluido en este análisis a España y Portugal, los dos son estados iberoamericanos, pero he preferido limitar este estudio, como ya hice en 1975, a la legislación de los estados americanos de raíz ibérica. Deseo expresar mi agradecimiento al Profesor Ferré Olivé, que a través de su red iberoamericana de colaboradores de la "Revista penal" que dirige, me proporcionó información actualizada de muchos de estos países. Igualmente, la colaboración de la Profesora Ana Pérez Cepeda ha sido clave para poder utilizar todos los datos que proporciona Internet.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: "La pena de muerte en el actual derecho penal iberoamericano", en BARBERO SANTOS y otros: *La pena de muerte, 6 respuestas*, Valladolid 1975, p. 79 y ss.

que el contenido de ese trabajo fuera sobre la legislación de los países iberoamericanos, constituyó un augurio de vinculación con una región del mundo que ha marcado y marca mi vida.

Hoy, mucho tiempo después pretendo recoger en estas páginas los cambios que han experimentado las legislaciones penales iberoamericanas en la regulación de la pena capital.

Ciertamente, no se puede ignorar la diferencia, tan dramáticamente latinoamericana, entre el contenido de las leyes y la realidad⁴, que fue particularmente acusada en la primera parte del período que analizamos. La utilización de la violencia al margen de la ley en los países del cono sur, aunque no sólo, plasmada en desapariciones y ejecuciones, que no son ejecuciones sino asesinatos, marca la historia de Argentina, Chile o Uruguay, y también las de otros países como Perú o Brasil. No se puede olvidar que estos delitos contra la vida fueron llevados a cabo por quien justamente tenían la obligación de evitarlos. Hoy, la consolidación de la democracia ha traído consigo la derogación de leyes de punto final y la exigencia de responsabilidad penal a quienes en nombre de supuestas guerras nunca declaradas y de injustificables razones de Estado, asesinaron a los ciudadanos cuyos derechos estaban obligados a proteger.

2. El examen de la vigente legislación penal de los países iberoamericanos pone de relieve que a los Estados que ya eran abolicionistas en 1975: Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana,

⁴ Victor Hugo, en una cita muy utilizada por Carlos Fuentes, reflejaba ya esta situación cuando al referirse a la Constitución colombiana de 1863 decía que era una constitución para los ángeles y no para los hombres, porque está bellamente escrita, pero nadie la aplica.

na, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Uruguay y Venezuela, se han sumado, Argentina, Bolivia, Chile, Nicaragua, Paraguay, Perú y El Salvador. Hoy tan sólo mantienen la pena capital en sus Códigos penales Cuba y Guatemala.

Aunque, dentro de los Estados que hemos calificado como abolicionistas, varios de ellos siguen contemplando la posibilidad de utilizar la pena de muerte en la legislación militar en tiempo de guerra. Como se verá, este es el caso de Brasil, Chile, El Salvador y Perú.

3. El período de tiempo objeto de nuestro estudio está marcado por la aprobación el 8 de junio de 1990 en Asunción por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA del "Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte"⁵. El artículo 1 del Protocolo de forma taxativa establece que: "Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicaran en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción". Aunque en el artículo 2 contempla la posibilidad de que los Estados firmantes puedan declarar "que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar".

Los Estados iberoamericanos que han suscrito el Protocolo sin reservas hasta ahora han sido: Argentina (2008), Costa Rica (1998),

⁵ Los considerandos del Preámbulo de este Protocolo toman como punto de partida el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos humanos que reconoce el derecho a la vida y restringe la aplicación de la pena de muerte. Sobre esta base concluye el Preámbulo afirmando "Que Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos han expresado su propósito de comprometerse mediante un acuerdo internacional, con el fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano".

Ecuador (1998), México (2007), Nicaragua (1999), Panamá (1991), Paraguay (2000), Uruguay (1994) y Venezuela (1993).

Por su parte, Brasil (1996) y Chile (2008), han ratificado el Protocolo, pero utilizando la cláusula del artículo 2.

Por tanto, restan por incorporarse al Protocolo: Bolivia, Colombia (aunque existe un proyecto de ley para su ratificación), Guatemala, Honduras, Perú y República Dominicana. Grupo al que hay que añadir Cuba que no forma parte de esta organización.

4. Los Estados del primer grupo, los que ratificaron o se adhrieron al Protocolo sin reservas son los que jurídicamente podemos considerar hoy como plenamente abolicionistas. Dentro de ellos puede resaltarse la reciente incorporación de Argentina, cuyo Senado en Agosto de 2008, por unanimidad, aprobó la derogación del Código de justicia militar, única disposición que contenía entre sus sanciones a la pena de muerte, sanción que, por otra parte no está totalmente excluida por su Constitución⁶.

Los restantes firmantes se pronuncian de forma taxativa en sus constituciones. La Constitución de Costa Rica de 1949, en su art. 21, consagra sin limitaciones el derecho a la vida⁷ y, aunque no contenga referencia a la pena capital, no hay que olvidar que en este país centroamericano, la pena de muerte es abolida ya en el siglo

⁶ El art. 18 de la Constitución argentina de 1994 establece: "Queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes".

⁷ El art. 21 de forma taxativa afirma: "La vida humana es inviolable". Con anterioridad la Constitución de 1871, en su art. 45, posibilitaba aplicar la pena de muerte en los casos de "1. En el delito de homicidio premeditado y seguro, o premeditado y alevoso. 2. En los delitos de alta traición. 3. En los de piratería". En 1882 se modifica la Constitución por Decreto N.VII y el art. 45 pasa a decir: "La vida humana es inviolable en Costa Rica".

XIX. La Constitución de Ecuador de 1998, en su art. 23⁸, la de México de 1917 en su art. 22, reformado en 2005⁹, la de Nicaragua de 1986, en su art. 23¹⁰, la de Panamá de 1972, en su art. 30¹¹, la de Paraguay de 1992, en su art. 4¹², la de Uruguay de 1967, en art. 26¹³ y la de Venezuela de 1999 en su art. 43¹⁴, se pronuncian todas con diversas fórmulas, por la exclusión de la pena de muerte de sus respectivos ordenamientos.

5. Entre los Estados que ratificaron el Protocolo, como se ha visto, tan sólo Brasil y Chile utilizaron la posibilidad de reservar la pena de muerte para la legislación militar. Es interesante subrayar cómo estos dos Estados tienen históricamente respecto a la pena de muerte una posición diametralmente opuesta, Brasil es abolicionista de hecho desde el siglo XIX y Chile todavía aplicaba la pena capital en la década de los ochenta del pasado siglo.

En el caso de Brasil¹⁵, el abolicionismo de facto tiene un fuerte arraigo. La última ejecución fue el ahorcamiento del esclavo Francis-

⁸ Art. 23.1 establece: "La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte".

⁹ El Senado mexicano eliminó el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución de 1917, que decía: "queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves de orden militar...". Pese a esta posibilidad...

¹⁰ El art. 23 establece: "El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana. En Nicaragua no hay pena de muerte".

¹¹ Art. 30. "No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes".

¹² El art. 4, tras consagrar el derecho a la vida, entre otras cosas, afirma: "Queda abolida la pena de muerte".

¹³ El art. 26, entre otras garantías, establece: "A nadie se le aplicará la pena de muerte".

¹⁴ El art. 43 consagra: "El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla".

¹⁵ Los datos respecto a Brasil debo agradecerlos a la profesora Ana Elisa Liberatori de la Universidad de Sao Paulo y al Fiscal William Terra de Oliveira.

co en Pilar de Alagoas en 1876, desde entonces, aun en los períodos en los que la legislación contenía esta pena, lo que ocurrió en la época del denominado Estado Novo y más recientemente durante los Gobiernos militares, todas las penas de muerte fueron conmutadas.

Hoy la Constitución de 1988 en su artículo 5, XLVII, prohíbe la pena de muerte "salvo en caso de guerra declarada en los términos del art. 84, XIX".

En esta situación de guerra declarada, el Código penal militar contiene la pena de muerte, art. 55, y se ejecutará por fusilamiento, art. 56. La sentencia que se comunicara al Presidente de la República, se ejecutara seis días más tarde, art. 57¹⁶, salvo que se haya impuesto en zona de operaciones, en este caso podrá ser ejecutada de forma inmediata.

Es distinta la historia y la situación en Chile. Este país en 2001, por ley 19.734, excluye la pena de muerte de su legislación ordinaria, manteniéndola en la legislación militar para los tiempos de guerra.

La Constitución Chilena en su artículo 19.1 indica que "la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado". El art. 240 del Código de justicia militar establece que, "La pena de muerte se ejecutará ordinariamente de día, con la publicidad y en la forma que determinen los

¹⁶ La legislación penal militar brasileña contempla la pena de muerte, en caso de guerra declarada para los delitos de: Traición (art. 355); favorecimiento al enemigo (art. 356); coacción al comandante (art. 358); fuga en presencia del enemigo (art. 365); motín, revuelta o conspiración (art. 368); rendición o capitulación del comandante (art. 372); daño a bienes de interés militar (art. 384); abandono de puesto (art. 390); desertión en presencia del enemigo (art. 392); y genocidio (art. 401).

reglamentos que dicte el Presidente de la República, y al día siguiente de notificado al reo del "cúmplase" de la respectiva sentencia". Pero, en tiempo de guerra, se procederá a la ejecución inmediata de las sentencias de muerte, cuando el delito exija un pronto y ejemplar castigo a juicio del General en Jefe del Ejército o Comandante de la plaza sitiada o bloqueada por el enemigo¹⁷.

En el período que analizamos la pena capital, antes por tanto de la ley de 2001, fue aplicada en cumplimiento de sentencia de tribunales en dos ocasiones, en 1982 a dos reos de robo y homicidio¹⁸ y en 1985 a otros dos responsables de homicidios en serie¹⁹.

6. En los Estados que aún no se han adherido al Protocolo de Asunción las situaciones son distintas. Colombia, la República Dominicana y Honduras son abolicionistas desde hace tiempo. Bolivia desde fecha más reciente.

En Colombia, que suprime la pena de muerte en 1910, la Constitución de 1991 en su art. 11, incorpora un pronunciamiento expreso y contundente contra la pena de muerte: "El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte". En coherencia con esta

¹⁷ La legislación militar chilena contempla en muchos supuestos la posible utilización de la pena de muerte. Dentro de los delitos de traición, espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado, art. 244, Delitos contra el derecho internacional, art. 262, Delitos contra la seguridad interior del Estado, art. 270, Delitos contra el orden y seguridad del ejército, art. 272, Delitos contra los deberes y el honor militares, arts. 287, 288, 303, 304 y 327, Delitos de insubordinación, arts. 336, 337 y 339, Delitos contra los intereses del ejército, art. 347, Disposiciones relativas a la Armada, arts. 378, 379, 383, 384, 391 y 393.

¹⁸ El 22 de octubre de 1982, fueron fusilados los agentes de la CNI Gabriel Hernández y Eduardo Villanueva, condenados por robo con homicidio, ver, sobre esta ejecución y en general sobre la pena de muerte en Chile, TAPIA: *Historia de la pena de muerte en Chile*, grapia.diarioeldia.cl.

