

CAPÍTULO PRIMERO

INSERCIÓN DE JOSÉ MARTÍ AL MOVIMIENTO ABOLICIONISTA DE LA PENA DE MUERTE

La incorporación de José Martí al movimiento abolicionista de la pena de muerte es tardía, porque ocurre a casi cien años de su desencadenamiento; y precoz, a sus 18 años. Y como fue norma en el siglo XIX cubano: virtualmente de anónimo, y en el extranjero. Es preciso ofrecer las coordenadas explicativas, que introduzcan y contextualicen el asunto principal.

1. Inicio del movimiento abolicionista de la pena de muerte.

A la pena de muerte, aplicada desde los orígenes de la humanidad, —su historia es la historia del derecho punitivo—, se le reconocía una legitimidad incontrastada. Contrastarla hubiese supuesto una extravagancia demasiado peligrosa. En casi todos los pueblos, tenida por buena, justificada y necesaria por diversas razones —retributivas, intimidatorias, preventivas—, fue ardientemente defendida por teólogos, filósofos, políticos y juristas, y no se le atacó, sistemática y efectivamente, hasta mediados del siglo XVIII. La oposición a la pena de muerte será durante todo ese largo período de tiempo dispersa y débil. Hubo pocos y aislados opositores en la antigüedad¹ y en la infancia del segundo milenio, pero carecieron de eco, siendo sus pronunciamientos de muy limitado alcance, sin repercusión legislativa, y tampoco sin influencia notable en la práctica judicial, ni en las costumbres de la época. La pena de muerte siguió manteniendo su arraigo como terrible poder otorgado por Dios a la sociedad, como arma sin par, para la protección de la paz y del orden, contra los criminales². Enfrentados a la corriente de pensamiento dominante y a la praxis, abogarán contra la pena de muerte los escritores cristianos Tertuliano y Lactancio, Orígenes, Cipriano, San Atanasio, San Ambrosio. Algunas sectas heréticas, los maniqueos, valdenses, anabaptistas, socinianos, se pronunciaron contra ella, sin provocar tampoco el surgimiento de una línea de opinión. El teólogo escocés Escoto (1274-1308) sostuvo su ilegitimidad, basado en el principio cristiano de *no matarás*. También serán abolicionistas el fundador de los cuáqueros, George Fox; Tomás Moro, Canciller inglés del siglo XVI, que terminó en la horca; John Bellers, economista, cuáquero del siglo XVII; y Fray Sarmiento y Agustín de Hipona. Mas, no lograron conmovir la visión del poder ni la sensibilidad de la elite cultural, menos del pueblo llano, acostumbrado a las violencias.

¹ Salvo en la Iglesia Católica antes de convertirse en la Iglesia del Estado.

² Cuello Calón, Eugenio, *Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte*, p.494.

De hecho, no fue hasta finales del siglo XII y comienzos del siglo XIII que por primera vez en la historia se cuestionará en profundidad el principio mismo de la pena de muerte. El mérito histórico pertenece a los discípulos de Valdo, —la secta valdense—, aunque Inocencio III los obligó a abjurar de su tesis, aceptando los juicios de sangre del poder secular. Para ellos la pena de muerte debía suprimirse de forma absoluta. Amparados en el Antiguo y el Nuevo Testamento, invocaron el principio bíblico de no matar. Los valdenses eran minoría y quedaron marginados del debate, que pasó a ser dominado por Alano de Lille³ y sus muchos seguidores entre los juristas de la época, todos, fervorosos defensores de la pena de muerte.

Llegado el siglo XVIII, las sociedades europea y americana eran un teatro poblado de las más inverosímiles y dantescos procedimientos ejecutorios. La hoguera para complacer a la Iglesia; el empalamiento; el descuartizamiento por tiro de caballos o a cuchillo; el despeñamiento; la cocción; etc.; aplicados a herejes y regicidas, pero también por hurtar una cuchara o una gallina, por besar a una mujer; ejecutadas como espectáculo, en presencia de todos, incluidos niños y niñas; a los que se pretendía inculcar un *no delinquirás*.

Los actos más crueles y sádicos a la hora de exterminar legalmente a un hombre o a una mujer, no generaron durante la edad media una repulsa generalizada ni soliviantaba la sensibilidad y compasión de los estratos superiores del entramado social. En cambio, en el siglo XVIII, particularmente en su segunda mitad, la tortura y los métodos ejecutivos que prolongaban la hora de la muerte del reo, acudiendo a los más variados suplicios y que *post mortem* aportaban aún perversidad con el cadáver, provocaron una creciente ola denostativa entre las clases cultas y, por vía de su influencia, en los demás sectores sociales. Aquel paroxismo punitivo revolvió contra sí a las mentes más lúcidas y trascendentes del siglo, porque se oponía al espíritu de la época. Justamente, Martí tendría al humanitarismo, el que identificó con altruismo, abnegación y sacrificio de sí por el bienestar de otros, —el olvido de sí—, como el signo, *la nota*, de la modernidad.

El Derecho Penal exigía una reforma profunda y radical, y ella debía ser impulsada por una clase interesada y beneficiaria del cambio. En consecuencia, lo hizo la burguesía, enarbolando nuevas ideas, y no fue casual: la pena de muerte llegó al clímax de su perversión y crueldad y la burguesía estaba lista a asaltar el poder tras dominar el debate

³ En su tratado *De Fide Católica Libri Quator*, de 1178, legitimó la aplicación de la pena de muerte.

cultural (ideológico), abogando por la humanización del sistema punitivo y el reconocimiento de los derechos naturales, civiles y políticos del hombre: o sea, de sí misma.

Europa se sacudía ideológicamente; las nuevas ideas que portaba la burguesía que pulsaba su ascenso al poder, sacudieron telúricamente las bases de la sociedad. Los filósofos, artistas y escritores fueron los grandes generales de la guerra contra el antiguo régimen, y las ideas, los proyectiles que *mataron* al feudalismo. Los *philosophes*, al decir de Peter Gay⁴, esa suerte de *coalición abierta, informal, completamente desorganizada de críticos culturales, escépticos religiosos y reformadores políticos* que se encontraban lo mismo en París y Nápoles, que Edimburgo y Boston y Filadelfia, siempre entregados a controversias y discusiones, resueltos a entregarse a apoyar o defender un ideario humanista, se encargaron de diseminar por doquier la fe en el progreso humano, y lograron hacer con los estudios del hombre y de la sociedad lo que en el siglo XVII había logrado Newton y otros con el estudio de la naturaleza: una revolución, no sólo a nivel teórico, sino en la realidad social, individual y colectiva.

La Ilustración desarrolló y culminó, en gran medida, el camino humanista iniciado por el Renacimiento. Los ilustrados, introduciendo métodos de otras ciencias al Derecho Penal, advertirán que debía existir un *ajuste matemático*, verificable y posible, entre la entidad del delito y la entidad de la respuesta social: el castigo. Más que la originalidad de las penas que se proponían, se quería su racionalidad y cálculo: no olvidar que se defendía un modelo social contractual en el cual el que delinque, —deudor—, debe pagar en proporción directa al daño ocasionado al acreedor, la sociedad. Dos núcleos de ideas componen el discurso ilustrado reformista: por un lado, las peticiones de humanizar la justicia penal y respetar los derechos de los ciudadanos, y, por otro lado, el pragmatismo político, pidiendo que las penas sean útiles y eficaces. De un lado, el humanitarismo garantista, y del otro, la racionalidad política del buen gobierno. En fin, las penas deben ser justas y útiles. La tortura, que mutila o lastima la capacidad de trabajo del reo, es injusta, por ser inútil. A borrarla de las leyes penales se dirigirá el principal esfuerzo, lográndose una relativamente rápida coronación. A *posteriori* irá también *in crescendo* el número de impugnadores, con éxito más demorado, contra la pena de muerte, también injusta, por inútil.

Hoy rechazamos la existencia de una naturaleza ahistórica, pero entonces todo el pensamiento reformador inicial está dominado por la idea de la naturaleza como ordenadora

⁴ *The Enlightenment*, p.3.

de lo ético y lo moral, del buen gobierno y de la esencia y principios de la legislación; lo que tuvo un valor incuestionable para analizar y plantear reformas sociales diversas. En concreto, el fundamento de la reforma penal nace de comparar el orden de la naturaleza (antes de la aparición de la sociedad política) con las leyes vigentes; de lo que se extrajo como conclusión que el Derecho Penal era un flagrante atentado a los principios de la humanidad y a los derechos naturales de los hombres. La razón sentenciaba que el derecho penal era el fruto de tiempos bárbaros, de duras costumbres. La nueva sensibilidad política y culta y el progreso material y espiritual exigían la reforma profunda de aquellas reminiscencias.

