

882
29.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA VIDA COMO VALOR EN EL
DERECHO Y LA SOCIEDAD"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HUGO ARTURO SALGADO BUSSEY

ASESOR. LIC. CARLOS VARGAS ORTIZ

MEXICO, D. F.

1991

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	PAGINA
INTRODUCCION.	1
CAPITULO I	
LA VIDA COMO VALOR.	2
a) Sobre los valores en general.	4
b) La vida como un hecho reviste de un valor fundamental en el hombre.	16
c) El deseo de vivir del hombre a través de las manifestaciones culturales.	22
d) La agresividad del animal en el hombre, medios de defensa para conservar la vida.	28
*	
CAPITULO II	
EL RESPETO A LA VIDA EN LA HISTORIA DEL DERECHO, POSICION DEL ESTADO.	
PENSAMIENTOS FILOSOFICOS DE DIVERSOS AUTORES.	36
a) DERECHO ARCAICO.	37
1.- Código de Hammurabi.	39
2.- Israel.	40
3.- India.	41
4.- Grecia.	41
5.- Roma.	43
6.- Otras Ciudades.	45
b) DERECHO PREHISPANICO.	47

d) DEPECHO CANONICO	51
PENSAMIENTOS FILOSOFICOS DE DIVERSOS AUTORES.	51
a) El Pensamiento Aristotelico de la Comunidad.....	56
b) El Pensamiento Político de Tomas de Aquino.....	57
c) El Jus Naturalismo Racionalista.....	58
d) Consideraciones de Thomas Hobbes.....	59
e) La Ideología de John Locke.....	61
f) Pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.....	62
g) Doctrina de Emmanuel Kant.....	65
h) Teoría Materialista de Carlos Marx.....	68
i) Hans Kelsen.....	70

•

CAPITULO III

EL DERECHO A LA VIDA Y SUS RESTRICCIONES,

LIMITES ENTRE UNOS Y OTROS.	74
----------------------------------	----

•

CAPITULO IV

PRIMER CASO TIPICO: LA PENA DE MUERTE.

a) Que debemos entender por muerte.....	81
1. Consideraciones Prelimas.....	87
2) Antecedentes Historicos de la Pena de Muerte.....	91
-- La Santa Inquisicion.....	109
b) Argumentos en favor de la Pena de Muerte (Defensores).....	115

c) Argumentos en contra de la Pena de Muerte (Abolicionistas).....	116
d) Aspecto Negativo de la Pena de Muerte.....	117
e) Dogmática Jurídica Contemporánea sobre la Pena de Muerte.....	122

*

CAPITULO V

SEGUNDO CASO TIPICO: EL ABORTO.....	124
a) Reflexiones sobre el concepto de Aborto.....	125
b) Legalización o despenalización del Aborto.....	128
c) El Aborto Terapéutico, como restricción necesaria al derecho a la vida.....	129
d) El Aborto como consecuencia de una violación.....	131
e) ¿En que momento empieza a existir la vida humana? Teoría de la animación mediata e inmediata.....	134
f) ¿Es lícito sacrificar la parte por el todo?.....	140
g) Sobre el Aborto Eugenesico.....	141
h) Dogmática Jurídica sobre el Aborto.....	143

*

CAPITULO VI

TERCER CASO TIPICO: LA EUGENESIA - LA EUTANASIA.....	150
a) Conceptos.....	151
b) Legalización de la Eutanasia.....	154
c) Lo que se puede esperar sobre la Eugenesia.....	156
d) Lo que se puede esperar de la Eutanasia.....	157

*

CONCLUSIONES.	159
BIBLIOGRAFIA.	168

* Citas correspondientes de cada capítulo al finalizar el mismo.

I N T R O D U C C I O N

El hombre cuando toma conciencia de su existencia, se encuentra ya viviendo en el mundo, preocupado y angustiado por no poder seleccionar libremente su lugar de nacimiento, ni su tiempo. Es el momento en que se pregunta, el porque de las cosas, el porque del "aquí / ahora".

Pero el hecho, es que el ser humano ya se encuentra con vida, la vida que no se dio él, sino que le fue otorgada y que el Estado y ordenamientos jurídicos le reconocieron como derecho fundamental.

El Derecho a la vida, es un derecho intrínseco del hombre, anterior al Estado / al Derecho mismo y la vida es un valor fundamental e inherente a este y como tal no esta sujeto a relativismo alguno, así mismo el Estado, ente creado por el hombre nunca podrá disponer legítimamente de la vida de su creador y primera causa; el hombre. El Estado cualquiera que este sea, que priva del derecho a la vida que tiene el hombre, inmediatamente niega todos los demás derechos, pues no es concebible que un Estado respete derechos fundados sin respetar el principal de todos estos que es la vida

El derecho que se tiene a la vida, no es solamente la vida biológica, también es la completa realización del hombre, biológica, psicológica y socialmente; de ahí, que ante la pena

de muerte, el aborto y la eutanasia, surjan diversas opiniones en favor o en contra de legalizarlos o derogarlos, trayendo como consecuencia lógica diversas posturas filosóficas ideológicas y jurídicas, las cuales dan la pauta para la realización del presente trabajo, inquietud que nace desde el inicio de los estudios jurídicos en la Facultad de Derecho y culmina en la cátedra de filosofía del derecho.

Asimismo considero y sin temor a equivocarme que la vida es el valor principal del hombre; en cuanto que es el fundante de todos los demás valores, pues no tendría sentido hablar del valor justicia, equidad, seguridad, belleza... y demás valores sin la vida.

En cuanto al aborto, también mencionado en este trabajo, considero que este, como es tipificado en nuestras disposiciones en el Código Penal como un delito y de acuerdo a nuestras actuales leyes se priva de la vida a un ser humano, y todo ordenamiento jurídico tiene como finalidad garantizar la salvaguarda del valor fundamental del hombre, que es la vida.

Por otro lado, en cuanto a la Eutanasia, desde que nacemos todos "engendramos" nuestra muerte, misma que se tiene que dar. Oponerse a este hecho inminente y biológico, es ir en contra de nuestra propia naturaleza. El que se mantenga a una persona como un vegetal, ataca su propia dignidad.

El respeto por la vida comienza con el respeto a la muerte. Todo ser humano tiene derecho a morir con dignidad, en paz y cuando le toque.

Finalmente estas consideraciones se conjuntan en la presente tesis conforme a nuestro derecho vigente, enmarcada en ocasiones con mi criterio personal, en el cual trato de no adoptar posturas dogmáticas, pues considero que la auténtica verdad es potestad sólo de algo superior.

Hugo Arturo Salgado Bussey.

CAPITULO PRIMERO

LA VIDA COMO VALOR.

a).- SOBRE LOS VALORES EN GENERAL.

Cuando aparece el hombre, antes de adoptar una postura antropocéntrica, esto es, que sea él mismo el centro de su pensamiento, adopta la postura cosmológica, que va a consistir en preguntarse por las causas eficientes de todo cuanto le rodea, es decir del cosmos. Y en este sentido podemos mencionar a filósofos como a Thales de Mileto, Anaximenes o Anaximandro, que creyeron encontrar aquellas causas en el "agua, en el "aire" o en el "universo".

Pero era de esperar que a esta inquietud cosmológica, el hombre se volviera hacia sí mismo, para intentar resolver su problema existencial. El hombre desde este momento hace objeto de su análisis y conocimiento de sí mismo, el 'yo'.

Aunque a estas cuestiones, la cosmología y la antropología, se dieron oportunas respuestas, el problema ha continuado vigente. No sólo porque el problema de conocer renace y es necesidad de cada hombre, sino porque con su propio conocer y actuar el hombre modifica el cosmos y se modifica a sí mismo. En esta evolución dialéctica el hombre ha percibido primero y descubierto después "que las cosas además de ser, Valen". Es así como descubrimos a cada paso y a cada cosa un atributo presente

que la hace "valiosa" (o en el caso contrario "despreciable"), surgiendo de esto una capacidad estimativa valorativa que se ejercita "valorando" todo lo que constituye al mundo, al hombre, a su pasado y hasta su porvenir.

Nadie ante la percepción del valor de una cosa, un hecho o una acción, ha podido evitar expresiones, conceptos o juicios tales como: "no es justo", "que hermoso", "que desagradable". Con ellos estamos precisamente afirmando que esa cosa, ese hecho o esa acción, posee un "valor".

Los valores no tienen existencia autónoma e independiente siempre necesitarán de un portador concreto o de un "depositario" para usar la terminología de Frondizi. Un soporte en el que puedan darse los valores existencialmente.

La "belleza" por ejemplo, no existe flotando en el aire, y en este sentido puedo afirmar que yo no conozco a la belleza, ni a la libertad, aunque sí conozco el "paisaje Bello" y al "hombre libre"; es decir, no conozco a los valores como esencias, sino como algo incorporado a una cosa, a un hecho o a una acción. Lo que realmente conocemos son las cosas valiosas; o lo que es lo mismo a los "bienes" que no son otra cosa que la fusión de la cosa más el valor incorporado.

Los valores pues, serian meras CUALIDADES DEL DEPOSITARIO. Si el valor es cualidad, es accidente de la cosa: no es esencia porque no agrega "ser" a la cosa. En el ejemplo de una escultura, el mármol sigue siendo mármol, la piedra sigue siendo piedra esencialmente, sólo que una cualidad de "bello" incorporada en su manufactura. Los valores en este sentido son como nos dice Husserl "objetos no independientes, que no tienen por si mismos sustentividad."

Estas afirmaciones son una aproximación al problema de los valores. Dar una definición más precisa y concreta sobre lo que es valor, demanda en mi concepto, revisar las corrientes más significativas en Axiología.

El problema puede iniciar de la siguiente pregunta: ¿Tienen las cosas valor, porque las deseamos o las deseamos porque tienen valor?. Interrogante que hace siglos Sócrates planteó cuando preguntaba a Eutifrón: ¿Lo santo es amado por los dioses porque es santo, o es santo porque es amado por ellos? La pregunta nos pone ante la siguiente alternativa: aceptar el valor como algo objetivo, es decir, como algo existente independientemente de un sujeto o de una conciencia valorativa, con lo que estaríamos del lado del objetivismo; o bien aceptar el valor como algo subjetivo y en este caso tendríamos que aceptar que la existencia del valor del cual se trate, su sentido o su validez se debe a reacciones fisiológicas o

psicológicas, del sujeto que valora es decir, el valor existirá cuando el hombre estima. (subjetivismo puro).

Entre quienes están a favor de los valores objetivos figura Max Scheller quien afirma que el valor se da independientemente del sujeto que haga la valoración.

En este sentido Max Scheller sostiene, por ejemplo, "que aunque nunca se hubiera juzgado que el homicidio era malo, hubiera continuado el homicidio siendo malo, y aunque cuando el bien nunca hubiera sido considerado como bueno, sería no obstante bueno. De tal manera que es completamente indiferente a la ESENCIA de los valores, en general, si un "yo" tiene valores o los experimenta. Así como la existencia de objetos (por ejemplo los números) o la naturaleza no suponen un "yo", mucho menos lo supone el ser de los valores"³. El valor sería como un objeto ideal, tal como los objetos en las matemáticas o la geometría, aunque nunca se hubiera descubierto el círculo, este siempre sería lo que es: una figura circular con todos sus radios iguales.

Scheller lleva su concepción ontológica hasta sostener que la independencia de los valores implica su inmutabilidad, (los valores no cambian), a la vez que no son absolutos: no están condicionados por ningún hecho, cualquiera que sea la naturaleza de este: histórica, social, biológica o puramente

individual. Como objeto ideal no puede ser afectado por objetos reales.

Sólo nuestros conocimientos nos dice Scheller, son relativos y no los valores mismos. *

Fronzini aclara lo anterior indicando que hay que distinguir entre la valoración y el valor mismo.