¹⁹ La última vez que se aplicó fue el 29 de enero de 1985 a los carabineros Carlos Alberto Topp Collins y Jorge Sagredo Pizarro responsables de una docena de homicidios en serie en Viña del Mar, http://es.wikipedia.org/wiki/Pena_de_muerte_en_Chile.

declaración está en tramitación parlamentaria la firma del Protocolo de Asunción²⁰.

La legislación de Honduras es abolicionista desde 1956 y su Constitución de 1982, también de forma expresa prohíbe la pena de muerte, en su artículo 66²¹.

La República Dominicana, abolicionista sólo desde 1966, en el art. 7. 1 de su Constitución de 2002, tras proclamar la inviolabilidad de la vida establece que: "No podrá establecerse, pronunciarse, ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte".

En Bolivia, la última ejecución por fusilamiento en plaza pública, tuvo lugar en 1971²². En la Constitución de 2009 de forma taxativa en su art. 15 I, se afirma: "No existe la pena de muerte". Con lo que debe estimarse que la pena de muerte queda excluida del Código de justicia militar que hasta ese momento la recogía en el artículo 22²³.

Por tanto, estos cuatro Estados, Colombia, Honduras, República Dominicana y Bolivia, no tendrían obstáculos jurídicos para suscribir el Protocolo de Asunción.

7. Un segundo grupo de Estados no firmantes del Protocolo de Asunción, está integrado por El Salvador y Perú. Estos dos Estados mantienen aún la posibilidad constitucional de utilizar la pena de muerte.

El Salvador, de conformidad con el art. 27 de su Constitución mantiene la posibilidad de utilizar la pena de muerte sólo para "los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional". No cabría por tanto recurrir a esta pena en el caso de guerra civil.

El rancio Código de Justicia militar salvadoreño, contiene en su artículo 9 la pena de muerte, que se ejecutará por "fusilación" y establece en el artículo siguiente una serie de reglas para restringir la aplicación en caso de sentencias²⁴ múltiples a la pena capital por un mismo hecho, "no todos deberán sufrirla, aunque todos deberán ser condenados a ella en la sentencia. Si no pasaren de cinco, la sufrirá uno solo, si no pasaren de diez, dos, si no pasaren de veinte, tres, y excediendo de veinte uno por cada decena o fracción de ella". Para este fin, "El juez enumerará los reos en la sentencia por el orden de su mayor culpabilidad".

Según la información a la que hemos podido tener acceso, la última ejecución en el país centroamericano en cumplimiento de la sentencia de un tribunal es de 1973.

En Perú²⁵, la Constitución de 1993 establece en su artículo 140 que "La pena de muerte sólo podrá aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada".

²⁰ El texto del proyecto de ley de ratificación del Protocolo de Asunción, puede consultarse en web.presidencia.gov.co/sp.2009.

²¹ Art. 66, de forma taxativa, "se prohíbe la pena de muerte".

²² La última ejecución fue la del pederasta Claudio Suño, fusilado en una plaza pública en el primer gobierno de Banzer. Sobre la pena de muerte en Bolivia puede consultarse VARGAS LIMA: *La pena de muerte en la legislación boliviana. Evolución histórico-normativa y su proyección internacional*, en <http://www.monografias.com>.

²³ La legislación militar establecida en el art. 24 que la pena de muerte llevaría consigo la degradación y que sería ejecutada por fusilamiento.

²⁴ Para información sobre fechas y datos en relación a la pena de muerte en todo el mundo es básica la página de Amnistía, www.es.amnesty.org/temas/pena-de-muerte/.

²⁵ Agradezco la información sobre Perú a mi buen amigo Víctor Prado.

Esta posibilidad constitucional, no ha sido utilizada por el Código penal, tan sólo lo ha hecho el Código de Justicia Militar policial de 2006, de forma muy restringida. El art. 21, I, establece entre sus sanciones: "Pena de muerte por traición a la Patria en caso de guerra exterior", lo que recoge más adelante en el párrafo final del artículo 66²⁶.

En Perú las últimas ejecuciones tuvieron lugar en la década de los setenta²⁷, y como se expondrá más adelante, el actual gobierno ha pretendido, hasta ahora sin éxito, ampliar el posible ámbito de la utilización de la pena capital.

8. El último grupo está formado por Guatemala y Cuba, los dos únicos países iberoamericanos que aún mantienen la pena de muerte en su Códigos penales.

8.1. En Guatemala²⁸ la Constitución de 1985 en su art. 18 establece "Pena de muerte. La pena de muerte no podrá imponerse en los siguientes casos:

- a) Con fundamento en presunciones;
- b) A las mujeres;
- c) A los mayores de sesenta años;
- d) A los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos; y
- e) A reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa condición.

²⁶ El art. 66 establece en su párrafo final, "En caso de guerra exterior podrá aplicarse la pena de muerte, acorde con nuestra legislación".

²⁷ Se aplicó la pena de muerte para delitos de robo con muerte y ataque a las fuerzas armadas con muerte, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 19910. También se aplicó el código de justicia militar entonces vigente a un suboficial condenado por traición a la patria.

²⁸ Mi agradecimiento a Alejandro Rodríguez Varillas, Fiscal y antiguo alumno de la Universidad de Salamanca.

Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos.

El Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte".

Ciertamente, además de los casos constitucionales de "discriminación positiva", el Congreso no ha procedido aún a la abolición de la pena de muerte.

El Código penal de 1973, recoge la pena de muerte para los delitos de parricidio, art. 131; asesinato, art. 132; violación con resultado de muerte, art. 175; plagio o secuestro, art. 201 y desaparición forzada con resultado de muerte o lesiones, art. 201 ter.

La condena a la pena de muerte se vincula en los casos de parricidio y asesinato, "si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente". En el caso de violación con resultado de muerte aparece como pena única cuando la víctima no hubiera cumplido 10 años de edad. En los supuestos de plagio o secuestro es la pena única para los autores materiales o intelectuales y aparece también como pena única en los supuestos de desaparición forzada con muerte o lesiones de la víctima.

La legislación penal militar utiliza en abundantes supuestos la pena de establecer en los casos de delitos como la sedición, con pluralidad de autores, el que lo sediciosos "serán diezmados", art. 51.

Hasta el año 1996 la pena de muerte en Guatemala se ejecutaba por fusilamiento, en noviembre de este año la "Ley que establece el procedimiento para la ejecución de la pena de muerte" establece en

su artículo 7 que "se procederá a ejecutar la pena de muerte mediante el procedimiento de la inyección letal"²⁹ y regula detalladamente todo el procedimiento de ejecución. De acuerdo con sus considerandos iniciales el legislador guatemalteco entiende "que mientras en Guatemala esté vigente la pena de muerte, la ejecución de la misma debe realizarse de la manera más humanitaria posible no sólo para el reo que la sufre sino también para la sociedad que, en una u otra forma, es espectadora" (sic.).

De acuerdo con esta norma, la ejecución se realizará "en forma privada en el interior del presidio que corresponda", art. 3. La privacidad es por lo menos discutible pues junto a las autoridades de acuerdo con este artículo estarán presentes "el Capellán Mayor, un Ministro de Religión o Culto que profese el reo, su esposa o conviviente y sus familiares dentro de los grados de ley, así como los representantes de la prensa hablada, escrita y televisada".

La ejecución se suspende "cuando el reo se hallare privado de la razón o padeciendo una enfermedad grave", aunque, "únicamente por el tiempo estrictamente necesario para la recuperación de la normalidad". Todo ello según el art. 4 de esta ley³⁰.

Al menos en dos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado contra la situación de la pena de muerte en Guatemala. Son las sentencias de los casos *Fermín Ramírez*,

²⁹ La primera ejecución con inyección letal tuvo lugar en febrero de 1998 fue la de Manuel Martínez Coronado.

³⁰ La ley, Decreto número 100-1996, de 28 noviembre 1996, regula en su artículo 7 de forma minuciosa todo los pasos de la ejecución a llevar a cabo por el verdugo, en la ley denominado "el ejecutor".

20.6.2005 y *Ronad Raxcaco*, 15.9.2005 y 4.7.2006. En ambas la Corte se pronuncia contra la pena capital en casos de asesinato y plagio o secuestro³¹.

La Corte Constitucional guatemalteca había suspendido en 2002 la pena de muerte, argumentando que no estaba regulado adecuadamente quién podía ejercer el derecho de gracia. En marzo de 2008 el Congreso aprobó una Ley reguladora de la conmutación de la pena de muerte, ley que fue vetada por el Presidente Portillo, con lo que se continúa en una situación de abolicionismo de facto.

Es importante subrayar que desde el año 2000 no se ha producido ninguna ejecución en Guatemala, aunque hoy haya 15 reos condenados a la pena capital y pendientes de recursos³².

8.2. En Cuba, las tres últimas ejecuciones tuvieron lugar en 2003³³ en aplicación de la Ley 93 de 2001 contra Actos de Terrorismo. Con estas ejecuciones se ponía fin a una moratoria de hecho que venía desde el año 2000. La repercusión negativa que tuvieron las ejecuciones³⁴ ha abierto otra moratoria de hecho y en febrero de 2008, Raúl Castro anunció la conmutación de la pena de muerte a

³¹ Estas sentencias y resoluciones pueden consultarse en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, www.corteidh.or.cr

³² Según los datos que me proporciona Alejandro Rodríguez Varillas, durante el conflicto armado entre 1982 y 1983 se fusilaron a 11 personas por parte de tribunales de fuero especial, que eran tribunales secretos. Estos tribunales se suprimieron en 1983. Entre 1996 y 2000 se aplicó la pena de muerte a 6 personas más, 2 por violación cualificada, 1 por asesinato y 2 por plagio o secuestro.

³³ En abril de 2003 fueron ejecutados Lorenzo E. Capello, Bárbaro Leodán y Jorge Luis Martínez, condenados por el secuestro de un barco de pasajeros con el que pretendían dirigirse a Estados Unidos.

³⁴ Puede verse la información que proporciona GROGG: Pena de muerte-Cuba. Una condena difícil de extirpar en, Ipsnoticias.net.

gran parte de los reos condenados a esta pena. Tan sólo no se conmutó a tres reos acusados de terrorismo³⁵.

La situación en la vigente legislación penal cubana toma como punto de partida la Constitución de 1992, que se abstiene de pronunciarse sobre la pena de muerte. La Constitución de 1940, vigente hasta el final de 1958 establecía en su art. 25: "No podrá imponerse la pena de muerte. Se exceptúan los miembros de las Fuerzas Armadas, por delitos de carácter militar y las personas culpables de traición, o de espionaje a favor del enemigo en tiempo de guerra con nación extranjera". El régimen que surge de 1959, suprime la Constitución y las limitaciones respecto a la pena de muerte al implantar los Tribunales revolucionarios en virtud de la ley del Ejército Mambí de 1896. La Constitución de 1976, al igual que la actual evitaba pronunciarse sobre la pena de muerte³⁶.

El primer rasgo diferenciador respecto a los otros países de la región reside, por tanto, en la ausencia de limitaciones constitucionales a la presencia de la pena de muerte en la legislación penal.

