



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA DESDE FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN HASTA LA DEMOCRACIA

Alumno: DAVID GARCÍA GUERRERO

MAYO, 2016

RESUMEN.

En el presente trabajo se expone la evolución del *ius puniendi* estatal en su manifestación más absoluta: la pena de muerte. En las últimas décadas del Antiguo Régimen el Estado ejecutaba de forma distinta según el estamento social. Después, con el liberalismo, se impone el principio de igualdad, puesto que se mata a todos por igual. En los periodos dictatoriales encontramos un endurecimiento de la política criminal del Estado, también respecto a la pena capital. Por último, el gran avance llegará con la Constitución de 1978 y el desarrollo legislativo posterior, estableciendo el derecho a la vida como fundamental y eje vertebrador y prohibiéndose, así, la pena de muerte.

PALABRAS CLAVE.

Pena, muerte, España, evolución.

ABSTRACT.

In the present dissertation the evolution of the state *ius puniendi* in its more absolute manifestation is exposed: the death penalty. In the Ancien Régime last decades, the State implemented in different ways according to the social class. The equality principle is imposed with the liberalism, as everyone is equally killed. In dictatorial periods we find a tightening of the State criminal policy, and also with respect to the capital punishment. Finally, the great advance comes with the Constitution in 1978 and the resulting legislative development, establishing the right to life as fundamental and cornerstone, prohibiting the death penalty.

KEYWORDS.

Death, penalty, Spain, evolution.



Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
UNIVERSIDAD DE JAÉN

ANEXO IV
VISTO BUENO DEL/DE LA TUTOR/A DEL TRABAJO FIN DE GRADO

La profesora, ISABEL RAMOS VÁZQUEZ del Departamento DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO ESPECIAL de la Universidad de Jaén, da el Visto Bueno para entregar y defender el Trabajo Fin de Grado siguiente:

TÍTULO DEL TRABAJO	<i>LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA DESDE FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN HASTA LA DEMOCRACIA.</i>
AUTOR/A	DAVID GARCÍA GUERRERO.
GRADO	DERECHO.
Resumen en castellano (máximo 150 palabras)	En el presente trabajo se expone la evolución del <i>ius puniendi</i> estatal en su manifestación más absoluta: la pena de muerte. En las últimas décadas del Antiguo Régimen el Estado ejecutaba de forma distinta según el estamento social. Después, con el liberalismo, se impone el principio de igualdad, puesto que se mata a todos por igual. En los periodos dictatoriales encontramos un endurecimiento de la política criminal del Estado, también respecto a la pena capital. Por último, el gran avance llegará con la Constitución de 1978 y el desarrollo legislativo posterior, estableciendo el derecho a la vida como fundamental y eje vertebrador y prohibiéndose, así, la pena de muerte.
Resumen en inglés (máximo 150 palabras)	In the present dissertation the evolution of the state <i>ius puniendi</i> in its more absolute manifestation is exposed: the death penalty. In the Ancien Régime last decades, the State implemented in different ways according to the social class. The equality principle is imposed with the liberalism, as everyone is equally killed. In dictatorial periods we find a tightening of the State criminal policy, and also with respect to the capital punishment. Finally, the great advance comes with the Constitution in 1978 and the resulting legislative development, establishing the right to life as fundamental and cornerstone, prohibiting the death penalty.

Código UNESCO	Descriptor castellano	Descriptor inglés
5506.12	Historia del derecho y de las instituciones jurídicas	History of law and legal institutions

Nomenclatura Internacional de UNESCO para Ciencia y Tecnología: <http://skos.um.es/unesco/>

Jaén, a 13 de mayo de 2016


Fdo.: El/La tutor/a

A/A SRA. PRESIDENTA DE LA COMISIÓN DE TRABAJO FIN DE GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE JAÉN

ÍNDICE

	PÁG.
1.- INTRODUCCIÓN.....	5
2.- LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN.....	6
2.1.- La teoría aquinatense y la teoría de la máxima severidad.....	6
2.2.- Medios.....	7
2.3.- Ejecución.....	8
2.4.- Aplicación.....	8
2.5.- Medios.....	9
3.- EL PRIMER CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DURANTE LA SEGUNDA ETAPA DE REINADO DE FERNANDO VII: EL CÓDIGO DE 1822.....	11
3.1.- La Ilustración: el revulsivo al Antiguo Régimen y sus planteamientos a través del pensamiento de Beccaria y de Lardizábal.....	11
3.1.1.- El marqués de Beccaria y el <i>Tratado de los delitos y de las penas</i> ...	11
3.1.1.1.- Principios generales.....	11
3.1.1.2.- La pena de muerte: postura abolicionista.....	13
3.1.2.- España: Manuel de Lardizábal y Uribe.....	14
3.1.2.1.- Su idea del Derecho Penal.....	14
3.1.2.2.- Su defensa de la pena de muerte.....	15
3.2.- La pena de muerte.....	16
4.- EL MODERANTISMO: EL CÓDIGO PENAL DE 1848.....	20
4.1.- Influencia filosófica: el retribucionismo.....	20
4.2.- La pena de muerte.....	23
5.- LA REVOLUCIÓN GLORIOSA Y EL CÓDIGO PENAL DE 1870.....	24
5.1.- Influencias de la Revolución Gloriosa de 1868 y de las Escuelas positivista y correccionalista.....	24
5.2.- La pena de muerte.....	26
6.- LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA: EL CÓDIGO PENAL DE 1928 Y EL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 170 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL.....	28
6.1.- La dictadura de Primo de Rivera: aspectos políticos y sociales.....	28
6.2.- La pena de muerte.....	29

7.- LA II REPÚBLICA: EL CÓDIGO PENAL DE 1932, LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1934 Y LA LEY DE 2 DE JUNIO DE 1935.....	31
7.1.- Pluripartidismo como novedad y el Conflicto de 1934.....	31
7.2.- La pena de muerte.....	33
8.- EL FRANQUISMO: LA LEY DE 5 DE JULIO DE 1938, LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO DE 29 DE MARZO DE 1941, EL CÓDIGO PENAL DE 1944, EL REGLAMENTO DE PRESIDIOS Y PRISIONES DE 5 DE MARZO DE 1948 Y EL DE 2 DE FEBRERO DE 1956, EL CÓDIGO PENAL DE 1973 Y EL DECRETO-LEY DE 26 DE AGOSTO DE 1975.....	34
8.1.- Contexto histórico y social.....	34
8.2.- La pena de muerte.....	35
9.- LA ABOLICIÓN DEFINITIVA DE LA PENA DE MUERTE: LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EL REAL DECRETO-LEY 45/1978 DE 21 DE DICIEMBRE Y LA LEY ORGÁNICA 11/1995.....	37
10.- CONCLUSIONES.....	39
11.- BIBLIOGRAFÍA.....	41
12.- LEGISLACIÓN.....	42

1.- INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se pondrá de relieve la evolución de la ejecución de la pena de muerte en España desde el final del Antiguo Régimen hasta su abolición en la Transición a la democracia. Antes de adentrarnos en la pena de muerte en particular, convendría fijar una definición de pena, siendo ésta el castigo que recae sobre la persona del reo como consecuencia de la realización de un hecho delictivo. Esta sanción siempre es interpuesta por los órganos jurisdiccionales -que constituyen el Poder Judicial del Estado- a través del proceso. Por tanto, el *ius puniendi* es monopolio del Estado, abandonándose la idea de la venganza privada entre particulares. Pues bien, centrándonos en la temática del presente trabajo, se puede definir la pena de muerte como una sanción corporal consecuencia de la comisión de la infracción penal, consistente en la ejecución del reo, siendo muy común en la Historia de España principalmente por su naturaleza intimidatoria, retributiva y expiatoria.

La relevancia del tema de investigación radica en el otorgamiento de la importancia que se merece al derecho a la vida, que es la máxima, reconocido por las cartas de derechos internacionales y universales, ya que la existencia del ser humano es el punto de partida para el reconocimiento de derechos y la asunción de obligaciones y demás responsabilidades.

En cuanto a la estructura, la situación de partida son las últimas décadas del Antiguo Régimen, continúa con la etapa de la Codificación -analizando los Códigos Penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932, 1944 y 1973- y finaliza con la abolición definitiva de la pena de muerte con la Constitución de 1978 y reformas legislativas posteriores.

Por último, si bien es cierto que una gran mayoría de españoles piensa que la vida es un derecho fundamental a respetar no sólo por las personas sino también por el Estado, aún hay quien defiende la pena capital porque tienen un concepto de justicia distinto. En particular, en el año 2014 cuatro de cada diez jóvenes españoles eran favorables a ella¹. Otro ejemplo es del año 2010, donde una encuesta realizada por un periódico británico en España arrojó que más de la mitad de los españoles aceptarían la pena de muerte para los delitos de terrorismo². Pues bien, el objetivo es adentrarnos en el Derecho Penal histórico español para comprender una realidad que no es tan lejana y así concienciarnos de que es un verdadero

¹ Torres Reyes, M. A. (2014), *Cuatro de cada 10 jóvenes están a favor de la pena de muerte para delitos muy graves*, en ElPaís.com, Madrid. Disponible en:

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/09/02/actualidad/1409673917_792121.html

² Agencia de noticias EFE (2010), *Un 51% de los españoles ve bien la pena de muerte para los terroristas*, en ElEconomista.com, Madrid. Disponible en:

<http://ecodiario.eleconomista.es/terrorismo/noticias/830395/10/08/Un-51-de-los-espanoles-ve-bien-la-pena-de-muerte-para-los-terroristas.html>

logro y avance la derogación de los ajusticiamientos. La importancia del estudio de la Historia es para evitar la comisión de errores pasados. Cuando se disfruta de un régimen constitucional de derechos y libertades es fácil pedir mano dura e incluso la pena de muerte, pero, tal y como he dicho, siempre desde la óptica desde la comodidad democrática. Los testimonios de hechos pasados han de ayudar a no olvidar y a evitar decir “*nihil novum sub sole*” - “nada nuevo bajo el sol”-.

2.- LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DEL ANTIGUO RÉGIMEN.

2.1.- La teoría aquinatense y la teoría de la máxima severidad.

Antes de comenzar con el análisis pormenorizado de la pena de muerte a finales del Antiguo Régimen, se ha de entender el porqué de la imposición de tal pena tan cruenta. Para ello, hemos de adentrarnos de forma sucinta en el terreno filosófico-penal. Destacan dos teorías vigentes en la época: la teoría aquinatense y la teoría de la máxima severidad.

Por lo que respecta a la primera, el teólogo Alfonso de Castro desarrolló la teoría aquinatense, basada en el argumentario de Santo Tomás de Aquino, defendiendo que la sociedad debería eliminar al miembro de la misma que pusiera en peligro su existencia porque no se pudiera curar de otra manera³. Dicho lo cual, si bien es cierto que la desea sólo para los casos “incurables”, también lo hará para los ladrones, por la gran cantidad que había en el Antiguo Régimen con el objeto de hacerles ver que podrían peligrar sus vidas si sustraían cosas de forma ilegal.

