

LA EXCEPCION A LA ABOLICION DE LA PENA DE MUERTE: LA PREVISION "PARA LOS TIEMPOS DE GUERRA"

(Comentario al libro
del doctor don Juan Felipe Higuera Guimerá,
«La previsión constitucional de la pena de muerte»)

LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER

I

El reto que la Constitución vino a plantearnos a los juristas —por prescindir ahora de otros muchos efectos—, la exigencia de contrastar todo el ordenamiento jurídico, con la promulgación de nuevas normas, la derogación expresa o el mero vaciamiento de otras, la reelaboración —o simple elaboración— a su luz de todo el conjunto de conceptos, la bibliografía precisa para poner en marcha la enorme masa de energía jurídica (1) que se va a necesitar para ello, poco a poco, a un ritmo oscilante, con mudables dosis de acierto, con acelerones y retrocesos, va llevándose a cabo, con todo, en proceso incesante, en proceso abierto además, que va a requerir correcciones y rectificaciones por la mutua interferencia de tantos factores en lid. En este panorama se inserta el libro que quiero comentar ahora, producido en el laboriosísimo y tan acreditado Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza —el director de dicho Departamento, profesor Cerezo Mir, es quien lo prologa— y del que es autor el doctor don Juan Felipe Higuera Guimerá (2). Libro en que el autor, decididamente abolicionista, en línea con la práctica totalidad de la doctrina española,

(1) Reproduzco ideas expuestas en mi ponencia *El sistema socioeconómico y el trabajo en la Constitución*, ahora en mi libro *Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1980, pp. 187 y 189.

(2) El libro, que se abre con el citado prólogo del profesor Cerezo Mir, consta de los siguientes capítulos: I, «Introducción. Finalidad»; II, «Los precedentes del constitucionalismo histórico español»; III, «Los convenios internacionales»; IV, «Referencias al Derecho comparado europeo»; V, «Los antecedentes y la discusión legislativa española del artículo 15 de la Constitución»; VI, «El concepto de leyes penales militares»; VII, «Análisis de la fórmula "para tiempos de guerra"»; VIII, «El problema de la retroactividad de la ley más favorable o benigna, una vez que deje de tener vigencia la Ley Penal Militar que para tiempos de guerra establece la pena de muerte»; IX, «El procedimiento judicial para aplicar la pena de muerte. Garantías procesales»; X, «La posible ejecución de la pena de muerte»; XI, «Hacia hipótesis futuras: abolición absoluta de la pena de muerte o su esta-

II

Construcción dogmática de los conceptos jurídicos, a la luz de sus principios es, veíamos, uno de los retos que ha levantado la Constitución. Y aquí se impone dar entrada, sin excusas, a una metodología interdisciplinar —tan predicada siempre pero nunca asumida—, a una auténtica «teoría general», que sea tal y no un andar por entre las ramas. Uno de los conceptos más urgidos de tal análisis será el concepto de ley. A la luz de la Constitución —una Constitución democrática—, insisto, pues muy deformador resulta hoy lo que llegó a elaborarse durante el franquismo, con una total carencia de perspectiva y de sinceridad aun con el afán conocido de revolver y dar mezcladas metodologías inmezclables, con el confusionismo de poner etiquetas de colorines y biensonantes a maniqués o a espantapájaros. Concepto de ley que afecta al Derecho Constitucional y al Derecho civil, al Derecho administrativo y a tantas otras ramas, y que, en lo que respecta en concreto a la pena de muerte para los tiempos de guerra interesa especialmente al Derecho penal y al Derecho internacional, al Derecho militar y al procesal.

¿Qué habrá que entender por ley, instrumento único a través del cual puede concretarse esta excepcional posibilidad para los tiempos de guerra? Porque, repito, el carácter excepcional que antes he resaltado ex profeso debe informar sin género de dudas toda la elaboración. Ley que no será una simple ley que actúe sin más en el ámbito de los delitos y de las penas —una ley penal, o penal militar cualquiera—, sino una ley que abra la circunstancia tan rigurosa a la par que excepcional de tolerar la negación del primero de los derechos proclamados en la Constitución, el derecho a la vida (con la consiguiente prohibición de tratos inhumanos y degradantes). La precisión del texto de reclamar no una ley —o leyes, en plural—, sin más, sino que sea «penal militar», como puntualiza el precepto, ¿va a abrir especialidades y distingos? ¿Va a conllevar flexibilidades que contradigan lo que habitualmente se exige cuando se habla de ley, sin más precisiones? No son preguntas vanas las que acabo de formular, pues se impone la consideración de un instrumento tradicional, peculiar en muchos ámbitos y desde luego en el Derecho militar. Me refiero a los bandos. Los bandos, instrumento típico del Derecho municipal (7), son también una modalidad habitual del Derecho militar (8). Se reconoce a la autoridad militar la competencia para dictar