La institucionalización del nuevo régimen en la década de los 70 del pasado siglo trajo consigo junto a la Constitución de 1976, un nuevo Código por Ley 21 de 1979 que reemplazó al Código de Seguridad Social y a la Ley de Delitos Militares.

³⁵ Véase el Informe sobre Cuba de Human Rights Watch de enero de 2009; en el mismo se estima que se conmutaron entre 20 y 30 condenas, aunque no se puede concretar más la cifra al no comunicar datos las autoridades cubanas.

³⁶ Sobre la evolución legislativa en Cuba, puede verse PÉREZ KASPARIAN: La Pena de muerte en la legislación cubana, en www.saraperezk.com.

El Código penal en su artículo 29 establecía: "1. La sanción de muerte es de carácter excepcional, y sólo se aplica por el Tribunal en los casos más graves de comisión de los delitos para los que se haya establecida. 2. La sanción de muerte no puede imponerse a los menores de 20 años de edad ni a las mujeres que cometieron el delito estando encinta o que lo estén al momento de dictarse la sentencia. 3. La sanción de muerte se ejecuta por fusilamiento".

En 1988, por Ley 62, se publica un nuevo Código penal, que mantiene con igual contenido el art. 29. Con posterioridad en 1997, por Decreto 175, se introduce un nuevo Código penal que mantiene el art. 29.

Los delitos para los que el Código penal prevé la pena capital sobre todo para delitos contra la seguridad del Estado y los más graves contra bienes jurídicos de carácter individual: Contra la integridad territorial, art. 91; Promoción de acción armada contra Cuba, art. 92 y 93; Ayuda al enemigo, art. 94; Espionaje, art. 97; Rebelión, art. 98; Sedición, art. 100; Usurpación del Mando Político o Militar, art. 102 y 105; Terrorismo, art. 106, 107 y 108; Actos hostiles contra un Estado Extranjero, art. 110; Genocidio, art. 116; Piratería, art. 117 y 118; Mercenarismo, art. 119; Crimen del Apartheid, art. 120; Otros actos contra la seguridad del Estado, art. 124; Asesinato, art. 263 y 264; Violación, art. 298 y Pederastia con violencia art. 299.

La Ley 87 de 1999 agrava las penas para una serie de delitos y respecto al tema objeto de nuestro análisis, impone la pena de muerte para delitos graves de tráfico de drogas, corrupción de menores y robo con violencia. Esta orientación político criminal quedaba claramente expuesta por Fidel Castro que al referirse a la pena capital

afirmó: "Albergo la esperanza de que nuestros jueces no vacilen en aplicarla"³⁷.

En 2001 el recurso a la pena de muerte se refuerza con la Ley 93 contra actos de terrorismo.

Oficialmente el recurso a la pena de muerte sigue considerándose excepcional y su mantenimiento en la legislación cubana siempre se justifica en la situación de hostilidad que padece el gobierno de la isla, baste con revisar la lista de delitos capitales para comprobar que la mayor parte responde a una supuesta defensa del Estado.

9. Globalmente la situación en la región en el período objeto de este análisis está marcada por un claro retroceso de la presencia de la pena de muerte en las distintas legislaciones penales. Aunque periódicamente en algunos de estos países hay movimientos a favor de la reimplantación o una mayor utilización de la pena de muerte, normalmente vinculados a delitos graves contra la libertad sexual o a delitos de terrorismo.

Sirva de muestra el caso de Perú donde el Presidente Alan García ha buscado implantar la pena de muerte, primero para los supuestos de violación seguida de muerte de un menor de siete años y después para casos de terrorismo. El primer caso requiere una reforma constitucional, hasta ahora no producida. Respecto al segundo, en enero de 2007 el Congreso de la República rechazó la ley 2575 que pretendía implantar la pena de muerte para los actos

³⁷ Sobre este momento en la evolución de la legislación penal cubana puede verse el documento de Amnistía Internacional AMR 25/29/99 de 1 de junio de 1999, "Cuba. Preocupante aumento del uso de la pena de muerte".

de terrorismo agravado, ser dirigente o pertenecer a un grupo de aniquilamiento³⁸.

10. En síntesis, y sin olvidar esa oposición entre contenido de la leyes y realidad que históricamente ha caracterizado con excesiva frecuencia a la mayor parte de los países de la región, la situación respecto a la pena de muerte a nivel legislativo se ha de valorar muy positivamente.

En relación con la pena de muerte el hecho más significativo en este período ha sido la aprobación del Protocolo de Asunción, que se ha utilizado como hilo conductor en este trabajo. La situación que refleja este Documento es un adelanto de las Resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas a favor de una moratoria de la pena de muerte en todo el mundo³⁹.

Finalmente se debe tener presente:

- Que desde 2003 no se ha producido una ejecución en todos estos países en cumplimiento de sentencia judicial.
- Que solo dos países, Guatemala y Cuba, contienen la pena capital en sus Códigos penales.
- Que Brasil, Chile, El Salvador y Perú, la mantienen sólo en la legislación militar y en tiempo de guerra. Limitación en todos los casos constitucionalmente impuesta.

³⁸ Sobre estos intentos véase la información y documentación que proporciona el 36 Congreso de la FIDH que tuvo lugar en 2007 en Lisboa.

³⁹ El 18 de diciembre de 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una resolución a favor de una moratoria en la pena de muerte en todo el mundo. La resolución se adoptó por 104 votos a favor, 52 en contra y 29 abstenciones. El 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una segunda resolución que pide una moratoria en las ejecuciones. La resolución se aprobó por 106 votos a favor, 46 en contra y 34 abstenciones.

Que el resto de los países no tienen en su legislación la pena de muerte, en el mayor de los casos por prohibición constitucional.

LUIS ARROYO ZAPATERO

La experiencia de la abolición de la pena capital en Gran Bretaña¹

La Constitución ha abolido la pena capital en nuestro Derecho, con la limitada excepción de lo dispuesto en las leyes militares para tiempos de guerra (art. 15.1). La gestación de tan positiva declaración constitucional no ha sido fácil². El momento de mayor dificultad en este proceso para el triunfo de la tesis abolicionista fue sin duda aquel en el que el a la sazón ministro de Justicia, don Landelino Lavilla Alsina, manifestó el parecer del Gobierno contrario a una abolición total, así como su decisión de llevar a cabo un proceso de abolición gradual o paulatino, por entender que así lo aconsejaba, entre otras razones, la experiencia del proceso de abolición en el Reino Unido. En este sentido, el ministro manifestó ante el Senado que «la experiencia de un país más prudente y sólido en su democracia, como ha sido Inglaterra, ha sido la de un proceso firme, un proceso gradual, que llevó a la abolición total después de haber ido suprimiendo la pena para una serie de deli-

¹ Texto publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n° 62, 1981. Una primera versión de este artículo apareció en el libro *homenaje a don José Antón Ojeda*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

² Sobre el proceso de abolición, véase Barbero Santos: «La pena de muerte en España: historia de su abolición», en *Doctrina Penal*, 1980, págs. 250 y ss. Del mismo autor, «La pena de muerte en la Constitución», en *Sistema*, núm. 42, 1981, págs. 31 y ss.

tos, de haber establecido, incluso, un período de supresión temporal de la pena de muerte»³.

En aquellas fechas fue elaborada la primera versión de este trabajo, que viene a poner de manifiesto, precisamente, la no necesidad de la «experiencia inglesa». El buen puerto a que se ha llegado con el artículo 15 de la Constitución no priva de interés, sin embargo, al análisis del proceso de abolición de la pena capital en la Gran Bretaña. En primer lugar, porque el recrudecimiento de la acción terrorista en estos días de marzo de 1981 refuerza ese clamor intuitivo e irracional por el recurso traumático a la pena capital para combatir los más graves crímenes terroristas. En segundo lugar, porque, en cualquier caso, la abolición constitucional de la pena de muerte no autoriza a los penalistas a desinteresarse por tan grave cuestión. Mientras quede un solo partidario de la pena de muerte será preciso el seguir ocupándonos de ella. Además, como ha puesto de manifiesto Barbero Santos, con relación a lo acontecido en otros países en los que hace más de treinta años fue abolido el castigo capital, las propuestas de su reintroducción podrían haber triunfado fácilmente de no ser porque toparon con un ingente material científico elaborado con posterioridad a la abolición y que las desautorizó de todo punto.

³ Véase Diario de Sesiones del Senado, núm. 16, de 28 de diciembre de 1977, pág. 540. En igual sentido se manifestó en el Congreso de los Diputados el 12 de enero de 1978 (véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 2, de 12 de enero de 1978, págs. 82 y ss). Se trataba en ambos casos de responder a proposiciones de ley de derogación de la pena de muerte presentadas por la oposición. Esta posición del Gobierno se mantuvo hasta el momento en que en el proceso de elaboración de la Constitución se decidió la vigente declaración del artículo 15.

1. Los orígenes del movimiento contra la pena capital en el Reino Unido

Desde el siglo XIII, cuando la mutilación es sustituida por el ahorcamiento como castigo normal para todos los delitos de importancia, hasta principios del siglo XIX, la creencia británica en la justicia y corrección de la pena de muerte permaneció virtualmente incuestionada⁴.

Las primeras ideas que penetran en las islas contrarias a tan enraizada institución son las del marqués de Beccaria, que cruzaron el Canal de la Mancha de la mano del polifacético pensador Jeremías Bentham, si bien, considerablemente atemperadas por éste⁵. Pero quien inició el combate contra la pena capital en la escena política británica fue Sir Samuel Romilly, quien en el año 1808 plantea en la Cámara de los Comunes la primera propuesta de supresión de dicha pena para determinados delitos: los llamados de *picking pockets*⁶.

Sir Romilly nos describía así⁷ el panorama penal de su país al alumbrar el siglo XIX: «No hay probablemente otro lugar en el mundo en el que exista una variedad tan numerosa e importante de acciones humanas susceptibles de ser castigadas con la pérdida de la vida como Inglaterra».

⁴ J. Cristoph, *Capital Punishment and British Politics*, Londres, 1962, pág. 13.

⁵ J. Bentham, *Tratados de la legislación civil y penal*, trad. y com. Por Ramón de Salas, t. IV, parte III, París, 1823, págs. 328 y sigs. y 355-358.

⁶ Trad.: carteristas; véase Tuttle, *The Crusade Against Capital Punishment in Great Britain*, Londres, 1961, pág. 3.

⁷ Citado en L. Radzinowicz, A, *History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, vol. I, Londres, 1948, pág. 3.

Radzinowicz estima el número de Estatutos capitales existentes en la primera década del siglo XIX en 224⁸, haciendo notar el que más de las dos terceras partes de los mismos fueron establecidos solamente a lo largo del siglo XVIII, precisando que las ocasiones en que la pena de muerte podía ser aplicada eran aún considerablemente más numerosas que los estatutos existentes⁹.