No es de extrañar que sobre el edificio de la justicia recayere la crítica más despiadada de la Ilustración, porque ella siempre ha sido el objeto privilegiado sobre el que se han dirigido los ataques y rechazos más radicales en épocas de transición política al reflejar, de forma inmediata, cómo se establecen las relaciones de dominio en las sociedades, además de ser el contacto más directo que mantienen los gobernados con el poder. El derecho penal de las monarquías absolutas con el espectáculo de las ejecuciones, los procesos inquisitoriales, con la tortura como herramienta de indagación, las cadenas de galeotes y las filas de presidiarios que atravesaban los pueblos camino de los destinos donde se cumplían las penas, resumían la arbitrariedad de los poderes, a los cuales estaban sometidos los súbditos. Estos ceremoniales de la justicia, que habían formado parte de la vida de los pueblos durante siglos, comenzaron a ser insoportables e incompatibles con la sensibilidad moral y política de los hombres cultos del siglo XVIII.

La extensión de la idea de unos derechos naturales del hombre que estaban por encima de las leyes positivas, y el respeto mismo de la vida humana, chocaban con el funcionamiento de la justicia y el ejercicio del poder a que respondían. Adicionalmente, el racionalismo permitió reclamar una elaboración del Derecho conforme a principios básicos: producir la norma asentada en la razón y no en la arbitrariedad; construir reglas abstractas que superaran el anterior casuismo; la vertebración de códigos que fijaran de forma precisa lo lícito y lo ilícito, y el abandono de toda relativización de la fuerza vinculatoria del Derecho.

En este entorno, toda obra importante publicada en cualquier punto de la geografía europea, era traducida vertiginosamente a las principales lenguas, especialmente a la *lingua franca*, el francés; publicada y sometida al debate y contestación de aquellos núcleos selectos de iluminados. La repercusión era estrecha por el número de individuos a los que llegaban las obras, pero honda porque aquellos hombres —y escasas mujeres—, tenían largos tentáculos

en los círculos de poder político y cultural. Era una exigua, pero influyente minoría cosmopolita, que incluía a prominentes abogados, médicos, ricos comerciantes, funcionarios de la administración real, literatos, y hasta a clérigos y nobles, y que en academias, sociedades, clubes, cafés, logias masónicas o salones literarios discutían las nuevas ideas en boga.

Los esfuerzos tuvieron muchas direcciones; el principal, por el que abogaron todos con energía: la libertad. Cada uno libró sus particulares luchas, por las que trascendieron. Bullock⁵, sintetizando, los ha reducido así: Montesquieu a favor de los derechos de los acusados; Lising, por una mayor tolerancia de los judíos; Rosseau, por los derechos de los niños; Voltaire, por la rehabilitación de las víctimas de los errores judiciales; Montesquieu, Diderot, Voltaire, Rousseau, Miller y Adam Smith, contra la degradante institución de la esclavitud; Beccaria y Bentham, contra la tortura, por la humanización del Derecho Penal, del procedimiento penal y del sistema penitenciario. Hume, Franklin, Jefferson, Kant, pudieran ser otros nombres representativos.

En ese entuerto de luces, culminando el siglo XVIII, se discutieron y acogieron las principales reformas penales de la historia humana. Desde mediados del siglo XVIII, con *L'Esprit des lois*, de Charles Montesquieu, proliferaron en Europa los tratados que impugnaban la manera de administrar justicia; los que a escaso tiempo, traspasando fronteras y rompiendo censuras, lograron fijar una línea común de petición de reformas. Dos años después de aparecido el *Contrato Social* de Rousseau, un seguidor de sus ideas, César Bonesana, marqués de Beccaria, publicó en Liorna, en 1764, a los 26 años, el libro *Dei delitti e delle pene*; aportando no un enjundioso y complicado tratado de Derecho Penal, sino un ameno y *fácilmente intelegible*⁶ manifiesto–panfleto, una teoría general de las penas en la que proyecta sus ideas sobre la pena de muerte, que tiene la virtud de inaugurar una nueva época penal.

Virtualmente fue traducido a todas las lenguas europeas, teniendo éxito en todas partes. El libro fue leído por la intelectualidad burguesa, por la aristocracia y por los monarcas feudales. Los filósofos que con deleite Beccaria había estudiado, le recibieron con honores y le prodigaron todo tipo de atención científica. *Dei delitti e delle pene* significó el oportuno y

⁵ Bullock, Alan, *La tradición humanista en Occidente*, p.68.

⁶ Bourat-Pinatel, *Traité de Droit pénal et de criminologie*, París, 1970, referido por García Valdés, en *No a la pena de muerte*, p.107.

necesario aldabonazo en la mesa añosa de las ejecuciones capitales. Beccaria hace la cátedra abolicionista de la pena de muerte.

Los argumentos beccarianos están lejos de ser originales, novedosos; no deja de ser un compendio de las ideas de su época, radicando la originalidad de su planteamiento no tanto en la incorporación a las ideas de su tiempo de nuevas aportaciones, cuanto en haber sabido aunar influencias y presentarlas en un escrito claro, redactado con gran audacia, sintetizando con clara expresión todas las críticas y demandas de reformas que para el viejo sistema de administración de justicia se habían formulado. Su razonamiento, simple y lógico, inundó en breve tiempo todas las disquisiciones sobre el particular. Negar que la vida quedara bajo la potestad de alguien, fue una tesis incendiaria, en un entorno europeo presto al fuego. Los conservadores y tradicionalistas se sintieron provocados y los innovadores y revolucionarios, impulsados. Casi toda la intelectualidad europea y parte de la americana interesada en la administración de justicia se vio involucrada en el nuevo escenario abierto por el italiano. Lo que no le había ocurrido antes en la historia, le sobreviene a la pena de muerte: que muchas voces, casi siempre autorizadas, en concierto, desde distintos confines, se levanten contra ella. Ciertamente que al principio se ataca con dureza no sus fundamentos, sino la aplicación abusiva que de ella hacen los gobiernos; pero muy rápidamente el principio mismo de la pena de muerte fue atacado. Surge en toda su gravedad la polémica entre los que abogan por restringir, disminuir, suprimir o abolir la pena de muerte y los que por el contrario se resisten y postulan y defienden su conservación en las mismas o parecidas condiciones, aunque acepten ciertas reformas.

Los iluministas arremetieron especialmente contra la tortura, base de la confesión, considerada reina de las pruebas, y contra la pena de muerte, pero ellos *combaten la forma, no la sustancia del castigo*⁷. El movimiento inicial contra la pena de muerte no fue revolucionario, propiamente, sino reformador. No propugnó la abolición de la pena de muerte en sentido estricto, sino que fue un movimiento crítico, empeñado en restringir su regulación y aplicación y constreñir o hacer desaparecer la crueldad asociada a su ejecución, entendiéndose torturas, suplicios, ensañamiento con el cuerpo del reo, extensión a la familia, etc. Las reformas propugnadas eran limitadas en su alcance y orientación, porque lo contrario suponía un planteamiento de reforma radical del sistema de poder y de las relaciones sociales del régimen absolutista. El movimiento abolicionista nació lastrado por la

⁷ García Valdés, *No a la pena de muerte*, p.106.

inercia de siglos. Todos admitieron, como concesión al soberano, la pena de muerte para unos pocos supuestos. Beccaria, *il patriarca di coloro che combattuno questa pena*⁸, para dos: cuando un ciudadano, aún privado de la libertad, tenga tantas relaciones y tal poder, que se erija en un peligro para la seguridad de la nación, y cuando la ejecución del reo sea el único y verdadero freno para apartar del delito a los demás. No la admite como un derecho, porque la crea necesaria y justa, sino que, afirma con sutileza, esa guerra de la nación contra un ciudadano puede creerse justa y necesaria.

Como Beccaria, otros aceptan excepciones. Montesquieu se expresó contrario al rigor despiadado de la legislación y clamó por restringir su uso; admitiendo que la pena de muerte debía ser el último recurso para combatir los graves riesgos de enfermedad social o extensión criminal, o sea, era lícita para los individuos que violaran la seguridad social, privando o intentando privar de la vida a otro: era *como el remedio de la sociedad enferma, como la amputación de un miembro gangrenado*⁹, en una clara invocación de rancio sabor católico. Jean-Jacques Rousseau, en su *Contrato Social*, negó el derecho de matar a aquellos a los que la sociedad puede conservar sin peligro, pero admitió que se privara de la vida, como enemigo público, al que atacara el derecho social. Sostuvo que es para no ser la víctima de un asesino por lo que uno consiente en morir si llegara a serlo. Rousseau, afincado en un criterio preventivista, sostuvo el derecho de la sociedad de matar si no tenía al alcance otro medio de impedir que se causaran nuevas víctimas.