El valor es anterior a la "valoración", pues sino hubiera valores no habría objetos que valorar. Confundir la "valoración" con el "valor" es como confundir la percepción con el objeto percibido. La percepción no crea al objeto sino que lo capta. Lo mismo sucede con la valoración.

Lo subjetivo es el proceso de captación del valor. Si bien nadie deja de valorar la belleza, puede suceder, que alguien en particular no reconozca la presencia de la belleza en un bien determinado, sea una estatua, una pintura o una melodía.

Scheller basado en su axiología objetivista, propone una tabla de valores "a priori" no alterada o condicionada a la experiencia; una tabla de valores, inmutable y absoluta. Sin embargo esta posición tiene un punto débil: ¿Cómo sabemos que esa tabla es la correcta?, ¿Qué ocurre si otro filósofo propone

una tabla distinta "a priori" inmutable y absoluta, usando el mismo método de Scheller, o sea, la intuición. Hay aquí un profundo problema gnoseológico.

La teoría de Max Scheller, tiene que apelar a formas dudosas de conocimiento, como son la intuición, la revelación, el principio de autoridad y la tradición para establecer sus valores "a priori". Es por esto que esta teoría careciendo de base empírica objetiva, tiene escasa posibilidad de ser considerada verdadera: No puede ser refutada con los hechos. Estos son los motivos por los que un subjetivista como Bertrand Russell afirma que el que se adhiere al subjetivismo ante la imposibilidad de encontrar argumentos para probar que algo tiene valor intrínseco.

Sin embargo la postura de los subjetivistas no es del todo cómoda, con frecuencia cae en contradicciones. Esto es visible en el mismo Bertrand Russell cuyas afirmaciones contienen, implícitamente, ingredientes propios de una axiología objetivista. Como subjetivista afirma que hay argumentos verdaderos para determinar que una sociedad sea "corrupta" o "inmoral". El pecado dice: "no existe el infierno como lugar de castigo para los pecadores, se hace irracional". Todo esto es coherente con la postura subjetivista que adopta. Pero cae en contradicción cuando afirma que "es por medio del cultivo de deseos grandes y generosos, mediante la inteligencia, la

felicidad y la liberación del temor, como los nombres pueden impulsar la felicidad general de la humanidad". *

Aquí creo que se imponen las siguientes preguntas: ¿Por que hemos de preferir los deseos impersonales grandes y generosos, a los egoístas, pequeños y mezquinos?, ¿Hay o no hay un criterio axiológico que otorga jerarquía ética a algunos deseos nuestros?.

La contradicción es evidente y es el mismo filósofo quien lo reconoce cuando dice: "se me acusa quizá con razón, de caer en una contradicción por que, si bien sostengo que las valoraciones éticas son subjetivas, me permito emitir opiniones categóricas sobre cuestiones éticas. Si hay en ello alguna contradicción es de una naturaleza tal que no puedo liberarme de ella sin caer en la insinceridad, hay hombres a quienes considero despreciables, algunos sistemas políticos me parecen tolerables, otros detestables".*

Como podemos ver, Russell aunque es subjetivista tiene la convicción de que existe la "justicia", la "decencia" y la "moralidad" / y por eso se revela contra la injusticia, la indecencia / y la indignidad de ciertos espectáculos. Si él creyese que la justicia es cuestión de "GUSTOS" o de meros deseos personales, no podría acusar al prójimo por tener "gustos

indebidos" o deseca impropios o mezquinos, tendría que respetar los deseos, gustos del prójimo como este respeta los suyos.

¿Será pues cierta la actitud subjetivista al afirmar que algo tiene valor por que así lo dispone el hombre, o en palabras de Miguel Bueno que algo tiene valor o vale sólo por que tiene para el hombre alguna significación? 19

Respecto a esta última afirmación cabría comentar que equivaldría a decir que: "un sonido no oído no existe", por que un sonido, "no oído" no significa nada para el hombre. Nuevamente estaríamos en la confusión del valor con la valoración.

El ejemplo del "azúcar" creo que podría aclarar esto. Si entendemos por dulce la correspondiente vivencia de percepción gustativa, ella no puede existir sin un paladar y una conciencia en que la vivencia se dé. El azúcar no es dulce en este sentido cuando está dentro de un recipiente. Pero si por "dulce" se entiende, un conjunto de propiedades fisicoquímicas que tiene el azúcar, capaces de producir en nosotros la percepción gustativa de "dulce", tales propiedades son independientes del sujeto que pueda paladear el azúcar.

Resumiendo pues, vemos que por una parte, si bien el objetivismo, encabezado por Marx (Nicolai Hartman es otro de sus exponentes), expresa una actitud positiva y contiene un aspecto

de verdad en cuanto predica la existencia de valores, su afirmación general es excesiva y se resiente en cuanto sostiene el carácter absoluto de ellos, ya que no puede aportar pruebas irrefutables de esta última afirmación.

Por otra parte, el subjetivismo -como todo relativismo extremo- nos llevará siempre a contradicciones como las observadas por Bertrand Russell. El punto final de esta tendencia es la casi seguridad de caer en el nihilismo axiológico.

La negación de los valores no se conforma con la realidad vivida por el hombre.

Parece ser que estamos en un "laberinto sin salida", pues aunque sabemos que la corriente objetivista del valor no encuentra bases sólidas para su validez, vemos por otra parte que es necesario "ESTABLECER" o "RECONOCER" valores válidos para todos en una sociedad humana. ¿Que sería del mundo ético y estético si cada se estuviera a la propia manera de ver las cosas?. ¿Como podría evitarse el caos si no hay puntos de referencia, ni normas de conducta postuladas válidas por servir a uno u otro valor?. ¿Si cada uno tiene para si su propio metro de valoración, con qué patrón decidiremos los conflictos?

La necesidad vital de la existencia de ciertos valores de validez general, se da en toda la historia. Creo que la

sociedad humana se ha constituido y ha subsistido gracias precisamente, a que en cada caso se ha aceptado la existencia de determinados valores, para todos los miembros de la sociedad. Mi afirmación es avalada por la historia, si pensamos que desde las primeras sociedades humanas, entendidas estas como conjunto de individuos reunidos para la conservación y consecución de ciertos fines comunes y que debieron admitir la existencia inicial de ciertas valoraciones semejantes, que suponen, como diría Frondizi, ciertos valores comunes. Al menos debió ser un valor común el respeto recíproco de los individuos, el cooperar o el convivir.

El derecho más antiguo de que se tenga memoria surge precisamente como la consagración de ciertos valores, vividos como existentes en su momento.

Creo que ciertos valores encierran una necesidad en sí mismos o bien de reconocerlos (implica su existencia "a priori"), formando los valores parte de la estructura humana, pudiéndose así darse como posible la existencia de la sociedad humana.

Pero sigue persistiendo la duda gnoseológica, en el sentido de que falta quien para decirnos en forma definitiva cual es la escala axiológica a la que debemos atenernos. Considero que podemos deshacer este especie de círculo vicioso, teniendo en cuenta el sentido de relación que tiene todo acto

valorativo, en el que participan necesariamente un sujeto y un objeto, sin el primero no habría quien valorara sin el segundo no habría que valorar.

En el caso del agua no se puede afirmar que el valor del agua dependa exclusivamente de las propiedades físico-químicas del agua (postura objetivista), ni tampoco afirmar que su valor existe por que el hombre la pueda aprovechar, por que su metabolismo lo requiere (postura subjetivista).

De las condiciones que determinan el acto valorativo la RELACION ENTRE OBJETO Y SUJETO es una primera y principal. A esta relación sujeto - objeto se refiere Recasens Siches cuando nos dice: "los valores no son esencias parecidas a las ideas platónicas, como lo sostiene Nicolai Hartman, sino al contrario, los valores están esencialmente referidos y vinculados a la vida humana y para ella". **

Una segunda condición que determina el valor es lo que podríamos llamar la situación, entendiendo por esta, al conjunto de valores y circunstancias físicas, sociales, culturales e históricas del sujeto que valora. Volviendo al ejemplo del agua, aunque el valor depende de la relación objeto - sujeto, el sujeto siempre estará rodeado de circunstancias especiales, precisamente al tipo de circunstancias que rodee al sujeto, será el tipo de valor, el agua (valor universal), un vaso de agua no

representará el mismo valor para uno de nosotros ahora, que para uno en el desierto.

Lo mismo pasará con un medicamento que en un sujeto en una "situación" de "hombre enfermo", dicho medicamento revestirá un gran valor para él, en tanto que para un sujeto en una situación de "hombre sano", el medicamento se convertirá en un antivalor.

Los valores con esto, tienen existencia y sentido sólo dentro de una situación concreta y determinada. El valor por lo que vemos no descansa en exclusiva ni en el sujeto ni en el objeto, que en palabras de Ortega y Gasset es "el y sus circunstancias". Recasens Siches concretiza lo anterior al decirnos que "los valores los entiende que son objetivos, en el sentido de que no son almacenamiento del sujeto; pero que su objetividad se da en la existencia humana" ¹². Contradiciendo a Max Scheller y a Hartman que sostienen como antes se mencionó, la objetividad abstracta de los valores.

b).- LA VIDA (COMO UN HECHO) REVISTE DE UN VALOR FUNDAMENTAL EN EL HOMBRE.

Para el hombre son valiosas la justicia, la libertad, la inteligencia., pero un hecho tiene un valor especial ya que

en el se fundan todos los mencionados: Ese hecho es la vida, la vida que es sostén de todos los demás valores del hombre.

Los valores para darse, digamos, siempre, siempre necesitan de un portador concreto. Dicho portador agregamos ahora, revestirá de características especiales, según el valor de que se trate, por ejemplo el valor belleza podrá darse en un portador cuya principal característica sea el existir, v.gr., una piedra bella (escultura). En tanto que el valor inteligencia necesitará de un portador que además de existir, viva, v.gr. un perro inteligente.

Por último tenemos a valores especialísimos tales como la justicia, la bondad, la santidad., que requieren de un portador que exista y viva (que tenga una vida como algo dado, en el sentido de que nos habla de ello Ortega y Gasset), sino que es necesario, además, que ese ser viviente tenga la singularidad, aptitud y necesidad de hacer su propia y exclusiva vida

la espiritualidad como aptitud para trascender y como necesidad de permanecer para ser, es exclusiva condición del hombre. Esta vida humana constituye así un valor en sí misma, que -además- como hecho vital acaba por ser el fundante de todos los demás valores que el hombre en su vivir sea capaz de percibir, descubrir o construir. Se nos aparece así como

cimiento del valorar, suelo sobre el que los demás valores puedan existir.

La singular condición humana quizá pueda ser mejor explicada, en el sentido de que el hombre en su naturaleza biológica, es tanto animal como ser humano con "intelecto", y esta característica, en el valor "sine quanon" de los demás.

Es la vida en tanto estrato biológico, valor fundamental, pues suprimido este todos los demás desaparecen. Ahora, no confundamos, por fundamental no quiere decir aquí principal o más importante entre todos. La vida biológica la comparte el hombre con las plantas y los animales. El valor de esta vida (VIDA COMO DATO, Ortega y Gasset) no lo diferencia ni de las plantas ni de los animales. lo que sucede es que como sabemos hay hechos que sirven de fundamento a otros, es decir, que funcionan como condición para que otros valores puedan realizarse. No puede darse la realización del valor fundado sin que se de la realización del hecho fundante y el valor de lo fundante (condición ineludible para que pueda realizarse el valor fundado) es justamente por eso de rango inferior.

La distinción entre la vida vegetativa, animal humana, consistirá en que mientras el vegetal o el animal se quedan con su vida como dato, como "ALGO HECHO". El hombre le está dada la obligación (y la posibilidad) de hacer su propia vida. El

hombre en tanto la hace y se deshumaniza tan pronto se reduce a vida biológica.