Contra esta situación se enfrentan los primeros militantes abolicionistas. Si el siglo fue duro para toda Europa, lo fue aún en mayor medida en el país de la revolución industrial. No en vano se conoce esa época por el nombre de la del *Bloody Code*. La crisis y la desorganización social que conlleva la irrupción del capitalismo es factor determinante del crecimiento vertiginoso de la criminalidad. La respuesta del Estado es una ciega política criminal basada en el terror. Koestler¹⁰ considera, junto al factor económico, otros dos factores que contribuyeron a hacer evolucionar la ley penal inglesa en sentido opuesto al que seguía el resto del mundo civilizado: «La aversión del inglés a la autoridad, que impedía la creación de una policía eficaz, y el peculiar sistema del *Common Law*, peculiaridad que condujo al nacimiento de una clase de individuos a quienes se reconocía una autoridad semejante a la de los oráculos, que impusieron el respeto a los "precedentes" y por eso mismo impidieron toda concesión a las ideas nuevas».

⁸ L. Radzinowicz, *A History of English Criminal Law...*, pág. 4. Y su enumeración y análisis en Apend. 1, págs. 611-657.

⁹ *Ibid.*, págs. 6-8.

¹⁰ A. Koestler, en Camus-Koestler, *La pena de muerte*, Buenos Aires, 1972, página 33.

Las primeras propuestas abolicionistas no lo son en sentido moderno; no se ataca a la pena capital *per se*, sino que son fruto de la situación de cuasi-impunidad de hecho sobrevenida como consecuencia de la resistencia de los jurados a imponer la pena de muerte a delitos que no eran considerados por la conciencia social merecedores de tal sanción. «Si la ley fuese menos severa —dice Romilly—, los jueces se mostrarían más dispuestos a condenar»¹¹. Es bien expresivo de lo que decimos el que las mociones abolicionistas relativas a delitos concretos fuesen apoyadas con entusiasmo por aquellos grupos sociales a quienes precisamente venían a proteger en primer grado, como fue el caso de los hurtos en los lavaderos de telas y talleres de impresión sobre algodón¹².

No nos resistimos a transcribir las palabras de Koestler describiendo los términos en los que se mantiene a lo largo de toda la centuria la cuestión de la pena de muerte en particular y de las leyes penales en general: «Cuando los progresos sociales se adelantan a la ley, de tal manera que las penas propuestas parecen ante la opinión pública desproporcionadas por su severidad, los jurados comienzan a vacilar antes de pronunciar un veredicto de culpabilidad. El sobreseimiento y el indulto, en lugar de ser manifestaciones excepcionales de piedad, se convierten en regla. De este modo se ejecuta una leve proporción de sentencias, y la amenaza que ellas representan pierde

¹¹ Tuttle, *The Crusade against...*, cit., pág. 4.

¹² Es el caso de los hurtos en las fábricas de tejidos de algodón por los propios empleados en ellas. Quienes habían conseguido en que a éstos se les castigase con la pena de muerte, pidieron después su sustitución por otra más leve que fuera susceptible de ser impuesta por los jueces, y en consecuencia intimidase a los hurtadores. Véase Radzinowicz, *A History of English Criminal Law...*, cit. pág. 727-732.

eficacia. No hay más que dos formas de resolver la cuestión: o bien hacer la ley de manera que "el castigo esté en proporción al delito", o bien aumentar, a la vez, el terror y la amenaza, así como el rigor en la aplicación de la ley¹³.

Ambas alternativas están presentes constantemente hasta la definitiva abolición de la pena capital, mereciendo ser constatado que la última de ellas es la elegida y defendida sistemáticamente por el poder, y la primera, por los partidarios de hacer avanzar a la legislación penal al paso del progreso de la humanidad.

Con lo hasta ahora dicho creemos haber expuesto suficientemente el punto de partida de lo que Elisabeth Tuttle ha llamado justificadamente la «Cruzada» contra la pena capital en Gran Bretaña. De entonces hasta la ley de 1957 han transcurrido siglo y medio. En todo este tiempo se han marcado importantes etapas, cuya exposición no es éste el momento de hacer, y que, por otra parte, se hallan apasionadamente analizadas por la publicista británica antes mencionada, y a la cual nos remitimos ahora. Dedicaremos los capítulos siguientes al análisis de la última etapa de la historia de la pena de muerte en Inglaterra: desde la *Homicide Act* de 1957 hasta la abolición total de diciembre de 1969.

2. El «Law of Murder» en la década de 1940

Cuando en 1949 se constituye en Gran Bretaña la Royal Commission on Capital Punishment, la pena de muerte estaba prevista para los delitos siguientes:

¹³ Koestler, op.cit., pág. 49.

- Asesinato (*murder*) en *The Offences Against the Person Act*, 1861.
- Incendio o destrucción de barcos y astilleros de Su Majestad, en la *Dockyards... Protection Act*, 1772.
- Piratería con violencia, en la *Piracy Act*, 1837.
- Alta Traición, en la *Treason Act*, 1814.

El carácter obsoleto de los tres últimos delitos¹⁴ hace que toda la polémica sobre la pena de muerte esté centrada sobre el *Law of Murder*. Por ello es necesario que hagamos una breve síntesis de la legislación correspondiente, tomando como punto de partida las condiciones en que ésta se encontraba con anterioridad a la *Homicide Act* de 1957.

La legislación represiva de los delitos contra la vida en Gran Bretaña presentaba en 1956 todas las características del tradicional derecho anglosajón: dispersión de fuentes, imprecisión de conceptos en los estatutos, remisión obligada al mar revuelto de los *stare decisis*, etc. Pero los problemas planteados no eran sólo de carácter técnico, y el monografista del tema, Gilbert Marc¹⁵, lo valora así: «el derecho inglés del homicidio, tal como existía hace sólo algunos años, no evocaba ni el Derecho penal moderno ni el Derecho penal clásico tal como se encuentra en el Código francés de 1791, sino el Derecho penal del Antiguo Régimen, dirigido exclusivamente hacia la expiación y la ejemplaridad».

¹⁴ Si exceptuamos las condenas por asesinato (*Murder*), desde 1860 no ha habido en Inglaterra ejecuciones capitales más que las dictadas por el delito de traición, y éstas con ocasión exclusivamente de las dos guerras mundiales. Véase Joyce, *The Right to Life*, Londres, 1962, pág. 106.

¹⁵ Véase Marc, *L'Homicide en Droit Anglais depuis la Loi de 1975*, París, 1966, pág. 9.

El homicidio admite dos formas: *murder* y *manslaughter*, su traducción aproximada sería asesinato y homicidio, respectivamente. Una definición por todos aceptada es la ofrecida por el clásico británico Lord Coke¹⁶: «Cuando una persona con uso de razón mata antijurídicamente a una criatura racional viviente, y bajo la paz de Su Majestad, con malicia premeditada (*malice aforethought*), explícita o implícita, y la muerte se produce en el plazo de un año y un día (desde la agresión)». Se castigaba con la pena de muerte por ahorcamiento, establecida como pena única y automática. *Manslaughter* es «la muerte antijurídica de una persona por otra, sin malicia premeditada» (*malice aforethought*)¹⁷.

Es, pues, la *malice aforethought*¹⁸ —que provisionalmente podemos traducir por premeditación— el elemento que delimita las fronteras entre asesinato (*murder*) y homicidio (*manslaughter*). Ahora bien: si en nuestro Derecho el concepto de premeditación tiene contornos poco precisos, en el Derecho inglés es un auténtico saco sin fondo. Si proyectamos la *malice aforethought* sobre las formas de culpabilidad en nuestra legislación penal, podría asimilar sin dificultad no sólo el dolo que integra la figura de asesinato, sino también lo que se corresponde con el dolo directo en el homicidio, e inclusive, en determinados supuestos, y a través de presunciones (*constructive malice*) establecidas por estatutos y *stare decisis*¹⁹, lo que denominados dolo eventual.

¹⁶ Lord Coke (s. XVII), recogida en Archbold, 38 ed., Londres, 1973, pág. 908, párrafo 2463.

¹⁷ Archbold, pág. 942, párr. 2531.

¹⁸ Sobre la *malice aforethought*, véanse Marc, *op. cit.*, págs. 29-57; Prevezzer, en *Introduction au Droit Criminelle de l'Angleterre*, dirig. por Ancel y Radzinowicz, París, 1959, págs. 103-115; Smith & Hogan, *Criminal Law*, Londres, 1973, págs. 225 y 245.

¹⁹ Para Jiménez de Asúa, la *constructive malice* recuerda con perfiles casi idénticos al *versari in re illicita*. Véase *Tratado*, V, págs. 709-710.

Pero la represión del asesinato merece aún una mayor reprobación, como consecuencia de que para la determinación de la imputabilidad se aplican, en esa época, las llamadas reglas *M'Naghten*. Por éstas, la definición de la anormalidad mental se realiza con unos criterios absolutamente estrechos, que se encontraban en contradicción con los más elementales conocimientos médicos, no sólo de la época, sino del mismo siglo XIX. La crítica más descarnada, y a la vez certera, que conocemos se haya hecho de las mismas corrió a cargo de Arthur Koestler, quien, en sus *Reflections on Hanging* de 1955, no encontraba dificultad alguna para llegar a considerar penalmente imputable a cualquier animal, siguiendo escrupulosamente los criterios de las *M'Naghten rules*²⁰.

El reo de asesinato (*murder*) sólo podía sustraerse a la inexorable condena capital si no tuviese más de dieciocho años de edad, o si se tratase de una mujer embarazada²¹, o bien porque alcanzase la «Gracia de su Majestad»²².

Así, pues, el delito que por su gravedad —aplicación automática de la pena de muerte— era el más necesitado de precisión en su definición era el más oscuro y abierto de todo el *Criminal Law* británico. Sólo este delito basta para justificar la valoración de Gilbert Marc transcrita anteriormente.

²⁰ Koestler, *Reflexiones sobre la horca*, trad. cast., en Koestler-Camus, *La pena de muerte*, Buenos Aires, 1972, págs. 61-67; y sobre el origen de dichas reglas, véase el cap. III: «El precedente sin precedentes», págs. 69-83.

²¹ Según *The Children and Young Persons Act*, 1933, secc. 53, y *Sentence of Death (Expectant Mothers) Act*, 1931, Secc. 1, véase Archbold, pág. 407, párr. 691, y págs. 357-358, párr. 639.

²² Sobre el uso de ésta, véase Cristoph, *op. cit.*, págs. 24-25.

Esta era la situación frente a la que se alzaron los resultados de la Royal Commission on Capital Punishment. Los años siguientes conocen una ampliación movilización contra la pena de muerte en todos los terrenos: político, científico, cultural, etc. En ella destacan personalidades como el propio Koestler y sus *Reflections on Hanging* (1955); el que fue presidente de la Royal Commission, Sir Ernest Gowers y su *Alife for Alife* (1956); Gerald Gardiner, *Capital Punishment as a Deterrent: and The Alternative* (1955). El papel de las organizaciones fue no menos importante: por ejemplo, la *Howard League for Penal Reform*, el *National Council for The Abolition of The Death Penalty*, la *National Campaign for The Abolition of Death Penalty*, etc.

Los hechos, por su parte, fueron no menos tozudos. Los casos Evans-Christy y Ellis conmovieron a la opinión, contribuyendo a arrebatar apoyos a la pena de muerte²³.