En cuanto a la teoría de la máxima severidad, se basa en un dato perfectamente contrastable, que es la alta tasa de criminalidad del momento. La respuesta que dio el Estado ante tal problema fue la política del terror, ya que las instituciones policiales eran ineficaces y no se conocían las técnicas y sistemas de investigación de los cuales gozamos hoy en día.

Esta política del terror se fundamentaba en tres pilares básicos:

- a) Falta de garantías procesales;

³ De Castro, A. (1550), *De potestate legis poenalis*, Salamanca, 1, 6. “Cuando un médico quiere sanar y curar un cuerpo enfermo, no amputa sin más ni más aquel miembro malo porque perjudica de algún modo el organismo, a no ser que aquel esté ya tan podrido o tan desecho que con razón se tema que su contacto ha de dañar a los demás. Porque si aquella parte infectada del cuerpo no está tan podrida que al permanecer en el organismo pueda contagiar gravemente a éste, el médico se esfuerza en conservarla y curarla por otros medios menos radicales y más proporcionados a la naturaleza de la lesión. Así unas veces aplica el aceite, otras el vino, ya un ungüento corrosivo y mordente, ya el cauterio. En todo lo cual, como no se vea obligado para evitar un mal mayor, siempre tiende a conservar todos los órganos”.

- b) Arbitrariedad de jueces;
- c) Penas excesivas desde el punto de vista de la severidad.

Además, tenía un objetivo preventivo claro, que era evitar la comisión de futuros delitos. Así, el miedo se convirtió en la principal arma del Estado hacia la delincuencia.

Adentrándonos en esta teoría, la forma de crear en la sociedad la sensación de temor era el castigo público. De esta forma, se aleccionaba no sólo al reo, sino también se advertía a la sociedad de que si realizaba un hecho delictivo, las consecuencias serían graves, en cuanto severas.

Fue en el periodo conocido como Despotismo Ilustrado -hablamos de la España del siglo XVIII-, cuando adquirió una relevancia significativa la susodicha teoría, pues frente al humanismo reinante entre los pensadores de la época, encontramos una recuperación de la máxima severidad por parte de la Administración, defendida, además, por los conservadores más destacados y reputados.

No sólo encontramos formas cruentas de ejecución, sino también rituales o actos realizados sobre el reo antes de morir iguales de infamantes, como azotes o mutilaciones. Ahora bien, también se ha de añadir que los jueces gozaban de una arbitrariedad importante, aspecto relevante en el avance del sistema penal y procesal español a un sistema más humano, pues supuso un resquicio para acometerse los primeros cambios, como la conmutación de la pena de muerte por las penas utilitarias, como la pena de galeras. También fue ampliamente utilizada la prerrogativa al real perdón.

2.2.- Límites.

La situación a finales del Antiguo Régimen es la imposición de la pena de muerte por parte de la autoridad política de que se tratara -bien el rey, bien los señores- sin ninguna limitación.

Ahora bien, encontramos una importante excepción a destacar, como así lo recoge Castillo De Boadilla⁴: la jurisdicción eclesiástica, la cual no podía condenar a penas de sangre y, menos aún, ejecutarlas. Además, este autor se oponía a la pena de muerte tanto cuando

⁴ Castillo De Boadilla, J. (1597), *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y de guerra, y para preladados en lo espiritual y temporal entre legos, jueces de comisión, regidores, abogados y otros oficiales públicos y de las jurisdicciones, preeminencias, residencias y salarios dellos y de lo tocante a las de órdenes y cavalleros dellas*, Madrid, 2, 17, 24.

dependiera del arbitrio del juez como cuando sobrepasara los límites establecidos por las leyes vigentes en la época⁵.

2.3.- Ejecución.

La ejecución de la pena de muerte ha ido variando con el paso del tiempo, transformándose con el objeto de esquivar aquellos efectos infamantes que eran consustanciales a la publicidad de la misma entonces.

Pues bien, a partir de la promulgación de una pragmática del rey Felipe II en 1569⁶, el reo podía escuchar misa en la cárcel y comulgar -siempre y cuando contara con la autorización y permiso del confesor- el día anterior al ajusticiamiento. Así, impuso tal monarca un ritual católico antes de la muerte del condenado a la pena capital. Debemos adentrarnos en el contexto político de la época, influenciado en gran medida por la Iglesia Católica -además, atendiendo a los archivos del momento, Felipe II era hombre de profundas creencias católicas-. Una vez establecido esto, cabe destacar que no encontramos una piedad excesiva, pues no se podía dilatar en el tiempo tal ajusticiamiento en el caso de que no estuviera preparado espiritualmente el reo para su final⁷.

2.4.- Aplicación.

La pena de muerte solía ser conmutada o sustituida por la de galeras -consistente en hacer remar al reo en las mismas galeras de una embarcación marítima- y ésta, a su vez, por la de arsenales -edificio donde se construye, repara, almacena y distribuye munición y/o armamento-, según la naturaleza del delito y el criterio del juzgador.

En el contexto de oscurantismo que reinó durante el Antiguo Régimen, hemos de destacar a un soberano, Carlos III, quien fuera exponente del Despotismo ilustrado en España. La máxima de esta corriente era “todo por el pueblo, pero sin el pueblo”. Llegados a este punto se debe subrayar dos aportaciones documentales: una pragmática de 1771 y una Consulta al Consejo de Castilla en 1776.

⁵ Sainz Guerra, J. (2004), *La evolución del Derecho Penal en España*, Jaén, pp. 273 y 274.

⁶ *Pragmática de 17 de marzo de 1569*, dictada por Felipe II en Madrid, en *Novísima Recopilación* (en adelante, No. R.) L. I, T. I, L. IV.

⁷ Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal*, pp. 278 y 279.

Pues bien, dictó una pragmática en 1771⁸, haciendo una distinción entre delitos cualificados y no cualificados, destacando que por la especial gravedad de los cualificados los jueces habían de aplicar la pena de muerte en cualquier caso, o sea, siempre⁹. Aquí, el rey se aleja notablemente del pensamiento de los ilustrados, quienes habían tratado de suavizar la aplicación de la misma -tal y como se explicará con mayor detenimiento en el punto siguiente del presente trabajo-.

Además, tal monarca hizo una Consulta en 1776 al Consejo de Castilla sobre la pena de muerte, solicitando que se considerara *“si la pena capital que se va ya desterrando en algunos países cultos se pudiera conmutar en otro castigo de duración para que fuese más permanente el ejemplo, que contenga a los demás y sirva de corrección y enmienda a los mismos reos y de utilidad y beneficio al público según los trabajos a los que se le aplique”*¹⁰.

2.5.- Medios.

Desde el Derecho Romano, base fundamental de nuestro sistema jurídico, hasta el comienzo del Antiguo Régimen, nos encontramos con un proceso simplificador. Esto es así porque al inicio había un conjunto importante de medios distintos para ejecutar la pena de muerte y, sin embargo, cuando está por finalizar el Antiguo Régimen -siglo XVIII-, las formas eran sobretudo la muerte en la horca y la muerte en garrote y, además, la muerte en hoguera¹¹.

A- Muerte en la horca: era la forma más común de ajusticiamiento, utilizada para el pueblo llano.

En cuanto a la aplicación, se establecía para:

- Delito de robo- tanto en caminos como con asalto-;
- Delito de homicidio con agravantes -vd. parricidio, que estuviese asociado al robo, que existiese resistencia a la justicia, que se produjese fuga...-;
- Delito de bandidaje.

En cuanto a la forma, en primer lugar, tal muerte se caracteriza por colgar al reo del cuello en una especie de estructura compuesta por tres vigas.

⁸ Pragmática de 12 de marzo de 1771, dictada por Carlos III, en No. R., L. XII, T. XL, L. VII.

⁹ Fragmento de la pragmática de 1771 de Carlos III: *“que a los reos por cuyos delitos, según la expresión literal ó equivalencia de las leyes penales del Reyno, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia ni, ni de una remisión arbitraria”*.

¹⁰ Consulta al Consejo de Castilla del Secretario de Estado y del Despacho Manuel de la Roda (1776).

¹¹ Palop Ramos, J. M. (1996), *Delitos y penas en la España del siglo XVIII*, en Revista de historia moderna, 22, Valencia, p. 93.

Además, se producían una serie de rituales caracterizados por las notas de ejemplaridad e intimidación. Para ello, y siguiendo la teoría de la máxima severidad y del miedo anteriormente expuesta, las posibilidades eran múltiples, a la par que crueles: arrastrar del cadáver, descuartizarlo y exponerlo en caminos reales o lugares estratégicos -casos de bandidaje-; decapitar y amputar la mano del reo; y el encubamiento con animales -principalmente aplicado a parricidas-, consistente en meter al cadáver en un saco o bolsa junto con los cadáveres de un gallo, mona, perro y víbora, con el objeto de ser arrojados a un río.

B- Muerte por decapitación: también conocida como muerte por degollamiento, era privilegio del que gozaban algunos reos por su condición estamental de nobles. El fundamento es que producía una muerte instantánea y, por tanto, no ocasionaba dolor, ya que la hemorragia es tal que causa una disminución masiva de la presión sanguínea con la consecuente pérdida de consciencia.

En cuanto a la forma, consiste en cercenar la cabeza del delincuente de manera que se separa completamente del resto del cuerpo a través de diversos medios, tales como una espada o un hacha.

C- Muerte en hoguera: cabe una especial mención. Fue utilizada entre los siglos XIII y XVIII. Por tanto, era también de aplicación a finales del Antiguo Régimen.

En cuanto a la forma, consiste en la quema en vida del condenado a ajusticiamiento hasta provocar el fallecimiento del mismo. Estamos, pues, ante una muerte dolorosa y, además, no es instantánea.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación, se utilizó para los siguientes delitos:

- Delitos religiosos: la idea no era otra que la purificación del reo a través del fuego.
- Delitos de “pecado nefando”, es decir, para las infracciones penales abominables o inconfesables. Aquí se incluían la sodomía, las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, las que se realizaban con el sexo opuesto que eran en particular consideradas contra natura o la zoofilia, entre otras.
- Delito de falsificación monetaria, el cual estaba asimilado al delito de lesa majestad humana¹².

Es más, era considerada una pena accesoria. Tal y como señala De la Peña, estaba extendida la práctica de quemar el cadáver del reo al que se le había quitado la vida por medio del garrote o la saeta -otro medio de ejecución a muerte-¹³.

¹² Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal*, pp. 279-288.

¹³ De la Peña, A. (s.a.), *Tratado de los juicios, jueces y orden de las penas criminales*. S.C. P. 3, C. VIII.

3.- EL PRIMER CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DURANTE LA SEGUNDA ETAPA DE REINADO DE FERNANDO VII: EL CÓDIGO DE 1822.

3.1.- La Ilustración: el revulsivo al Antiguo Régimen y sus planteamientos a través del pensamiento de Beccaria y de Lardizábal.

La Ilustración promueve una diferenciación de lo que hasta el siglo XVIII venía estando unido: conciencia y conducta. Se basa en el humanismo y en el utilitarismo¹⁴.

El humanismo consiste en el descubrimiento del hombre y en la dotación de racionalidad a la vida, tomando como pilares básico la Antigua Grecia y Roma y abandonando, así, la filosofía medieval del Antiguo Régimen.