(7) Puede verse sobre el tema, A. EMABO: *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978.

(8) Aunque en el caso no era tan «habitual», hay que recordar que el ciudadano español de 1981 está especialmente sensibilizado ante tal concepto, por lo que representó el bando que hizo promulgar el Capitán General de la Tercera Región Militar en la tarde del 23 de febrero. Casi faltaba sólo en tan antológico texto la previsión expresa de la pena de muerte (y eso que la prosa de los artículos segundo y tercero no rondaba nada lejos). Aunque hay base más que sobrada para sospechar que de haber prevailecido la

bandos, bandos que en ocasiones pueden tener una incidencia que excede con mucho el ámbito estrictamente militar (9). La pregunta expresada nos sale así al paso: ¿podrá la autoridad militar a través de un bando, por supuesto para tiempos de guerra, establecer pena de muerte, es decir, tipificar conductas a las que se adjudique la sanción capital? El autor del libro, que se

opción que tal bando representaba, no hubiera dejado de mancharse de sangre la cuchilla del verdugo.

Por cierto que, en relación con tal bando, que a una determinada hora de aquella noche fue retirado y dejado sin efecto —anulado, dice alguna de las versiones—, me sorprendió que no fuera objeto de una declaración expresa y formal de nulidad. Al menos eso creo deducir de la información periodística y de la primera literatura, que son las únicas fuentes que he tenido oportunidad de utilizar. Bien podía haber venido tal declaración del Consejo de Ministros, del presidente del Gobierno, del ministro de Defensa o del propio titular que ocupó la Capitanía General tras el relevo. Tal vez alguien objete que esto son disquisiciones jurídicas y que había en aquellos momentos incumbencias de mucha mayor entidad a asumir. Por supuesto que no tenía que haber sido necesariamente en aquellos primeros momentos —comprendo que ahora, en frío, es muy fácil decirlo, pero hubiera estado muy bien que esa declaración de nulidad la hubiera hecho el Gobierno provisional que se constituyó y que desarrolló importantes competencias—. Pero no está nada de mal en un Estado de Derecho que los aparatos competentes dejen constancia formal, no sólo de la «derogación», a partir de un determinado momento, sino de la afirmación de que eso fue nulo y sin ningún fundamento desde el momento mismo de su promulgación, dejando ahora otras razones, por la «manifiesta incompetencia» del órgano del que provenía. Es la distinción elemental que nos ocupa a los profesores de Derecho administrativo cuando tenemos que esforzarnos en explicar que, a pesar de las apariencias, es muy distinto declarar nulo un reglamento que derogarlo. En el caso aludido, no es fácil codificar todos los efectos que puede producir una tal declaración de nulidad —el efecto ejemplaridad, el efecto orientación y educación cívica de los ciudadanos, etc.—, pero no es como para despreciarlos.

(9) Buscando y perfilando la noción de ley penal militar y al razonar acerca de las peculiaridades de tal concepto, formularé el autor las siguientes afirmaciones: «Estas normas han de tener suficiente amplitud y flexibilidad para en un momento dado poder sustituir al total Ordenamiento jurídico, que queda subordinado a las crecientes exigencias de la "guerra total"» (p. 38). Me parece que en estas palabras late una vieja idea que ha quedado desfasada y carente de fundamento y que será menester rectificar por anticuada.

