

"La pena de muerte, problema actual"*

POR EL

Dr. MARINO BARBERO SANTOS

*Catedrático de Derecho penal en la
Universidad de Murcia*

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.

* 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 ultiimar este estudio en el Institut fuer auslaendisches und internationales Strafrecht de la Universidad de Friburgo de B. isgovia.



El saber que las enseñanzas personales de los que consideramos nuestros Maestros nos siguen de por vida (1) me llevó a recorrer las Universidades de Europa: Salamanca, Bolonia, París, Friburgo de Brisgovia, Munich, Madrid, Oxford, Edimburgo, Milán, Luxemburgo. 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. ANTON 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 Mu-

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



nich, 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 Bari (2)— eran los monarcas los que confiaban a los versados, a los sabidores, 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 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 Strafrechtswissenschaft»!— 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 abolicismo 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

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

podía plenamente satisfacernos. 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 importante contra la pena de muerte es —como dice BOCKELMANN— que no existe ningún argumento racional en favor de ella (3).

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 capital (4). 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 tema (5). 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 abolición (6).

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 anti-

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

(4) Cf. WURTENBERGER: *Das Problem der Todesstrafe*, en «Universitas» (Stuttgart), 1961, Octubre, p. 1095. ASIMISMO: *Capital Punishment. United Nations Department of Economic and Social Affairs (ST/SOA/SO/9)*, Nueva York, 1962, p. 62.

(5) *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.

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

cipado 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. Pertenece, 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 científica (7).

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.

(7) WUERTENBERGER: *art. y p. cit*

I

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 pretendido acudir a ella en el problema que nos ocupa. El de la Historia ha constituido, en efecto, un argumento especialmente caro a los mantenedores de la pena de muerte. «La Historia nos muestra» —esgrimía, por ejemplo, Rocco para fundamentar la reinstauración del castigo capital en Italia durante la época fascista (8)— «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».

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

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.

Es el primero el siguiente: Cuando se acude a la Historia se olvida observar —como nos recuerda Marc ANCEL (9)— 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 corporal (10). 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 romanos (11).

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

(9) 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.

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

(11) MITTERMAIER, C. J.: *Die Todesstrafe nach der Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschungen, des Fortschritte der Gesetzgebung und der Erfahrungen*, Heidelberg (Mohr), 1862, p. 5.

a 1666, unas 20.000 condenas de muerte (12). 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 criminales (13).

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 vidas 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 nazi (14), 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?

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 MAGGIORE (15), 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

(12) Cfr. GRAVEN: *Les problème de la peine de mort et sa réparation, en Suisse*, en «*Rev de Criminologie et de Police Technique*», enero-marzo, 1952, p. 6.

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

(14) Cfr. DÜSING: *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland...* Schwemningen/Neckar (Kuhn), 1952, p. 212 y s. BUECHNERT, *Die Todesstrafe geschichtlich, religioes und rechtlich betrachtet*, Berlin - Newie - Darmstad (Luchterhand), s. n., p. 16.

(15) MAGGIORE: *Diritto Penale*, I, P. generale, t. 1, 5.ª edic., Bologna, 1951, p. 708.

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 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 pierna (16).

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» (17), 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 Tribunal (18).

Alguna muestra española del pasado siglo podría añadirse. Pero posi-

(16) Cfr. GONZÁLEZ NANDÍN: *Estudios sobre la pena de muerte*, Madrid, 1872, p. 74 y s.

(17) Cfr. DESMAZE: *Suplices, prisons et grace en France d'après des textes inédites*, París (Plon), 1866, p. 102.

(18) DESMAZE: *ob. cit.*, p. 143.

blemente tenga razón E. SCHMIDT cuando escribe que lo más lamentable acaso de esta justicia sangrienta fuese su arbitrariedad (19).

Merece recordarse, por otra parte, que en Francia, a finales del siglo XVIII, unos 115 delitos se estimaban merecedores del castigo capital (20). Y en Inglaterra, a principios del siglo XIX, bajo la vigencia del denominado «Código sangriento», se preveía la pena de muerte para unos 225 delitos (21). Vale la pena enumerar algunos: el envío de cartas con amenazas, el hecho de asociarse con gitanos, el causar daños a los peces de los 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 plumada, 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 admitiendo 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? (22).