Sobre la base de la transformación producida en la opinión por todo lo anterior, Sidney Silverman continuó en el Parlamento su acción iniciada en 1948 por la abolición de la pena capital. La polémica parlamentaria en ambas Cámaras llegó a un auténtico callejón sin salida, incidiendo en ello factores políticos de diversa índole: Gobierno laborista con débil mayoría parlamentaria, proximidad de elecciones generales, división tajante respecto de la cuestión entre los bloques parlamentarios de los dos grandes partidos, oposición entre una y otra cámara, etc²⁴ y así, como de todos los cul

²³ Sobre éstos, véase Joyce, *The Right to Life*, Londres, 1962, págs. 108 y sigs.

²⁴ Véase sobre todo esto el interesante estudio sociológico-político sobre el origen de la *Homicide Act*, 1957, de James Cristoph, *Capital Punishment and British Politics*, Londres, 1962.

de sac políticos, se salió del paso con una solución de compromiso: El Gobierno se comprometió a redactar un proyecto de ley que, si bien no suprimiría la pena de muerte, reduciría considerablemente las posibilidades de su aplicación. Este proyecto se convirtió el 21 de marzo de 1957 en el *Homicide Act*.

3. El «Homicide Act» de 1957

La solución dada por el Gobierno fue una solución intermedia, si de intermedio puede hablarse cuando los extremos son la vida y la muerte. Se trató, por una parte, de distinguir asesinatos más o menos graves, y por otra, de suavizar las presunciones de culpabilidad (*constructive malice*) y modificar los criterios de definición de la imputabilidad (reglas *M'Naghten*).

Sólo determinados tipos de asesinato serían incriminados con pena de muerte, los *capital murders*, si bien seguiría como pena única. El resto de asesinatos —*non capital murders*— serían castigados con la pena de cadena perpetua (*life imprisonment*). La distinción de dos grados de asesinato podría haber sido un avance si se hubiese establecido en función de una mayor o menor intensidad de culpabilidad. Pero no se hizo conforme a este criterio, sino en base a criterios objetivos.

Los asesinatos que se reputarán capitales son los siguientes:

1. Los que se cometan con motivo u ocasión (*in the course of furtherance*) de un robo. Secc. 5 (1) (a).
2. Los cometidos por medio de arma de fuego o explosión. Secc. 5 (1) (b).
3. Los que se realicen al resistirse a una detención o realizando una fuga. Secc. 5 (1) (c).

4. Cualquier asesinato de un oficial de policía en ejercicio de sus funciones o de una persona que le esté ayudando a cumplir su misión. Secc. 5 (1) (d).
 5. Los de oficiales de prisiones y sus ayudantes cometidos por presos que lo sean en el momento en que se realiza un asesinato. Secc. 5 (1) (e).
 6. Aquellos asesinatos que se cometen por personas que hayan sido condenadas previamente por el mismo delito. Secc. 6 (1).
- Junto a esto, la Ley del 57 realiza otras importantes modificaciones en el tradicional *Law of Murder*.

Abole la *constructive malice*, principio según el cual se reputaba *murder* la muerte de una persona causada con motivo u ocasión de cualquier delito, aun sin intención de causarla. Secc. 1 (1).

Suprime las reglas *M'Naghten* e introduce el concepto de *diminished responsibility*, en cuya virtud se excluye la responsabilidad criminal de aquellas personas que padezcan una anomalía mental suficiente para alterar de manera sustancial su responsabilidad. Secc. 2.

Se introduce la provocación como atenuante, siendo el jurado el competente para decidir si el acusado se comportó o no «como un hombre razonable». Reduce la calificación de asesinato (*murder*) a la de homicidio simple (*manslaughter*).

Por último, excluye de la calificación de asesinato —que hasta entonces se daba— a las muertes producidas con motivo de un «pacto de suicidio». Secc. 4²⁵.

²⁵ Puede consultarse el texto de la ley en Cristoph, *op. cit.*, apéndice I.

El *Homicide Act* no abole, pues, la pena de muerte, pero reduce considerablemente las posibilidades de su aplicación.

10. Desde el «Homicide Act» hasta el «Murder (Abolition Death Penalty) Act» de 1965

Si frente a la abolición de la pena de muerte la opinión estaba dividida, ante la Ley de 1957, ésta se unificó. La «solución de compromiso» a nadie llegó a satisfacer. Su aplicación práctica no hizo sino avivar las críticas.

El único aspecto positivo que se la reconoce es de haber reducido sensiblemente el número de ejecuciones: durante la década 1945-1954 fueron ejecutadas —bajo la jurisdicción ordinaria— 775 personas, una media anual de 77. Mientras que durante los ocho años siguientes, al *Homicide Act* (1957-1964) se verificaron tan sólo 29 ejecuciones, lo que supone aproximadamente una media de tres al año, correspondiendo sólo dos a cada uno de los dos últimos (1963-1964)²⁶.

Las críticas negativas estribaron en lo siguiente:

- a) Incoherencia de las soluciones a que se llegaron: La distinción entre asesinatos capitales y no capitales, al hacerse sobre bases objetivas y no sobre el nivel de culpabilidad, se reveló cada vez más absurda. Joyce²⁷ expone estos ejemplos: un hombre que, con premeditación, mata empleando veneno, comete un *no capital murder*, pero si mata a otro en un duelo con pistola, va

²⁶ Véase Hart, *Punishment and Responsibility*, Londres, 1968, págs. 70 y 246-247, para ambos períodos respectivamente.

²⁷ Véase Joyce, *op. cit.*, págs. 115-116.

directamente a la horca. Si un hombre, para detener a su mujer, que, tras una vida conyugal tormentosa, quiere abandonar el hogar, emplea el objeto que tiene más a mano, y éste es una navaja, y con ella le produce la muerte, es un homicidio (*manslaughter*) o asesinato (*murder*) no capital, en razón de que quisiera o no matarla. Pero si el objeto que tuvo más a mano fue una pistola, será un asesinato capital. Por otra parte, describe así las representaciones que ha de hacerse una persona que allana una morada y piensa en la posibilidad de tener que matar a alguien: me colgarán si robo, pero no si secuestro; seré ejecutado si ataco a alguno con una pistola o un explosivo, pero no lo seré si lo realizo con un hacha. En tales condiciones resulta obvio que la inoperancia intimidante de la pena es manifiesta.

- b) Otra fuente de críticas contra el *Homicide Act*, y contra la pena de muerte en general, es el ejercicio del derecho de gracia (*Her's Majesty Prerogative of Mercy*). La muerte o la vida del condenado no la decide en último término ni la ley, ni los jueces, ni el jurado, sino el Secretario de Estado (*Home Secretary*), quien, por delegación de la Corona, roma, secretamente, la decisión de ahorcar o no, siendo éste uno de los muy pocos asuntos respecto de los cuales no le son exigibles explicaciones por el Parlamento. De los 29 asesinos condenados a muerte tras 1957 fueron ejecutados 16, siéndoles al resto conmutadas las penas (*reprieved*) por cadena perpetua. ¿Cuáles fueron los motivos que decidieron a los sucesivos secretarios de Estado a llevar a la horca a unos condenados y a otros no? Esta pregunta, realizada por Silverman con ocasión de cada ejecución, jamás obtuvo respuesta. ¿Qué asesino

puede, en estas condiciones, ser intimidado por la «seguridad» de que será privado de la vida?

Pero lo que sin duda se convirtió en factor decisivo para continuar los pasos adelante en el camino de la abolición de la pena capital, fue que la constatación de que la restricción de su empleo no afectaba al índice de asesinatos que llegan a conocimiento de la policía²⁸.

Los representantes parlamentarios del oscurantismo británico habían profetizado que no sólo la abolición, sino todo lo que no fuese endurecer el Derecho penal y extender la pena de muerte a más delitos constituiría una provocación a delinquir, una invitación a matar. Auguraban que se desatarían los instintos de todos aquellos a quienes —en el argumento de John Stuart Mill²⁹— la amenaza de la pena de muerte había intimidado hasta ahora, y cuyo número adivinaban ingente.

Pero a pesar de las conclusiones favorables a las tesis abolicionistas que se derivaban de lo dicho, la Cruzada contra la pena capital no dejaba de tener frente a sí un enemigo poderoso, tanto en los medios políticos como con relación a la opinión pública. Lo que a continuación exponemos puede darnos una idea de estas dificultades.

En la primavera de 1960, el periódico *News Chronicle* recogía los resultados de una encuesta del Instituto Gallup, que arrojaba los siguientes datos: un 78 por 100 de los entrevistados quería una

²⁸ Véase el cuadro estadístico. El número de asesinatos, calificados conforme a los criterios utilizados antes de la Ley de 1957, no sólo no se incrementó, sino que se redujo desde 1958 a 1961, fechas durante las que se produjeron esos movimientos.

²⁹ Una reproducción de la página del *Hansard* donde se recogen las palabras de J. S. Mill defendiendo la pena de muerte con dicho argumento, con ocasión del debate sobre el Proyecto de Ley de Prisiones en 1868, puede verse en la obra de Joyce citada, pág. 105.

vuelta a los castigos corporales para los delitos más graves; el 74 por 100 deseaba que se concediese a los jueces mayores facultades para ahorcar; el 75 por 100 creía que tanto la horca como el látigo eran poderosos medios intimidatorios³⁰.

Estos datos —dice Joyce— no pueden sorprendernos, pues son el reflejo de la *social malaise*, que es una parcela del problema de la pena de muerte, y, a la vez, consecuencia de su mantenimiento. Una vez más, los responsables del retraso de la conciencia social utilizan ésta como soporte de sus argumentos contra el progreso ético de la comunidad. Si es una ley histórica constatable la de que, en general, el progreso de la legislación se produce como consecuencia de la presión ejercida por la mayoría de los ciudadanos, el particular área de la justicia penal que nos ocupa, el de la abolición de la pena de muerte, es una excepción a esa regla, y su consecución habrá de pasar en Inglaterra, como en los Estados Unidos, por encima de la opinión pública³¹.

Los resultados de la encuesta mencionada motivaron una solicitud por parte del Secretario de Estado al Advisory Council on the Treatment of Offenders para que dictaminara sobre «si había fundamento para reintroducir alguna forma de castigo corporal como pena criminal», pues «parecía haber un considerable apoyo en el Parlamen-

³⁰ La pena de azotes no había sido abolida sino en 1948, por la *Criminal Justice Act* (Sec. 2). Pero como sanción disciplinaria en las prisiones no desaparecerá hasta 1967 (*Criminal Justice Act*, Sec. 65). Véase sobre todo esto, Joyce, *op. cit.*, págs. 130-133, donde pueden encontrarse interesantes datos acerca del carácter criminógeno de los castigos corporales.

³¹ Véase Midgley, «Public Opinion and Death Penalty in South Africa», en *British Journal of Criminology* 14 (1974), págs. 345-358. Sobre el problema de legislar contrariamente a la voluntad general en este tema, véase Harremoës, «Política criminal y Derecho penal», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, fascículo 1, págs. 152 y s.

to y en el país» para una medida en tal sentido. Pero la respuesta de este consejo consultivo fue unánime y contundente, informando en sentido negativo a la propuesta. Lo tajante de esta respuesta, junto con las protestas dentro del país, y las llegadas a éste de organismos oficiales de otros Estados europeos permitió dar un importante paso adelante en el proceso de la reforma penal, pues contribuyó no sólo a aislar a los parlamentarios de opiniones regresivas en el campo de la represión sino también a hacer evolucionar a los hasta ahora vacilantes en un sentido positivo para la abolición de la pena de muerte.