No es fácil predeterminar hoy en qué circunstancias concretas pueda desarrollarse una guerra futura, es decir, cuáles hayan de ser las características de los «tiempos de guerra». Pero, con todo, vaya por donde vaya la posible realidad —las diversas y tan variadas realidades imaginables—, es preciso arrancar de unas cuantas ideas firmes que creo yo suscitarán pocas dudas. El Estado actual, el Estado que se asienta en la Constitución, busca ser un Estado que reconozca la primacía del poder representativo. Las Cortes Generales representan al pueblo español, dirá el artículo 66, pueblo español en quien reside la soberanía y del que emanan los poderes del Estado, todos los poderes del Estado. Por eso, la forma política del Estado es la Monarquía parlamentaria (art. 1.º). Y si al rey corresponde el mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 62, h)), es el Gobierno —de la confianza del Parlamento (arts. 99 y 113)— quien dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (art. 97). No cabe duda que, tanto en paz como en guerra, en circunstancias normales o en los estados de anormalidad, la Administración militar es instancia subordinada al poder civil. Y si la Administración militar puede asumir facultades y competencias, serán, como corresponde a un Estado de Derecho, facultades y competencias previstas y tasadas, de modo que nunca actúa el sistema de cláusula general, ni siquiera el criterio de poderes inherentes o residuales. No se ve por qué la normativa militar haya de «sustituir al total ordenamiento jurídico». La posible suspensión de determinados preceptos de la Constitución —claramente prevista por ella misma— no quiere decir que el resto de sus preceptos queden ociosos y de vacaciones. Todo lo contrario. La admisión de los poderes de emergencia sólo se justifica en el Estado de Derecho desde la óptica de su subordinación y excepcionalidad. Bien claras enseñanzas se deducen de la reciente Ley Orgánica sobre los estados de alarma, excepción y sitio, aprobada en cumplimiento de las previsiones del artículo 116, Ley que ha venido a rectificar de forma notable numerosas previsiones de la anterior Ley

b) Más en concreto, y aunque resulte redundante, el artículo 25, 1, contiene la aplicación, ya al ámbito de lo penal, del citado principio de legalidad, formulado antes de forma genérica. Ambito de lo penal digo, y sería más preciso hablar de ámbito de lo sancionatorio: tanto lo penal en sentido estricto, como lo sancionatorio administrativo, como lo penal militar, sin duda. No más sanciones ni penas que las contempladas en la «legislación vigente». Fórmula en cierto modo sorpresiva (11), no muy rigurosa tal vez, pero que no va a quedar más remedio que interpretar en el sentido de ley o leyes —en la significación estricta antes apuntada (12)—, como ya ha comenzado a hacer el Tribunal Constitucional (13).

c) Por último, si hasta aquí pudieran haber algunas dudas o nos moviéramos en terreno abierto a interpretaciones diversas, el tercer apoyo, como ya indiqué, cierra la puerta a cualquier interpretación flexible. Hay que volver a considerar ahora el artículo 15, precepto que se ocupa de una de las modalidades sancionatorias, la más grave, con el talante de excepción en el que antes he hecho hincapié. La excepción a la abolición, ya lo vimos, deberá contenerse en leyes. Aunque sean leyes penales, aunque, más en concreto, sean leyes penales militares, son, en todo caso leyes. Pues bien, esta mención expresa del texto impide de raíz cualquier pretensión deslegalizadora. No es correcta la ley que afirme que una norma distinta —un bando en nuestro caso— pueda introducir la pena de muerte. Está claro que la Constitución vincula su introducción a una ley. Es decir, se está prohibiendo, insisto, de manera clara, aunque no se diga en términos expresos, cualquier modalidad deslegalizadora. Por mucho que lo diga el Código de Justicia Militar, o cualquier otra norma, tal afirmación ha dejado de tener fuerza jurídica desde el momento mismo de la promulgación de la Constitución. En resumen, un bando no puede instituir la pena de muerte para sancionar conductas que tipifique como delito.

III

¿Cuál es la solución entonces? La apunta con certeza el autor: «En virtud de las previsiones del artículo 15 de la Constitución, el legislador español puede ya, ahora, de antemano, por medio de una ley que tendrá que ser

(11) La fórmula, sin duda insólita, proviene, como se recordará, de la Comisión Mixta, por lo que no es conocida su paternidad. He contado con detalle cómo se llegó en el Senado a una redacción mucho más razonable, en mi modesta opinión, en el libro inédito antes citado, *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*.

(12) Si el artículo 25, 1, habla de «legislación vigente», en fórmula en cierto sentido atípica, recuérdese de nuevo que el artículo 66, 2, proclama como «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa».