Con todo esto puedo afirmar que el valor de la vida como dato, resulta fundamental para que puedan explicarse existencialmente todos los demás valores, incluso esa "vida por hacerse o haciéndose", me pregunto como sería posible la existencia de valores como la "libertad", la "justicia", sin la existencia de un sujeto titular.

Ahora bien, yo afirmo que la vida biológica es fundamental (tal vez el término más exacto sea NECESARIA) pero no el valor superior. Si así fuera igual de criminal matar a una planta, a un animal como a un hombre. Aquí se me podría objetar que en pueblos como la India existe la concepción de que tan criminal es matar a un hombre como a una "vacca sagrada", lo que hace pensar que la vida reviste de un valor igual en un animal que en un hombre. Creo que esto es un gran error, darle el mismo valor a la vida del hombre que a la del animal. Insisto en recordar lo que Ortega y Gasset que la vida como "dato" dista mucho de ser la VIDA HACIÉNDOSE O POR HACER. La vida en general reviste de un valor, no lo niego pero es innegable que esta primaria como "dato" como "algo dado" (participio pasado de dar) mientras que el animal justamente se queda en un estrato eminentemente biológico, en el hombre es participar de esa "vida-dato", como el mismo hombre va haciendo su "propia vida",

una vida nueva mediante la incorporación de valores espirituales que en suma dan más valor a esta "vidapato". De ahí que tenga razón Ortega y Gasset al afirmar que mientras un tigre no puede "destigrarse", un hombre sí puede "deshumanizarse" ¹³ y yo agregaría que también puede hacerse más humano, mediante la incorporación de más valores espirituales.

El hombre así, es diferente a cualquier ser viviente desde el punto de vista específico. Creo que fue un gran error el de Tomás Hobbes al concebir una igualdad entre el animal y el ser humano, no sólo de tipo genérico, que existe, sino también específico al afirmar que el hombre es sólo cuerpo y que su entendimiento y razón son únicamente grados más perfectos de sus sentidos y tan sólo por una diferencia de grado se distingue de los animales.

El hombre, prisionero de sus instintos y sentidos -como el animal- se conduce estimulado únicamente por móviles egoístas y así concluye Hobbes diciendo que el hombre es el "lobo del hombre" ¹⁴.

Max Scheller por lo contrario afirma que la esencia del hombre y lo que podríamos llamar su puesto singular están por encima de lo que llamamos inteligencia y facultad de elegir (facultades de las que participa el animal) tan es así que entre un chimpancé listo y Edison (tomándolo como técnico) no

existe más que una diferencia de grado aunque esta sea muy grande.

El nuevo principio que hace del hombre un hombre, es ajeno a todo lo que podamos llamar vida, en el más amplio sentido, ya en el psíquico interno o en el vital externo, lo que hace ocupar un lugar especial en el cosmos, lo que se convierte en esencia del hombre es un principio que no puede reducirse a la evolución sólo puede serlo al fundamento de que también la vida es una manifestación parcial, los griegos le llamaron "razón", Scheller le llama "espíritu". Algo parecido a lo que decía Platón, que el alma es lo auténtico del hombre, el propio y verdadero ser de cada uno de nosotros. El cuerpo no es sino una sombra o imagen que nos acompaña.

Mientras el animal por su parte, esta esencialmente incrustado / sumido en la realidad vital correspondiente a sus estados orgánicos sin aprenderla nunca objetivamente. Y el animal aunque tiene conciencia, entendida como recordar, a diferencia de las plantas, no tiene conciencia de sí, el animal no se posee a sí mismo, ni es dueño de sí y por ende tampoco tiene conciencia de sí. Ya que el hombre es el único que puede elevarse por encima de sí mismo -como ser vivo- y partiendo de un centro situado, por decirlo así allende el mundo tiempo-espacial, convertir a todas las cosas y entre ellas a sí mismo, en objeto de conocimiento. 12

Es aquello mismo de Ortega / Gasset que nos dice: que el hombre tiene el poder de retirarse virtual / provisionalmente del mundo, / meterse dentro de sí, es decir, el hombre puede "ENSIMISMARSE".¹⁴

Es por esta capacidad, por la conciencia que tiene, por lo que pasa a la postura cosmológica de la antropológica, es decir, hace parte de su misma conciencia, de su conocimiento y reflexión de su mismo "yo". Y es por esto como se convierte en el único ser que sufre (con conciencia del sufrimiento) y se angustia por la problemática que encierra el desconocimiento de su origen y de su fin. Por esto el hombre histórico de todos los tiempos, en la aprehensión de sí mismo, se pregunta el porque de su misma existencia, llegando a respuestas variadas; unas fatalistas, otras llenas de una "esperanza metafísica".

c).- EL DESEO DE VIVIR DEL HOMBRE A TRAVES DE LAS MANIFESTACIONES CULTURALES.

Unas de las manifestaciones culturales de hombre es sin duda el lenguaje y la religión. No es el momento de hablar de la génesis de estas manifestaciones culturales. Ello implicaría estudios serios de antropología por lo menos, cosa que no me propongo. Lo que se trata en este apartado, es el analizar aunque en forma breve, cómo diversas manifestaciones culturales, la Religión / la Filosofía, tienen dentro de sus finalidades

principales otorgar un valor fundamental a la vida humana y defensoría. Así vemos como la religión, o mejor dicho el culto religioso, parece que surge cuando la vida humana se ve amenazada por los fenómenos naturales, llamense estos "lluvia", "trueno", "fuego", haciendo el hombre de estos fenómenos y por un mecanismo que le llamo "defensiva-emocional" a sus primeros dioses.

Pero llama la atención, como el hombre, al convencerse de que tiene que morir, busca (por su carácter espiritual) trascender a una vida eterna, de ahí que en todos los tiempos se haya hablado de "bueno", "pecado". Creo que Miguel de Unamuno resume bien esto cuando dice: "La trágica historia del pensamiento humano no es sino la razón y la vida, aquélla empeñada en vitalizar a la razón obligandola a que sirva de apoyo a sus anhelos vitales. Esta es la historia de la filosofía inseparable de la historia de la religión". 17

El hombre por este deseo de conservar su existencia, para seguir "haciendo su vida" es como crea a tantos dioses como posibles amenazas existen. Y para citar a un pueblo podríamos concretamente citar a nuestros antepasados, los Aztecas. Un pueblo cuya religión surge precisamente para como antes dije, conservar la vida. Tal vez el argumento en contra de mi afirmación sea el porque de los múltiples sacrificios humanos entre los Aztecas, creo que esta objeción en contra se convierte

en la mejor prueba que el nombre siempre considero como fundamental entre sus valores el de la vida humana.

Concretamente sobre los Aztecas, vemos que ante un conflicto axiológico "el sacrificio de unos cuantos para salvar a la gran mayoría" decidan que para que haya vida social (o sea que el grupo siga con vida) es necesario sacrificar una vida individual CONCRETA. El problema axiológico es por un lado, el valor de la vida social y por otro lado la "vida de un ser humano concreto". Los Aztecas se deciden por la vida social.

Cabría citar a Jaques Soustelle cuando nos dice: "para que el sol siga su marcha (interpreto que para que no deje de salir el sol y ocasiona el exterminio de toda la vida humana) es necesario darle su alimento "el Chalchihuatl", el "diluido precioso" es decir la sangre humana".¹⁸

Es por esta concepción de que para que los dioses del "sol", "agua", "tierra" y demás., no dejaran de estar con ellos lo implicaría la muerte, se sacrifican a seres humanos, no asesinandolos por que se tratara de una sociedad necrófila, sino más bien por tratarse de una sociedad biófila por excelencia. Por que se busca la conservación de la vida social, por que aman la vida, sacrifican lo mejor de un hombre determinado: su vida.

Es por este motivo por el cual en nuestros pueblos se instituye la conocida "xochiyaoyotl" o "guerras floridas", que

precisamente aparecen después de la terrible hambre y muerte que asoló la región central de México en 1450. Se busca un remedio para acabar con tanta muerte, se piensa que los dioses estarían "enojados". Y así sabemos como los soberanos de México, Texcoco y Tlacopan así como los señorios de Tlaxcala, Huexotzingo y Cholula organizaron guerras para sacrificar los prisioneros a los dioses. Los que mueren sacrificados, mueren conscientes de que sus vidas ofrecidas a los dioses serán fuente de más vida y de que ellos no mueren en forma definitiva, si no para pasar a una vida mejor.

Morir en la piedra de los sacrificios nos dice Soustelle, era para ellos una promesa de una dichosa eternidad, por que el sacrificado tenía asegurado un lugar entre los "compañeros del águila", los quateca, que acompañan al sol desde la salida por el oriente hasta el cenit, en un cortejo deslumbrante de luz y resplandeciente alegría, para reencarnarse después en un colibrí y vivir por siempre jamás entre las flores. 17

Además de ejemplos como el de los Aztecas, donde individuos concretos fueron sacrificados, como consecuencia de una autentica conflictiva axiologica; encontramos en la historia ejemplos de auto-sacrificios de personas, que vieron en su misma persona ante un conflicto; por un lado su vida como dato, por el otro la vida por hacer. Casi en todos estos casos observamos

como en nombre de esta última sacrificaron aquella (la vida como dato).

Sócrates es un ejemplo de ellos, que pudiendo conservar su "vida dato" (aunque claro sin hacer su propia vida, es decir, ser coherente con su filosofía), escapando de la prisión en tanto no regresaba la embarcación de Delfos; sabemos que no lo hace, prefiere sacrificar su "vida dato". Sacrificio con el que su propia biografía, de la calidad de hombre y filósofo que conoce la historia. Sócrates en forma irónica al despedirse de los tribunales que lo condenaron a muerte lo hace con las siguientes palabras; "ya es tiempo de que nos retiremos de aquí, yo para morir, nosotros para vivir (*). ¿Entre vosotros y yo, quién lleva la mejor parte?" 20

Y en Cristo creo que pasa algo similar, el como Dios (hablo de acuerdo a la Doctrina Cristiana), sabía que iba a morir. Desde el Antiguo Testamento se decía ya del Mesías: "ira como manso cordero al matadero". Cristo sabía como Dios que era, que tomaría la "forma humana" (la vida-dato), para sacrificarla más tarde. El muere conciente de que es necesario sacrificar su "vida-dato" para lograr hacer su vida autentica (propia vida), es decir, podrá alcanzar su ideal, la salvación del genero humano, mediante su sacrificio.

Buscando mas ejemplos, pienso que hubo gente que aunque no paso a la historia con cierto renombre, sacrificó muchas veces su "vida-dato" por su vida por hacer. Creo en todos los movimientos revolucionarios, los que han muerto, sacrificando como es obvio su "vida-dato" lo han hecho en la búsqueda auténtica de la realización de su "propia vida", es decir, siempre buscan realizarse como auténticos seres humanos, no importándoles que por ésta búsqueda quede en sacrificio su propia vida-dato.

Creo que es lógico afirmar que la vida siempre ha sido considerada por el hombre, como revestida de un valor fundamental; pero no obstante esto, lo ha tenido que sacrificar ante la presencia de mayúsculos conflictos axiológicos. Y así vimos primero como ante la vida social; se sacrifico la vida individual concreta (sacrificios humanos), y ante la vida por hacer se ha sacrificado la vida como dato. Porque los hombres siempre han querido "VIVIR" (hacer su vida) y no sólo "EXISTIR" (tener y quedarse con la simple vida-dato).

Otro caso que ejemplifica y nos sirve de referencia es Francisco I. Madero que su deber trascendental fue dar la libertad política al pueblo mexicano.

"A su juicio, el deber del pueblo mexicano consistía en ejercerla con responsabilidad. No podía por definición forzar ese ejercicio; solo podía proporcionarle a riesgo de que la

libertad se devorase así misma. La pureza de sus convicciones no le impedía ver las posibles soluciones intermedias, pero ceder a ellas debió estimarlo indigno". "Moriría si fuera necesario en cumplimiento del deber".