La ocasión fue aprovechada por los líderes de la National Campaign for the Abolition of Capital Punishment, quienes organizaron múltiples movilizaciones en la prensa, medios científicos y culturales y en la misma calle. Todo lo cual permitió plantear de nuevo la batalla en el Parlamento con nuevas fuerzas. En la medida de que las alternativas en la polémica habían dejado de ser pena de muerte sí o no para convertirse en un debate sobre si avanzar en la humanización del Derecho penal —lo que implicaba la abolición de la pena de muerte— o regresar al más negro primitivismo británico, las opiniones intermedias, conciliatorias de las dos alternativas anteriores, pasarían a apoyar la alternativa progresista.

Sería una vez más el diputado laborista Sidney Silverman, a cuya persona está ligada de forma preeminente la lucha contra la pena capital a partir de la Segunda Gran Guerra, quien, haciendo uso del llamado «derecho de los diez minutos»³², presentó una moción por

³² Todo miembro del Parlamento tiene derecho a intervenir durante diez minutos sobre cualquier tema de su interés.

la que se proponía la abolición de la pena de muerte. Daba origen así a la última etapa de la cruzada abolicionista. Tras varios meses de enconadas discusiones y de «raqueto» entre ambas Cámaras, para cuya relación nos remitimos a Dawtry³³, el 28 de octubre de 1965 la Cámara de los Comunes aceptaba la última de las tres enmiendas que habían sido propuestas por la Cámara de los Lores al *Murder (Abolition Death Penalty) Bill*.

Convertido en ley con fecha 9 de noviembre de 1965, suprimía la pena capital del catálogo de las penas de Inglaterra, Gales y Escocia³⁴, si bien, por imposición de la Cámara de los Lores, se incorporaban las siguientes importantes precisiones:

1. La abolición se aprobaba para un período experimental de cinco años, que había de expirar el 31 de julio de 1970. Si el Parlamento en ese tiempo no dispusiere otra cosa, la pena de muerte recobraría automáticamente su vigencia junto con toda la Ley de 1957, Secc. 4. Esta limitación es, desde un punto de vista legislativo, absurda, pues no hay nunca obstáculo alguno para que, una vez que se ha comprobado la inconveniencia de una ley, se promueva su derogación. Esta restricción condicionada de la vigencia de la ley obedece a las reticencias de algún sector, especialmente de la Cámara Alta, que no estaba convencido de la ausencia de dependencia entre pena de muerte y criminalidad de sangre. Al aceptar los abolicionistas esto, consiguieron hacer

llegar más cerca de la abolición a estos sectores, sin perder el objetivo fundamental³⁵.

2. La pena con que se sustituye a la de muerte es la de cadena perpetua (*Life imprisonment*)³⁶. Ahora bien: al tomar en consideración el que esta pena era de hecho de una duración indeterminada, cuya definitiva extensión restaba en manos del Secretario de Estado³⁷, la Cámara de los Lores intentó limitar las amplias facultades de éste para otorgar la libertad condicional, imponiendo las exigencias siguientes: 1) que el Tribunal que condene a una persona por asesinato pueda recomendar qué período de tiempo mínimo de reclusión considera que debe cumplir antes de que le pueda ser concedida la libertad condicional (Sec. 1, 2f); y 2) que el secretario de Estado debe oír al Lord Chief Justice, junto con el Tribunal sentenciador, si esto es posible, antes de poner en libertad al condenado por asesinato (Sec. 2). Como puede deducirse, ni una ni otra previsión compelen de forma rígida al Secretario de Estado, sino que se limitan a hacer una cierta presión sobre el mismo³⁸. La razón de este intento de limitación de facultades estriba en la necesidad —sentida por algunos— de tranquilizar a la opinión pública, asegurándole que el asesino no estará «en dos días» en la calle. Cross dice, irónicamente, que al parecer el hombre de la calle está dotado de una cierta desconfianza respecto del

³³ Dawtry, «The Abolition of the Death Penalty in Britain», en *British Journal of Crim.*, vol. VI, 1966, págs. 183 y sigs.

³⁴ Sobre Irlanda del Norte, véase más adelante.

³⁵ Véase Dawtry, *op. cit.* págs. 183-184.

³⁶ Sobre el problema de la alternativa a la pena de muerte, véase Blom-Cooper, «Penalty for Murder» en *British Journal of Crime*, vol. 13, 1973, págs. 188 y sigs.

³⁷ Cf. Archbold, *cit.*, 1973, págs. 378 y sigs. y 665; Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, pág. 248.

³⁸ Hart, *op. cit.*, pág. 248.

ejecutivo, probablemente mayor que la que se siente respecto de los jueces³⁹.

La pena de muerte fue abolida en estas condiciones, con la siguiente correlación de fuerzas en las Cámaras: en los Comunes, 335 votos contra 170, y en la de los Lorens, 169 frente a 75⁴⁰.

A partir de este momento, con excepción de esporádicas propuestas de reinstauración para asesinatos de policías y funcionarios de prisiones, motivadas por hechos de esta índole, la opinión pública, los políticos y los especialistas se limitan a mantener fija su atención sobre los datos estadísticos. El plazo de los cinco años era considerado como un auténtico reto a los abolicionistas, se trataba de poner a prueba la tesis más fundamental de los reformadores: «La existencia o supresión de la pena capital no tiene efectos perceptibles sobre los índices anuales de asesinatos».

11. Abolición definitiva de la pena de muerte en 1969

Los resultados proporcionados por el informe del Departamento de Estadística del Ministerio del Interior sobre los años 1957-1968, preparado por Gibson y Klein y que sirvió de base para los debates parlamentarios, son los siguientes:

³⁹ Véase R. Cross, «Penal Reform in 1965. A mass of Unexplained and Unfounded Assumptions», en *Criminal Law Review*, 1966, págs. 184-187.

⁴⁰ En las votaciones se siguió el sistema de *free vote*, por considerarse que el problema era de la responsabilidad moral de los diputados, no debiendo estar en ello limitados ni por el programa de su partido y ni siquiera por la opinión de sus representados. Véase Dawtry, *op. cit.*, pág. 183.

Núm. de víctimas			Núm. por millón de habitantes en Inglaterra y Gales	
	Murders	Manslaughter S. 2*	Murders	Manslaughter S. 2**
1957	135	22	3,0	3,5
1958	114	29	2,5	3,2
1958	135	21	3,0	3,4
1960	123	31	2,7	3,4
1961	118	30	2,6	3,2
1962	129	42	2,8	3,7
1963	122	56	2,6	3,8
1964	135	35	2,8	3,6
1965	135	50	2,8	3,9
1966	122	65	2,5	3,9
1967	154	57	3,2	4,4
1968	148	57	3,0	4,2

Homicidios Normales Murders			Total Murders y manslaughter S. 2	
	Núm.	%	Núm.	%
1957	100	63,7	57	56,3
1958	96	67,2	47	32,8
1958	99	63,5	57	36,5
1960	103	66,9	51	33,1
1961	94	63,5	54	36,5
1962	115	67,3	56	32,7
1963	119	66,9	59	33,1
1964	94	55,3	76	44,7
1965	168	58,4	77	41,6
1966	99	53,0	88	47,0
1967	121	57,3	90	42,7
1968	109	53,2	96	46,8

* Son aquellos homicidios que con anterioridad a 1957 hubieran sido considerados murders.

** Ibidem.

El número de *murders* y *manslaughter*, Sec. 2., que llegan a conocimiento de la policía presenta una tendencia de signo creciente a lo largo de todo el período 1957-1968. E inclusive a lo largo de todo el siglo⁴¹⁴².

Dentro del período hay años en los que no sólo no se produce un incremento con respecto al año anterior, sino, inclusive, una disminución. Así, por ejemplo, con relación sólo a los asesinatos (*murder*) en el año siguiente a la abolición (1966) se producen 13 menos que en el anterior.

Con relación a los *normal murder*⁴³, es de resaltar que el año en que se produce el mayor incremento con relación a los anteriores, dentro de todo el período 1957-1968, es 1964, durante el cual no sólo se mantenía la pena capital en la letra de la ley, sino también en su práctica, habiéndose ejecutado dos condenas a muerte.

Por otra parte, con relación a los asesinatos para los que en la Ley de 1957 se preveía la pena de muerte (*capital murder*) es notable el hecho de que el año en que se produce un incremento más elevado es 1965 (en el cual se mantiene la pena capital hasta el mes de noviembre), 13 más que en 1964, en el que se produjeron 17.

⁴¹ Para los datos estadísticos y su valoración, véase H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., págs. 268 y sigs. La fuente de los mismos se encuentra en Gibson y Klein, *Murder 1957 to 1968*, H.M.S.O., Londres, 1969.

⁴² Véase cuadro I; véase también Ashworth, «A Short Note on The English Murder Rate», en *Crim. Law Rev.*, 1969, págs. 652-653.

⁴³ Por ellos se entienden los que no han sido cometidos por dementes, o en cuyos autores no se han suicidado tras cometerlos. Este criterio de selección es de primera importancia, pues son los únicos «asesinos» susceptibles de ser intimidados por la amenaza de la pena capital. Véase Hart, *op cit.*, pág. 269. Véase también cuadro 2.

En su informe, Gibson y Klein consideran que el alza brusca en los *capital murders*, tanto normales como no, comienza en 1964. Si bien en 1965 y 1966 el incremento anual de los *capital murders* normales es más amplio que en los años anteriores, mientras que el número de los no normales y no capitales decrecen en ambos años.

Es también notable que el número de *capital murders* no normales está en mayor proporción que los normales en seis del total de doce años analizados (1959, 1961, 1962, 1965, 1967 y 1968), siendo muy significativo que la categoría más amplia de *capital murders* sea la de aquellos cometidos por arma de fuego seguida de suicidio.

También es de mencionar el hecho de que algunos índices que se producen en Inglaterra y Gales no se producen en Escocia en el mismo año con igual intensidad, llegando en algunos casos a seguir tendencias opuestas.

Extremadamente útil es poner en relación los índices de asesinatos (*murders* y s. 2 *manslaughter*) con los índices de evolución de los delitos contra las personas llegadas a conocimiento de la policía: En 1957 se produjeron 244 delitos contra las persona por cada millón de habitantes, mientras que en 1968 se produjeron 655 (300 por 100 de incremento), pero el porcentaje de incremento en cada uno de los años 1965-1968 sobre los años anteriores fue menor que el que corresponde a todos los años 1957 a 1964 (con excepción de 1962). No puede afirmarse en consecuencia que la supresión de la pena capital haya constituido un factor que haya incrementado el índice anual de los delitos contra las personas.