(13) Así, es clara e inequívoca la doctrina contenida en la sentencia de 30 de marzo de 1981, de amparo, de la que fue ponente el juez constitucional don Francisco Tomás y Valiente, especialmente en los *fundamentos de derecho*, 3 y 4.

orgánica, establecer la pena capital «para tiempos de guerra». Esta ley sería de carácter temporal (p. 59; también, p. 74). Surge así el tema de la necesaria normación previa de todas estas actividades. La propia versión definitiva que se dio al texto del artículo 15 refuerza esta nota de la normación previa: recuérdese que la fórmula que aprobó el Senado —«en tiempo de guerra»— se transformó, al pasar por la Comisión Mixta, en «para tiempos de guerra». No hay en la alteración un mero matiz finalista, sino también una idea de temporalidad, como si dijera «para cuando vengan los tiempos de guerra». En este sentido, las experiencias del Derecho internacional, dentro de sus limitaciones—y ahí radica la grandeza y servidumbre de esta disciplina jurídica, su fragilidad junto a su avance y afianzamiento—son ilustradoras. El propio autor, por recordar ahora un ejemplo, transcribe—y saca también consecuencias—alguno de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949—el tercero, sobre el trato a los prisioneros de guerra, o el cuarto, sobre la protección de personas civiles en tiempo de guerra—que enumeran un conjunto de previsiones para el caso de que las circunstancias bélicas lleguen a producirse. Es el sistema elemental de prever y regular de antemano la vieja empresa, también, del Derecho de la guerra. Pero no será sólo el Derecho internacional. El Derecho del Estado proporciona abundantes ejemplos del mismo modo.

Gustan los penalistas de hablar de «leyes temporales», con expresión muy arraigada. Y, sin embargo, podría pensarse que tal fórmula cuadra mejor a la ley que agota su cometido con el transcurso de un lapso de tiempo. El ejemplo antológico sería el de la Ley de presupuestos, pero hoy proliferan modalidades más o menos próximas, tales como las llamadas leyes de planes. Transcurrido el plazo, han agotado su cometido y pierden ya vigencia. Ya nunca más vuelven a estar en vigor. Hay otras leyes, en cambio, que se aplican sólo en momentos determinados—cuando se producen unas circunstancias especiales—, que dejan de utilizarse cuando las circunstancias han cesado, pero que no agotan su virtualidad, sino que siguen estando a la espera, por si se precisa su aplicación, por si las circunstancias vuelven a presentarse. A propósito de la vieja Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870, me pareció adecuado utilizar la fórmula *Ley de vigencia latente*. En efecto, el artículo 1.º de aquella norma indicaba:

«Las disposiciones de esta Ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la Ley de Suspensión de Garantías a que se refiere el artículo 31 de la Constitución (14), y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes.»

(14) Se trataba de la Constitución de 1869. Por cierto que quiero transcribir ahora dos párrafos de aquel artículo 31. Tras aludirse a la ley de suspensión de garantías, el párrafo segundo iba a disponer:

«Promulgada aquélla, el territorio a que se aplique se regirá, durante la suspensión, por la Ley de Orden Público establecida de antemano.»

claración, pero es preciso una situación *real* de confrontación armada, requisito éste que es, desde luego, esencial» (p. 57, n. 125).

Todas las cautelas y seguridades, tan celosamente buscadas antes, van a quedar empañadas ahora al dejarse abierto este boquete. De modo que en el estado de excepción no se justifica la introducción de la pena de muerte, no se justifica ni siquiera en el estado de sitio, pero sí en cambio cuando surja la confrontación con estos comandos. ¿Sería esta argumentación la que indujo al ex presidente del Congreso de los Diputados, señor Alvarez de Miranda, a formular hace pocas semanas, sus desafortunadas declaraciones, admitiendo la posibilidad de la aplicación de la pena de muerte?