En cuanto al utilitarismo, en esta época se pusieron en práctica toda una serie de penas “al servicio de la monarquía”, como la pena de galeras, el servicio al ejército o los trabajos forzados tanto en minas como en las colonias. Cabe destacar que si bien es cierto que alcanzó su apogeo en este momento, también encontramos algún precedente cuando reinaba España la Casa de los Austrias, anterior a la de los Borbones.

3.1.1.- El marqués de Beccaria y el *Tratado de los delitos y de las penas*.

3.1.1.1.- Principios generales.

Beccaria, jurista milanés, tuvo una repercusión muy reseñable a nivel europeo. En particular, se ha de destacar su “*Tratado de los delitos y de las penas*”, donde establece, al inicio, una serie de principios generales del Derecho Penal que se enumeran a continuación.

En cuanto al origen de las penas, los hombres antes de unirse en sociedad vivían en un continuo estado de guerra para defender su libertad. Sin embargo, decidieron ceder parte de su libertad al soberano cada uno de ellos, conformándose, así, una nación. Ahora bien, frente a las injerencias o ataques de terceros ajenos, era necesaria la imposición de las penas, entendidas por Beccaria como “motivos sensibles que fueren bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo”.

Otro elemento imprescindible es el derecho a castigar, que encuentra su origen en ese pacto de los hombres de cesión de parte de su libertad al soberano. Así, este derecho se ejerce

¹⁴ Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal*, p. 27.

por el gobernante cuando se intenta romper el “vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad”.

Así las cosas, las consecuencias que plantea son:

1º) Principio de legalidad: “*nulla poena sine lege*” o, dicho de otro modo, la pena ha de estar establecida por la propia ley.

2º) Principio de separación de poderes: parte de la teoría de Montesquieu -Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. El Legislativo es el único que tendrá capacidad de creación, modificación y derogación de normas jurídicas y, además, quien establecerá una pena por cada delito. El Judicial, por su parte, será quien resuelva los posibles conflictos que se produzcan en el seno de la sociedad a través de los jueces -en calidad de terceros ajenos independientes-. Por último, encontramos el Ejecutivo, siendo el soberano quien tiene el encargo de dirigir la nación y no enjuiciar.

3º) Las leyes no pueden ser contrarias al bien público ni a la evitación de delitos, pues entonces los hombres se convertirían en esclavos. En tal hipótesis de contrariedad, nos encontraríamos ante una normativa injusta, contraria al contrato social -teoría de Rousseau-.

4º) Por lo que respecta a la interpretación de las leyes, defiende que “en todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o por voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”. Esta incertidumbre se fundamenta en que cada persona tiene una visión sobre una cuestión compleja a resolver, por lo que la suerte de cada súbdito dependería del juez que conociese de su caso¹⁵.

Otro punto a destacar de la obra del marqués es el deseo de que todos pudiesen conocer las leyes. Con ello, encontramos una frontal oposición a la oscuridad. Esto es así porque si sólo saben las leyes unos pocos, el resto no puede tomar una decisión: por ello, la consecuencia positiva de que cualquiera pueda acceder al contenido de una norma porque está, además, en un lenguaje no extraño es que los particulares sabrán si aquello que realizan o tienen intención de realizar se ajusta o no a Derecho, y en virtud de ello deciden si actuar o no¹⁶.

En relación a la proporción entre los delitos y las penas, dice que hay distintos comportamientos humanos delictivos, y no todos ellos son igualmente reprochables en el mismo grado. Así, a delitos que contengan una conducta más reprochable, mayor pena: “si se

¹⁵ Beccaria, C. (1764), *Tratado de los delitos y de las penas*, Liorno, p. 19-24.

¹⁶ Beccaria, *Tratado de los delitos*, pp. 24 y 25.

destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida una mayor ventaja”¹⁷.

Además, también es importante la defensa que realiza de la prontitud de la pena, pues si la imposición y cumplimiento de la misma es cercana desde el punto de vista temporal a la comisión del delito, el delincuente hará una asociación mental entre delito y pena más que si se dilata considerablemente en el tiempo. La pena será, entonces, útil y justa.

3.1.1.2.- La pena de muerte: postura abolicionista.

Otro aspecto imprescindible de la obra de este estudioso milanés es el tratamiento de la pena de muerte: es abolicionista. Por ello, era todo un revolucionario en la época.

Beccaria se cuestiona la utilidad y la justicia de la pena capital porque nunca había logrado el resultado de mejorar al hombre. A partir de esta idea base, desarrolla toda su teoría contraria a la pena de muerte.

En primer lugar, señala que no es un derecho que tenga el Estado, pues más bien es una guerra contra el súbdito con el objeto de destruirlo o eliminarlo. No estando en absoluto a favor de “esta inútil prodigalidad de suplicios” (sic), tal y como se ha señalado anteriormente, pone de relieve cuáles son los dos motivos por los que entonces se creía necesaria: que el reo pueda poner en peligro la seguridad del país por sus relaciones y poder y, además, que su destrucción sirviese a terceros para que no cometiesen futuros hechos delictivos. Sin embargo, el camino de la experiencia y su rastro, que no es otro que los hechos verídicos pasados, hacían ver que la pena de muerte no había supuesto un muro a determinados hombres a que cometieran delitos.

La pena de “esclavitud perpetua” frente a la atroz pena de muerte será bastante para disuadir cualquier intención criminal. Así, se dará una pluralidad de ejemplos a la sociedad con permanencia en el tiempo.

Además, defiende con intensidad que tal esclavitud o prisión perpetua es más dolorosa que la pena capital, pues con la última se elimina de forma rápida al sujeto, mientras que la primera es duradera en el tiempo. Es más, la cadena perpetua aterrará más a quien la observa que a quien la padece.

Es interesante destacar el razonamiento del ladrón o asesino que transcribe Beccaria en su magna obra cuando lo único que les mueve para no delinquir es la horca, que es como

¹⁷ Beccaria, *Tratado de los delitos*, pp. 25-27.

sigue: primeramente, se pregunta a sí mismo cuáles son las leyes que ha de cumplir él por ser parte del pueblo llano, que son diversas para quien es de posibles. Son los ricos, los mismos que deniegan al pobre del que hablamos el pan. Y son estos afortunados los que hacen las leyes, sin conocer las condiciones miserables y paupérrimas en las que vive el tercer estado o estado llano.

A continuación, el pensamiento consecuencia del anterior racionamiento viene dominado por la rabia: se han de eliminar estos “vínculos fatales”, y la forma es acometer la injusticia en el origen de los males. El modo de romper con ellos es delinquiendo; así, el pobre vuelve a ser libre, regresando al estado de independencia primigenio a través de una pena rápida, la pena de muerte.

Sin embargo, el razonamiento del delincuente que se plantea como posible la esclavitud perpetua es considerablemente distinto, ya que no hablamos de un sufrimiento inmediato, sino permanente, reflexionando continuamente en su reclusión indefinida mientras el resto de súbditos disfrutan de la libertad que a él le falta.

En cuanto a la utilidad de la pena de muerte, si bien es cierto que la guerra enseña al hombre a cercenar vidas, las leyes no deben incrementar tal instinto negativo, según Beccaria. Es más, cuestiona la lógica que reside en la idea de prohibir al ciudadano medio arrebatarse la vida del prójimo cuando sí lo puede hacer el Estado.

En palabras del marqués, “el asesinato, que nos predicán y pintan como una maldad terrible, lo vemos promovido y ejecutado aun sin repugnancia y sin furor”¹⁸.

3.1.2.- España: Manuel de Lardizábal y Uribe.

3.1.2.1.- Su idea del Derecho Penal.

Como se ha dicho anteriormente, la Ilustración fue imprescindible en la crítica a las bases del Derecho Penal del Antiguo Régimen. Pues bien, un exponente fundamental fue el marqués de Beccaria, quien influyó notablemente en Italia y también en España principalmente de la mano de Lardizábal.

Jurista de renombre, trabajó en la reforma del sistema penal español, ya que será el secretario de Estado del momento de Gracia y Justicia de Carlos III quien ruegue y solicite la creación de un Código Criminal. Ahora bien, no se llevó a cabo el trámite de la corrección por parte de la Sala de Alcaldes, paralizándose, así, la susodicha reforma¹⁹.

¹⁸ Beccaria, *Tratado de los delitos*, p. 61.

¹⁹ Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal*, pp. 55-57.

Consecuencia de esto fue la creación de su obra “*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*”, pilar básico de la reforma posterior.

Adentrándonos en tal libro, se ha de señalar como idea de partida que Lardizábal era más práctico que Beccaria. Es por ello que sus propuestas van a tener las notas de viabilidad y coherencia. Un ejemplo es la defensa de la interpretación de la ley penal por parte del juzgador “si refleja el interés general del legislador”²⁰.

Además, la pena ha de ser adecuada a los fines que persigue, que no son otros que la seguridad de la república, de los ciudadanos y de sus posesiones y el castigo al reo. Mas se ha de subrayar el hondo interés del autor en cuestión en los asuntos penitenciarios, dejados al margen en la época. De tal forma que si a reos condenados a determinadas penas -como la de trabajos forzados o la de arsenales- se les hubiese impuesto otras, tal vez la sociedad contaría con otros súbditos con voluntad de reintegrarse, útiles y provechosos²¹.

Por ello establece como propuesta “la creación de casas de corrección sin las cuales nunca se podrá proporcionar las penas de modo que produzcan el saludable efecto de la enmienda en los que sean capaces de ella”²².

Por último, también matiza la idea de Beccaria de que la pena depende de la gravedad del delito de que se trate, estableciendo que se han de tomar en consideración circunstancias adicionales e importantes, tales como el mal ejemplo que causa el delincuente con su actuar, el tiempo, el lugar, las causas en virtud de las cuales ha cometido el hecho delictivo o las personas del delincuente y de la víctima u ofendido²³.

3.1.2.2.- Su defensa de la pena de muerte.

Lardizábal no es un abolicionista como Beccaria, sino que es partidario de la pena de muerte. Ahora bien, en su “*Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*” critica la aplicación que se hace de ella en el momento que le ha tocado vivir.

Como se ha dicho antes, ha sido influido por Beccaria, y en materia de la pena capital se dedica a defenderla rebatiéndole su postura. Si bien es cierto, dice, que la pena de muerte se produce de forma instantánea, el reo pierde un bien jurídico valioso, es más, el más

²⁰ Lardizábal y Uribe, M. (1782), *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, p. 76.

²¹ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, p. 85.

²² Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, pp. 85 y 86.

²³ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, p. 103.

preciado por cualquier persona: la vida. Por ello, creía que el peso de la muerte es mayor que el de la misma esclavitud.

En cuanto a la legitimidad de esta pena, este jurista creía que el propio soberano ostentaba el poder de decisión sobre la vida de sus ciudadanos: “Negar a las Potestades Supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos”²⁴.

Dicho lo cual, no defiende la aplicación de la pena de muerte de forma abusiva para evitar la realidad de la crueldad y de la tiranía, sino cuando sea necesaria por “útil y absolutamente necesaria”, sosteniendo aun, entonces, la teoría del condenado a muerte como miembro que ha de ser amputado del cuerpo para la conservación de este último, que sería la sociedad.