Voltaire, célebre por sublevarse contra sentencias injustas y pedir mejoras del sistema judicial y apego al principio de la legalidad penal, quiso restringir la prodigalidad en la regulación y aplicación de la pena de muerte. Él repudió la pena de muerte por razones utilitarias, y no de justicia: un ahorcado no es útil a nadie, sólo se sirven de ella los verdugos que cobran por matar. Era más útil un presidiario que trabajara, que un esqueleto oscilante en un poste o un cuerpo doblado sobre una rueda. Lo dijo muy sencillamente: *un ahorcado no sirve para nada*¹⁰. Admitió, en cambio, que la pena de muerte fuera necesaria; de lo que se trataba era de limitarla a los delitos más infamantes y peligrosos para la sociedad y de reducir su crueldad. En *La defensa de los oprimidos* admitió la pena de muerte en varios supuestos, pero posteriormente, en 1777, en su *Prix de la Justice y de l'Humanité*, redujo los supuestos a uno solo: *celui où el n'y au ruit pas d'autre moyen de sauver la vie du plus grand*

⁸ Ellero, Pietro, *Sobre la pena de muerte*, p.115.

⁹ *Del espíritu de las leyes*, p.126.

¹⁰ En *Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias*, p.133.

*nombre*¹¹; cuando estuviera en juego la seguridad del Estado; con lo cual coincidió con Brissot de Varville, Pastoret, Boucher d'Argis y Mirabeau, quienes abogaron contra la pena de muerte, aceptando situaciones excepcionales de aplicación.

En fin, se atacó el exceso en la aplicación de la pena de muerte, sin que, inicialmente, los alegatos fueran contra el principio mismo de la pena de muerte.

Salvo en la hermética y opresiva monarquía absoluta española, Europa se vio sacudida con el naciente movimiento abolicionista. Algunos autores convirtieron sus reflexiones en éxitos de imprenta y fueron leídos y escuchados con avidez. Muchos disentían de Beccaria, pero acudieron a sus argumentos, para rabatirlo o superarlo, agregando nuevas tesis y razones contra la pena de muerte. En todas partes surgieron obras que se enfrentaban a la pena de muerte, que propugnaban su supresión. En pocos años, la bibliografía abolicionista fue copiosa en los principales estados o reinos europeos.

Si en el largo pasado, los alegatos abolicionistas no socavaron la tranquilidad de los defensores de la pena de muerte, ahora, la mayoría de los poderes constituidos, salvo honrosas excepciones de los criminalistas y del clero, hizo causa común contra la idea subversiva. Incluso, al interior de los consejos consultivos de los abolicionistas José II y Leopoldo III, hubo ataques despiadados al movimiento de reforma. El espíritu conservador de los operadores del orden establecido, como reflejo intelectual, se puso en evidencia. Ellos, en número no desdeñable, se expresaron por la necesidad de mantener una legislación y una praxis que, supuestamente, —porque no se había demostrado—, era útil y eficaz, y recelaron de reformar el sistema con ideas demasiado atrevidas, por las graves implicaciones y consecuencias que todo proceso de reforma puede entrañar para la contención y represión de la criminalidad.

2. Repercusión legislativa.

La razón de que la edad media se tenga como más oscura y sangrienta que la moderna no estriba en una mayoridad cualitativa o cuantitativa de la criminalidad, sino en la mayor profusidad en la regulación y aplicación atroz de la pena de muerte. Por eso, la disminución de las ejecuciones y la controvertida humanización en la manera de aplicarla supusieron una notable evolución civilizatoria, que tuvo pronta, aunque limitada expresión legislativa. Los ensayos legislativos de naturaleza abolicionista se iniciaron, aislada, pero seriamente, en la segunda mitad del siglo XVIII, de la mano de monarcas absolutos.

¹¹ Imbert, Jean, *La peine de mort et l'opinion au XVIII siècle*, *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, París, 1964, p.725.

El movimiento iluminista-abolicionista produjo un movido y escandaloso, complejo y tortuoso proceso de racionalización y encuadramiento, dentro de nuevos límites, del derecho penal, compatible con la nueva realidad que se abría paso, de libertad personal y contractualismo, que exigía de leyes claras y precisas, que ofrecieran certeza y seguridad, para lo cual era preciso discontinuar las viejas legislaciones, de textos farragosos y contradictorios, y promulgar códigos penales, de lenguaje fácil y técnica depurada y coherencia interna, definiendo con exactitud los ilícitos y las penas. Se requería airear los procesos, convertirlos en públicos, quitarles la secretud que fomentaba la falsedad, desconfianzas y calumnias; con pruebas acusatorias garantistas de la dignidad e integridad personal, limitadas por ley.

La idea básica que inspirará la reforma penal será la humanización de las consecuencias jurídicas del delito, lo que pasa a constituir la preocupación fundamental de la política criminal moderna. Fue elaborada y difundida una nueva teoría de la ley y del delito, conformándose una nueva justificación moral y política del derecho de castigar. Los iluministas reclamaron e inspiraron la codificación penal, la eliminación o reducción de las penas degradantes o francamente inhumanas y la construcción de un entablado garantista, regido por la concepción de la proporcionalidad. Las distintas declaraciones de los *derechos del hombre y el ciudadano*, consagraron el principio fundamental de las garantías de las personas, *como límite a la acción del Estado, principio que crea el derecho penal liberal*¹².

El humanitarismo y el individualismo caracterizarán al derecho penal decimonónico. El movimiento iluminista va a lograr, en lo punitivo, una dulcificación de las penas (derecho penal humanitario) y la inserción de un sistema de garantías jurídicas y de igualdad de los hombres ante la ley penal (derecho penal individualista). El derecho penal humanitario tendrá por norte la abolición de la pena de muerte y la desaparición de la tortura; el derecho penal individualista, la limitación del inconmensurable arbitrio judicial. En ambos frentes habrá que librar una batalla común: justificar la necesidad de la reforma, por sólo servir para identificar al despotismo político, y acometerla, por ser lo contrario políticamente contraproducente.

Al ser la pena de muerte y la tortura los pilares más señalados de la irracionalidad y arbitrariedad de aquella justicia penal, por símbolos, recibieron atención prominente y la mayor parte de la crítica. Como es de suponer, antes que se sustituyera la estructura jurídica absolutista, en ambas direcciones hubo progreso. La primera conquista dieciochesca será el

¹² Ruíz Funes, Mariano, *Evolución del delito político*, p.120.

constreñimiento legislativo y práctico de la tortura y los suplicios, y no de la pena de muerte, que es, en el fondo, el peor de los tormentos y los suplicios.

Toscana, Austria, Hungría, Prusia y Finlandia acogieron legislativamente ciertas reformas abolicionistas. Hubo progresos en igual sentido en Bélgica, Suiza, Francia, Suecia y Alemania. Rusia, en 1754, limitó la pena de muerte a los delitos políticos, transitoriamente. Gustavo III de Suecia, en 1779, logró que la Dieta aprobara una reducción importante de delitos castigados con la pena de muerte. Algo similar realiza Federico II en Rusia, quien limita la pena de muerte para los supuestos de asesinato y ataque a mano armada. Pero solamente Toscana y Austria ensayaron, a finales del siglo XVIII, leyes completamente abolicionistas.

En conclusión, en la evolución del pensamiento penal y criminológico, consagrado en la legislación penal y la política criminal, se aprecia un hondo proceso de espiritualización cuyos rasgos fundamentales serán: la personalización de la responsabilidad penal, la humanización de las penas, el otorgamiento de un fin resocializador a la sanción, la consagración de los principios de legalidad penal, culpabilidad e igualdad, y la vertebración de un movimiento discriminatorio. El nuevo humanismo exalta el reconocimiento y respeto por los derechos individuales subjetivos y, particularmente, la protección de la persona humana, y, muy singularmente, de su vida.

3. El abolicionismo en la primera mitad del decimonónico.

La campaña abolicionista de la pena de muerte se reactiva a poco de iniciado el decimonónico, haciéndose intensa y apasionada; imponiéndose como idea dominante en los sectores cultos y avanzando, vaivénica, en la legislación de los países de mayor relieve económico-social y cultural, salvo excepciones. El siglo XIX será el de la consagración en la humanización del Derecho Penal y de la radicalización del movimiento abolicionista, imponiéndose, gradualmente, la consigna de Carrara de *muerte a la muerte*; caracterizándose por un constante devaneo, de avances y retrocesos, en los esfuerzos por abolir la pena de muerte.