Es una lástima dejar tan importante flanco descubierto cuando se venía actuando con el rigor conceptual que demanda la excepcionalidad de la previsión (16). Aparte de que hay que tener sumo cuidado en acercar la lumbrera a los pajaros. Pura casualidad, por supuesto, pero a mí, al leer esa nota, no sé por qué me vino en mientes el discurso que hace unos días pronunciaba una alta autoridad militar, quien se presentaba, además, decía «con el alto honor que supone la representación de Su Majestad el Rey, Jefe supremo de nuestros Ejército». En la ofrenda nacional al apóstol Santiago, en la catedral compostelana, el pasado 25 de julio, el capitán general de Galicia—tal era la ocasión, tal la persona—afirmaba, entre otras muchas cosas sorprendentes en su boca, lo siguiente: «Tú sabes, mi capitán, que estamos en plena guerra, una guerra especial, subversiva, sucia, pero guerra» (cito por la versión de la prensa del 26 de julio de 1981).

Si estamos en guerra, si en esta guerra no se precisa declaración, no se ve por qué no habrá que dar entrada al castigo capital previsto para los tiempos de guerra. Simple coincidencia, simple superposición de argumentos, pero tal sería una posible argumentación. Argumentación simplista, sin duda, que, en el río revuelto en que nos encontramos, podría pretender hallar apoyo en las afirmaciones que vengo comentando, que por el tono general del libro parece claro que están muy lejos de la intención del autor.

(16) Muy interesante, en el importante contexto de colaboración internacional que representa además el volumen en que está recogida, es la opinión del profesor de Florencia, Silvio BASILE, que, referida en concreto al precepto que venimos contemplando, se formula en los siguientes términos categóricos: «En armonía con todos estos principios y con la proclamación del derecho a la vida, la cláusula que permite la existencia de la pena de muerte según las leyes penales militares en caso de guerra debería ser interpretada de manera rigurosamente restrictiva «Guerra» es, desde luego, la guerra internacional, pero no es aquí toda forma de guerra civil. Mientras los sublevados no salgan al descubierto y no lleguen a imponer un gobierno sobre una parte del territorio del Estado, no se puede hablar de guerra, al menos con relación a la interpretación del artículo 15. Por ejemplo, el terrorismo permanente no entra en el supuesto de hecho. Ni tampoco entra en él, de por sí, la declaración del estado de sitio a tenor del artículo 116, que permite la suspensión de ciertos derechos, pero no del derecho a la vida (art. 55) [Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas, en A. Predieri-E. García de Enterría (eds.), *La Constitución Española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 279].

V

A propósito del proceso desatado por la promulgación de la Constitución, razonaba antes acerca de las novedades normativas y de las innovaciones dogmáticas que han de sucederse, así como de su recíproca interferencia. Pues bien, con posterioridad a la aparición de este libro hay ya una serie de datos nuevos a ir sumando que inciden directamente sobre su temática, algunos de los cuales han quedado ya mencionados. Sin perjuicio de que aguarde reforma de mayor envergadura, tal como parece exigir el nuevo modelo de Estado, con sus indeclinables exigencias, aparte de lo que reclama el envejecimiento de la norma, el Código de Justicia Militar fue remozado ampliamente, dándose entrada en algunos casos a previsiones para los tiempos de guerra, a través de una ley orgánica. También fue sustancialmente alterada la vieja Ley de Orden Público, sustituida en gran medida por la Ley Orgánica sobre los estados de alarma, excepción y sitio. Por su parte, va cuajando la destilada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por último, por allegar en esta muestra algún motivo de más allá de nuestras fronteras, el clima abolicionista en que tan a gusto se mueve el doctor Higuera Guimerá se ha enriquecido notablemente con el importante anuncio hecho en Francia de que la guillotina va a pasar al museo de las antigüedades (por cierto, que éste es un punto relevante en el que España se ha adelantado a Francia).

Yo creo que el libro que estoy comentando, por el gran interés que despierta su temática, es un libro que se va a vender bien. Es un libro de pronta segunda edición. Tal evento saludable abre al autor, aparte de otras muy gratas y menos trabajosas consecuencias, un haz de oportunidades. La de dar entrada a todas esas innovaciones producidas. La de superar el esquematismo, el tono escueto o poco trabado, como pidiendo más desarrollo, de algunos de los capítulos, el mero hecho de cuidar más el estilo. La de entrar, también, en polémica con las críticas y objeciones recibidas. En esta línea, ojalá sirvan mis palabras, reflejo de la consideración con que he abordado el libro, para alentar al autor en el camino de hacer menos tajantes alguna de sus afirmaciones. La importancia de los temas tratados reclama la mayor precisión y rigor en todos y cada uno de los conceptos.