Hasta el tiempo de COPÉRNICO, de KEPLER y de GALILEO, argüía ELLERO (23), la Humanidad creía que el sol giraba alrededor de la Tierra. ¿Deberíamos creerlo por esto también nosotros?

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

(20) PASTORET: *De lois pénales*, París, 1790, I, p. 120-133.

(21) KOESTLER, en KOESTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. esp. de PEYRON, Buenos Aires, 1960, p. 24.

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

(23) ELLERO: *Sobre la pena de muerte*, trad. esp. de GÓMEZ TORTOSA, Madrid (Blanco), 1907, p. 171.

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 vulgo (24).

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

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

¿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 asesinatos (25). 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 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 había 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

(25) LIEPMANN, M.: *Die Todesstrafe*, Berlín (Gullentag), 1912, p. 32 y s. Vide también ALT, *Das Problem der Todesstrafe*, Munich (Kaiser), 1960, p. 23 y s.

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 convertirse 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 sentencia (26), 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:

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

1) 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.

2) 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.

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

4) Conclusión ineludible es, termina SELLIN, que las ejecuciones no producen efecto apreciable respecto a los porcentajes de homicidios (27).

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 suicidio (28). ¿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 delinquieron,

(27) SELLIN, Thorsten: *The Death Penalty, A Report for the Model Penal Code, Project of The American Law Institute, Philadelphia, 1950, p. 34.*

(28) *Cfr. Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953, cit., p. 19.*

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 demostrarse (29).

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 capital (30). Es tal el efecto contagioso de la pena de muerte, escribe por su parte MIDDENDORFF, 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 KÜRTEK, el vampiro de Düsseldorf, cometía sus repugnantes asesinatos sádicos, unas 200 personas se presentaron ante la policía declarándose autores (31).

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 ejecuciones (32).

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 número.

(29) CAMUS, en KOELSTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. es. de PRYRON, Buenos Aires, 1960, p. 130.

(30) SELLIN: *Ob. cit.*, p. 65-69.

(31) MIDDENDORFF: *Todesstrafe - Ja oder Nein?*, Friburgo de Brisgovia, 1962, p. 32.

(32) MIDDENDORFF: *Ob. y pág. últ. cit.*

mero (33). Los ejemplos pueden multiplicarse. Creemos, sin embargo, que los citados son suficientes.

Podríamos concluir, con JESCHECK (34), 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.

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?» (35).

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 senti-

(33) *Capital Punishment*, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 1962, cit., p. 55-56.

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

(35) CAMUS en KOESTLER-CAMUS: *La pena de muerte*, trad. esp. de PEYRON, Buenos Aires, 1960, p. 120.

mientos no podía responder a la primera exigencia de la pena: su correspondencia con lo ético (36).

El segundo ejemplo es el siguiente: En la cima de la colina Montfaucon —según nos relata DULAUNE en su «Histoire de Paris» (37)— existía una obra de albañilería sobre la cual se elevan 16 columnas, que soportaban 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 resecos, 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 inadmisibile 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, o 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.

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

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

Pero puestos sobre este terreno —que nosotros admitimos— la exigencia 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 Código (38).

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 ALT (39), un axioma indemostrable: es sabido, sin embargo, como 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 cometido. 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.

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 ella (40).

(38) BETTIOL: *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, en «Riv. it. dir. pen.», 1956, p. 563.

(39) ALT: *Das Problem der Todesstrafe*, Munich, 1960, p. 61.

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

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 CHESMAN 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 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 MAURACH (41), en la actuación de los jueces y jurados. Sirva de ejemplo Canadá donde un 77 % de los delitos de sangre —homicidios incluidos— conocidos por los 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 coherente (42).

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 inadmisibile 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 que se trate de un argumento

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

(42) GRAVEN: *A propos d'une procès retentissant et d'une récent referendum sur la peine de mort*, separata de la «Rev. Int. de Crim. et Pol. Techn.» 1958, p. 13.

de razón: la voluble opinión pública es producto directo de la emoción o sentimiento (43).

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 hombre (44).