El avance legislativo quedó rezagado del discurso y del debate doctrinal, rápidamente extendido al campo de la criminología. El tema lanzó a la polémica a todos: periodistas y escritores, políticos y clérigos, médicos y psiquiatras, y juristas (eminentes criminalistas y criminólogos, jurisconsultos y abogados, magistrados y profesores universitarios, porque el asunto es eminentemente jurídico). A todos. Se acudió a las más variadas argumentaciones, filosóficas, teológicas, culturales y morales.

El movimiento abolicionista fue de menos a más, con iniciativas individuales o colectivas, con un rasgo caracterizador: su constancia. Progresivamente, los defensores de la pena de muerte quedaron confinados, principalmente, entre los gobernantes, políticos y funcionarios directamente relacionados con los mecanismos represivos directos (jueces, fiscales y penitenciarios). Tras varias décadas de enconadas polémicas, los retencionistas estuvieron firmes en su oposición a abolir la pena de muerte, conservándola para los delitos más graves y odiosos, aquellos que mayor peligro representan para la sociedad o que por su naturaleza son más odiosos; pero sin aumentar los tipos penales castigados con la muerte, con lo cual ésta pasó progresivamente a tener un carácter virtualmente excepcional.

Para la tercera década del siglo, en el movimiento abolicionista, de carácter multidisciplinario, los juristas, definitivamente, pasan a formar la vanguardia en el discurso. Imbert advierte en 1822 ese momento de rearranque, con el informe de Livingstone en los Estados Unidos y el Tratado de Guizot, *La peine de mort en matière politique*. Algunos libros abolicionistas impactan en los círculos intelectuales y políticos europeos. Charles Lucas, destacado penitenciario francés, aporta un clásico en 1827, *De système pénal et du système répresif en general, de la peine de mort en particulier*, trabajo en el que propugna por la supresión progresiva de la pena de muerte para los delitos comunes y el internamiento de los reos en un bien planeado sistema penitenciario. En el mismo año, Eduardo Ducpetiaux, con *De la peine de mort*, empeñado en probar la escasa eficacia de la pena de muerte y la necesidad de reemplazarla por remedios totalmente distintos a la destrucción de la vida, tuvo una gran resonancia en círculos especializados. La reactualización del anterior debate y los nuevos argumentos captan la atención, promoviendo adhesiones y diatribas. En Francia, otras obras son publicadas prontamente. En el propio año, Garnier, *De la peine de mort*; un año después Valant edita *Nouveau essai sur la peine de mort*, y en 1833, C. Roumieu da a la luz *Plus d' échafauds! ou de l' abolition immédiate et absolue de la peine de mort*.

En Alemania la abundancia de ensayos asombra. Desde la *Dissertatio de jure gladii*, de J. Herrmann, en 1769, hasta *Die Todesstrafe, aus dem Standpunkte der Vernunft und des Christenthums betrachtet*, de Holft, en 1837, hay, por lo menos, 14 monografías abolicionistas de la pena de muerte. A ello habría que sumar los escritos abolicionistas del filósofo Ahrens y de los penalistas Röder, Berner, Abegg, Schaffrath, etc. En Bélgica, entre 1822 y 1828, desde Winsinget hasta Leval, se cuentan 6 monografías. Cuatro en Suiza entre 1827 y 1834.

Nuevos e ilustres nombres se suman a la lista de los abolicionistas. Algunos abogarán por una abolición parcial. W. Eden, Sir Samuel Romilly¹³, Sir Robert Peel y Jeremías Bentham¹⁴, en Inglaterra. En cambio, en Francia, Cousin, De Broglie, Deprez y Rossi abogan por la abolición de la pena de muerte para todos los delitos. Contrarios a la pena de muerte serán, en Suiza, Sellon y Zschokke; en Italia, Carrara, Pessina, Carmignani, Cantu, Albini, Malanina, Puccioni, Castagna. A finales del siglo XIX, nuevos nombres de reconocida solvencia académica se unen al partido abolicionista, con obras de gran repercusión: Pietro Ellero, Berner, D'Olivecrona¹⁵, Guyer¹⁶, Hans¹⁷, Glaser, Kostlin, Solovieff¹⁸, Holzendorff, Osenbrügger, Rolin¹⁹, Schwarze, Thonissen²⁰, Weber²¹, Eschenmayer, Brissot, Pastoret, Livingston, Dymond, Mittermaier²².

Disminuir considerablemente el número de ilícitos castigados con la muerte y el número de ejecuciones fue el logro fundamental del abolicionismo decimonónico, sin que signifique que las voces de reclamo se redujeran a este éxito parcial, pues a partir del mediodía del siglo tomó auge la petición abolicionista total.

Los éxitos legislativos del movimiento abolicionista, siguieron cosechándose. Si los avances abolicionistas no fueron sostenidos, sino vaivénicos, se debe a la impronta legislativa que imponen los fanatismos político-religiosos, los conflictos civiles, las guerras internacionales, las convulsiones económicas y sociales y las regresiones jurídicas. A mediados del siglo, exactamente en 1848, el movimiento abolicionista gana fuerza e irradia a casi todas las legislaciones, incluso algunas que le habían estado virtualmente vedadas. Toscana y Michigan suprimen la pena de muerte en 1847; la República de San Marino en 1848. Ese mismo año, en Alemania, la Asamblea Nacional de Francfort proclamó una Constitución contentiva de los derechos fundamentales del pueblo alemán. La pena de muerte fue abolida salvo para los delitos prescritos para situación de guerra y los motines marítimos. Los estados de Prusia, Baviera y Hannover rechazaron la Constitución y su esfuerzo

¹³ *Observations on the criminal law in England as its relates to capital punishment and on the mode in which it is administered*, London, 1810.

¹⁴ *Teoría de las penas y de las recompensas*, Barcelona, 1838.

¹⁵ *De la peine de mort*, París, 1868.

¹⁶ *Discurso sulla pene di morte*, Lucca, 1869.

¹⁷ *La peine de mort, son passé, son present, son avenir*, Gand, 1867.

¹⁸ *La peine de mort*, París, 1888.

¹⁹ *Dissertazione contro la pena di morte*, Lucca, 1873.

²⁰ *Quelques reflexions sur la pretendue necessité de la peine de mort*, Bruxelles, 1863.

²¹ *Conferenza contro la pena di morte*, Lucca, 1874.

²² *De le peine de mort d'apres les travaux de lá science les progrès de la legislation et les résultats de l'experience*, París, 1865.

abolicionista, el que si fue aceptado por las asambleas legislativas del resto de Alemania. En ese 1848 los cantones suizos de Friburgo y Neuchatel, suprimen la pena de muerte, y las constituciones políticas de Suiza y Francia la abolieron para los delitos políticos.

En la segunda mitad del siglo XIX, la pena de muerte fue abolida o quedó suprimida en nuevos estados, algunos de los cuales habían ensayado experiencias temporales. Como no siempre la coyuntura política y la opinión pública facilitaban producir rápidamente la abolición de la pena de muerte, muchas veces se produjo una supresión de hecho antes de la supresión o abolición legal de la pena de muerte. La última ejecución en Luxemburgo data de 1821, pese que por mucho tiempo la pena de muerte se mantuvo en las leyes. Pero de producirse una sentencia, *ipso facto*, sobrevénía la acción de conmutación. Igual aconteció en Bélgica desde 1863.

Con variaciones en las fechas, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Mónaco y Liechtenstein, discurrieron por mucho tiempo en experiencias abolicionista fácticas, hasta producirla de *iure*. A partir de 1876 no hubo ejecuciones en la Italia recién unida, hasta que se suprimió legalmente en 1889. En Holanda, desde 1850, dejó de aplicarse, para ser suprimida en 1870. En Portugal se produce una abolición de hecho desde 1846, pero no es hasta 1866 que se suprime para los delitos comunes. Grecia suprime la pena de muerte en 1862 y Rumania en 1864. En Inglaterra, que contaba con la legislación más cruel *que haya deshonrado nunca*, al decir de Sir James Sthephan, *a un país civilizado*, el movimiento humanizador tuvo que vencer muchos obstáculos políticos y demoró en producirse. Cuando lo hizo, iniciado el siglo XIX, fue limitadamente, queriendo reducir la aplicación de la pena de muerte sólo para los delitos más atroces.