Por tanto, la acepta y considera necesaria, pero siempre aplicada desde la moderación²⁵.

3.2.- La pena de muerte.

La corriente filosófica que empezaba a destacar en la Europa del siglo XVIII, la Ilustración, explicada anteriormente, tuvo una plasmación en el plano legislativo a nivel nacional en el Código Penal de 1822 -como se aprecia, su recepción fue más tardía-, aprobado en la etapa liberal del reinado de Fernando VII. En España, uno de los máximos exponentes de la susodicha filosofía fue Lardizábal, jurista de reconocido prestigio, que pertenecía a la Escuela Clásica de Derecho Penal²⁶. Además, hemos de señalar la influencia que tuvo el filósofo perteneciente a la corriente del utilitarismo Jeremías Bentham, quien hablaba de la ejemplaridad de la pena como pilar fundamental del Derecho Penal.

Se discutió sobre la posibilidad de abolir la pena capital, pero al final se incluyó en el Código Penal de 1822. Así, en el artículo 28 se recoge como primera pena corporal del elenco que enumera el legislador de entonces²⁷:

Art. 28: “A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados á los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán

²⁴ Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, p. 165.

²⁵ Betegón Carrillo, J. (1985), *Lardizábal: “Discurso sobre las penas”*, en *Anuario de derechos humanos*, 3, Madrid, pp. 678-682.

²⁶ Antón Onea, J. (1965), *Historia del Código Penal de 1822*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18, Madrid, pp. 263-278.

²⁷ Sánchez González, M. D. M. (2004), *La codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid, pp. 136 y 137.

en España otras penas que las siguientes. Penas corporales. Primera.

La de muerte [...]”.

De los artículos 31 al 37 se explica con detalle cómo se ha de notificar la condena a muerte del reo y en qué casos quedará suspendida la pena:

1º) La notificación de la sentencia al condenado se realizará cuarenta y ocho horas antes de darle muerte. Además, se establece la posibilidad de una prórroga por parte del juez de hasta nueve días desde la notificación atendiendo a sus características particulares o al cargo ostentado con el objeto de rendir cuentas o para el arreglo de sus negocios, siempre y cuando existiese un perjuicio grave en caso de no hacerse²⁸.

2º) Desde que se produce la notificación de la sentencia hasta la ejecución, el trato del reo deberá regirse por las notas de “conmiseración” y “blandura”, proporcionándosele todo auxilio requerido, sea espiritual sea corporal y permitiéndosele hablar con quienes considere - familia y amigos-, así como realizar testamento o “arreglar sus negocios”. Todo ello sin dejar a un lado la observancia debida de las normas de vigilancia y seguridad²⁹.

3º) Si en este periodo que transcurre desde la notificación hasta la ejecución muriese el condenado a muerte, su cadáver deberá ser conducido al lugar del suplicio de la misma forma en que se hubiera realizado si estuviese vivo. El féretro estará abierto y será expuesto al público, observándose lo establecido en los artículos 42, 45 y 46 -explicados posteriormente-³⁰. Además, “*no se ejecutará esta (la pena de muerte) en el cadáver de modo alguno*”³¹.

4º) Una vez notificada la sentencia al reo, se procederá a su anuncio al público a través de carteles, con la siguiente información: día, hora y lugar de la ejecución, así como el nombre, delito y domicilio del reo³².

5º) Quedará suspendida la ejecución cuando se llevare a término alguno de los siguientes supuestos: bien por indulto concedido por el Rey -a través de carta real o de orden real-; bien en los casos de que se retracte algún testigo, o por hallazgo de nuevas pruebas que hagan dudar al juzgador de la veracidad del hecho delictivo o de la autoría del mismo, llevándose a cabo entonces una nueva instrucción de los hechos, volviendo el reo a prisión³³. Cabe destacar que no procedía a la suspensión de la condena a muerte si confesaba otro delito, salvo cuando haya un interés del Estado para la “*averiguación y castigo*” de los hechos³⁴.

²⁸ Art. 31, CP-1822.

²⁹ Art. 32, CP-1822.

³⁰ Art. 33, CP-1822.

³¹ Art. 34, CP-1822.

³² Art. 37, CP-1822.

³³ Art. 35, CP-1822.

³⁴ Art. 36, CP-1822.

Ahora bien, hemos de detenernos en el medio de ejecución de la pena capital establecida en este Código, establecida en el artículo 38: el garrote.

Art. 38: “el reo condenado á muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificacion previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo”.

A partir de 1823, con la vuelta al sistema absolutista con la entrada de los Cien Mil Hijos de San Luis tras el periodo liberal que se inició con el golpe de Estado de Riego, Fernando VII abolió tal sistema, a través de la Real Cédula de 28 de abril de 1828, implantando a su vez el garrote.

En cuanto a la forma y a la aplicación, hemos de distinguir tres tipos de garrote en función del delito o de la posición social del reo. Es por ello que están estrechamente unidos ambos conceptos:

- Garrote ordinario: para plebeyos.
- Garrote noble: para hidalgos.
- Garrote vil: para delitos infames.

Ahora bien, esta distinción sólo afecta a aspectos formales en materia de conducción del condenado a muerte de la prisión al lugar de ajusticiamiento. Así, los condenados a garrote ordinario eran transportados en una mula; los de garrote noble, en un caballo ensillado; y los de garrote vil, en un burro.

En cuanto a la técnica, consistía en una especie de torniquete que estrangulaba el cuello con la ayuda de una cuerda y un palo.

En realidad se utilizaba con asiduidad porque se consideraba que se obtenía, así, una ejecución eficaz, limpia y rápida³⁵. Sin embargo, el reo fallecía por el mismo estrangulamiento, con el dolor y angustia precedentes al mismo.

Todo esto queda perfectamente reflejado en el articulado del Código Penal de 1822, en particular, en sus artículos 39-46:

Art. 39: “La ejecucion será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni dia feriado, ni en fiesta nacional, ni en el dia de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera 6 de mampostería, pintado de negro, sin adorno ni colgadura alguna en ningun caso, y colocado

³⁵ Barrionuevo de Peraltra, J. (1996), *Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias*, Madrid, p. 247: “el garrote mataba <<en un cerrar y abrir de ojos>>”.

fuera de la poblacion; pero en sitio inmediato á ella, y proporcionado para muchos espectadores”.

Art. 40: “El reo será conducido desde la carcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos espresados. Sin embargo el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos á la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza, y una soga de esparto al cuello. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro”.

Art. 41: “En todos los casos llevará el reo en el pecho y en la espalda un cartel que con letras grandes anuncie su delito de ‘traidor’, ‘homicida’, ‘asesino’, ‘reincidente en tal crimen’. Le acompañarán siempre dos sacerdotes, el escribano y alguaciles enlutados, y la escolta correspondiente”.

Art. 42: “Al salir el reo de la carcel, al llegar al cadalso, y á cada doscientos á trescientos pasos en el camino, publicará en alta voz el pregonero público el nombre del delincuente, el delito por que se le hubiere condenado, y la pena que se le hubiere impuesto”.

Art. 43: “Asi en las calles del tránsito como en el sitio de la ejecucion debe reinar el mayor orden; pena de ser arrestado en el acto cualquiera que lo turbare, pudiendo ademas ser corregido sumariamente, segun el esceso, con dos á quince dias de carcel, ó con tira multa de uno á ocho duros. Los que levanten grito ó dieren vez, ó hicieren alguna tentativa para impedir la ejecucion de la justicia, serán castigados como sediciosos, y esta disposicion se publicará siempre en los pregones”.

Art. 44: “Al reo no le será permitido hacer arenga ni decir cosa alguna al público ni á persona determinada, sino orar con los ministros de la religion que le acompañen”.

Art. 45: “Sobre el sitio en que haya de sufrir la muerte, y en la parte mas visible, se pondrá otro cartel que anuncie con letras grandes lo mismo que el pregon”.

Art. 46: “Ejecutada la sentencia, permanecerá el cadaver espuesto al público en el mismo sitio hasta puesto el sol. Despues será entregado á sus parientes ó amigos, si lo pidieren, y si no, será sepultado por disposicion de las autoridades, ó podrá ser entregado para alguna operacion anatómica que convenga. Esceptúanse de la entrega los cadáveres de los condenados por traición ó parricidio, á los cuales se dará sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal alguna que denote el sitio de su sepultura”.

A continuación, nos encontramos con un extenso artículo 58, donde se explica toda una serie de penas que se pueden dar en caso de fuga o incumplimiento del reo de su pena bien de obras públicas -es decir, a trabajar forzosamente en “*caminos, canales, construcción de edificios, aseo de calles, plazas y paseos públicos*”-, bien de presidio. Pues bien, se establece que “*si el nuevo delito mereciere pena de deportación, se le impondrá la de trabajos perpetuos, y si esta, la de muerte [...]*”.

Por último, como nota accesorio, cabe añadir que los artículos 62 y 63 tratan de la ejecución de la observancia de una ejecución a muerte como pena para un delincuente en los casos que así lo prevea este Código.

4.- EL MODERANTISMO: EL CÓDIGO PENAL DE 1848.

4.1.- Influencia filosófica: el retribucionismo.

El moderantismo es una tendencia política conservadora de un grupo de políticos que ostentaron el poder durante una gran parte del reinado de Isabel II (1844-1854 y 1856-1868) cuyas medidas fueron la restricción del sufragio, la paralización de las desamortizaciones y demás planteamientos liberales que se intentaron poner en práctica por los más progresistas del momento.

Bravo Murillo, en la Exposición de motivos, establece que se caracteriza este Código de 1848 por no haberse realizado siguiendo una teoría específica, sino por ser ecléctico, esto es, por conciliar el resto de sistemas exclusivos. La razón, según el que fue Ministro de Justicia, es que se persigue la búsqueda del medio de represión más idóneo atendiendo a cada delito en particular, mirándose tanto el mal producido por el hecho delictivo como la intención del delincuente. Además, también señala que la pena tiene una finalidad de justicia y de evitar que el hombre lo cometa³⁶.

Por otra parte está Silvela, quien reconoce dos principios: retribución y defensa -siendo este último la intimidación-. En cuanto a las manifestaciones del principio retributivo, se pueden destacar el hecho de que se acumulen las penas al realizar los concursos, la presencia en el susodicho Código de las penas de larga duración y de las perpetuas, o los artículos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad. Adentrándonos en los últimos, tienen el objeto de modular la intensidad del propio castigo, quedando fuera la finalidad educadora del delincuente. De esta forma, encontramos un claro atraso respecto al Código Penal de 1822, el cual sí recogía una disminución de la pena si se arrepentía o enmendaba el reo. Ahora bien, tales preceptos reguladores de la ejecución de estas penas -ya sean del Código de 1848 o de 1870- tuvieron una aplicación muy pobre.