Madero muere por que no cedió nunca sus ideales de democracia a sabiendas de que podía perder la vida.

d).- LA AGRESIVIDAD EN EL HOMBRE Y EN LOS ANIMALES, MEDIOS DE DEFENSA PARA CONSERVAR LA VIDA.

La vida por revestir un valor fundamental en todo ser viviente, tanto el hombre como el animal vienen equipados por su propia naturaleza por mecanismos propios para defenderse del peligro de perder la vida.

El hombre antes de crear los mecanismos propios defensivos de su condicion de ser espiritual, individuales o colectivos, y aun después de su creación está sometido a mecanismos defensivos que comparte con el animal. Es de consecuencia propia de participar en aquella vida dada, estrato fundante de la vida espiritual.

De acuerdo a los mecanismos compartidos, tanto el animal como el hombre, defienden la vida instintivamente, sin valorar; no la defienden como valor, simplemente es algo natural

del ser viviente "oponerse a la destrucción". El tratar de conservar la vida es algo inherente e implícito que va conjuntamente relacionado al ser del hombre. En este sentido Jaques Monod nos dice: "las plantas, los animales y el hombre tienen un proyecto que es el de vivir u sobrevivir en su descendencia, aunque el precio sea la muerte". 21

Este aspecto biológico va a favorecer en el hombre a una actividad valorativa positiva de la vida en su plenitud. La psicología moderna nos da la razón al decirnos que la movilización de la agresión en las regiones cerebrales correspondientes, se produce al servicio de la vida, en respuesta a amenazas a la supervivencia del individuo, es decir, la agresión programada y tal y como existe en el animal y en el hombre, en una reacción defensiva biológicamente. 22

Esta agresividad surge para defender la vida y no tiene por objeto ningún placer de destruir. Es instintiva tanto en el animal como en el hombre, o mejor dicho en todos los animales (el hombre sabemos desde el punto de vista genético y genérico es un animal, y debe ser llamado, como establecía Fromm, "agresividad benigna". Ahora esta agresividad difiere de otra que Fromm denomina "maligna". Erich Fromm nos explica, que en el hombre existen estos dos tipos de agresividades totalmente diferentes.

La benigna que la comparte con todos los animales / que es un pulso filogenéticamente programado para atacar, o también para huir y surgen cuando se amenazan los intereses vitales. Esta agresividad que recibe el nombre de "defensiva" también; pues no tiene por objeto el placer de destruir sino la conservación de la vida. Una vez alcanzado este objetivo la agresión / sus equivalentes desaparecen. 23

El otro tipo de agresividad, es la llamada maligna que se identifica con la crueldad y destructividad, específica de la especie humana. No teniendo ninguna finalidad constructiva sino efectos destructivos aunque produzca su satisfacción placentera en quien la comete. 24

Al primer tipo de agresividad, la benigna la identifiqué con la legítima defensa de la vida en su plano más elemental. De ahí que el privar de la vida a otro desde el punto de vista biológico, cuando se hace en una auténtica legítima defensa, no es sino el conflicto entre dos intereses igualmente vitales, semejantes en su valor.

Konrad Lorenz afirmó antes que Fromm, que el comportamiento agresivo del hombre, manifestado en la guerra, en el crimen, en los choques personales / todo género de comportamiento destructivo / sádico se debía a un instinto nato, programado filogenéticamente, por el cual, en la ocasión

apropiada, el individuo descarga las tensiones acumuladas en su psique. ==

Este tipo de agresividad se le conoce con el calificativo de "modelo hidráulico" por su analogía con la presión que aumenta por la acumulación de agua o vapor en un recipiente cerrado y que, llegado a un límite, estalla en procurar restablecer el equilibrio.

Fromm critica ésta teoría que caracteriza al hombre como naturalmente agresivo en el sentido negativo del término, pues sus efectos son destructivos. Lo único que podríamos hacer es buscar sustitutos de la agresión, como el deporte o presenciar espectáculos violentos.

La tesis de Fromm en cambio, es que no hay tal instinto maligno, hay instintivamente, la agresión benigna o defensiva, en este caso la agresión maligna tiene que tener su origen en un desarrollo en la salud, en el organismo del individuo o de la organización social.

La distinción que Fromm hace de estos tipos de agresiones es muy útil para nuestras consideraciones jurídicas. Fromm distingue entre distintos tipos de agresividad "maligna" (masoquismo, sadismo, necrofilia ...). A los que en su conjunto se les puede calificar como tipos agresivos derivados (en cuanto

no son propios de la vida (cada) sino de la singular condición humana.

El hombre como ser espiritual se realiza amando y si por cualquier circunstancia sus estratos psíquicos u orgánicos no le permiten amar, espiritualmente (aunque parezca paradójica) busca remedios a esa impotencia para amar rectamente. Estos remedios son aquellas perversiones cuyo origen es la perversión o condición espiritual del hombre, pero sus efectos se sienten en la transformación psíquica y a veces orgánica del individuo.

por otra parte Fromm distingue entre causas puramente individuales de esa perversión vital (por ejemplo el complejo de Edipo) de causas sociales. El nos dice que cierto estilo y orden de vida social produce traumas espirituales y psíquicos que pervierten la conducta o comportamiento de los individuos. De ahí que afirme que las formas malignas de agresividad, sadismo y necrofilia no son natos (como lo apunta Lorenz) sino que las causas se reducen a las condiciones socio - económicas, que de cambiarse estas por otras que sean favorables al cabal desenvolvimiento de las verdaderas necesidades y facultades del hombre, se reducirían estos tipos de agresiones contra el valor fundamental del hombre, su vida. Por la explotación y la manipulación y un lisiado psíquico nos dice Fromm, lo vuelven sadico o destructor. **

Desde este punto de vista el perverso (portador de una agresión maligna merecería un doble trato:

- a).- bien como enfermo;
- b).- bien como víctima de un orden social.

En ambos casos parece inadecuado el remedio tradicional del castigo. Lo propio sería la asistencia del enfermo y la reforma del orden social, según el caso.

Seguramente que hay otros puntos de vista a tener en cuenta. Uno de ellos es el fin ordenador que el Derecho sustancialmente tiene. Dentro de este fin ordenador figuran la tendencia a reparar el daño causado, a cumplir con lo prometido y a sancionar (penar) al que se aparta del orden establecido o de los procedimientos adoptados, al grupo social (la sociedad) en principio, le interesa más aquella fase ordenadora, que el conocimiento de las causas del desorden.

Por cierto que el Derecho como la base (de la espiritualización de la sociedad y del hombre) también sufre un proceso de espiritualización. Cada vez más se interesa en conocer porque lo hombres violan la ley. Cada vez más trata de "humanizar" reglas y procedimientos

Aquí es donde tienen plena utilidad las teorías de Fromm. El Derecho debe de conformarse a una realidad psico-espiritual del hombre hoy mejor conocida / estudiada que ayer;

debe de reconocerse que el mismo derecho es el responsable de muchos males que luego condena.

En este punto debemos destacar la insuficiencia del pensamiento formalista, tipo Hans Kelsen. Moviendo en el campo del "deber ser", nada nos dice acerca de cómo debe ser este "deber ser", llamado Derecho Positivo.

Por eso el formalismo permanece mudo frente a esta realidad y nos deja ciegos frente a exigencias que no podemos ignorar.

Que el Derecho Positivo condene a muerte a una persona, es la causa de que muchas personas hayan sido privadas de su vida, pero nada nos dice sobre si esto debería ser así o debe ser de otro modo.

El Derecho como disciplina social, creo que contrariando a Kelsen; debe de tomar en cuenta para su creación y su aplicación, las aportaciones de todas las ciencias que se relacionan íntimamente con el hombre, pues debemos aceptar la realidad "bio-psico-social" del ser humano. Sólo así tendremos, en mi concepto, un Derecho que sirva de verdadero medio o camino para la plena realización del hombre (para que haga su vida) Kelsen está en desacuerdo con esto al decirnos que al tomar en préstamo conocimiento de otras disciplinas, el resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

Se olvida, que el Derecho debe ser ante todo MEDIO para el hombre y esta FIN, , el Derecho como medio debe proporcionar las condiciones sociales necesarias, gracias a las cuales la persona pueda cumplir con su destino natural y espiritual, es decir, que sirva de medio real y auténtico para que el ser humano (hombre) "haga su vida", esto es, cumpla su fin.

CITAS PIE DE PAGINA CAPITULO UNO.

- 1 Manuel García Morente, LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFIA DEL DEBERCHO, P.112.
- 2 Platon, DIALOGOS DE PLATON, P.117.
- 3 Risieri Frondizi, ¿QUE SON LOS VALORES?, P.119.
- 4 Risieri Frondizi, ob cit, P.120.
- 5 Risieri Frondizi, ob cit, P.19.
- 6 Bertrand Russell, RELIGION Y CIENCIA, P.162.
- 7 Bertrand Russell, ob cit, P.163.
- 8 Bertrand Russell, ob cit, P.175.
- 9 Risieri Frondizi, ob cit, P.175.
- 10 Miguel Bueno, LA ESENCIA DEL VALOR, P.82.
- 11 Luis Recasens Siches, TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO, P.60.
- 12 Recasens Siches Luis, ob cit, P.69.
- 13 Jose Ortega y Gasset, EL HOMBRE Y LA GENTE, P.28.
- 14 Miguel Villero Toranzo, LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO, P.145.
- 15 Max Scheller, ob cit, P.54.
- 16 Jose Ortega y Gasset, ob cit, P.22.
- 17 Miguel de Unamuno, DEL SENTIMIENTO TRAGICO DE LA VIDA, P.92.
- 18 Jacques Soustelle, LA VIDA COTIDIANA DE LOS AZTECAS, P.102.
- 19 Jacques Soustelle, ob cit, P.59.
- 20 Platon, DIALOGOS DE PLATON, P.96.
- 21 * * * siendo que Sócrates pudo haber tenido la intención de existir al hablar irónicamente de Vivir.
- 22 Jacques Monod, EL AZAR Y LA NECESIDAD, P.41.
- 23 Erich Fromm, ANATOMIA DE LA DESTRUCCIVIDAD HUMANA, P.107.
- 24 Erich Fromm, ob cit, P.200.
- 25 Erich Fromm, ob cit, P.18.
- 26 Erich Fromm, ob cit, P.17.
- 27 Erich Fromm, ob cit, P.52.

CAPITULO SEGUNDO.

EL RESPETO A LA VIDA EN LA HISTORIA DEL DERECHO. POSICION DEL ESTADO.

PENSAMIENTOS FILOSOFICOS DE DIVERSOS AUTORES.

a) DERECHO ASCAICO.

También conocido como periodo barbaro, en donde el concepto filosófico de justicia se encontraba en la mano del ofendido, y su ejecución, en el deseo de venganza, como señala el penalista mexicano Ignacio Villalobos esta época no constituye de manera alguna, una etapa del Derecho, sino que se habla de la venganza privada como un antecedente, en cuya realidad espontánea, hunde sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirla. 27

Esta época de barbarie y venganza, es lógico considerar que tuvo realidad y vigencia en todos los lugares en donde se iniciaba la vida primitiva, por eso en la existencia gregaria de los antiguos pueblos germanos, mismos que podemos considerar como clásicos la encontramos en la institución de la vindicta de la sangre, de esa venganza que pasaba como derecho deber para el jefe de familia o para los parientes más próximos, de esta manera en diferentes facetas en la historia de la humanidad, encontramos asombrosas analogías, en la existencia de la venganza privada, "vindicta" que era una pasión de los dioses del Walhala, lo mismo que significaba un placer para los moradores del Olimpo; nuestro Código de Metzahualcóyotl, las costumbres experimentadas en la Guayana, entre los indios de América, los Arabes, la venganza privada de los Corzos, así como múltiples supervivencias de los aborígenes de Australia, en

En él, en general Centro y Sur América, se habla de un mismo fenómeno-histórico-social.