En América el movimiento abolicionista, si bien es tardío, en su expresión masiva, y de menor entidad científica, es coetáneo con el movimiento europeo, al que está indisolublemente ligado. El precursor del movimiento abolicionista americano es Benjamín Rush, con su obra *An Enquiry into the Effects of Public Punishments upon Criminals and upon Society*, en realidad, unos papeles leídos por él en casa de Benjamín Franklin, otro de los abanderados de la humanización del Derecho Penal. Significativamente, la reacción a los alegatos de Rush fue adversa. Su respuesta a la réplica de que fue objeto está contenida en las *Considerations on the Injustice and Impolity of Punishing Murder by Death*, obra en la que recrea la argumentación beccariana, expone el punto de vista cristiano y refiere las experiencias abolicionistas habidas en Europa. En 1845 se creó la Sociedad Estadounidense para la Abolición de la Pena de Muerte.

En Pensilvania, en 1794, los inmigrantes cuáqueros impusieron su concepción abolicionista, perviviendo la pena de muerte solamente para los asesinos. En lo legislativo, a principios del siglo XIX, Edward Livingston propuso, en su revisión del Código Penal de la Luisiana, suprimir la pena de muerte para todos los delitos, salvo los de traición, asesinato y violación. En 1846, se produjo un relevante progreso: el estado de Michigan suprimió la pena de muerte, salvo para la traición. En 1852, Rhode Island hizo lo propio, incluyendo este delito. A continuación, en 1853, fue Wisconsin. En los próximos ochenta años, entre altibajos, —por ejemplo, el estado de Maine la suprimió en 1876, la restableció en 1883 y la volvió a abolir en 1887—, otros estados norteamericanos ensayaron legislaciones abolicionistas, totales o parciales.

Por su parte, alcanzada la independencia de España y Portugal, enarbolando muchas banderas de respeto a la dignidad y libertad humana, por regla, en las nuevas repúblicas latinoamericanas hubo un olvido material notable de los principios enarbolados y de los preceptos consagrados en las leyes políticas. La pena de muerte fue regulada, aunque con notable restricción con relación a épocas anteriores, y aplicada con gran frecuencia y considerable arbitrariedad. Algunos países, en cambio, fueron abanderados del progreso legislativo.

La República del Perú tuvo ocho constituciones políticas en el siglo XIX. Las primeras (1823, 1826 y 1828) no abordaron con óptica abolicionista la pena de muerte, limitándose a remitir al Código Penal su regulación, aunque contuvieron una muy ambigua pretensión limitativa en su aplicación: para *los casos que exclusivamente lo merezcan*. En cambio, la abolición fue proclamada en las constituciones de 1856 y 1867, proclamando que la vida humana era inviolable: *la ley no podrá imponer la pena de muerte*, rezaban los preceptos.

En Latinoamérica la abolición de hecho, como en Toscana y Austria, precedió a la de derecho, como norma. Igualmente, se avanzó hacia la supresión parcial, por aproximación, reduciendo el alcance de la pena de muerte, como en el caso de Brasil, el que hasta 1822 tenía una cuarentena de delitos con previsión de muerte y los redujo a solamente tres: homicidio voluntario, robo con agravantes y rebelión de esclavos; para en 1889 abolir constitucionalmente la pena de muerte. En Venezuela se suprimió la pena de muerte en materia política en 1857 y en los delitos comunes en 1863. En Ecuador el abolicionismo comenzó a ganar espacio a partir de 1852, sin que constitucionalmente se introdujera la abolición hasta 1897. Antes lo realizaron Colombia, en 1864; Guatemala, 1889; Nicaragua, 1892 y Honduras, en 1894. La Constitución de Bolivia de 1878 la abolió, salvo para los

parricidas, los asesinatos y la traición a la patria. Sobre México, oportunamente abordaremos el punto.

El mayor éxito de los abolicionistas en América, como en casi todas partes, consistió en lograr que la mayoría de los estados redujeran progresivamente el número de ilícitos con previsión de la pena de muerte, y que disminuyeran las ejecuciones. Sin embargo, la abolición de la pena de muerte fue lograda, en la inmensa mayoría de los países, en la segunda mitad del siglo XX.

España y Francia formarán la rémora europea en la supresión y abolición de la pena de muerte misma. Precisamente, estos dos países merecen especial atención. España, porque ejercía soberanía sobre Cuba y por ser el país donde Martí produjo su tesis abolicionista, y Francia, por ser la nación donde mayor encono hubo en el debate sobre la pena de muerte y por ser francés el *provocador* de la primera y principal tesis abolicionista debida a José Martí.

4. Estado de la cuestión en Francia y España.

Para Jean Imbert²³, la cuestión en Francia configura una gran paradoja. En ningún otro lado la discusión fue más acalorada ni suscitó tantos y tan profundos alegatos, sin embargo, resultó la nación europea (¿después de España?) donde los progresos de la abolición marcharon más lentos y resultaron más limitados, en lo legislativo y en lo judicial.

Al momento de nacer el movimiento abolicionista, Francia, escenario por entonces de grandes ebulliciones en todos los campos del saber y de la política, acogió una corriente abolicionista vigorosa, que fue combatida con ahínco por una *muy conservadora corriente de pensamiento*, de filósofos, juristas y políticos, apoyados por una gran parte de la prensa. Toda la jerarquía católica francesa, salvo el abate Le Noir en 1867, abogó por la conservación de la pena de muerte, reconociendo el derecho de vida y muerte ejercido por el Estado. Contra Beccaria, el blanco abolicionista predilecto, arremetieron muchos.

La intensificación de la campaña abolicionista coincidió y estuvo marcada por la revolución burguesa en Francia. Las ideas de Beccaria y el precedente de Toscana fueron invocados para abogar por la abolición de la pena de muerte. Pastoret y los que como él pensaban, quedaron en minoría en los órganos legislativos frente a los partidarios de preservar la pena de muerte. El resultado, de todos modos, fue extraordinariamente provechoso para el avance del Derecho Penal. En 1789 se exigió mayoría de cuatro quintos para sentenciar a

²³ *La pena de muerte*, p.100 a 115.

muerte. En 1790 se barrieron los remanentes de la responsabilidad de la familia y del manejo público con propósitos utilitarios del cadáver del ejecutado. El Código Penal francés de 1791 redujo los delitos de pena de muerte de 115 a 32, suprimió los martirios y torturas que se inflingían al reo y mandó que la muerte consistiera en la *simple privación de la vida*. En marzo de 1792, se introdujo la guillotina.

En 1795 la Convención aprobó la abolición de la pena de muerte, condicionado al logro de la paz general. No sin cierta sorna: como no hubo tregua, la pena de muerte se mantuvo, desafiante, en las leyes penales y aplicada sin grandes miramientos, durante la Convención, el Directorio, el Consulado, el Imperio, la monarquía restaurada.. Hubo pena de muerte en Francia en la República hasta casi terminar el siglo XX, doscientos años después.

Las ideas de la reforma penal se desarrollaron y difundieron en Francia como en ningún otro país, pero el poder político impidió avanzar profundo y extenso en lo legislativo en la abolición de la pena de muerte, aunque en 1848 se convirtiera en paladín de su abolición para los delitos políticos. Fue tendencia marcada, y políticamente posible, abolir la pena de muerte primero para los delitos políticos y luego para los delitos de orden común. Venezuela suprimió la pena de muerte para los delitos políticos en 1857 y para los delitos comunes en 1863. Pero no siempre el tramo entre una decisión y la otra fue tan breve. Francia se erige en la prueba más patética. Cuna del abolicionismo, abolió la pena de muerte para delitos políticos en 1848, pero no hizo lo propio en delitos comunes hasta 1981, durante la presidencia del socialista Francois Mitterant, encontrando el voto negativo, aún, de 116 diputados, contra 369 que la favorecieron.

Casi es exacto que la obra de Beccaria penetró en España en las mochilas de las tropas napoleónicas que la invadieron en 1808, pero sin provocar un efecto inundador en lo legislativo, entre otras razones, porque España, en lo esencial, estaba herméticamente cerrada. Recluida por el absolutismo, en gran medida España quedó al margen del movimiento abolicionista europeo.

Las ideas ilustradas permearon, con tropiezos diversos y obstáculos de difícil superación, la opinión culta española, pasando a ser, dificultosamente, parte de su acervo cultural. Con la Revolución Francesa, las obras más influyentes de la ilustración, incluyendo las que abogaban por la reforma penal, fueron discutidas en círculos selectos españoles, sin que la poderosa y omnipresente inquisición pudiera evitarlo. En este entorno, el libro de Beccaria llegó tardíamente a España. La primera edición, tras vencer la resistencia de la Inquisición, se hizo con diez años de demora; tres años después fue prohibido, la que no pudo, no

obstante, impedir su difusión entre los políticos, los magistrados y los letrados. Importantes funcionarios reales, especialmente Lardizábal, Jovellanos, Meléndez Valdés, Foronda y Cabarrús, invocaron en sus escritos a Beccaria, con mayor o menor fortuna intelectual, para sugerir o pedir menguadas reformas penales. La obra de Lardizábal tuvo gran difusión e influencia en la magistratura y entre las clases cultas. Pero ninguno de ellos, de hecho, se convirtió en el abanderado de la abolición de la pena de muerte.