Desde el punto de vista político, el Código de 1848 desterró el régimen del arbitrio judicial e implantó un sistema cerrado de garantías penales, el denominado “sistema de aritmética penal”, con una serie de reglas que limitaban de una forma muy significativa la libertad del juez a la hora de actuar y decidir. Así, por ejemplo, al establecer una cantidad determinada de pena encorsetada entre una cuantía máxima y una mínima, estando fraccionada en tres grados, se forzaba al juzgador a moverse dentro de los márgenes establecidos por el legislador del grado escogido por él mismo. La excepción es la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes, pudiéndose compensar la pena.

Así las cosas, se puede decir que el Código Penal de 1848 tiene un marcado carácter retribucionista, principalmente porque uno de sus redactores, Joaquín Francisco Pacheco, comulgaba con tales ideas y así se dejó plasmado en ese texto legal. Además, estudió las obras de Beccaria y Bentham sobre Derecho Penal.

Centrándonos en las ideas retribucionistas de Pacheco, parte de la base de que no había habido un estudio a conciencia de la ciencia penal porque no había un espíritu de

³⁶ Antón Oneca, J. (1965), *El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 18, Madrid, pp. 488-491.

sistema. Para solucionarlo, propone una reforma de las leyes penales que culmine en la aprobación de un Código con el objeto de establecer como pilares orden y sistema³⁷.

Consideraba los postulados utilitaristas defendidos por Bentham insuficientes, defendiendo el retribucionismo en la norma penal, pues se ha de castigar el mal con el mal para alcanzar la satisfacción de la propia consciencia. Así, en consecuencia, la legislación penal está compuesta por un conjunto de males que tienen la nota de ser variables en el tiempo, ya que serán unas u otras dependiendo de los pareceres e intereses del momento³⁸.

Además, era reticente a realizar una defensa de la presunción de inocencia. Esto se deduce de las duras críticas que realizó a quienes enarbolaban la inocencia del reo hasta que no se dictase sentencia condenatoria, pues consideraba que incluso se les daba un trato mejor que a los ciudadanos medios³⁹.

Pacheco distingue entre fines principales y fines secundarios de la pena. De tal modo que los primeros serán la expiación y la intimidación del reo, mientras que los secundarios, la imposibilidad de delinquir y la reforma del delincuente. Para que se den estos últimos han de conseguirse los principales necesariamente.

Añade que la pena ha de tener 5 caracteres:

- a- Moral: no se puede permitir que se deprave el reo;
- b- Personal: se impone al delincuente y sólo éste la ha de cumplir;
- c- Igual: ante un mismo hecho delictivo, una misma pena, sin distinción de clase o estamento social;
- d- Divisible: se modulará atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes;
- e- Análoga: proporcional con el hecho realizado.

En referencia a la pena de muerte, es partidario de ella para algunos delitos comunes. Ahora bien, muestra un rotundo rechazo a su aplicación para delitos políticos, como podrían ser la insurrección o la conspiración, puesto que si bien es cierto que tiene la capacidad intimidatoria sobre los ciudadanos, quedarán unos cuantos, que serán mayores en cuantía, impasibles ante la misma⁴⁰.

La reforma del Código Penal del año 1850 no afectó a la pena capital.

En conclusión, retribucionismo e intimidación son ideas que encajan con el régimen político del 1848, el moderantismo. Por un lado, la retribución armoniza con el sistema liberal

³⁷ Pacheco y Gutiérrez Calderón, J. F. (1887), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, p. 400.

³⁸ Pacheco y Gutiérrez Calderón, *Estudios de Derecho Penal*, p. 235.

³⁹ Pacheco y Gutiérrez Calderón, *Estudios de Derecho Penal*, p. 263.

⁴⁰ Sainz Guerra, *La evolución del Derecho Penal*, pp. 59-62.

del momento, pues hay proporción de la pena según el delito de que se trate, impide el fantasma de la arbitrariedad del juez y establece la igualdad en el castigo al delincuente. Por lo que respecta a la intimidación, ha sido dominante en los sistemas políticos autoritarios - pues si bien es cierto que se intenta liberalizar en este periodo la economía de España, en el ámbito político hay un sistema férreo-.

4.2.- La pena de muerte.

El Código Penal de 1844 mantiene la pena de muerte, y así se refleja en su artículo 24, donde aparece como la primera pena aflictiva.

Art. 24: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

ESCALA GENERAL.

Penas aflictivas.

Muerte [...]”.

En el artículo 50, se establecen penas accesorias a la de muerte en caso de indulto:

Art. 50: “La pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo la inhabilitación absoluta perpetua y sujeción de aquel a la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida”.

Por último, del artículo 89 al 93 se recoge, en primer lugar, que el modo de ejecución de la pena de muerte es el garrote para el reo común⁴¹:

Art. 89: “La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado.

La ejecución se verificará de día y con publicidad en el lugar generalmente destinado para ese efecto, ó en el que el Tribunal determine cuando haya causas especiales para ello.

Esta pena no se ejecutará en días de fiesta religiosa ó nacional”.

Art. 90: “El sentenciado á la pena de muerte será conducido al patíbulo con hoga negra, en caballería ó carro. El pregonero publicará en alta voz la sentencia en los parajes del tránsito que el Juez señale”.

⁴¹ El fusilamiento se estableció para los militares.

Art. 91: “El regicida y el parricida serán conducidos al patíbulo con hoga amarilla y un birrete del mismo color; una y otro con manchas encarnadas”.

Art. 92: “El cadáver del ejecutado quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora antes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo á sus parientes ó amigos para este efecto, si lo solicitaren.

El entierro no podrá hacerse con pompa”.

Art. 93: “No se ejecutará la pena de muerte en la muger que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento”.

5.- LA REVOLUCIÓN GLORIOSA Y EL CÓDIGO PENAL DE 1870.

5.1.- Influencias de la Revolución Gloriosa de 1868 y de las Escuelas positivista y correccionalista.

El Código Penal de 1870 viene marcado tanto por aspectos históricos como filosóficos.

Centrándonos en primer lugar en el terreno histórico, en España se produjo el triunfo de la Revolución Gloriosa de 1868 con el objeto de ahondar en la implantación de un liberalismo más puro que el de la etapa anterior de Isabel II. La Gloriosa o Septembrina vino motivada por diversas causas: la crisis financiera del 1866 que arrastró consigo a distintas entidades de crédito del país, la escasez de alimentos que se vivió entre 1867 y 1868 y la crisis del sector ferroviario. Por todo ello, se realizó el Pacto de Ostende, entre demócratas y progresistas, cuyo objetivo era el derrocamiento de la reina.

Pues bien, el Código de 1870 fue llevado a cabo por la Comisión de Codificación, cuyo presidente fue Nicolás María Rivero, dando lugar a un texto de sesgo liberal⁴². Los fines de los reformistas que llevaron a cabo tal Código eran:

1º) La protección desde el punto de vista jurídico-penal de la Constitución de 1869 -reflejo de la nueva escena política del país-, tanto en su parte dogmática como orgánica.

⁴² Sainz Guerra, *Historia del Derecho español*, p. 484.

2º) La humanización del Código Penal bajo la óptica ilustrada. Así, se llevó a término una mitigación de las penas que estaban plasmadas en el mismo. Se ha de recordar, además, que el Código de 1848 era de tendencia moderada o conservadora, por lo que se limaron las aristas excesivamente duras de la etapa anterior.

3º) La corrección de defectos técnicos del anterior Código⁴³.

Una vez analizados los hechos histórico-jurídicos, es menester que se estudien las diversas concepciones filosóficas de la Europa de la segunda mitad del siglo XIX que pudieron influir en mayor o menor grado en el Código Penal de 1870. Así, encontramos a la Escuela Positivista y a la Escuela Correccionalista. Cabe destacar que nos encontramos en un periodo de debate continuo, de efervescencia de teorías:

A- La Escuela Positivista.

Los positivistas intentaban demostrar con base empírica que existían personas que tenían una determinada predisposición a la delincuencia debido a sus características físicas o psíquicas que les diferenciaban del resto de la comunidad.

La doctrina considera al italiano Cesare Lombrosio como el padre de esta Escuela. En su obra *Il uomo delinquente* -en español, *El hombre delinquente*- defendía que ciertos sujetos son delincuentes porque habían nacido así como consecuencia de una regresión de la misma evolución de la especie humana. Además, manifestación de ello eran los rasgos físicos del mentón o de las orejas, entre otros.

Tuvo lugar en Roma en 1885 el primer Congreso Internacional de Antropología criminal, donde el tema de discusión era esta teoría del delincuente nato. El objeto era fundamentar científicamente las bases positivistas y su proyección internacional.

Por lo que respecta a España, su recepción fue poco acentuada. Las noticias del susodicho Congreso fueron recibidas por Isidro Pérez Oliva en su artículo *Escuela Positivista del derecho penal en Italia* publicado en el 1885 en la Revista de los Tribunales⁴⁴. También se ha de mencionar a Constante Amor y Naveiro, quien criticó con fuerza el positivismo y cualquier ciencia que se aplicase al crimen, como la Psicología, pues las veía como sectas “fuera de la doctrina católica”⁴⁵.

⁴³ Antón Oneca, J. (1970), *El Código Penal de 1870*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 23, Madrid, pp. 229-251.

⁴⁴ Pérez Oliva, J. (1885), *Escuela Positivista del derecho penal en Italia*, en Revista de los Tribunales.

⁴⁵ Amor y Naveiro, C. (1899), *Examen de las nuevas escuelas de derecho penal: memoria laureada por la Real Academia de Ciencias morales y políticas*, Madrid, pp.56-58.

B- La Escuela Correccionalista.

Según Gerardo Landrove, “*el correccionalismo no supone más que la doctrina penal de los krausistas*”⁴⁶. El krausismo es la línea de pensamiento dominante en la Restauración monárquica española (1874-1923) entre un grupo de pensadores influyentes -como políticos e ideólogos-, partidarios de un cambio “desde arriba”, frente a las tesis anarquistas y socialistas.

Röeder, el discípulo del filósofo alemán Krause -a quien debe el nombre la corriente krausista-, es considerado el padre de la teoría del mejoramiento o de la enmienda, en virtud de la cual la finalidad única de la pena es la corrección moral del reo. Además, el delito era considerado una elección equivocada del sujeto y entendían que existía la voluntad del hombre. Así, el delincuente estaba en el punto de mira de los correccionalistas, tal y como sucedía con los positivistas. Ahora bien, la diferencia entre ambas escuelas es clara: para los positivistas, el reo había nacido determinado para delinquir; en cambio, para los correccionalistas el hombre delinquía como consecuencia de una decisión errónea, tendiendo que corregirle el Estado para que no peligrase de nuevo el orden jurídico establecido. En materia de la pena de muerte, consideraba que debía estar completamente descartada por tratarse de un “*asesinato jurídico*”⁴⁷.

En España, se recibió tal teoría, pero no fue desarrollada por los reformistas españoles con el espíritu filosófico de Röeder, sino que se creó la Escuela Correccionalista española, con un claro trasfondo humanitario y cristiano, retornando a la corrección propuesta por la Segunda Escolástica.

5.2.- La pena de muerte.

El Código Penal de 1848 se caracterizó por atenuar el carácter ejemplarizante de la pena de muerte que impuso el Código de 1822, basándose en Bentham.