Este arcaico periodo de vida en donde encontró desarrollo la venganza privada, podemos considerarlo, casi como natural en los primitivos grupos humanos; así se ha dicho, que al igual que todos los seres vivos, también el hombre reacciona por el impulso de tres fuerzas, instinto de conservación, reproducción y defensa, los tres afirman el existir del individuo y de la especie, por esto, según el propio Enrique Ferns, la defensa, se descompone en ofensa verbigracia, ciertas flores que son muy sensibles, aprisionan y matan al insecto perturbador,andonos un ejemplo por demás dramático de su instinto de conservación, por ende, todo organismo que se siente en presencia de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo al mismo tiempo, el animal responde al ataque, con la misma violencia a la ofensa recibida, el hombre primitivo como el niño responden a las ofensas como reacciones de fuerza puramente animal; de aquí que se diga con cierta validez que el niño y el salvaje, siempre se cobran lo suyo penalmente, nunca civilmente; con el transcurso del tiempo la vida familiar y luego la social, transmiten las reacciones individuales de venganza a la comunidad, la solidaridad del grupo familiar y social, eleva la pugna, y así vemos como la (Gens "Grupos Familiares"), absorbe la defensa, ofensa que pasa a adoptar formas históricamente superiores, y excesivamente drásticas y trascendentales privación

de la libertad, persecución / muerte, esa percepción con el devenir del tiempo, el progreso de la técnica jurídica, la vemos personificada en la institución del Ministerio Público, pero ya no como institución de venganza, sino como una institución que representa los intereses sociales sobre una base efectiva de buena fe.

1.- CODIGO DE HAMMURABI.

En las más arcaicas culturas encontramos ya consagrada la Ley del Talión, que consistía en infligir al delincuente por medio de la pena un daño igual al que causó, misma que se expresaba en esta fórmula (ojo por ojo, diente por diente, hueso por hueso) era la terrible sentencia investida de legalidad en que se encuadraba la pena antigua en el Código de Hammurabi. En el Codigo de Hammurabi que data del siglo XXIII Antes de Cristo, se contienen también las leyes retributivas del Talión, así en ese cuerpo rudimentario de normas encontramos las siguientes reglas:

196. "si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo".

229. "si un maestro de obras construye una casa para uno y no la construyen bien y la casa se hunde y mata al propietario, darse muerte a aquel maestro".

230. "y si mata al hijo del dueño, darse muerte al hijo del maestro de obras". 20

A pesar de que estas disposiciones hoy responden a la sensibilidad jurídico-cultural de nuestros días, no podemos dejar de reconocer que esta arcaica legislación, representa un monumento jurídico histórico, por que si bien es cierto, que la pena era sólo una situación de venganza retributiva, por otra parte, si se distinguió entre dolo, culpa y caso fortuito, por ello y según Italo Manzini, la codificación de Hammurabi pertenecía a una civilización muy avanzada para su tiempo.

2.- ISRAEL.

En el pueblo de Israel encontramos algo parecido concretamente en el Antiguo Testamento en el libro del Pentateuco (Exodo, Capítulo. XXI, versículos: 12, 14, 15, 16, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 29 y Levítico, XXIV: 19, 20 y 21) encontramos conceptos que pueden resumirse en lo siguiente: "el que golpee a su prójimo de modo que le deje algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente: según la lesión que habrá hecho a otro, tal se hará a él." 21

3.- INDIA.

En la India el Talion no se encuentra precisado en sus antiguas leyes de "MANU" mismo ordenamiento que cobro vigencia XI siglos antes del advenimiento de Cristo, sin embargo en las leyes de "Manú" si aparece consagrada una nueva modalidad que era la venganza divina, en donde se iniciaba un aspecto teocrático de la pena, la cual se expresaba dentro del principio siguiente:

"Para ayudar al rey en sus funciones, el Señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de todos los hombres, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya esencia es enteramente divina".

De esta manera el castigo se identifica con cuatro principios capitales:

- 1).- El castigo es el que gobierna al genero humano.
- 2).- El castigo lo protege.
- 3).- El castigo vela mientras todo duerme.
- 4).- El castigo es la justicia, dicen los sabios.

4.- GRECIA.

En la antigüedad griega he encontrado datos de interes en el campo de la Penologia a pesar de que en derecho no podemos comparar a Grecia con Roma, sin embargo también en Grecia se

promulgaron gran cantidad de ordenamientos jurídicos, explicándose este fenómeno socio-jurídico, debido a sus diversas ciudades y costumbres moralistas; así la Venganza Privada o de la sangre tuvo vigencia efectiva en las siguientes ciudades Griegas, Licurgo en Esparta, XI siglos Antes de Cristo, Solón y Dracon (siglos. VIII y VI Atenas) Saleuco (siglo VII en Locris), Caronda (siglo VII en Catania) no obstante que estos pueblos en su raíz filosófica consideraron al delito imposición fatal del destino, es decir como figura causal independiente de la voluntad del hombre (ANANKE), de todas maneras el delincuente debía sufrir una pena por justicia; en ese pensamiento filosófico se observa que los antiguos griegos atisbaron entre el delito como hecho voluntario y las múltiples causas exógenas que influyen en el mismo; causas éstas que no fueron puestas de manifiesto ni científicamente estudiadas sino muchos siglos después.

Entre las múltiples costumbres que se sancionaron punitivamente encontramos que el celibato fue penado por Licurgo en Esparta, así como la responsabilidad penal en que incurria el señor que tenía piedad para con su esclavo, en tanto que como un verdadero contrasentido se dejaba impune el robo cometido diestramente por los adolescentes, con ello la excusa absolutoria era realmente un reconocimiento a los jóvenes delincuentes que manifestaban destroza del ilícito patrimonial.

Al mencionar el derecho griego sería unilateral el estudio del mismo, si no tomáramos aunque fuera breve nota del pensamiento jurídico y filosófico de los grandes pensadores, Platon y Aristóteles quienes profundizando sabiamente en el tratado de la pena llegaron a tocar aspectos teleológicos de la misma; así Platón anticipándose a la moderna penología decía, "si el delito es una enfermedad, la pena es la medicina del alma" de aquí que Platón observo en el delincuente un individuo patológico y en la pena el tratamiento adecuado para su corrección moral del infractor. En similar forma el filósofo decía "el dolor infligido por la pena, debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada". 30

5.- ROMA.

La antigua Roma no se caracterizó por destacar brillantemente en el ámbito del derecho criminal, sino que su grandeza en materia jurídica, se debió desglosar en forma por demás brillante el derecho civil, por ello Francisco Carrara, bautizó a los juristas romanos como "gigantes del Derecho Civil y pigmeos del Derecho Penal", las aportaciones romanas más importantes del antiguo derecho penal están escritas en dos "TRIPLEX LIBRI DEL DIGESTO", libros que tuvieron vigencia aproximadamente 530 años Antes de Cristo y sus normas se encuentran cristalizadas en los libros 47 y 48 que constituyeron, grandes codificaciones adjetivas y sustantivas de

este antiguo tronco romano parten directrices que después habían de recoger las escuelas clásica y positiva y que hasta nuestros días continúan teniendo exacta observancia por su valiosa técnica jurídica; dentro del ordenamiento jurídico denominado "La Ley de las XII Tablas" y en correspondencia con la tabla XI encontramos consagrada la Venganza Privada o de la sangre, la composición (Reparación del Daño) y el Talión.

El Emperador romano Antonio , dejó escrito "es más malvado extinguir a un hombre con veneno que matarlo por la espalda" ²¹ patentizando así levemente la suavidad de las penas, por último como cita importante hemos de tomar en cuenta la corriente romana en favor de la dulcificación de las penas, encontradas en las escrituras de Aulio Gelio a quien se considera Precursor de César Bonessana, Marqués de Beccaria pues en su obra "Las Noches de Atica", se refiere a la mutabilidad de las leyes considerándolas estas como remedio, cuyo mérito depende de la oportunidad y que deben cambiar según la costumbre de los pueblos, pugnando insistentemente por la humanización de las penas en los escritos de Aulio Gelio encontramos una honrosa excepción a la Venganza Privada, y con asombrosa claridad establece que el derecho no es estático sino eminentemente progresivo y dinámico.

6.- OTRAS CIUDADES.

En el antiguo Egipto una de sus leyes decía: no mateis, si no queréis ser muertos "el que mata sea muerto".

Estos pueblos, tuvieron y concibieron como fundamental de los valores en el hombre su propia vida, creen que lo más justo en contra del homicida, es privarlo de su propia vida. Esta Ley del Tali6n, vigente en los pueblos primitivos es explicable en la medida de que el hombre primitivo no ha alcanzado a desarrollar en plenitud su esp3ritu. Quiero afirmar que la Ley del Tali6n (sin excesos) tuvo mucho de humanitaria en la 3poca de su funci6n, en cuanto pon3a l3mite a la pena.

Pero esta ley del tali6n se desvirtúa, cuando aparecen las clases dominantes, por cuidar estas su posici6n, atentan contra la vida del hombre, ya no por venganza de algo sufrido, sino para asegurar sus privilegios derivados de su posici6n social. Entran en juego aqu3 ya intereses personales y propios, olvidando el inter3s de la comunidad.

Es por el inter3s ego3sta de la clase dominante como, se tipifican conductas humanas como "delictivas", merecedoras de la "pena de muerte" en sus m3s variadas formas, como la hoguera, la crucifixi6n, el garrote vil, muerte a palos y las m3s diversas que se pueda imaginar, teniendo estas en la mayor3a de los casos como finalidad, intimidar al pueblo, para que 3ste

siempre estuviera sumiso ante los poseedores del poder. Creo que le asiste la razón al maestro Quiróz Cuarón cuando afirma que: "la pena de muerte siempre se ha convertido en un instrumento de represión contra los herejes y revolucionarios". 32

Como ejemplo de lo que digo vale la pena citar una de las leyes de China antigua que en su ley 547 estableció: "cualquiera que atente contra las instituciones del Estado o de la casa imperial y todos aquellos que resulten participes en el delito, sin distinción de autor principal o cómplice, serán condenados a muerte lenta y dolorosa. El abuelo, el padre, el hijo, el nieto, los hermanos mayores o menores y todos los que convivan con el delincuente sin tener en cuenta enfermedad alguna serán decapitados". 33

En todos estos tipos de Derecho, en los que legalmente se consagren verdaderas "agresiones estatales" en contra del derecho fundamental del hombre, su vida, reflejan aspectos enfermos de necrofilia o thánatos.

Cuando un Estado recurre a estas medidas necrófilas, esta convierte al hombre en medio y no fin como debe ser.

Todos estos Derechos que para Kelsen serían "verdaderos derechos" (pues tuvieron vigencia, para mí son sólo "disfraces" de la ley del más fuerte, o como nos dice el maestro Villoro Toranzo "derechos deshumanizados")

b) DERECHO PREHISPANICO.

Por la destrucción de Códices, en "nombre Cristianismo", que se hizo, ha sido difícil conocer las leyes penales dirigidas al respeto a la vida del hombre, de nuestros antepasados.