En España, la pena de muerte fue defendida larga y exitosamente. La reacción del régimen político monárquico y del pensamiento conservador español ante el entorno abolicionista europeo, fue de defensa a ultranza de la necesidad y utilidad de la pena máxima. Los defensores entre los doctrinarios del siglo XVIII, incluso del siglo XIX, encontraron en la argumentación tomista de la amputación del miembro enfermo o eliminación del fruto podrido para salvar el conjunto, uno de sus argumentos predilectos.

Hasta el primer tercio del decimonónico, en España se habían pronunciado sobre la pena de muerte, con tesis retencionistas: Lardizábal, Consejero del Rey Carlos III²⁴, con su *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España*, capítulo V, Madrid 1782; Vizcaíno Pérez, en *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España*, en 1797; Álvarez Posadilla, en 1802, con *Práctica criminal por principios*; José Marcos Gutiérrez con *Práctica criminal de España*, en 1806; Francisco Agustín Silvela, en *Consideraciones sobre la necesidad de conservar en los códigos y de aplicar, en su caso, la pena capital*, Madrid, 1835; y La Serna y Montalbán, *Consideraciones sobre la pena de muerte*, Madrid, 1835.

Entre los reformistas, Lardizábal y Pérez López defendieron la utilidad y necesidad de conservar y aplicar la pena de muerte, reducida a los delitos más graves; aceptando —como lo harían Filangieri, Bentham y otros retencionistas reformistas—, que no contribuía gran cosa a disminuir los delitos; mostrándose favorables a reincidir en la búsqueda de sus supuestos efectos intimidantes y disuasorios, y proponiendo tenues reformas; tal y como lo hizo Lardizábal, quien propuso que antes de la ejecución, en hojas sueltas, se difundiera el crimen por el que el reo iba a morir; y propugnando, como lo hizo Pérez López, la supresión de los sufrimientos excesivos en la administración de la muerte.

Si bien la corriente abolicionista española de la pena de muerte se inicia aisladamente en el siglo XVIII por Fray Martín Sarmiento, en la primera mitad del siglo XIX no hay en España un

²⁴ Sobre el mexicano-español Lardizábal conviene consultar las obras, de Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *Lardizábal, el primer penalista de América española*, México, 1957, y, de Rivacoba, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Santa fe, 1964.

movimiento abolicionista propiamente dicho. La extensión y profundidad de la política represiva del absolutismo y las frecuentes conmociones político-militares impidieron la vertebración del pensamiento abolicionista, que se reduce esporádicamente a la prensa, cuando le es permitido, como en los dos períodos liberal-constitucionalista, (1812-1814 y 1820-1823). En realidad, el abolicionismo de la pena de muerte quedó tremendamente relegado en comparación con otras naciones importantes de Europa y América.

De tomar con apego el criterio de Constante Amor y Naviero, no fue hasta 1854 que irrumpió la corriente doctrinal abolicionista con el título de Pérez de Molina, *La sociedad y el patíbulo. Impugnación de la pena de muerte*. Anterior a Molina, la literatura abolicionista —no monográfica— fue escasa y de escaso valor intrínseco. A contrapelo de Amor y Naviero, y también de Barbero Santos, García Valdés, Cuello Calón y de la mayoría de los penalistas pasados y actuales de España, salvo el Dr. José María Rodríguez Devesa²⁵, la primera monografía abolicionista de la pena de muerte en España y en Iberoamérica es del año 1838, de autor anónimo, titulada *Examen del derecho de vida y muerte ejercido por los gobiernos*. Con esta obra habrá que hacer un acto de elemental justicia histórica: reconocer que existe, porque virtualmente se ignora en España y en América Latina.

El *Examen del derecho de vida y muerte ejercido por los gobiernos* fue editado en la Imprenta de Ignacio Estivill, en Barcelona. Apareció anónimamente, firmada *por un cubano*; que quiso y logró entonces conservar su identidad: José de Ayala y Aguiar.

José de Ayala niega toda legitimidad a la aplicación de la pena de muerte por los gobiernos. Aduce para ello múltiples razones y ataca diversos presupuestos teóricos donde supuestamente reside el derecho de vida y muerte ejercido por estos. Ayala toma los nueve argumentos más convincentes, a su juicio, que se habían sostenido a favor de la pena de muerte, y los contesta. Es admirable, ciertamente, la profundidad y abundancia de los elementos de juicio que ofrece, y muy sorprendente que se le ignore totalmente o se le margine extraordinariamente en la historia del derecho penal español.

En el caso particular de Cuba, también se le ha ignorado; incluso, más que en España. Ha ocurrido más por desconocimiento de su obra que por intención de desmemoria. Lo cierto es que entre los cubanos, Ayala es el primero, y quizás el único, que en el siglo XIX dedicó una monografía doctrinal al tema. Es más, probablemente fue el único que en la primera mitad del siglo trabajó con seriedad el asunto. Lo prueba la búsqueda que ha realizado el autor por

²⁵ *Derecho Penal Español*, p.893.

las más diversas publicaciones cubanas. Hasta que Martí se pronuncie contra la pena de muerte en 1871, las publicaciones más reflexivas de Cuba no abordaron en modo alguno el tema²⁶, el cual no fue objeto de discusión pública, aunque sí, en cambio, de polémica y reflexión en círculos muy escogidos de la aristocracia y la intelectualidad criolla.

No ha de extrañar la prudencia de José de Ayala al publicar de anónimo. Esta técnica no era nueva. Ya en 1764, Beccaria había recurrido a este subterfugio para publicar en Livorno su tratado sobre los delitos y las penas. Ayala no hizo sino reproducir la inteligencia a la que se vieron obligados centenares de autores ilustrados, interesados en despistar a los censores y represores de las monarquías y de la Iglesia Católica.

En su caso, Ayala tenía poderosas razones para proteger su identidad. Tanto en España como en Cuba se vivieron décadas de cruenta represión política. En la España de la cuarta década del decimonónico la pena de muerte seguía siendo un tema tabú, *ante el cual la prudencia más cauta forzaba a un sepulcral silencio*²⁷. El absolutismo sabía perfectamente que mantener imbatido el *ius vitae et necis* sobre los súbditos, era el más plausible y enérgico instrumento para su conservación. Para resguardarse de los peligros que pendían sobre la tiranía, había que sostener intacta la pena de muerte, *el nervio del poder político*, según la plástica expresión de Melanchton en el siglo XVI.

Pero más en Cuba que en España. Si bien Fernando VII había muerto cuando Ayala tuvo listo su manuscrito, la puja absolutista, en el desenfreno de la guerra civil, (hasta 1839), ordenaba guardar discreción. Su condición de cubano, era, adicionalmente, una razón añadida.

La historia de Cuba, dijo con acierto Don Fernando Ortiz, mientras duró la colonia, los cubanos tuvieron que escribirla en el destierro. Y no sólo eso, sino que para enjuiciar al absolutismo y sus resortes de sustentación, los cubanos tuvieron que esconder su nombre. A lo largo del período colonial a nuestros hombres y mujeres de letras les estuvo prohibido difundir la historia y enjuiciar las realidades de su tierra. Al mismo Cristóbal Colón le estuvo vedada la impresión de su *Diario de Navegación*.

El esfuerzo por ahogar cualquier inteligencia de los criollos sobre sus realidades llegó a extremos inauditos. En 1778 el rey prohibió que los nativos y los pobladores de América

²⁶ Para llegar a esta conclusión se han revisado las siguientes obras: *Índices analíticos*, Biblioteca Nacional de Cuba "José Martí", La Habana, 1964; *Índices analíticos de los Anales de Don Ramón de la Sagra*, Biblioteca Nacional de Cuba "José Martí", La Habana, 1970; *Índices de revistas cubanas siglo XIX*, Biblioteca Nacional de Cuba "José Martí", La Habana, 1970, y de Araceli García-Carranza, *Índice analítico de la revista Bimestre Cubana*, Biblioteca Nacional de Cuba "José Martí", La Habana, 1968.

*estudiasen, observasen y escribiesen sobre materias relativas a las colonias*²⁸. Apenas hubo, con el advenimiento del decimonónico, en Cuba, brecha. Tengo el temor de que ya sea absolutamente imposible saber, por ejemplo, cuándo y cómo llegó el libro del marqués de Beccaria a la isla.