Se ha dicho que si no existiera pena capital el pueblo, para satisfacer su conciencia jurídica ofendida, realizaría actos de linchamiento, es decir, se tomaría la justicia por su mano. Esta aseveración no responde tampoco a datos de la realidad. En EE. UU. por ejemplo, donde la Ley de LYNCH campó por sus respetos, la mayor parte de los linchamientos se efectuaron —y en menor medida aún se efectúan— en los Estados del Sur... mantenedores de la pena capital (45).

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 gouvierno 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

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

(44) ALT: *Ob. cit.*, p. 49 y s.

(45) SELLIN, Thorsten: *Ob. cit.* p. 79.

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...» (46).

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 GAROFALO (47), era el criminal nato), cuya vida estuviere desprovista de valor vital (48). 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 profético 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* (49).

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 cometido (50). 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

(46) CERDÁN DE TALLADA: *Verdadero gobierno desta Monarchia...*, Valencia, 1581, p. 61 y 62

(47) GAROFALO: *Contro la corrente*, Nápoles, 1888, p. 29.

(48) BOCKELMANN: *Art. cit.*, p. 140.

(49) CARNELUTTI: *El problema de la pena*, trad. esp. de SENTIS MELENDO, Buenos Aires (Ed. Jur. Europa-América), 1947, p. 41.

(50) ALT: *Ob. cit.*, p. 30.

pena para convertirse en medida de seguridad. Admisión que ningún penalista estaría dispuesto a realizar.

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 opondrá 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 trata (51). 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 pública. 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.

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

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 alemana (52).

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 más (53).

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 hija (54). 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

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

(53) SELLIN, Thorsten: *The Death Penalty*, 1959, cit. p. 50.

(54) 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.

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 impunidad (55).

Creo que basta lo expuesto —dado que se trata de países poseedores de los mejores servicios de investigación policíaca y judicial y cuyos jueces poseen una competencia de todos conocida— 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» (56).

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

(55) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*. P. general, Madrid, 1949, p. 487.

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

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» (57).

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 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 capital (58).

(57) 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.

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

II

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 1963 (59).

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: 1.º 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; 2.º que deben disponerse respecto a aquellos condenados de todas las posibilidades penitenciarias de tratamiento y 3.º que los funcionarios de prisiones han de tratarlos y clasificarlos de acuerdo con las exigencias de la custodia y educación. Se estimó 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 deci-

(59) Documento E/CN 5/371, de las Naciones Unidas, núm. 28.



dir 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 ANGEL, 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 reeducación (60).

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 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 delincuentes (61).

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 liberación (62).

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

(61) 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.

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

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, uno (63).

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 LIEPMANN (64), sin caer en el hundimiento —apatía o degeneración— 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 ó 15 años, ya que entonces parece que empieza el deterioro mental. La palabra para decidirlo la tienen los psiquiatras, no los juristas.

(63) ANGEL: *Op. cit.*, p. 44.

(64) LIEPMANN: *Die Todesstrafe*, Berlín (Guttentag), 1912, p. 186. Vide también KOESTLER-ROLDON: *Hanged by the neck*, *cit.*, p. 82 y s.

UNIVERSIDAD DE MURCIA



III

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 dicusiones que no se ahorraran tampoco los países que mantienen la pena capital: Francia, por ejemplo.

La ejecución de **CHESSMAN** (65), las dudas sobre la inocencia de **EVANS**, y algún que otro caso, conmueven a todo el mundo. Y se publican

(65) THOMP, R.W.: *Vues sur la Justice*, París (Julliard), 1962, p. 135.

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.º de febrero de 1963 por las Naciones Unidas; los dos *rappports* 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 EE. UU., 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 ó 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 condicional 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 aplicación (66).

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

(66) ANCEL: *Le problème de la peine de mort*, en «Rev. de Dr. Penal et de Crim.», 1964, febrero, p. 386.

17; a partir de entonces se han mantenido entre 0 y 4, etc. ¿Y en España? En oposición a lo que pudiera pensarse, en 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 II del Tribunal Supremo en causas en que se impuso la pena de muerte en el año judicial:

1959-1960	se casó la sentencia	2 veces,	se confirmó:	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 común) 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.

IV

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 propararía 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 sopesé, con el cuidado que merece, los resultados del laborar 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 hombre» (67).

(67) ELLERO: *Opuscoli criminali*, Bolonia, 1881, p. 123.