Entre las rudimentarias leyes que tuvieron vigencia en la América Central, se puede citar al Código Penal de NETZAHUALCOYOTL para la sociedad Texcocana. Dentro de este ordenamiento legal se delegaba en el juez, amplias facultades para que conforme a su arbitrio fijara la pena, entre las que se encontraba muy fácil la pena de muerte, la esclavitud, la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo y prisión en reclusorio o domicilio; el delito por su naturaleza sociológica, mereció según la mentalidad arcaica, mayor penalidad como el adulterio sorprendido, los reos de este delito eran privados de la vida por lapidación o estrangulación; los antiguos pueblos de México conocieron al igual que los germanos la distinción entre delito intencional y delito culposo, para los primeros la pena de muerte, para los culposos, la esclavitud, reconocieron asimismo una exculante de responsabilidad o cuando menos una atenuante, la embriaguez completa, y dos excusas absolutorias, robar siendo menor de diez años y el robo de espigas de maíz por indigencia; la Venganza Privada al igual que en otras culturas fue también práctica

común en los Aztecas como consecuencia de ella también se utilizó el Talión, como medio sancionador de las costumbres antisociales ; así encontramos que el Talión se encuentra contenido en algunos cuerpos de leyes Texcocanas, para una mayor ilustración y para ejemplo transcribo a continuación algunos preceptos de las ordenanzas del Código de NETZAHUALCOYOTL citados por el penalista Carrancá y Trujillo:

1).- Si alguna mujer hace adulterio a su marido, viendo él mismo, ella y el adúltero , sean apedreados en el TIANGUIS (mercado).

2).- Sexta ley "si alguna persona matase a otra, fuese muerta por ello".

En la ordenanza primera, notamos que el adulterio es castigado con la muerte, más que nada porque una ley positiva se confundía con la moral y la religión.

Otros textos aislados refieren la pena al ladrón en la siguiente forma:

"Al que robare sea arrastrado y después ahorcado".

(Esta pena la podemos considerar como consecuencia de un delito calificado que era el robo cometido por persona adulta).

"Al que se embriague siendo noble sea ahorcado".

"Al que siendo plebeyo se embriague, pierde a la primera infracción su libertad y a la segunda sea anorcado".

"Los ladrones del campo sean muertos".

De las anteriores notas, es fácil comprender la fría y extrema aplicación que de la pena de muerte hacían nuestros antepasados, inclusive haciéndola extensiva a delitos contra las buenas costumbres, contra el patrimonio y contra la casta social.

Los Tlaxcaltecas aplicaban la pena de muerte a quienes faltaban al respeto a sus padres, asimismo se aplicaba para el que causara un grave daño al pueblo, al rey o al Estado, se imponía también la pena última a aquel que durante la guerra usaba condecoraciones reales. Los medios utilizados por los antiguos pobladores de México para dar muerte eran decapitación, ahorcamiento, lapidación o descuartizamiento para casos de suma gravedad, asimismo reconocieron y frecuentemente usaron las penas privativas de la libertad.

Esos medios de ejecución de la pena de muerte variaba según las circunstancias del caso; así la decapitación consistía en cercenar la cabeza del reo mediante hacha o machete, el ahorcamiento o muerte por asfixia lo practicaban utilizando una soga en el cuello; la muerte por lapidación en la cual los verdugos se perdían en el anonimato popular, demostrando la morbosidad en el delito, su ejecución consistía en lanzar

piedras al condenado hasta causarle la muerte, las diversas y múltiples fracturas sufridas, el descuartizamiento, uno de los medios sin duda alguna mas inhumanos y brutales para privar de la vida, consistia en la desarticulación total de las extremidades superiores e inferiores mediante la reaccion estrepitosa de dos fuerzas contrarias .

c) DERECHO COLONIAL.

Representa este periodo un verdadero transplante de las Instituciones Españolas a territorio Americano, en la que el derecho punitivo aparentemente se suavizó en favor de los indígenas debido a la intervención de los Reyes Católicos; así surgieron la "RECOPIACION DE LAS LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS" en (1680), constituyendo el cuerpo principal de leyes de la colonia, complementando estas con los "AUTOS ACORDADOS", hasta que Carlos III (1795); inicia una legislación especial mas sistematizada que dio origen entre otras a las "ORDENANZAS DE INTENDENTES Y DE MINERIA", la recopilación se compone de cuatro libros divididos en títulos integrados por una gran cantidad de leyes diseminadas, caracterizándose como un verdadero mosaico de disposiciones penales en todos sus títulos, no obstante que el libro siete es el que trata con mas depurada técnica las cuestiones relativas a la policia, prisiones y penas.

El libro siete que se sustentaba de veintiocho leyes fue denominado "de los delitos y de las penas y su aplicación"; señalando en el mismo ordenamiento legal penas y trabajos personales para los indigenas con el objeto de perdonarlos de los azotes, posteriormente la legislación colonial tiende como lo establece Fernando Castellanos, a mantener las diferencias de castas, y por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidante para los negros, mulatos y castas. 38

d) DERECHO CANONICO.

Muchos autores consideran que el derecho canónico goza de vigencia en el ámbito territorial del Estado y que por lo tanto este debe aceptar los principios que manden de ese orden jurídico eclesástico. 39 No obstante esto a sido un principio tradicional acogido, la separación del orden jurídico del Estado y del orden "jurídico" emanado de la Iglesia, de igual forma los poderes de ambas autoridades se reducen uno al temporal y el otro al espiritual.

El derecho canonico, es sin duda producto de las ideas cristianas y morales que nacieron junto con el pensamiento de los miembros de la Iglesia, de esta manera en la antigüedad con la inicial unión entre Iglesia y Estado, a partir del Concilio de Nicea (325 Despues de Cristo) esas ideas por ese hecho

político se convirtieron en realidades legislativas y eclesíasticas que favorecieron e impulsaron la evolución del Derecho, así como la formación de un espíritu más "cristiano" en la aplicación de las penas, en el Canon 40 del Concilio de Tarragona, y en el 12 del Tercer Concilio de Toledo, se prohibió a los sacerdotes que fueran jueces de causas criminales, si antes no hacían promesas de indulgencia para la pena de muerte, / en el Canon 60 del Concilio 11 de Toledo se prohibió también a los sacerdotes la pena de mutilación; en el Canon 9 del Concilio 11 de Toledo se establece la remisión condicional de las penas, buscando la corrección de los delincuentes. Así pues, el primer cuerpo de derecho canónico general, es el conocido con el nombre de "CORPUS IURIS CANONICI"; en este amplio cuerpo de normas jurídico-religiosas se reconocieron como delitos o atentados contra el orden público algunas infracciones de carácter religioso y otras de carácter moral, casos que se juzgaban por tribunales eclesíasticos, reservando al Estado la imposición de las penas, recordemos los autores y dedicados al cristianismo en el sentido de que el derecho canónico influyó y estos pensadores en la humanización de la justicia penal, orientando la pena hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del persona sobre la venganza, la redención por medio del pecado, la fraternidad y caridad "LA TREGUA DE DIOS, EL DERECHO DEL ASILO", obras que marco la pauta y límite a la venganza privada, imponiendo el Estado sobre la comunidad. San Pablo escribió a

los Romanos (Evangelico) "coloca la espada de la justicia en manos de la autoridad", "no ha de derramarse la sangre humana"; opiniones contrarias a la anterior, las encontramos en el pensamiento del jurista Schiappoli quien sostenia que el derecho canónico se inspiro en la Vindicta Mano Factorum de San Pedro y así decia que en el derecho canónico, se confunde el pecado con el delito, pues en el primero se ve una ofensa directa a Dios.²⁷ De aquí la venganza en sus formas de expiación excesiva y penitencias drásticas y el concepto retributivo de la pena, con la máxima "el delito es pecado, la pena es penitencia". San Agustín y Santo Tomás manifestaron fervientemente que al asumir la Iglesia poderes espirituales, paso el brazo secular integramente a la ejecución de las penas, "estas penas en la Edad Media fueron por demás trascendentales y en cuanto al procedimiento, el acusatorio fue sustituyó por el inquisitorio y la confesión fue bautizada como la reina de las pruebas "REGINA PROBATORUM", prestandose a las más salvajes y dramaticas arbitrariedades que tenga noticia la historia.

PENSAMIENTOS FILOSOFICOS DE DIVERSOS AUTORES.

Los antecedentes del Derecho, han sido siempre la historia de la venganza de la sociedad, en contra del delincuente, ha sido tambien la historia de la tortura del criminal, del homicida que comete delitos inusitados / graves

que justamente alarman a la comunidad, surgiendo así como reacción el deseo colectivo de venganza en contra del responsable, triste testimonio de esto es el grito colectivo de los espectadores que sigue al golpe seco de la guillotina, grito que semeja la victoria definitiva de la bestia sobre su enemigo.

Pero el derecho de nuestros tiempos ya no es el derecho de penar, el derecho de hacer sufrir, hoy eso que fue arcaico derecho punitivo es saludablemente una ciencia que como todas las demás ha evolucionado postulándose en nuestros días como un sistema de normas cuyo contenido fundamental es lograr la rehabilitación y readaptación de los delincuentes a través de una conciente y precisa individualización de la pena, el Arbitro Judicial una de las conquistas mayores de nuestro derecho actual, encarna sin duda alguna la enorme responsabilidad para el juez de aplicar una pena adecuada a las circunstancias personales del infractor, por ello el tratamiento de los mismos requiere un elevado grado de inteligencia y responsabilidad, pues sin ellas el juez lamentablemente pasaría ser autómatas de los diversos esquemas y cuadraturas jurídicas, entonces en antiguo derecho de hacer sufrir volvería a tener vigencia, manifestándose en penas de retribución y venganza.

Al analizar el tema de la Pena de Muerte es necesario hacer un rápido recorrido por épocas pasadas iniciando por las primeras formas de vida, pasando al Estado y a las teorías de su

justificación para después analizar la pena capital anticipando, desde ahora, que el estudio sobre el Estado y su concepción sobre la vida es parcial: dado que dedicarle mayor tiempo sería un desvío del objeto principal de mi estudio.

En lo que llamamos la oscura noche del tiempo, en donde sólo se conocía el derecho de la fuerza, no existía la vida gregaria, los antiguos hombres no conocían la vida pública y la única forma de agrupación conocida por estos era la familia en la que el padre era señor absoluto y sacerdote supremo.

Muchos años después, tal vez siglos, se fue descorriendo lentamente este velo nocturno y el hombre se dio cuenta de la conveniencia que tenía en hecho de agruparse en forma más extensa para defenderse del medio ambiente, de los animales y aún de los vecinos, así el instinto de conservación que guía a la humanidad se manifestó primero, como instinto de defensa y más adelante como instinto de cooperación y mutuo auxilio, de esta manera es como en la historia de la humanidad surge la comunidad de familia, estas primeras asociaciones o agrupaciones familiares se llamaron "Fratrías", posteriormente se asociaron varias "Fratrías", surgiendo las tribus, pasando de nomadas sedentarios, después de un proceso más o menos largo se formaron las ciudades.

Para esto es conveniente analizar a grandes rasgos las principales teorías que tratan de definir la estadía del hombre

en sociedad, en esa sociedad organizada que hoy conocemos con el nombre de Estado, en donde a los ojos del ser humano, existen dos ordenes: La gran mayoría gobernados y la pequeña minoría gobernantes, los primeros sobre los que recae directamente el acatamiento de las leyes jurídicas, los segundos creadores y ejecutores de este sistema normativo.

Planteadas así la cuestión, la pregunta no se hace esperar, ¿Que es el Estado, para definir la más grande y potente sociedad que ha formado el hombre civilizado y que va pasando a través de las generaciones como vital legado socio-cultural-histórico, es necesario hacer un recorrido por épocas pasadas en donde surgieron las primeras teorías político filosóficas para definirlo y explicarlo, así en esta travesía veloz me remonto a las épocas paganas en donde surge el pensamiento del enciclopedista Aristóteles.

a) EL PENSAMIENTO ARISTOTELICO DE LA COMUNIDAD.