Pues bien, el Código de 1870 va a llevar a cabo una atenuación aun mayor, manteniendo tanto la publicidad como el hecho de que el condenado a muerte portara la hopa negra mientras era conducido al patíbulo⁴⁸. Además, van a verse limitados los casos en los cuales puede venir aplicada la pena capital.

Así, en el artículo 26 la encontramos enunciada:

⁴⁶ Landrove Díaz, G. (1969), *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Madrid, p. 13.

⁴⁷ Röeder, K. (1875), *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios. Fundamento jurídico de la pena correccional*, Madrid.

⁴⁸ Antón Oneca, *El Código Penal de 1870*, p. 242.

Art. 26: “Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente

ESCALA GENERAL.

Penas aflictivas.

Muerte [...]”.

En la sección relativa a las “*penas que llevan consigo otras accesorias*”, hemos de resaltar el artículo 53:

Art. 53: “La pena de muerte, cuando no se ejecutare por haber sido indultado el reo, llevará consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua, si no se hubiese remitido especialmente en el indulto dicha pena accesoria”.

Los artículos 102-105 regulan la ejecución de la pena de muerte, tal como sigue:

Art. 102: “La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado. La ejecución se verificará á las veinticuatro horas de notificada la sentencia, de dia, con publicidad y en el lugar destinado generalmente al efecto, ó en el que el Tribunal determine, cuando haya causas especiales para ello.

Esta pena no se ejecutará en dias de fiesta religiosa ó nacional”.

Art. 103: “Hasta que haya en las cárceles un lugar destinado para la ejecucion pública de la pena de muerte, el sentenciado á ella, que vestirá hopa negra, será conducido al patíbulo en el carruaje destinado al efecto, ó donde no lo hubiere, en carro”.

Art. 104: “El cadáver del ejecutado quedará expuesto en el patíbulo hasta una hora ántes de oscurecer, en la que será sepultado, entregándolo á sus parientes ó amigos para este objeto, si lo solicitaren.

El entierro no podrá hacerse con pompa”.

Art. 105: “No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento”.

Por último, se ha de destacar que el artículo 102 quedó modificado con la *Ley 9 de abril de 1900*, a través de la cual se eliminó la publicidad en el proceso de ejecución del condenado a muerte:

Art. 102: “La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión a las dieciocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en día de fiesta religiosa o nacional”.

6.- LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA: EL CÓDIGO PENAL DE 1928 Y EL REGLAMENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 170 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL.

6.1.- La dictadura de Primo de Rivera: aspectos políticos y sociales.

En el periodo de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) no se puede hablar de una influencia filosófica determinada, ya que la normativa jurídica va a estar fuertemente influida por las ideas del régimen autoritario. Además, la dificultad aumenta cuando intentamos comparar las ideas del General con el barrido histórico de leyes, en el sentido amplio del término. Pues si bien es cierto que el régimen tomó ideas del fascismo italiano de Benito Mussolini, no fue tan intenso por las supuestas ideas liberales de Primo de Rivera.

El Golpe de Estado del General Primo de Rivera se dirige contra el modelo político del momento: la Restauración. Los dirigentes de esta época realizan un análisis de cualquier problema siempre desde la óptica liberal, caracterizada por el formalismo y la importancia de los planteamientos jurídico-políticos, dejando al margen los socio-económicos. Se ocuparán de estos últimos sólo dos grupos: los regeneracionistas -grupo heterogéneo pero con ideas distintas al pensamiento imperante, que quieren una europeización de España, como Joaquín Costa- y los socialistas -totalmente contrarios al *status quo*, como Largo Caballero-.

La población española de los años 20, desencantada con el sistema que trajo paz social, estabilidad y la consolidación del parlamentarismo y del liberalismo, esperaba un “salvador” que pusiese solución a problemas que no habían sido aún solucionados, tales como el analfabetismo y la miseria de gran parte de los ciudadanos o el problema catalán.

Según Gabriel Maura, es significativo que una parte importante del país prefiriese entonces encontrarse bajo la mano férrea de un dictador y no bajo un régimen que había aportado derechos, libertades y garantías. Entiende que la causa es que el sistema se ha convertido en un verdadero fraude y ya se era consciente de ello.

Pues bien, este “cirujano de hierro” fue el General Primo de Rivera. Paradójicamente, era liberal, pero tras las vivencias de los últimos acontecimientos de la Restauración se

levantó contra el orden establecido. Según García Canales, una vez que él detentó el poder tenía la posibilidad de instaurar una nueva legalidad, pero sólo suspendió la Constitución de 1876, sin derogarla, lo que significa que sólo quería acabar con la corrupción del sistema, sin desterrarla. Así, para el dictador, los problemas que tenía España eran el falseamiento de las elecciones a través de los caciques y las influencias de los grandes oligarcas que ejercían frente a los que detentaban un asiento en los organismos del Estado y en los Consejos de Administración.

Además, cabe destacar que en los últimos años de la dictadura la situación es bien distinta, pues si bien había contado al inicio la dictadura con apoyo popular, de partidos de ideologías distintas y de sindicatos, el clamor por una Constitución era cada vez mayor, convirtiéndose en una verdadera exigencia⁴⁹.

6.2.- La pena de muerte.

Una de las características principales del Código de 1928 es su rigor punitivo. Así, se castigan más hechos típicos con la pena de muerte respecto al Código Penal de 1870⁵⁰. En particular, el Código Penal de 1928 prevé la pena de muerte en su artículo 87:

Art. 87: “Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código son las siguientes: Muerte [...]”.

El artículo 116 establece que si se produce el indulto de un condenado a muerte se debe entender conmutada por la pena de treinta años, bien de prisión bien de reclusión:

Art. 116: “Cuando no se ejecute la pena de muerte, por haber sido indultado el reo, se entenderá sustituida por la de treinta años de reclusión, o de prisión, según la pena que corresponda al delito, sin que por ningún concepto pueda ser licenciado, salvo caso de error judicial, declarado en sentencia, o por concesión de amnistía, sin haber cumplido cuando menos las dos terceras partes de dicha reclusión o prisión”.

En cuanto al artículo 163, estipula que al reo se le impondrán todas aquellas penas que le correspondan por estar establecidas en el Código como consecuencia de infracciones que

⁴⁹ García Canales, M. (1980), *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Madrid, pp. 27-91.

⁵⁰ Sainz Guerra, *Historia del Derecho español*, p. 485.

puedan ser subsumidas en los tipos penales. Pues bien, se añade que en el caso de que no puedan ser cumplidas simultáneamente todas, tendrá preferencia la de muerte:

Art. 163: “Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán en la sentencia que los sancione todas las penas correspondientes a las diversas infracciones que haya cometido, y por las cuales haya sido juzgado para que las cumpla simultáneamente, a ser posible, y, cuando no lo sea, por el siguiente orden:
Muerte [...]”.

El artículo 184 viene a reflejar la situación de enfermedad mental del reo. En este caso, se suspenderá la condena a muerte y se internará en un sanatorio. Si se recuperase, deberá cumplir su condena -aunque los días de internamiento pueden ser deducidos del cómputo global de la reclusión establecido en virtud de sentencia-; ahora bien, en el caso de que fuese un sentenciado a muerte, se le conmutará tal pena por la de treinta años de reclusión o de prisión dependiendo del delito de que se trate:

Art. 184: “Cuando después de firme una sentencia condenatoria de pena de muerte o de privación de libertad, haya principiado o no esta última a cumplirse, cayere el reo en perturbación o incapacidad mental, el Tribunal suspenderá el cumplimiento de la pena y ordenará la tramitación del oportuno expediente gubernativo y el internamiento del penado en un manicomio judicial, siempre que la pena sea grave [...].

En cualquier momento en que el penado recobre la normalidad de sus facultades mentales, principiará o continuará el cumplimiento de la condena, a no ser que ésta hubiera prescrito. Se exceptúa el condenado a pena de muerte, a quien al recobrar la razón le será conmutada aquélla por la de treinta años de reclusión o prisión según el delito”.

Por último, se ha de señalar el artículo 170, que deja a desarrollo reglamentario el modo de ejecución de la pena de muerte.

Art. 170: “La pena de muerte se ejecutará en la forma y términos que dispongan los Reglamentos que se dicten al efecto.
No se ejecutará en mujer que se halle encinta, ni se notificará a ésta la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”.

En particular, tal desarrollo se realizó a través del *Reglamento para la ejecución de lo dispuesto en el artículo 170 del nuevo Código Penal*. Son merecedores de ser destacados los artículos 1º, 7º y 9º:

Art. 1º: “La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día y el sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo. La notificación de la hora señalada para la ejecución deberá hacerse al reo precisamente doce horas antes de aquélla, y si por cualquier circunstancia la notificación se retrasase, la hora de la ejecución se demorará también lo necesario para que transcurran doce horas desde la notificación hasta el cumplimiento.

Nunca se ejecutará la pena de muerte en día de fiesta religiosa o nacional”.

Art. 7º: “El cadáver podrá ser entregado, por acuerdo de la Autoridad judicial encargada del cumplimiento de la sentencia, para su inhumación, a la familia del reo y, en su defecto, a personas piadosas que lo demandasen.

El entierro no podrá hacerse con pompa.

Si nadie recogiera el cadáver, cuidará de su sepultura la Autoridad judicial”.

Art. 9º: “Cuando la sentencia que se ha de ejecutar recaiga contra una mujer que esté encinta, se cumplirá lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 170 del Código Penal; y si el conocimiento de estar encinta la reo, la adquiriese la Autoridad judicial encargada de hacer cumplir la sentencia, al hacerse la notificación a la que se refiere el artículo 1º de este Reglamento o después de dicha diligencia, se suspenderá la ejecución de dicha pena, previas las comprobaciones oportunas”.

7.- LA II REPÚBLICA: EL CÓDIGO PENAL DE 1932, LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1934 Y LA LEY DE 2 DE JUNIO DE 1935.

7.1.- Pluripartidismo como novedad y el Conflicto de 1934.

La Constitución republicana de 1931, de carácter social y progresista, estableció unos pilares completamente distintos a los que regían anteriormente: libertad, igualdad, claros

límites a la propiedad privada y su carácter social, etc... Fruto de todo ello es el conjunto tan amplio de partidos que encontramos entonces, pudiendo agruparse entorno a su ideología en tres:

1) La derecha, cuyo máximo exponente era la CEDA -Confederación Española de Derechas Autónomas-. La unión de distintos partidos conservadores en uno sólo se produjo por el hecho de compartir una serie de ideas: capitalismo, la defensa de la propiedad privada, los intereses de los empresarios, un catolicismo férreo, el campo y la nostalgia de la desterrada Monarquía. Su líder, José María Gil Robles, en el momento de discusión del proyecto constitucional, mostró, así, su rechazo a la previsión del divorcio (art. 41) y a la prohibición de enseñanza a las Órdenes religiosas (art. 26), entre otros.