Lo que Enrique José Varona llama *cultura del espíritu*, a la que Ayala se incorpora, fue un privilegio en la colonia: individuos o grupos que se fortificaban con el estudio, que leían los libros traídos de contrabando y escribían a escondidas para imprimir fuera, *lejos de la mirada inquisitorial de la censura*²⁹. Porque escribir dentro, sólo era posible, exclusivamente, en los períodos de mayor liberalidad en España, cuando algunas concesiones se le hacían a la colonia. Téngase en cuenta que la primera denuncia impresa contra la manera en que se administraba la justicia en Cuba, pertenece al doctor Tomás Gutiérrez de Pinérez, y data del primer periodo liberal, cuando publicó varios sueltos bajo el título *Declamaciones contra el despotismo del Poder Judicial*³⁰.

Fue tal el grado de censura habida en Cuba, que la única obra de los enciclopedistas europeos mencionados en este ensayo que se imprimió en Cuba en la primera mitad del siglo XIX fue el *Contrato social o principios del derecho político*, de Juan Jacobo Rousseau, editado por José Valdés en 1813, en *menuda y compacta impresión*, tras suprimirle el penúltimo capítulo (tratado de religión), *sacudiendo el resto de la obra, que ha quedado de tal modo purificado, que ni por incidencia se lee en todo su contexto el sustantivo religión*³¹.

Cuando Ayala produce su obra, escribirla en Cuba podía ser causa de una condena de muerte, y publicarla, imposible. El general Miguel Tacón gobernó a Cuba entre el 1 de junio de 1834 y el 20 de diciembre de 1838, período que ha quedado para la posteridad como modelo de tiranía política. Las facultades omnímodas, concedidas a los capitanes generales para que, supuestamente, se emplearan con la mayor prudencia y circunspección, fueron utilizadas sin freno, ilimitadamente, sumiendo a la colonia en un estado de zozobra política y de inseguridad jurídica. Pese a su proclividad absolutista, coetáneamente la viuda de Fernando VII, por alta conveniencia política, ensayó para España un régimen liberal. Era de esperar que la colonia se beneficiara de aquella coyuntura, pero la designación del general Tacón, *militar de tendencia reaccionaria, partidario de una disciplina rígida, lleno de odio y de*

²⁷ Barbero Santos, Marino, *Pena de muerte. El ocaso de un mito*, p.12.

²⁸ Ortiz, Fernando, *Revista Dos Mundos*, p.2.

²⁹ Varona, José Enrique, prólogo a la obra de José A. Fernández de Castro, *Medio siglo de historia colonial de Cuba*, p.XI.

³⁰ Imprenta de Pedro Palmer, entre 1811 y 1814.

*prevención contra los naturales*³², significó la negación de aquel momento liberal español. Tacón adoptó varias medidas represivas para constreñir la libre expresión de ideas. Tres hechos son trascendentes: el establecimiento de una férrea censura, un mayor protagonismo de los tribunales especiales de corte militar y la negativa a aceptar para Cuba el imperio del régimen constitucional de 1812, vigente en España desde 1836. Bajo su gobierno, un anónimo era suficiente para proceder a una arbitraria detención y encarcelamiento por meses.

Ayala se cuidó de intentar publicar en Cuba, y cuando lo hizo en España, sirviéndose del régimen de libertad de imprenta, acudió al anónimo salvador. Otro cubano, que retrató de anónimo el momento de la colonia, ofrece la clave de su conducta: *y no se limitaban a la persecución a los que moraban en la isla. Viles escuchas circulaban por la península para espiar la conducta y transmitir sus acciones, los escritos y hasta las palabras más inocentes de los cubanos. Honrados y pacíficos vecinos cuando al restituirse al seno de su familia tras larga y dispensiosa ausencia por motivos particulares saludaban las playas de su Patria y encontraban en lugar de los brazos cariñosos de una madre, de una esposa, de un hijo o de un amigo, el cordel del esbirro y los horrores de una hedionda y fría bartolina*³³. Y no sólo los horrores de una hedionda y fría bartolina, sino también el cadalso por combatir los cadalsos. Ayala, en todo caso, pudo haber sido el primer autor de un libro monográfico dedicado a la abolición de la pena de muerte que terminara ejecutado por la mano del verdugo que combatió. No olvidar que Carles Rahola Llorens, autor del libro abolicionista *La pena de mort a Girona*, publicado en 1934, fue fusilado el 15 de marzo de 1939, en Cataluña, cien años después que Ayala publicó en aquella misma región española su *Examen del derecho de vida y muerte ejercido por los gobiernos*.

En 1871, Martí también tuvo que acogerse al territorio español para producir contra la pena de muerte. De haberlo hecho en Cuba, las autoridades lo habrían interpretado como razón suficiente para hacerle lo que los franquistas hicieron a Rahola Llorens. De hecho, a Martí quisieron extinguirle meses antes de pronunciarse contra la pena de muerte por haber escrito una carta privada a un compañero de colegio que había apostado por la causa integrista.

5. Entre José de Ayala y José Martí.

³¹ Bachiller y Morales, Antonio, *Apuntes para la historia de las letras y de la instrucción pública en la isla de Cuba*, t-III, p.302.

³² Guerra Sánchez, Ramiro, *Manual de historia de Cuba*, p.341.

Ahora, si en Cuba no hubo un esfuerzo editorial contra la pena de muerte a lo largo del siglo XIX (los pronunciamientos de Ayala y de Martí ocurrieron en el extranjero), en España si lo hubo, aunque no fue hasta finales del siglo XIX y principios del XX, con grandes saltos y vaivenes, que la *opinión técnica y culta* despertó del letargo y produjo enjundiosos estudios proclives a la abolición, hasta originar *una auténtica inflección*³⁴ en la tendencia retencionista dominante.

En el campo monográfico, posterior a la obra de José de Ayala, en la década del 40 del anterior siglo, se publicaron tres obras retencionistas en España. Y luego les sucede Pérez de Molina con su ya mencionada obra abolicionista *La sociedad y el patíbulo. Impugnación de la pena de muerte*, publicada en Madrid en 1854. A partir de aquí, y hasta el año 1871, la producción científica aumentó, siendo aún mayoritariamente favorable a la pena de muerte. En realidad, fue escasa la producción monográfica española anterior a la impugnación martiana de la pena de muerte de 1871.

Por otra parte, en el resto de Europa, en los primeros veinte años de la segunda mitad del siglo, precediendo a la argumentación martiana, se produjo un relanzamiento del movimiento abolicionista, el que perduró, con creciente pero limitado éxito hasta la primera guerra mundial, lo que se manifestó en la multiplicación del número de penalistas y de estudios doctrinales contra la pena de muerte, pero también de la multiplicación de los artículos y comentarios abolicionistas de los más variados componentes de la sociedad europea.

Para entonces, podría pensarse que todo estaba dicho o escrito contra la pena de muerte, si atendemos al hecho de que en ese año Hetzel necesitó las 600 páginas de su *Die Todesstrafe in ihrer Kulturgeschichtlichen Entwicklung* para enumerar de forma analítica la bibliografía que se había publicado sobre la pena de muerte. En efecto, mucho se había escrito sobre el tema, pero aún los sectores ilustrados europeos gastarían toneladas de papel y tinta en sus análisis, incorporando, de vez en cuando, algún que otro argumento o ángulo novedoso de cuestionamiento de la pena de muerte.

Sin que se produjera una modificación profunda en la legislación penal, desde la segunda mitad del siglo XVIII se aprecia una tenue dulcificación en esta por el influjo de las corrientes humanitarias europeas, que lograban penetrar la cerrada e inquisitorial España y darle una leve orientación humanitaria a su sistema penal. Ciertamente, la idea de introducir reformas en la administración de justicia absolutista, nació en España entre ministros y funcionarios

³³ Archivo Histórico Nacional, Fondo de Asuntos Políticos, legajo 39, número de orden 43.

³⁴ García Valdés, Carlos, *No a la pena de muerte*, p.204 y 205.

ilustrados. La experiencia de otros estados europeos alentó a la corona española: en aquellos países se codificó el Derecho Penal y se introdujeron reformas sin proceder a un cambio fundamental del sistema y sin colapsar el régimen político. Se pensó como una mejora administrativa y no como un esfuerzo de socavamiento de los fundamentos y principios del derecho penal absolutista.

No hubo reforma y no hubo grandes progresos en la administración de justicia, aunque se advertía cierta mitigación de la dureza del Derecho Penal, al ocurrir el tránsito de siglos. Lo cierto es que el proceso de supresión de los suplicios más crueles y de disminución de los delitos castigados con la muerte, retrocedió en varias oportunidades por un regreso a *la rigidez de las épocas precedentes*³⁵. Los liberales españoles, en la Constitución de Cádiz y por decretos, impusieron algunos cambios trascendentales, que presagiaban una corta vida para la pena de muerte en España.