Un análisis de una parcela importante de estos delitos, las lesiones dolosas (*malicious wounding*) ofrece los siguientes resultados: El

porcentaje medio anual del período 1965-1968 representa un 55 por 100 de incremento sobre la cifra media de los años 1960-1964. Pero esto no puede ser base para considerar criminógena a la abolición, pues en los años 1960-1964 el incremento respecto de los cinco años anteriores (1955-1959) fue superior: del orden del 86 por 100.

Como consecuencia de este análisis estadístico transcribimos —haciéndolas nuestras— unas palabras del secretario de la Howard Leage for Penal Reform, Hugh Klare, en su artículo, de evocador título, «Post Mortem on Hanging»: «Se ha puesto claramente de manifiesto que no hay relación directa de causa a efectos entre la tasa de asesinatos y la pena capital... Los factores culturales, sociales y psicológicos son más importantes que la naturaleza del castigo, el cual es, en cualquier caso, severo»⁴⁴.

Los análisis de los datos estadísticos fueron la base fundamental de la decisión de ambas Cámaras, si bien es verdad que no todas las interpretaciones fueron coincidentes. Otros factores coadyuvaron también a la abolición: Si el *Murder (Abolition Death Penalty) Act* 1965, no se convertía en definitivo, se volvía automáticamente al *Homicide Act*, 1957, y si la abolición tenía oponentes, la Ley de 1957 carecía de un solo partidario. Así se hizo posible el que la correlación de fuerzas entre los Comunes y los Lores se convirtiese en favorable a la supresión de la última pena en el *Law of Murder*. En los Comunes se pronunciaron contra la pena capital 343 miembros frente a 185, y en la Cámara de los Lores, 220 frente a 174.

⁴⁴ Klare, «Post Mortem on Hanging», en *British Journal of Criminology*, 1970, vol. 10, pág. 186.

Así, pues, el 19 de diciembre de 1969 la pena de muerte quedaba abolida para el delito de asesinato en Inglaterra, Gales y Escocia⁴⁵.

12. Los estatutos obsoletos

Un análisis del proceso de abolición de la pena de muerte en Gran Bretaña no puede concluir sin mencionar —a pesar de su carácter obsoleto— los estatutos del Common Law, que aún mantienen su vigencia formal después de 1969: *Dockyards... Protection Act*, 1772; *Treason Act*, 1790 y 1814, y *Piracy*, 1837.

1. *Dockyards... Protection Act* 1772. Este estatuto, destinado a proteger la potencia naval británica, castigada con la pena de muerte los incendios y otros daños que se causaren en barcos, muelles y arsenales «de su Majestad» (Sec. 11 [2]).

Ahora bien: como consecuencia del movimiento codificador que se está produciendo en Gran Bretaña desde hace unos años, en 1971 se refundieron y modificaron todos los estatutos de *Common Law* y leyes más recientes, relativas a los delitos de daños, por la *Criminal Damage Act*⁴⁶.

2. *Piracy Act*, 1837. Son varios los estatutos que definen y castigan la piratería. Por ejemplo: *Piracy Act*, 1668, 1721 y 1837, e incluso se contienen referencias en la *Slave Trade Act*, 1824 y 1873. También es de aplicación la Convención de Tokio, ratificada y homologada por la *Tokyo Convention Act*, 1967.

⁴⁵ Para el caso de Irlanda del Norte, véase más adelante.

⁴⁶ Véase Smith & Hoogan, *Criminal Law*, Londres, 1973, pág. 546; Samuels, «The Criminal Damage Act, 1971», en *Criminal Law Review*, 1971, págs. 559 y sigs.

Sólo una categoría particular de piratería es castigada con la pena de muerte: La piratería con violencia, definida en la *Piracy Act*, 1837, Sec. 2, si bien la descripción de este concepto es tan amplia que difícilmente es concebible un acto de piratería que no sea subsumible en el precepto: «Cualquiera que intente cometer, o durante la comisión o inmediatamente después de realizar un delito de piratería contra cualquier barco, y ataque con intención de matar, a cualquier persona que se encuentre a bordo, o que pertenezca al barco, o hiera o lesione a estas personas, o realice cualquier acto antijurídico por el cual se ponga en peligro la vida de estas personas, será reo de delito, y una vez condenado sufrirá la muerte»⁴⁷.

No nos ha sido posible determinar cuándo se han ejecutado penas de muerte por última vez en virtud de este estatuto. Si la afirmación de Joyce es cierta, no se habrán llevado a efecto ejecuciones desde 1860⁴⁸.

3. Por último, hemos de hacer referencia al *Treason Act*, 1814, que castiga todos los casos de alta traición con la pena de «ser colgado por el cuello hasta morir»⁴⁹.

El delito de alta traición está concebido de forma muy amplia

por los diversos estatutos que lo sancionan y así, en ellos, se definen como constitutivo de tal, conductas que van desde el asesinato del rey, o «imaginar» la muerte del mismo, pasando por la violación de la «compañera» (*companion*) de aquél, o de su hija primogénita soltera, hasta el levantamiento en armas contra la Corona y el prestar ayuda (*aid and comfort*) a sus enemigos en territorio de Inglaterra⁵⁰. Por el delito de alta traición se han producido ejecuciones durante y después de las dos guerras mundiales, y sólo con motivo de ellas⁵¹.

13. La pena de muerte en Irlanda del Norte

La región de Ulster está situada en principio al margen del *realm* de su Majestad, es una región autónoma. Las leyes que han jalonado el proceso de abolición de la pena capital han afectado tan sólo a Inglaterra, Gales y Escocia, Irlanda del Norte posee una más amplia autonomía que las dos últimas regiones, como consecuencia de la especial configuración política que se derivó de la independencia de Eire. En virtud de la *Government Ireland Act* de 1920, sección cuarta, el Parlamento del Ulster tiene poder para mantener o abolir la pena de muerte, pues tiene autonomía para legislar con independencia de lo que decida el Parlamento de Westminster en todo tipo de asuntos penales que no sean materias especialmente reservadas, como la traición, la falsificación de moneda y delitos contra el servicio de correos. Posteriormente, en 1945, la *Northern Ireland (Misc-*

⁴⁷ Véase *Archbold*, cit., 1973, Sec. 3.602, pág. 1205. Es curioso el que haya mantenido en vigor esta pena, ya que todas las penas establecidas en los anteriores estatutos de piratería han sido sustituidas por la de cadena perpetua por la *Criminal Justice Act* de 1948.

⁴⁸ Joyce dice que «desde la década en 1860 no ha habido más ejecuciones capitales que para los delitos de asesinato (*murder*), con excepción de las ejecuciones por alta traición durante y después de las dos guerras mundiales» (véase *The Right to Life*, Londres, 1962, pág. 106).

⁴⁹ *Treason Act*, 1814, Sec. 1: «... any person convicted or adjudged guilty shall be that such person shall be hanged by the neck until such person dead», recogido en *Archbold*, cit., 1973, Sec. 3.008, pág. 3010.

⁵⁰ Véase textos en *Archbold*, cit., 1973, págs. 1184 y sigs.

⁵¹ Véase Joyce, *op. cit.*, loc. ult. cit.

llaneous Provisions) Act otorga capacidad absoluta al Parlamento de Stormont para legislar en materia penal.

A diferencia del inglés, en el Parlamento de Stormont no se discutió una sola vez el problema de la pena de muerte desde la inauguración en 1922 hasta 1956. Esto se debe, al decir de Edwards, no a apatía respecto al problema, sino a la situación permanente de tensión y violencia en que viven las seis provincias del Norte, como consecuencia de las secuelas de la guerra de independencia⁵².

El argumento esgrimido por los partidarios del mantenimiento de la pena capital es un argumento político: consideran que la situación de permanente tensión y violencia que sufre el país derivada de la existencia de grupos nacionalistas armados hace que la situación sea aquí radicalmente diferente de la de Inglaterra, apareciendo la pena capital como un imprescindible instrumento disuasorio y de equilibrio político.

La realidad del Ulster de nuestros días es la más trágica y contundente negación que pueda darse de la validez de la pena de muerte como medio intimidatorio, especialmente frente a movimientos políticos. Cuando los motivos que impulsan el actuar del hombre tiene sus raíces en las convicciones políticas, la amenaza de la pena de muerte no sólo no es un factor disuasorio, sino, por el contrario, de afirmación de los autores en sus propias ideas.

Si nuestras noticias son ciertas, la pena capital no se ha llegado a ejecutar en los últimos años. Así, por ejemplo, el asesino de un

policia fue condenado en 1973 a la pena capital. La sentencia fue, sin embargo, conmutada por cadena perpetua por el secretario de Estado para el Ulster⁵³.

14. Tentativas de restauración de la pena capital

Desde 1970 se han producido en Gran Bretaña varios intentos de restauración de la pena de muerte, los dos más importantes en los años 1973 y 1974. Y motivados ambos por el problema del terrorismo.

El 11 de abril de 1973, el diputado conservador Edward Taylor, haciendo uso del «derecho de los diez minutos» —el mismo que había permitido a Silverman introducir una y otra vez las mociones contra la pena capital—, planteaba la necesidad de reintroducir la horca para que, habida cuenta del rápido incremento —en su opinión— del número de asesinatos y actos violentos, «pudieran salvarse así algunas vidas y obligar a los criminales a pensar dos veces el meter armas en su bolsillo».

La opinión pública, según una encuesta publicada esos días, se mostraba partidaria en un 82 por 100 del restablecimiento de la pena de muerte para determinados delitos. Esto era indudablemente reflejo de un movimiento defensivo frente a los actos terroristas que habían saltado el Mar de Irlanda.

La votación efectuada en el Parlamento, 178 miembros a favor de la moción y 320 en contra, puso de manifiesto que, a pesar de

⁵² Véase Edwards, «Capital Punishment in Northern Ireland», en *Criminal Law Review*, 1956, págs. 750 y sigs.

⁵³ En *El Norte de Castilla* de 13 de abril de 1973. Las *Instructions to the Governor of Northern Ireland* de 1922 establecen que la competencia para el ejercicio del derecho de gracia en el Ulster corresponde al secretario de Estado específico de este territorio, si bien, a diferencia de la autonomía que al respecto posee el inglés, debe formar su decisión conjuntamente con todo el Gobierno.

la tensión del momento, los parlamentarios partidarios de la pena capital se habían reducido considerablemente⁵⁴.

La tentativa de mayor importancia ha sido sin duda la de 1974⁵⁵. El 11 de diciembre de dicho año la abolición de la pena capital volvía a ser objeto de discusión en el Parlamento de Westminster, como consecuencia de una enmienda a la *Murder (Abolition Death Penalty) Act* de 1969, planteada por Jill Knight, diputada conservadora por una circunscripción de la ciudad de Birmingham, lugar donde 21 personas habían muerto como consecuencia de un atentado del IRA en un café.

La enmienda estaba redactada en los siguientes términos: «Esta Cámara opina que la muerte debería ser la pena aplicable a los actos terroristas que causen muerte y, por tanto, pide al gobierno que presente en fecha próxima la legislación necesaria para que el Parlamento haga efectiva esa opinión».

Otro diputado, que lo era precisamente por la misma ciudad que la anterior, el laborista Brian Waldem, abrió el debate con una moción cuyo tenor literal era el siguiente: «Esta Cámara, aun reconociendo que el terrorismo político requiere que se revisen las actitudes dominantes en la actualidad, no opina que la reintroducción de la pena capital sirva para disuadir a los terroristas o para reforzar la seguridad pública».