2) El centro que monopolizaba el Partido Radical. Su líder era Alejandro Lerroux. Desde 1931 hasta 1933 había colaborado desde las Cortes con el Gobierno republicano-socialista. Ahora bien, posteriormente, apoyará a la CEDA. Esto le llevó las críticas tanto de las derechas en un principio como de las izquierdas después.

3) La izquierda, más fragmentada, se puede a su vez subdividir en dos grupos. En primer lugar, la izquierda liberal-burguesa que congregaba a intelectuales liberales con corte anticlerical francés -Unión Republicana, Izquierda Republicana, Partido Radical-Socialista, etc...-. Por otro lado, la izquierda obrera representada por el PSOE -Partido Socialista Obrero Español-⁵¹.

La II República no se caracterizó por ser una etapa de tranquilidad social. Ejemplo de ello son las numerosas huelgas que se producían. Pues bien, un hecho a destacar es el Conflicto de octubre de 1934, que llevó a las Cortes a aprobar la reintroducción de la pena de muerte, la cual no aparecía en el elenco de penas del Código Penal de 1932.

Las elecciones de noviembre de 1933 dieron la victoria a la CEDA, pero el Presidente de la República se negó a encargar gobierno a este partido, sino que la presidencia la ejerció el radical Ricardo Samper, quien mantuvo la confianza parlamentaria de las derechas hasta el verano de 1934. El líder de la CEDA, Gil Robles, en sesión parlamentaria del día 1 de octubre, lanzó un discurso duro contra Samper y le retiró su confianza. Alegó que no era capaz de dirigir el país ante la proliferación de problemas, tales como el problema vasco y catalán, los peligrosos y violentos encuentros entre jóvenes socialistas y falangistas, etc...

Ahora bien, la izquierda obrera quería evitar a toda costa la entrada de la CEDA en el gobierno de la Nación, llamando a la insurrección el PSOE y proponiendo una huelga general

⁵¹ Ramírez Jiménez, M. (1975), *Estudios sobre la II República española*, Madrid, pp. 27-46.

el Partido Comunista. Los objetivos de esta huelga que tenía que devenir en insurrección eran nacionalizar las tierras -dejando a salvo aquellas de los pequeños propietarios-, reforma educativa, disolución del Ejército, etc... Así, el 5 de octubre comenzó esta revuelta en Asturias, País Vasco, parte de Cataluña y de Andalucía, Valencia, etc... Se han de destacar los sucesos de Asturias: los obreros asaltaron los cuarteles de la Guardia Civil, muriendo 40 agentes. El resultado fue la declaración del estado de guerra por parte del Gobierno, la represión por parte del General Francisco Franco -quien sería después dictador de España- y la promulgación de la *Ley de 11 de octubre de 1934*⁵².

7.2.- La pena de muerte.

Con la proclamación de la II República en 1931, se derogó el Código Penal de 1928 y se restableció el de 1870. Ahora bien, su vigencia fue breve al aprobarse y promulgarse en 1932 un nuevo Código Penal. El Código Penal de 1932 significó la adaptación del Derecho Penal español heredado de la dictadura anterior al nuevo orden impuesto en la Constitución republicana de 1931. Así, unas de las reformas fue la humanización del sistema penal a través de la eliminación de la pena de muerte⁵³.

Ahora bien, el golpe de Estado fracasado de 1934 producido en Asturias hizo que el Gobierno llevase a las Cortes un proyecto de Ley que fue aprobado, la *Ley de 11 de octubre de 1934*, en virtud de la cual se restableció la pena capital en nuestro Ordenamiento jurídico para los llamados delitos de bandolerismo y de terrorismo⁵⁴. Es menester subrayar el artículo 6º *in fine* de la susodicha Ley, pues debido a que el Código penal republicano no recogía la pena de muerte, volvieron a entrar en vigor los preceptos que recogían el modo de ejecución de la misma del Código anterior:

Art. 6º in fine: “[...] Para la ejecución de las penas no reguladas en las leyes vigentes se considera que se hallan en vigor los artículos 102 al 105 del Código penal de 1870 y reforma de 9 de Abril de 1900”.

Posteriormente, es aprobada la *Ley de 2 de junio de 1935*, que amplió la pena de muerte a otros delitos de terrorismo. Así, sigue estableciéndose fuera del Código Penal de 1932.

⁵² Tuñón de Lara, M. (1976), *La II República*, vol. 2, Madrid, pp. 58-98.

⁵³ Sainz Guerra, *Historia del Derecho español*, p. 486.

⁵⁴ Masferrer Domingo, A. (2003), *Tradición y reformismo en la codificación penal española: hacia el ocaso de un mito*, Jaén, pp. 172-175.

8.- EL FRANQUISMO: LA LEY DE 5 DE JULIO DE 1938, LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO DE 29 DE MARZO DE 1941, EL CÓDIGO PENAL DE 1944, EL REGLAMENTO DE PRESIDIOS Y PRISIONES DE 5 DE MARZO DE 1948 Y EL DE 2 DE FEBRERO DE 1956, EL CÓDIGO PENAL DE 1973 Y EL DECRETO-LEY DE 26 DE AGOSTO DE 1975.

8.1.- Contexto histórico y social.

El origen de la dictadura franquista (1939-1975) está en el golpe de Estado contra la II República que dieron una serie de generales del Ejército español, entre ellos Francisco Franco y Emilio Mola. Triunfó sólo en la mitad del país, manteniéndose las instituciones de la otra mitad fieles al orden establecido, causando así la Guerra Civil española (1936-1939).

El Nuevo Estado que se estuvo ya forjando en la guerra tuvo tres apoyos fundamentales, que serían los tres pilares posteriores del Estado franquista: la Falange, la Iglesia católica española y el Ejército. Antes de la II Guerra Mundial, el franquismo tuvo un claro modelo: el fascismo italiano, adaptado a la realidad española. Una característica importante va a ser el rotundo rechazo a la herencia de la democracia y al liberalismo de las etapas anteriores. Pues bien, en esta primera fase (1936-1945), se lleva a cabo el desmantelamiento de las instituciones republicanas, creando toda una estructura corporativa⁵⁵.

Después de la II Guerra Mundial y de la derrota del Eje, en España el régimen vive una segunda fase (1945-1957): intenta alejarse de la idea de Estado totalitario similar al fascista y denominándose “democracia orgánica”. No hay un cambio hacia un modelo democrático, sino un cambio de imagen con la reorganización del gobierno con ministros católicos, implantándose lo que se ha venido a llamar “nacionalcatolicismo”. Además, el franquismo va a superar el aislamiento internacional por la Guerra Fría, ya que el bloque occidental o capitalista requería en Europa de aliados anticomunistas⁵⁶.

La tercera fase (1957-1969) consiste en la consolidación del Estado autoritario y el cambio social. Entran en el gobierno ministros del Opus Dei -organización católica que nace de la mano de José María Escrivá de Balaguer- y llevan a cabo la reforma de la Administración y la liberación de la economía, poniendo fin al modelo autárquico impuesto desde que Franco ganó la guerra. El régimen suaviza la dureza de su represión para dar imagen de lugar pacífico donde invertir. Además, se produce la reorganización de la

⁵⁵ AA.VV. Di Febo y Juliá Díaz (2012), *El franquismo*, Barcelona, p. 47.

⁵⁶ AAVV. Di Febo et al., *El franquismo*, p. 85.

oposición en el extranjero. Tras el Concilio Vaticano II, también encontrará oposición Franco en el catolicismo⁵⁷.

La cuarta y última fase (1969-1975) se caracteriza por la agonía y agotamiento del franquismo. Se vuelve a retomar la mano dura contra los contrarios a la dictadura⁵⁸.

8.2.- La pena de muerte.

En primer lugar, la *Ley de 5 de julio de 1938* reintroduce la pena de muerte en el Código Penal. Según la Exposición de Motivos, ésta había sido derogada “*por un sentimentalismo de notoria falsía y que no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero*”.

Después, se aprueba la *Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941*, donde se establece la pena capital para una unos veinte casos típicos⁵⁹.

Centrándonos en el Código Penal de 1944, su artículo 27 vuelve a fijar la pena de muerte dentro del mismo, ya que durante la II República fue abolida y después reintroducida en el sistema, que no en el Código, en virtud de una Ley de 1934.

Art. 27: “Las penas que se pueden imponer con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente

ESCALA GENERAL.

Penas graves.

Muerte [...]”.

En caso de que no se ejecutase la pena capital, se establecen en el artículo 45 dos penas accesorias:

Art. 45: “La pena de muerte, cuando no se ejecute, y la de reclusión mayor, llevarán consigo interdicción civil del penado⁶⁰ y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena”.

El artículo 70 recoge la prevalencia en orden que tiene esta pena en el caso de que no se puedan cumplir distintas al mismo tiempo y la de muerte sea una de ellas:

⁵⁷ AAVV. Di Febo et al., *El franquismo*, pp. 118 y 119.

⁵⁸ AAVV. Di Febo et al., *El franquismo*, p. 144.

⁵⁹ Amnistía Internacional (1995), *La pena de muerte y su abolición en España*, Madrid, p. 40.

⁶⁰ La interdicción civil puede definirse como la limitación de la aptitud jurídica del condenado, entendiéndose como una sanción civil que va aparejada a la penal –en el caso del art. 45, la pena de muerte y la de reclusión mayor–.

Art. 70: “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto a ellas las reglas siguientes:

1º. En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido.

La gravedad respectiva de las penas para la observancia de lo dispuesto en el párrafo anterior, se determinará con arreglo a la siguiente escala:

Muerte [...]”

Por último, cabe señalar que el artículo 83 remite a los Reglamentos oportunos por lo que respecta al desarrollo del método de ejecución de la pena capital:

Art. 83: “La pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los Reglamentos.

No se ejecutará esta pena en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”.

En concreto, se está haciendo referencia al *Reglamento de Presidios y Prisiones de 5 de marzo de 1948*. En su artículo 58 se designan el medio y algunas otras cuestiones importantes. Sin embargo, no se hace referencia en absoluto a la forma de ejecución de la pena en el resto del articulado.

Art. 58: “La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo y a las diez horas de notificada al mismo la señalada para la ejecución, que no se verificará en día de fiesta religiosa o nacional”.

Posteriormente, se aprueba uno nuevo, el *Reglamento de Presidios y Prisiones de 2 de febrero de 1956*, debiendo citarse el artículo 46:

Art. 46: “La pena de muerte se ejecutará con arreglo a la Ley, a las diez horas de haber notificado al reo la señalada para la ejecución”.

A continuación, se promulga el Código Penal de 1973, que mantiene para una gama de delitos aun importante la pena capital. El segundo párrafo de su artículo 83 mantiene lo establecido tradicionalmente para las mujeres embarazadas⁵⁹:

Art. 83: “[...] No se ejecutará esta pena en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”.