El estagirita e ilustre filósofo es el pilar de la tesis que se ha adoptado como tradicional para explicar y definir la comunidad llamada Estado. Aristóteles observa en un derecho natural racionalista al universo y dentro de él al hombre y a las comunidades políticas; Existe dice un orden superior (Dios para los Jus Naturalistas) y anterior a la razón humana y al cual la misma debe someterse, de él recibe el hombre sus

derechos principalmente: La vida, la propiedad y la libertad, no siendo concesiones arbitrarias de la comunidad política (Estado) sino anteriores y superiores a ella, de ahí depende esta función que después en la Edad Media metodizó Santo Tomás en la frase siguiente: "que los hombres no sólo vivan sino que vivan bien". Aristóteles, estimó a la Polis (Ciudad Estado) como una sociedad de hombres para la vida, es decir para alcanzar valores, y así denominó al hombre como un "ZON POLITIKON" o sea un ente de asimilación social por naturaleza.

b) EL PENSAMIENTO POLITICO DE TOMAS DE AQUINO.

A la tesis del griego Aristóteles se unen además Francisco Suarez, Francisco de Vittoria. Santo Tomas de Aquino, así como una serie de filósofos y pensadores españoles de la era medieval, pero sin duda alguna que el seguidor más eficaz de los postulados de Aristóteles fue Santo Tomas, quien en sus "Sumas" cita el bien común como el ideal del hombre, por lo tanto después de la Edad Media / ya entre los siglos XVII y XVIII sobresalen dos fuertes corrientes de su pensamiento:

A).- Las que se dedican a obtener conclusiones derivadas de la observación y descripción de los hechos políticos concretos haciendo uso de métodos inductivos.

B).- Los que realizan especulaciones abstractas como la llamada escuela del derecho natural haciendo uso de métodos deductivos.

C).- La Doctrina Tradicional.

Esta corriente del pensamiento político considera que el fin del estado es alcanzar el Bien Común. Misma doctrina que encuentra en el Órgano Estatal, un ente que surge de manera necesaria por la naturaleza esencialmente sociable de los hombres; tesis que ha sido considerada tradicionalmente como la más efectiva, dentro de aquel grupo de doctrinas que pretenden analizar la justificación y explicación del Estado de Derecho, corriente que como ya quedó establecido con anterioridad, fue sostenida también por otros teólogos de la Edad Media surgiendo como figura central Santo Tomás, quién con su obra "La Summa Teológica", sostiene en teorías principalmente cristianas, que la sociedad y el Estado, tiene un origen completamente natural, siguiendo así las posturas político-filosóficas de Aristóteles.

c) **JUS NATURALISMO RACIONALISTA.**

Contrariando el pensamiento anteriormente analizado, surgen las escuelas del derecho natural racionalista, en donde se estima que el individuo aislado, se somete contractualmente a la convivencia, con la finalidad de obtener la máxima garantía respecto de la libertad individual, amenazado

constantemente por la actividad egoísta de sus semejantes, por ello se ven los individuos en la necesidad vital de elevar su seguridad, para que esta sea tutelada por un organismo superior, que sanciona su respeto; este derecho natural racionalista conocido también con el nombre de derecho natural de la ilustración, considera que el Estado concentra las facultades que le han sido delegadas por los individuos para armonizar y vigilar los intereses de la comunidad, fieles seguidores y partidarios de estos principios son: Tomas Hobbes, John Locke, Juan Jacobo Rousseau, Puffendorf, Thomassius y Emanuel Kant,

No obstante que las directrices de esta corriente han sido superadas, esta doctrina, tuvo gran ventaja, al acercarse al conocimiento de la realidad del Estado considerandolo como el resultado de la actividad humana y no proveniente de una voluntad superior y divina, como la habian patentizado anteriores pensadores.

d) PENSAMIENTO DE TOMAS HOBBS.

Seguidor de los principios de la corriente del Jus naturalismo Racionalista este teórico cristalizó su pensamiento político y social en su obra denominada "El Leviathan", misma que fue publicada en el siglo XVII y años después también publicó "Elementos de la Ley", "Filosofía elemental del hombre" y "La Ciudad". En la primera de las obras citadas es donde se

contienen las ideas que este pensador sustenta acerca del Estado; así nos dice que el Estado es "Una persona de cuyos actos una gran multitud por pactos mutuos, realizados entre si, ha sido tomada por cada uno como autor con el objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común. **

En sus especulaciones filosóficas Hobbes se orienta en una postura materialista, pues para explicar el origen y justificación del Estado, nos dice que únicamente existen los cuerpos con su movimiento ya que substancia y cuerpo son una misma cosa, así el hombre con su fuerza constituye un poder independiente, esta condición del hombre originó en la Sociedad humana primitiva una lucha de todos contra todos lo que denominó "Bellum Omnium contra Omnes" cuya finalidad era exterminar a los semejantes. El hombre, decía, es el lobo del hombre; por lo que surgía una pelca de la comunicad y en ese estado de cosas conflictivas se mantenía el derecho del más fuerte, pues cada hombre era su autolegisilador, un Estado propia y verdaderamente salvaje; por ello y ante tales inseguridades, los hombres pensaron al constituir la Sociedad Civil llamada posteriormente Estado, mismo que fue creado por un contrato, viendose la necesidad de que en toda sociedad exista una autoridad, así el pueblo cede por conveniencia e ignorancia la potestad de sus derechos en favor de una persona o corporación. De esta manera Hobbes coloca dentro del Estado los elementos de su

justificación, que resumiéndose son los siguientes: seguridad a la vida, seguridad a la propiedad, seguridad en todos aspectos para que los hombres puedan satisfacer sus necesidades sin la interferencia arbitraria de otros hombres.

e) LA IDEOLOGIA DE JOHN LOCKE.

Otra teoría que en el siglo XVIII causó gran interés por su concepto acerca del Estado fue la obra "Dos tratados sobre Gobierno" cuyo autor fue John Locke nacido en Inglaterra en el año de 1632, perteneciendo su pensamiento a la corriente del Jus Naturalismo Racionalista y la posición contractualista. En esta obra mencionada nos relata la existencia de los hombres primitivos, en un Estado naturaleza", pero difiere completamente del pensamiento de Tomás Hobbes pues según Locke los hombres en esa situación primitiva, se encuentran en un Estado de perfecta libertad dentro de los límites de la Ley natural sin pedir consentimientos ni de depender de la voluntad de otro hombre, aquí la ley natural sostenida por la razón, proclamaba una igualdad e independencia fundamental de todos los seres humanos, ya que ninguno debe hacer daño a los demás hombres, en su vida, salud, libertad o posesiones castigando a quienes no las respeten con un sentido de retribución del daño. En esta máxima, se observa que el pensamiento del ilustre inglés en cuanto a la sanción, esta debería ser taliónica pues ve en la pena una equivalencia al daño causado por el delito. Asimismo

esta situación, hacia que cada hombre fuera el juez de su propia causa y ejecutor de sus decisiones; por ello se hizo necesario crear por el acuerdo de todos una sociedad política en la que residiera el poder jurisdiccional, pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas (aquí encontramos la separación de Locke de Hobbes). Así, el poder seguirá siendo un atributo de la comunidad, no un privilegio exclusivo y absoluto de los gobernantes; por esto, cuando el pueblo observe que los gobernantes abusen en el cargo otorgado, este podrá revocar la titularidad o bien hacer uso del derecho inalienable de resistencia a la opresión y derecho a la Revolución.

f) PENSAMIENTO POLITICO DE JUAN JACOBO ROUSSEAU.

Una tercera corriente que sostiene las llamadas doctrinas del pacto social, es la de Juan Jacobo Rousseau nacido en Ginebra de padres franceses, siendo su obra fundamental "El Contrato Social". Este autor suponía a los hombres viviendo en un Estado de naturaleza en donde el individuo se defendía conforme a sus fuerzas. Pero en este estado primitivo no podría subsistir / el hombre fatalmente perecería, si no variaba su modo de vida decía que los hombres en sí, no pueden engendrar nuevas fuerzas sino solamente unirse y dirigir las que ya existen formando una organización superior a cualquier grupo; pero esta suma de fuerzas no es idónea y sólo funcionará mediante el concurso de muchas voluntades, así esa asociación

deberá de defenderse y protegerse con la fuerza común para la protección de las personas, los bienes de cada asociado; las cláusulas en donde constan esas cláusulas no son expresas, sino tácitas y reconocidas unánimemente por todas las generaciones, dichas cláusulas se refieren a una sola:

"LA ENAJENACION TOTAL DE CADA ASOCIADO CON TODOS SUS DERECHOS A LA COMUNIDAD ENTERA RESTRINGIENDOSE ASI LA LIBERTAD NATURAL DE QUE SE GOZABA PARA SER TITULAR DE UNA VOLUNTAD CIVIL RESTRINGIDA SISE QUIERE PERO GARANTIZADA EN LO ABSOLUTO POR EL GRUPO, ESTO SE REDUCE ENTONCES A QUE CADA UNO PONE EN COMUN SU PERSONA Y TODO SU PODER BAJO LA SUPREMA DIRECCION DE LA VOLUNTAD GENERAL Y CADA MIEMBRO CONSIDERADO COMO PARTE INDIVISIBLE DEL TODO". 2º

• Rousseau se pregunta NO TENIENDO LOS PARTICULARES EL DERECHO DE DISPONER DE SU VIDA, ¿COMO PUEDEN TRANSMITIR AL SOBERANO ESE MIEMO DERECHO DEL CUAL CARECENT. Esta cuestion parece difícil de responder por estar mal enunciada; el hombre tiene derecho arriesgar su propia vida para conservarla; como se ha dicho que quien se arroja por una ventana para salvarse de un incendio se suicida. En síntesis: El Contrato Social tiene por objeto y fin la conservación de los contratantes; pero el que quiere el fin, quiere los medios. Así el hombre tiene en ocasiones que arriesgar y en otras que perder; de esta manera el que quiera conservar su vida a expensas de los demás debe también exponerla, por ello cuando sea necesario y el soberano le diga al ciudadano, "es conveniente para el Estado que tu

mueras," debe este morir: pues bajo esta condición ha vivido en plena seguridad hasta entonces. Este pensamiento de Rousseau demuestra la imperativa influencia de la monarquía sobre sus súbditos, misma que nos hace recordar a Maquiavelo quien delegaba en el príncipe el derecho de vida o muerte.

Rousseau considero que la pena de muerte aplicada a los criminales por el Estado puede considerarse más o menos desde el mismo punto de vista, que para no ser víctima de un homicida, es por lo que se consiente que muera el criminal, cuando degenera en tal. En el Contrato Social lejos de pensarse en disponer de la propia vida, sólo se piensa en garantizarla y no se presume que ninguno de los contratantes premedite hacerse prender; por otra parte todo criminal, atacando el derecho social se convierte por su delito en rebelde y traidor a la patria, cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y se hace su enemigo.

La conservación del Estado es entonces incompatible con su vida, es preciso que uno de los dos desaparezca y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como a ciudadano; el proceso, el enjuiciamiento, constituyen las pruebas de que ha violado el contrato social y por consiguiente que ha dejado de ser miembro del Estado; ahora bien, reconocido como traidor debe ser suprimido por medio del destierro, como infractor del pacto o con la muerte como enemigo público, pero como tal infractor, no es una persona moral sino una persona

física y en ese caso se establece matar al vencido "no hay malvado a quien no se le pueda saber útil para algo, no hay derecho ni para ejemplo de matar sino aquél a quien no pueda conservarse sin peligro".

"En un Estado bien gobernado hay pocos castigos no porque se conceda gracia a los infractores sino porque hay pocos criminales,...La multitud de crímenes denota impunidad cuando el Estado se debilita, degenera o perece.

Termina diciendo Rousseau que discutir estas cuestiones pertenece a los hombres justos que no hayan jamás "delincuente".

g) DOCTRINA DE EMMANUEL KANT.