El más llamativo y sostenido avance de principio de siglo fue la supresión de la tortura y los tormentos, bajo el presupuesto de que era un *símbolo de la antigua barbarie y vergonzoso resto de gentilismo*³⁶. Así se prohibió, para España y Ultramar, la pena de azotes ordenada por los tribunales y usada también en casas y establecimientos públicos de corrección, seminarios de educación y escuelas, y para los indios —no dijeron nada sobre los negros—. De que la tortura había culminado su ciclo político vital, ofrece prueba el hecho de que al regresarse al absolutismo y decretarse por Fernando VII la derogación de todo lo legislado en el gobierno liberal, la prohibición de la tortura se mantuvo en la ley; no así la pena de azotes, cuyo imperio fue restablecido por la *necesidad de presentar castigos públicos para atajar en lo posible los infinitos delitos que se cometen*³⁷.

Las Cortes de Cádiz, por decreto del 22 de abril de 1811, suprimieron la *ignominiosa* horca, método ejecutivo que habíase significado por su excesiva crueldad. El garrote, usado ocasionalmente hasta entonces desde mucho tiempo antes, fue convertido en el método de ejecución, por ser supuestamente más humano, al reducir los sufrimientos del reo. En fin, el periodo liberal significó el primer avance legislativo significativo en materia penal en España. Será una constante en España, a lo largo de su historia, que durante los períodos democráticos o de dominio de la burguesía radical o del republicanismo, la pena de muerte retrocediera, y el Derecho Penal se racionalizara y humanizara. De hecho, eso parece ser un

³⁵ Barbero Santos, Marino, *La pena de muerte, 6 respuestas*, p.19.

³⁶ Real Decreto de 8 de septiembre de 1813.

³⁷ Real Decreto de 14 de octubre de 1814.

comportamiento común a todos los países, en todas las épocas: que durante los períodos absolutistas o de gobiernos dictatoriales o autoritarios, aumente significativamente el número de ilícitos y la severidad de las penas, con flagrante limitación de las garantías procesales y frecuente empleo de la pena de muerte, ejecutada con gran efecto público. Y viceversa. Es una tendencia histórica.

Sin dudas, España entró tardíamente en el proceso de racionalización estatal y jurídica. El absolutismo, salvo amagues tímidos e infructuosos, no se preocupó por dotar a España de un Código Criminal moderno y funcional. Ello será el mérito del movimiento liberal, empeñado en modificar de raíz el Derecho Penal por conceptuarlo expresión suprema de la transición de la arbitrariedad y abusos del poder absolutista al imperio de la ley y al ejercicio de la soberanía general.

El Código Penal se adoptó en 1822, pensado como oposición a las viejas leyes recopiladas asistemáticamente y como consagración de principios cardinales, como la igualdad ante la ley, la legalidad y la seguridad jurídica. La comisión parlamentaria que lo formuló propuso la abolición total de la pena de muerte. La iniciativa fue rechazada por las Cortes. El Código Penal contempló una gran gama de delitos con previsión de la pena de muerte, ahora despojada de algunos de los viejos atributos que le señalaban sus detractores, aunque aún con preceptos escalofriantes. Por ejemplo, estableció un curioso sistema de sorteo para el caso en que por un mismo delito se impusiera la pena de muerte a más de tres reos. Los sentenciados serían sorteados hasta dejar los tres que habrían de morir. Extraordinariamente cruel, el precepto aspiraba a conjurar las ejecuciones masivas.

Muy escaso tiempo rigió, pues en septiembre de 1823 se restableció el absolutismo, que significó la muerte de la legislación humanitaria, siendo una especie de vuelta de página atrás en materia penal: restablecimiento de la horca, multiplicación de los supuestos castigados con la muerte, arbitrariedad judicial, multiplicación de las ejecuciones. El régimen de represión política antiliberal fue de tal entidad que varias potencias europeas (especialmente Francia y Rusia) mediaron para obtener una amnistía. Fernando VII introdujo en España un nefasto tribunal excepcional: la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente. Su misión: ahogar cualquier atentado contra la monarquía absoluta.

Virtualmente cualquier conducta política entendida como contraria podía merecer la muerte, decretada sin garantías. La desproporción entre delito y sanción llegó al insólito. Los que gritarán *¡Viva la libertad!* o *¡Viva la Constitución!*, se convertían en reos de muerte. Una muerte segura y pronta. Durante todo el reinado de Fernando VII (hasta 1833) y durante la

guerra civil carlista que sobrevino a su muerte, reinó la arbitrariedad judicial, sin que las instancias se sintieran obligadas a observar las leyes, algunas de las cuales eran simples reminiscencias de pragmáticas del siglo XIII y de las Siete Partidas.

España debió aguardar hasta 1848, al tomar y consolidarse en el poder, tras la guerra carlista, la burguesía moderada, para ver realizado el anhelo de contar realmente con una respetada ley penal de alcance universal. El código no significó un abandono completo y radical de la vieja legislación, sino una relativa superación. Al fijar el principio de legalidad y delimitar estrictamente las penas a aplicar, con un criterio de proporcionalidad, etc., modernizó el derecho penal español. Definitivamente, con independencia de las múltiples denominaciones que usaron los legisladores, la privación de libertad se consagró como la pena de mayor presencia en la ley y de mayor uso por los tribunales de justicia. Frente a ella, la pena de muerte retrocede, pero quedando lejos aún de desaparecer o de perder los enormes atributos propios del derecho penal absolutista. Redujo la regulación de la pena de muerte y terminó con los vestigios medievales en la manera de matar: consolidó al garrote como el método universal de ejecutar a los reos de delitos ordinarios.

Un nuevo Código Penal, que se tuvo por *encomiable*, al limitar anteriores *aristas demasiado duras*³⁸, se adoptó en 1870, beneficiado por el sesgo más o menos liberal del gobierno y del ambiente-reacción contrario-crítico contra el reciente pasado autoritario. El Código Penal era prolijo en penas, más de treinta; al frente de las cuales se hallaba la de muerte; pero borró de la escala de penas, la de argolla, y desapareció prácticamente las penas perpetuas, al disponer el indulto, condicionado, a los 30 años de cumplimiento. Implicó una nueva limitación de la punibilidad: se suprimieron agravantes y tipos delictivos; desapareció la pena de muerte como pena única y para casos de tentativas contra la vida o la integridad del inmediato sucesor a la Corona. Hubo, en consecuencia, una mayor benignidad para reprimir algunos delitos de naturaleza política, por ejemplo, la conspiración. Aunque el código era extremadamente enrevesado y complejo, fue un extraordinario paso de avance en la fijación de un marco básico de legalidad y garantías en una nación habituada a la arbitrariedad y el abuso de poder. Ello prueba que cuando Martí llegue a España en calidad de deportado político, interesado en la esencia y contenido de la administración de justicia, listo y resuelto a enfrentarse a la pena de muerte, ésta siga imbatida, y lo que es peor, que la forma de

³⁸ Antón Oneca, José, *El Código Penal de 1870*, p.241.

ejecutarse y su frecuencia sigan escandalizando a un importante sector de la opinión pública.

No hay precisión en cuanto al número exacto de personas ejecutadas en España entre 1800 y 1871. Fuentes oficiales señalan en 649 las ejecuciones, entre 1800 y 1868, en toda España. Pero para la *Hermandad de la Paz y Caridad*³⁹, solamente en Madrid, en materia de delitos comunes, se ejecutó a 691 personas. El récord, según estas fuentes, pertenece a 1866, con 66 ejecuciones. En 1871, cuando Martí llega a España y se pronuncia contra la pena de muerte, se impusieron 32 penas de muerte. Sin embargo, en los últimos treinta años del decimonónico, se impusieron en España 1258 penas de muerte, describiendo un aumento en la medida en que avanzó el siglo.

Estas cifras son, nada más, las de ejecución en garrote, que por ser la de mayor legalidad, formalidad y transparencia, contaron con creciente control y resonancia. Pero no son, ni por asomo —como ocurrirá también en Cuba—, una cifra aproximada de las personas ejecutadas por el Estado en ese período histórico. Tal era el cuadro de la pena de muerte en España, país en el que Martí produjo su primer alegato abolicionista y que ejercía jurisdicción político-administrativa sobre su patria. Por su aproximación a los círculos críticos de la realidad político-social española y por sus amplias lecturas, Martí conocía con bastante prolijidad de datos y detalles esta dramática realidad, la que se halla, a no dudarlo, en el sustrato de su tesis abolicionista.

³⁹ Citada por Martí Soro, José, *La pena de muerte en España: su ejecución en garrote*.