Por último, tras el asesinato de Carrero Blanco en diciembre de 1973, el régimen de Franco aprueba el *Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975* -“antiterrorista”-, que se caracterizaba por su irretroactividad. De esta forma, era también de aplicación a los dos terroristas de ETA que habían sido juzgados y condenados en el Proceso de Burgos, realizado a través de un Consejo de Guerra (diciembre de 1970). El 11 de septiembre de 1975 tiene lugar otro Consejo de Guerra, en donde resultan condenados a muerte dos miembros del FRAP -es decir, la organización criminal Frente Revolucionario Antifascista y Patriota-. Después, el 19 de septiembre, es condenada a muerte a través de otro Consejo otra persona, dándose a conocer, además, cinco penas de muerte más. En total, nos encontramos con once personas que iban a ser fusiladas en los últimos meses de la dictadura. Las peticiones de indulto provienen de sectores muy diversos: el Papa Pablo VI, la Comisión Permanente del Episcopado español, los gobiernos francés y británico, etc... Al final, el Caudillo estima oportuno indultar a seis, pero los otros cinco restantes son fusilados el 27 de septiembre. Estas fueron las últimas ejecuciones vividas en España⁶¹.

9.- LA ABOLICIÓN DEFINITIVA DE LA PENA DE MUERTE: LA CONSTITUCIÓN DE 1978, EL REAL DECRETO-LEY 45/1978 DE 21 DE DICIEMBRE Y LA LEY ORGÁNICA 11/1995.

El artículo 15 de la Constitución española establece el derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, salvo en tiempo de guerra. Será eliminada del Código Penal con una reforma del 25 de junio de 1983. Así, la pena capital, que venía siendo habitual encontrarla como pena desde el Código Penal de 1822, había quedado casi desterrada:

Art. 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁶¹ Amnistía Internacional, *La pena de muerte y su abolición en España*, pp. 47-49.

En el mismo día en que entró en vigor la Constitución, también lo hizo el *Real Decreto-Ley 45/1978 de 21 de diciembre*, en virtud del cual la pena de muerte es sustituida por la de treinta años de reclusión en el Código de Justicia Militar, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante⁶².

Por último, una vez que queda derogada la pena de muerte en la legislación penal, aún quedaba una referencia a ella en la normativa militar penal. Por ello, en 1995 queda eliminada toda mención a la pena de muerte en nuestro Ordenamiento jurídico también en tiempo de guerra mediante la *Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra*. La intención del legislador queda reflejada en la Exposición de Motivos:

“El artículo 15 de la Constitución española proclama que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral y dispone la abolición de la pena de muerte salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra. Tal excepción para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra ha sido materializada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. No obstante, como tal excepción constitucional, no resulta obligada e imperativa sino que el legislador dispone de plena libertad para abolirla.

Conforme a ello, a la propia pauta de las legislaciones de los Estados modernos en los últimos años y al espíritu y propósito del segundo Protocolo facultativo al Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, de la Resolución 1044 y de la Recomendación 1246 adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el 4 de octubre de 1994, la presente Ley declara abolida la pena de muerte en el Código Penal Militar, único texto legal que la contempla como pena alternativa a determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, y suprime todas las referencias legales a la misma, haciéndola desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico”.

⁶² Amnistía Internacional, *La pena de muerte y su abolición en España*, pp. 15-24.

10.- CONCLUSIONES.

Una vez analizada la situación jurídica, filosófica y social en España desde el siglo XVIII -finales del Antiguo Régimen- hasta la Transición y primeros años de democracia, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) En primer lugar, el Derecho Penal de un Estado está ligado con la política criminal del Gobierno de turno, por lo que la configuración de la pena de muerte dependerá de su programa e ideas.
- 2) En las últimas décadas del Antiguo Régimen, la pena capital se aplicaba a través de medios cruentos -como la horca o la hoguera-, pero solía ser conmutada por las llamadas penas utilitarias -como la de galeras-. Además, estos medios de ejecución variaban en función del estamento social del condenado a muerte. Sin embargo, en la etapa de la codificación, hay un triunfo de las ideas de la Ilustración -influencia de Beccaria y Lardizábal-, que se irá asentando paulatinamente:

- En el Código Penal de 1822 -etapa liberal del reinado de Fernando VII-, encontramos un solo medio de ejecución, el garrote, por lo que no hay una discriminación en función de la clase a la que se pertenezca. Aunque sí que es cierto que aún hay distintos tipos de garrote dependiendo del delito -esto es, distintas clases de un mismo medio-. No obstante, el Código hace un hondo hincapié en la publicidad del ajusticiamiento.

- En el Código Penal de 1848 -etapa de gobierno de los liberales conservadores en el reinado de Isabel II-, encontramos un endurecimiento de la política criminal con respecto a la pena de muerte con la imposición del retribucionismo y la intimidación. Dicho lo cual, cabe destacar que atenuará el carácter de ejemplaridad de esta pena que estableció el Código anterior.

- El Código Penal de 1870 -tras el triunfo de la Revolución Gloriosa de 1869- va a relajar todavía más tal carácter ejemplarizante de la pena capital. Además, se reducirán considerablemente los casos en los que viene aplicada. En cuanto a la publicidad, una ley del año 1900 la elimina -se hará en prisión, en un lugar adecuado a ello-.

- El Código Penal de 1928 -dictadura de Primo de Rivera- supone un claro retroceso respecto al Código anterior, puesto que se aumentan los delitos que contemplan como castigo la pena de muerte.

- El Código Penal de 1932 -II República- no establece la pena de muerte, pero no se puede afirmar categóricamente que se haya conseguido abolir, ya que se restablece mediante una ley del año 1934.

- Durante la Guerra Civil española y el franquismo, es recuperada y utilizada con asiduidad, pues no sólo la recogen los Códigos Penales de 1944 y 1973, sino otras leyes penales especiales.

- Su abolición definitiva se realiza a través de la Constitución de 1978 -donde se garantiza el derecho a la vida en su artículo 15-, de dos normas que reforman la legislación penal de 1978 y 1983, y de una Ley Orgánica del año 1995 cuyo punto esencial es eliminarla hasta para la previsión constitucional de “*en tiempos de guerra*”.

- 3) En cuanto a su notificación y ejecución, los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870 se caracterizan por la seguridad jurídica que aportan en la materia, ya que lo tienen desarrollado de una forma bastante precisa. Al contrario, están los Códigos Penales de 1928, 1944 y 1973, que se remiten a un posterior desarrollo reglamentario que, una vez realizado, cabe destacar su laxitud, siendo un elemento preocupante porque deja en manos de los encargados de su ejecución una libertad excesiva -teniendo, además, en cuenta el contexto dictatorial de todos ellos-.
- 4) Es nota común en todos los Códigos Penales la benevolencia con respecto al *nasciturus* de una mujer sentenciada a la pena capital. El procedimiento a seguir es no notificar la sentencia que la condena a muerte ni ejecutarla hasta pasado un plazo de tiempo considerable desde el alumbramiento.
- 5) Por último, cabe destacar el retraso que ha vivido España siempre en todos los terrenos, incluido también el relativo al derecho a la vida y a la abolición de la pena de muerte. Así, mientras en el resto de la Europa Occidental triunfaban las ideas del Iusnaturalismo racionalista, en España continuaba el régimen de Monarquía Absoluta; o, incluso, mientras en el resto de países vecinos la pena capital se había convertido en un elemento contrario a la dignidad humana, en España se vivían algunos fusilamientos, como los de septiembre de 1975. Por ello son necesarios la libertad y el estudio, para avanzar, ser críticos y evitar cometer errores pasados.

11.- BIBLIOGRAFÍA.

- Agencia de noticias EFE (2010), *Un 51% de los españoles ve bien la pena de muerte para los terroristas*, en ElEconomista.com, Madrid.
- Amnistía Internacional (1995), *La pena de muerte y su abolición en España*, Madrid.
- Amor y Naveiro, C. (1899), *Examen de las nuevas escuelas de derecho penal: memoria laureada por la Real Academia de Ciencias morales y políticas*, Madrid.
- Antón Oneca, J. (1965), *El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 18, Madrid.
- Antón Oneca, J. (1970), *El Código Penal de 1870*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 23, Madrid.
- Antón Oneca, J. (1965), *Historia del Código Penal de 1822*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 18, Madrid.
- AA.VV. Di Febo y Juliá Díaz (2012), *El franquismo*, Barcelona.
- Beccaria, C. (1764), *Tratado de los delitos y de las penas*, Liorno.
- Barrionuevo de Peraltra, J. (1996), *Avisos del Madrid de los Austrias y otras noticias*, Madrid.
- Betegón Carrillo, J. (1985), *Lardizábal: “Discurso sobre las penas”*, en Anuario de derechos humanos, 3, Madrid.
- Castillo De Bovadilla, J. (1597), *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de paz y de guerra, y para preladados en lo espiritual y temporal entre legos, jueces de comisión, regidores, abogados y otros oficiales públicos y de las jurisdicciones, preeminencias, residencias y salarios dellos y de lo tocante a las de órdenes y cavalleros dellas”*, Madrid, 2, 17, 24.
- De Castro, A. (1550), *De potestate legis poenalis*, Salamanca, 1, 6.
- De la Peña, A. (s.a.), *Tratado de los juicios, jueces y orden de las penas criminales*. S.C. P. 3, C. VIII.
- García Canales, M. (1980), *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Madrid.
- Landrove Díaz, G. (1969), *El correccionalismo de Concepción Arenal*, Madrid.

- Lardizábal y Uribe, M. (1782), *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid.
- Masferrer Domingo, A. (2003), *Tradición y reformismo en la codificación penal española: hacia el ocaso de un mito*, Jaén.
- Pacheco y Gutiérrez Calderón, J. F. (1887), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid.
- Palop Ramos, J. M. (1996), *Delios y penas en la España del siglo XVIII*, en Revista de historia moderna, 22, Valencia.
- Pérez Oliva, J. (1885), *Escuela Positivista del derecho penal en Italia*, en Revista de los Tribunales.
- Ramírez Jiménez, M. (1975), *Estudios sobre la II República española*, Madrid.
- Röeder, K. (1875), *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios. Fundamento jurídico de la pena correccional*, Madrid.
- Sainz Guerra, J. (2004), *La evolución del Derecho Penal en España*, Jaén.
- Sánchez González, M. D. M. (2004), *La codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid.
- Torres Reyes, M. A. (2014), *Cuatro de cada 10 jóvenes están a favor de la pena de muerte para delitos muy graves*, en ElPaís.com, Madrid.
- Tuñón de Lara, M. (1976), *La II República*, vol. 2, Madrid.

12.- LEGISLACIÓN.

- Constitución española de 1978.
- Código Penal de 1822.
- Código Penal de 1848.
- Código Penal de 1870.
- Código Penal de 1928.
- Código Penal de 1944.
- Código Penal de 1973.
- Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975.
- La Ley de 11 de octubre de 1934.
- La Ley de 2 de junio de 1935.
- La Ley de 5 de julio de 1938.

- La Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941.
- Pragmática de 17 de marzo de 1569, dictada por Felipe II en Madrid, en Novísima Recopilación, L. I, T. I, L. IV.
- Pragmática de 12 de marzo de 1771, dictada por Carlos III, en No. R., L. XII, T. XL, L. VII.
- Reglamento para la ejecución de lo dispuesto en el artículo 170 del nuevo Código Penal (1928).
- Reglamento de Presidios y Prisiones de 5 de marzo de 1948.
- Reglamento de Presidios y Prisiones de 2 de febrero de 1956.