⁵⁴ En 1969 votaron contra la abolición 184 diputados. Véase *El Norte de Castilla* de 13 de abril de 1973.

⁵⁵ Véase sobre todo esto el número de 21 de diciembre de 1974 del semanario *Triunfo*, en la pág. 17, donde se recogen también las declaraciones de Radzinowicz, que se citan más adelante.

En el debate que se llevó a efecto se esgrimieron de nuevo todos los argumentos tradicionales en uno y otro sentido, si bien se defendió con más fuerza que nunca el carácter criminógeno y no intimidante de la última pena. La moción para restaurarla fue derrotada por una mayoría de 152 votos.

Con motivo de estos hechos, el profesor Radzinowicz ofreció unas declaraciones al diario *The Guardian*, algunas de cuyas palabras no nos resistimos a transcribir: «No se puede pedir a la política penal que resuelva los problemas políticos. Sería injusto para la política penal e injusto también para el asunto político que se tratara de resolver. Actuar de este modo crearía la peligrosa impresión de que lo único que se requiere es eliminar al terrorista, y que con ello la cuestión política se soluciona por sí sola. La historia ha demostrado la falacia de este argumento».

15. Conclusiones

A través de un proceso gradual, el Reino Unido ha llegado a una abolición de la pena de muerte que puede considerarse total, hecha mención del carácter obsoleto de los estatutos que todavía la contemplan y excluida la región autónoma de Irlanda del Norte.

Dos son los argumentos que han justificado la definitiva erradicación del castigo capital de la ley penal británica. En primer lugar su inhumanidad, su contradicción con los postulados ético-sociales fundamentales de la sociedad moderna. No ha sido esto, empero, suficiente para alcanzar la abolición. Los defensores de la pena de muerte sólo han podido ser reducidos merced a la demostración de su no necesidad, a través de la comprobación del hecho de que

la permanencia o no del castigo penal en la ley penal no afecta ni al índice de la delincuencia en general ni al de la delincuencia de sangre en particular.

La voluntad de comprobación de esta tesis es la causa de que el legislador británico se decidiera por un proceso gradual de abolición. Puesta en claro a lo largo de él la no necesidad de la pena de muerte, no se justifica en modo alguno el que otros países tomen como modelo el procedimiento seguido. Lo único que para otros deben servir de corolario de la experiencia inglesa son las conclusiones a que en este proceso se ha llegado: la pena capital, ni se acomoda a los presupuestos ético-sociales de nuestro tiempo ni sirve a la lucha contra la criminalidad.

En estas condiciones, defender la pena de muerte, o condicionar su abolición a procesos de comprobación de los corolarios, o de adecuación de la conciencia social a la idea del respeto absoluto de la vida por parte del Estado, así como pretender que pueda ser eficaz la reintroducción de la pena capital frente a los más graves delitos contra la vida, es una actitud no racional que desprecia los resultados de la investigación científica y, precisamente por ello, es, aún en mayor medida, una actitud cruel e inhumana.

La abolición de la pena de muerte es una decisión de nuestros constituyentes científicamente correcta y ético-socialmente ejemplar. A los penalistas nos resta ahora la tarea más difícil: extirpar la idea del castigo penal de la conciencia de nuestros conciudadanos.

INDICE AUTORES

José Canalejas Méndez (Ferrol, La Coruña, 1854 – Madrid, 1912).

Abogado y político de ideas liberales y regeneracionistas. Entre los años 1888 y 1912 ocupó diferentes cargos de gobierno, como el de Presidente del Consejo de Ministros (de febrero de 1910 a noviembre de 1912) y el de Ministro de Justicia (entre diciembre de 1888 y enero de 1890, y desde junio de 1911 a marzo de 1912).

Pedro Dorado Montero (Navacarros, Salamanca, 1861 – Sala-

manca, 1919). Jurista español. Estudió derecho y filosofía en Salamanca. Posteriormente culminó sus estudios de doctorado en Madrid, y más tarde, en el Colegio de San Clemente de Bolonia. De regreso en España, fue catedrático de Derecho Político y Administrativo en Granada y de Derecho Penal en Salamanca. Escribió numerosas obras, entre las que destacan *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana* (1891); *Problemas de derecho penal* (1895); y *Naturaleza y función del derecho* (1927).

Juan Eslava Galán. Licenciado en Filología inglesa por la Univer-

sidad de Granada y doctor en Filosofía y Letras. Profesor de secundaria y bachillerato, ha escrito múltiples novelas y ensayos de carácter histórico. Ha sido galardonado con los premios Planeta (1987), Ateneo de Sevilla (1991), Fernando Lara (1998) y el Premio de la Crítica Andaluza (1998). Sus obras se han traducido a varios idiomas europeos.

Ángel Pulido Fernández (Madrid, 1852 – 1932). Médico y Diputado (1899–1910). Su labor política se centró en el ámbito de la Administración de justicia y salud pública. Entre sus propuestas insistentes y exitosas, la supresión de las ejecuciones públicas y su confinamiento al interior de las prisiones.

Mariano Ruiz Funes (Murcia, 1889 – México D.F., 1953). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia y político vinculado con el republicanismo de izquierdas (Ministro de Agricultura y Gracia y Justicia a finales de 1936). Es autor, entre otras obras, de *Progresión histórica de la pena de muerte en España; El delincuente y la justicia; La evolución del delito político o Criminología de guerra*. Obtuvo el premio Lombroso en 1927 por su obra *Endocrinología y criminalidad*. Muere en el exilio mexicano.

Marino Barbero Santos (Plasencia, 1929 – Madrid, 2001). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca y Magistrado del Tribunal Supremo. Su obra penal muestra gran interés por la historia del Derecho como forma de enseñanza y experiencia, así como por las consecuencias jurídicas del Derecho. Destacó especialmente por su oposición a la pena de muerte durante la dictadura franquista. También estudió la cuestión de la marginación social y la peligrosidad criminal y la aplicación de las medidas de seguridad, contribuyendo a la desaparición de la Ley de Peligrosidad social.

Luis Jiménez de Asúa (Madrid, 1889 – Buenos Aires, 1970). Jurista y político socialista. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid. Diputado Socialista, durante la Segun-

da República, presidió la comisión parlamentaria encargada de redactar la Constitución de 1931, dirigió el Instituto de Estudios Penales y coordinó la redacción del Código Penal de 1932. Tras la guerra se exilió en Argentina, donde continuó su labor docente en la Universidad Nacional de la Plata y la Universidad de Buenos Aires. Entre sus obras destaca su impresionante *Tratado de Derecho Penal* en siete gruesos volúmenes. Muere en Buenos Aires, como Presidente de la República española en el exilio.

Antonio Beristáin Ipiña (Medina de Rioseco, Valladolid, 1924 – San Sebastián, Guipúzcoa, 2009). Jesuita y Catedrático de Derecho Penal, fundador y presidente del Instituto Vasco de Criminología y presidente del Consejo de Dirección del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia y las relaciones sociales. Ocupó puestos de profesor en las universidades de Valladolid, Madrid, Oviedo y del País Vasco. Se especializó fundamentalmente en criminología y victimología.

José Jiménez Villarejo. Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada en 1951. Fue Fiscal en las Audiencias de Sevilla y Málaga, y, más tarde, Fiscal jefe en la Audiencia de Huelva. Posteriormente se convirtió en el primer Fiscal especial para la Coordinación de la lucha contra la droga. En 1986 fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo, donde desempeñó las presidencias de las Sala de lo Penal y Militar.

Carlos García Valdés. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Penal

en la Universidad de Alcalá. Es el mayor especialista español en Derecho Penitenciario. Ha sido Director General de Instituciones Penitenciarias, Director del Grupo de Trabajo para la redacción de la Ley General Penitenciaria de 1979, Miembro del Consejo Rector de la Escuela de Estudios Penitenciarios, Director General del Centro de Estudios Judiciales, y Presidente de la Comisión Técnica para la redacción de un Código Deontológico de los profesionales de Instituciones Penitenciarias.

Daniel Sueiro (La Coruña, 1931 – Madrid, 1986). Periodista y escritor. Otruvo el Premio Nacional de Literatura en 1958. El mayor reconocimiento lo logró por medio de sus ensayos y libros-reportaje, de los que fue pionero en España. Estos relatos estaban basados principalmente en la temática de la pena de muerte, destacando *El arte de matar* (1968), *Los verdugos españoles* (1972), *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos* (1974) e *Historia del franquismo* (1978).

Gerardo Landrove Díaz. Licenciado y Doctor en Derecho penal en la Universidad de Santiago de Compostela, es Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Murcia. Entre sus múltiples artículos y monografías destacan, *Introducción al Derecho Penal español* (6ª ed. en 2004); *Introducción al Derecho Penal de menores* (2003); y *Victimología* (1990).

Nicolás García Rivas. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha. Autor de numerosos trabajos en ámbitos como el de las garantías penales, la seguridad alimenta-

ria, los delitos contra la propiedad intelectual, la eutanasia, o la insumisión. También ha publicado varias monografías entre las que destacan: *El poder punitivo en el Estado democrático* (1996) y *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional* (1992).

Soledad Gallego-Díaz (Madrid, 1951). Periodista. Colaboró en *Cuadernos para el Diálogo* y trabaja en el diario *El País* desde su fundación en 1976. Ha sido corresponsal de dicho diario en Bruselas, Londres, París y Argentina. Vicepresidenta de la sección española de Reporteros Sin Fronteras. En 2007 recibió el Premio Francisco Cerecedo y el Premio Salvador de Madariaga. En 2011 se le otorgó el Premio Rodríguez Santamaría y la medalla a la Promoción de los Valores de Igualdad.

Bonifacio de la Cuadra. Licenciado en Derecho y periodista. Perteneció al equipo fundador de *El País*, al que ha dedicado gran parte de su trayectoria profesional. Fue coordinador de la información parlamentaria y posteriormente corresponsal jurídico. Siguió paso a paso la transición y el proceso constituyente, sobre los que publicó, junto a Soledad Gallego-Díaz, las obras, *Del consenso al desencanto*; y *Crónica secreta de la Constitución*.

Pedro Oliver Olmo. Doctor en Historia por la Universidad del País Vasco y actualmente Profesor Titular de Historia Contemporánea en la Universidad de Castilla-La Mancha. Entre sus líneas de investigación destacan el estudio de la República, la Guerra Civil española y el franquismo en las provincias manchegas, y la historia social de las instituciones punitivas.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid y doctor por la Universidad Complutense de Madrid. Fue Becario de la Fundación *Alexander von Humboldt* en la Universidad de Colonia (Alemania). Es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca desde 1986, y Rector Magnífico de la misma entre 1994 y 2003. Fue miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código penal español de 1992. Su última publicación es *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, 2012.

Luis Arroyo Zapatero. Director del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Rector Emérito de esta Universidad. Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale* desde el año 2002. Es Doctor Honoris Causa por varias Universidades y Vicepresidente del Consejo Científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia.