

La abolición de la pena de muerte en España (*)

GERARDO LANDROVE DIAZ,
*Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Murcia*

I

La pena de muerte (1), 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 Valdés (2), dos trascendentales razones abonan este criterio: de un lado, el decrecimiento 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 san-

(*) Este trabajo constituye mi colaboración en el homenaje que al Prof. Dr. OTERO VARELA prepara la Universidad de Santiago de Compostela.

(1) Vid., G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, Reimpresión de 1980, págs. 27 y ss.

(2) Vid., C. GARCÍA VALDÉS, *No a la pena de muerte*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1975, pág. 15.

ción, sirviendo a los intereses de la monarquía absoluta y construyendo argumentos tendentes a justificar su *ius puniendi*. En la obra de Santo 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 (3). Humanización en el doble sentido de suavización del trato procesal y penal dado 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, despeñamiento, 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 responde 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,

(3) Cfr., F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, página 408.

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 garrote (4), 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 su uso

(4) 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 corbatín 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.

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» (5).

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 Gutiérrez (6) a principios del siglo XIX; «aunque dudosos y tímidos —escribe— sobre si ha de conservarse 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 nues

(5) Cfr., M. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contratado a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, págs. 184 y ss.

(6) 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.

tro 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 1822 (7), 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 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 justificarla (8), la Ley de 9 de abril de 1909 otorgó la siguiente re-

(7) 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. CASABÓ RUIZ, *La aplicación del Código penal de 1822*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1979, págs. 333 y ss.

(8) 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 aquéllas del debido respeto.

dacción 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 época (9).

El artículo 170-1.º 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 dispongan 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 muerte (10), 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 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 es-

(9) 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.

(10) Sobre la peripecia abolicionista republicana, vid., M. BARBERO SANTOS, *La pena de muerte en España: Historia de su abolición*, en *Doctrina penal*, 1980, págs. 207 y ss.

peranza de que la pena de muerte había dejado de ser *legalmente* ejecutable (11). En otro lugar, creo haber demostrado lo inviable de esta solución (12).

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 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.

(11) 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.

(12) 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.

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 abolicionista. 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 cuestión (13). 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.

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 social (14).

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 muerte (15).

(13) Vid., M. BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte. Seis respuestas*, "Boletín Oficial del Estado", Madrid, 1978.

(14) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, séptima edición, Madrid, 1979, pág. 834.

(15) Ya en 1970, el *IV Congreso Nacional de la Abogacía Española*, celebrado en León, acordó por unanimidad "elevar a los poderes públicos

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.

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 problema 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 Parlamentarios, 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» (16).

la petición de que la pena de muerte sea abolida en España para toda clase de delitos».

(16) 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.

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».

Esta fórmula, utilizada con cierta frecuencia en el ámbito constitucional comparado (17), 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 extraconstitucionales (18).

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 guerra (19).

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 del Derecho penal militar, y quizá con soluciones más limitadas que la ofrecida por la Constitución vigente.

(17) 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.

(18) 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.

(19) 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 Biagio Petrocelli*, III, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 1450.

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» (20).

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 Gómez (21), 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 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

(20) Cfr., J. M.^a ESCRIVÁ GREGORI, *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, en *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, Barcelona, 1980, pág. 160.

(21) 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.

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 expresión 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» (22).

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 pe-

(22) Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, cit., pág. 825.

nal 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» (23) que aún figuran en el texto penal (arts. 405, 406, 501-1.º, 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 de reclusión de cuarenta años (como en el art. 75-1.ª 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 años (24).

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 501-1.º: 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 501-2.º 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 1.º 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.

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.º y 2.º, 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

(23) 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".

(24) Vid., BUENO ARÚS, *Las normas penales de la Constitución Española de 1978*, cit., pág. 42, en nota.

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 2.^a, 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 1.º.

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 línea (25), 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.

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.

(25) 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.

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 Proyecto (26), 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, 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 español (27).

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 Mourullo (28), 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 perpetua (29), en otros momentos históricos lógico sustitutivo de aqué-

(26) Al respecto, vid., en su conjunto la obra colectiva *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.

(27) 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.

(28) 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.

(29) 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.

lla, 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» (30).

(30) Cfr. BARBERO SANTOS, en *Prólogo* a la segunda edición de *La pena de muerte. Seis respuestas*, cit., pág. 12.