Distinguido filósofo alemán, nacido en Königsberg, Alemania (en el año de 1724-1804) sin duda alguna el pilar donde descansa la filosofía de la razón; para este en principio el Estado se estructura sobre el estado de naturaleza, por lo tanto la esfera de la naturaleza y la del Derecho se tocan en el Estado en forma inmediata. Así para Kant, el Estado debe ser justificado en cuanto a problema ético, en sentido de Hobbes como "Bellum Omnium in Omnes", ahora bien, dice éste que esto no significa que en toda época realmente predominen las hostilidades, sólo si estas a falta de leyes universales amenacen siempre. En el estado de naturaleza (Cada uno se da a

si mismo la ley), cada uno es su propio juez y el ejecutor de sus mismos veredictos); así en el Estado de Derecho, el filósofo alemán encuentra al educador para llegar a la moralidad, por ello al decir "Ser fiel al concepto del deber por el deber mismo" advierte un gran paso hacia la moralidad, Kant concibe al Estado como "cosa en sí" porque no pertenece a los hechos sino sólo a las ideas, a las que no puede corresponder ningún objeto en la experiencia, asimismo advierte también como situación; circunstancia ésta que según el decir de Kurt Lissner, ⁴⁰ es una atenuación de la caracterización del Estado como una simple idea; para Kant el Estado de Derecho se estructura como anteriormente quedó asentado sobre la concepción de un Estado de naturaleza en donde los hombres sólo hacen valer el derecho del más fuerte, aquí es donde encuentro su similitud a la teoría de Hobbes y por ello Kant, justifica al Estado como órgano encargado de velar por los valores, por esto el derecho creado por el Estado debe ser acatado y ser obedecido, pues este persigue lo bueno, así, si en el estado de naturaleza se acepta una propiedad provisoria, la idea del Estado, resulta necesaria para poder transformar esa propiedad provisoria en una propiedad perentoria; de ello queda deducido el concepto del Estado al demostrar que este es condición indispensable de la posibilidad para la existencia de la propiedad; por eso sin el Estado de Derecho, sin el imperativo categórico, no puede existir la seguridad de los hombres, mucho menos la propiedad. Para Kant,

no solamente debe existir en un Estado de Derecho, la legalidad, también debe existir la moralidad, aspectos ambos que encuentran base en el concepto de paz (estabilidad social), el punto de apoyo para transitar de la teoría del derecho a la teoría de la virtud.

Kant aboga con firmeza en favor de la pena de muerte y prefiere como sanción la Ley del Tali6n pues encuentra analogía entre la igualdad de la acción y la reacción física. Al considerar asimismo como justa la pena de muerte pone en contradicción su derecho penal con su filosofía de la religión; en esta última sostiene que a nadie puede negarse la posibilidad de una elevación desde lo malo hacia lo bueno; a pesar de la caída, dice, persiste el mandamiento ético religioso "debemos llegar a ser hombres mejores, por consiguiente es preciso que lo podamos". La contradicción del ilustre moralista consiste en que siendo ferviente defensor de la pena de muerte, con su aplicación se contradice negando la posibilidad de una elevación desde lo malo hacia lo bueno" (vista así la pena de muerte, solo encontramos un propósito que no es precisamente de elevación y corrección sino más bien de una represalia, eliminadora). Por otra parte, Bargmann encuentra otra contradicción en el pensamiento filosófico kantiano, cuando establece, "el Estado como idea no puede fundarse en la experiencia", sin embargo el filósofo de Königsburg al definir el Estado de Derecho manifiesta, que este se estructura sobre la

concepción de un estado de naturaleza; mismo que según hace notar Bargmann sí se da en la experiencia, pues la naturaleza pertenece a la realidad, no a la razón. Por último cabe destacar que en el pensamiento Kantiano, el contrato social no es un hecho histórico propiamente realizado sino una idea emanada de la razón.

h) TEORIA MATERIALISTA DE CARLOS MARX.

Nacido en Treveris, el 5 de mayo de 1818, autor de varias obras entre las que destaca fundamentalmente "El Capital", se inició como estudioso del derecho, y de filosofía, recibió el grado de Doctor en Filosofía y editó su obra mencionada en 1867, misma que vio la luz después de su muerte. En "El Capital" Marx dedica diversos temas a la economía, pero sin duda que en el capítulo "La Lucha de Clases" es donde manifiesta su idea acerca de la fundamentación y finalidad del Estado, encontrando que dicho órgano finca su base en torno de la economía; así nos dice que la humanidad desde sus inicios se ha dividido en clases, unas de ellas que intentan incesantemente la explotación de las otras, acaparando los medios de producción; de esta manera consigue una minoría por el fraude o por la violencia desobligarse del trabajo directamente productivo, mientras que la mayoría tiene que agregar al trabajo su fuerza personal además de un exceso de trabajo a cambio del cual no percibe nada y que está destinado a mantener a los

detentadores de los medios de producción. Con el transcurso del tiempo entre explotados y explotadores se establecen relaciones económicas de sujeción, que son respaldadas por medio de la fuerza, persuasión, tradición, y costumbre de la mayoría explotada, que acaba por considerar legítima esta organización; en esta legitimidad consuetudinaria, encuentra su base la minoría de los explotadores y con el transcurso mas o menos largo del tiempo, llegar a integrar diversas formas de Gobierno pasando desde los rudimentarios conjuntos de las sociedades feudales hasta llegar a formarse el Estado. De esta manera, Marx, funda la fuerza del Estado en el control de los factores de la producción y la finalidad última del mismo, entre la explotación histórica de la gran mayoría explotada. Concluye Marx que el Estado en el futuro y cuando la lucha del proletariado, haya conquistado las fuerzas de producción este desaparecerá y entonces quedará postergado como historia, en forma similar hoy se ve la lucha de los hombres; considerando por ultimo, Marx establece que con la desaparición del Estado y el triunfo del proletariado, se organizara una sociedad superior (equitativamente hablando) en donde los factores de la producción se encuentren distribuidos en forma igualitaria en todos / cada uno de los individuos que integren esta sociedad.

No obstante estas ideas económicas acerca del Estado el tratadista René Gonnard ⁴² asegura firmemente que la ideología esbozada por Carlos Marx no tiene nada de novedosa puesto que ya

anteriormente bastantes autores habian hecho especulaciones en torno a las mismas ideas.

1) TEORIA DE HANS KELSEN.

El doctor Hans Kelsen, profesor de las Universidades de Viena y Colonia conocido en el mundo del derecho, como el padre de la escuela vienesa, elabora una teoría a la que denomina "Teoría pura del Derecho", misma que según él es una tesis de lo que en sí es el Derecho y no como debe ser el Derecho, por lo que advierte que su estudio profundo y analítico está al margen de toda política del derecho y de toda ideología del mismo, puesto que sus principios básicos y fundamentales giran alrededor de poder desentrañar el derecho como ciencia y no como ideología ⁴³; advertido lo anterior el doctor Kelsen, en su obra, "Teoría General del Estado" hace las siguientes consideraciones científicas, para descifrar los elementos específicos del Estado y para determinar si acaso éste, es un ente de alcances teleológicos; al respecto opina: "El Estado como lo han tratado la mayoría de los teóricos del Derecho, es en realidad un concepto de carácter sociológico en donde el Estado aparece como una "ideología específica" ⁴⁴ así el maestro Vienes considera que el Estado es en esencia el orden jurídico / su explicación solo puede ser hallada en la autonomía científica

de ese sistema normativo; mas nunca, ni por motivo alguno en el "causalismo ciego de la evolución histórica"; así mismo, critica duramente las teorías contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau), diciendo que estas pretenden encontrar la base del Estado en una amplia multitud de hombres, pero con ello lo único que hacen, es demostrar la condición natural de toda ideología social de diferenciación superior; pero de ninguna manera la propia esencia del Estado; así también éste considera que los elementos específicos del Estado no sólo se pueden encontrar, en pueblos sedentarios o ideologías económicas, pues hay pueblos nómadas y emigrantes que poseen fuertes indicios de Organización Estatal; las teorías del pacto social fundan su valor científico en un contrato y en la historia nunca ha existido tal documento por ende, Kelsen niega validez a las teorías opuestas y que sostienen que el Estado, es el producto de la naturaleza humana (Aristóteles, Santo Tomás de Aquino), y termina en una conducta meramente instintiva ; el error de estas nos dice, es no distinguir entre el SER, que pertenece a la naturaleza y el DEBER SER, que pertenece a la sociedad; por esto al hablar del Estado no puedo hacerlo como un fenómeno cien por ciento sociológico sino como un verdadero orden estatal y esta cuestión es imposible sigue diciendo, tratar de resolverla en un momento histórico exactamente determinado, hay por lo tanto que distinguir, como antes lo veíamos, entre el campo de la sociedad / el ámbito de la naturaleza, así, el orden (racional y

artificial) que sólo puede aplicarse en la sociedad, se traduce en un deber ser, que de ninguna manera pueda aplicarse a la naturaleza, que sólo comprende el querer ser, por ello es preciso y fundamental, limitar coactivamente la conducta del individuo, la cual constituye el objeto del orden social; pues el acto coactivo es el medio por el cual puede armonizarse el deber ser del orden objetivo, en el querer ser subjetivo y natural, de esta manera para Kelsen el Estado viene a ser un instrumento técnico social (Estado) de coacción a la conducta humana. Al tratar este pensador el aspecto de la finalidad que persigue el Estado nos dice, "que es un garrafal error de los teóricos del Derecho, tratar este tipo de aspectos teológicos, ya que el Estado visto a través de un lente ideológico tendría el fin histórico y político que estuviera acorde con la ideología dominante de la época a la cual se observara" situación esta que por la seriedad que reviste debe quedar al margen de la teoría del Derecho; por último Hans Kelsen afirma que a la esencia del Estado, no pertenece absolutamente ningún fin específico, y si en algún momento se obligara por la ciencia jurídica determinar la finalidad del Estado se podría afirmar sin duda alguna, que su finalidad no existe, ya que este no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales e ideológicos o en otras palabras el Derecho no es más que la forma de todo contenido social.

En síntesis, que el Estado y el Derecho son una misma cosa, ya que el Estado no es sino el orden jurídico observado en diversas etapas políticas o ideológicas.

CITAS PIE DE PAGINA CAPITULO DOS

- 27 Ignacio Villalobos, DERECHO PENAL MEXICANO, P.24.
28 Raúl Carranca y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo I, --P.55.
29 Reina Valera Casidora, SAGRADA BIBLIA.
30 Carranca y Trujillo, ob cit, P.56.
31 Carranca y Trujillo ob cit, P.57 y 58.
32 Alfonso Quiróz Cuarón, LA PENA DE MUERTE EN MEXICO, P.92.
33 Raúl Carranca y Trujillo, ob cit, P.99.
34 Carranca y Trujillo, ob cit, P.73 y sigts.
35 Fernando Castellanos, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, P.44.
36 José María González del Valle Cienfuegos, LA PLENITUD DEL DERECHO CANONICO, p.220 y sigts.
37 González del Valle Cienfuegos, ob cit, P.226.
38 Thomas Hobbes, EL LEVIATHAN, P.141 y sigts.
39 Juan Jacobo Rousseau, EL CONTRATO SOCIAL, P.20 y sigts.
- * En sus argumentaciones filosoficas Rousseau dedica un
- capitulo a sus especulaciones sobre el derecho a la vida,
- el derecho de muerte.
40 Kurt Lissner, EL CONCEPTO DEL DERECHO EN KANT, P.35, 131, 132
- y 137.
41 Carlos Marks, EL CAPITAL, Tomo II, P.165.
42 Rene Gonnard, HISTORIA DE LAS DOCTRINAS ECONOMICAS, P.445.
43 Hans Kelsen, TEORIA PURA DEL DERECHO, P.15.
44 Hans Kelsen, TEORIA GENERAL DEL ESTADO, P.27 y 59.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO A LA VIDA
Y SUS RESTRICCIONES, LIMITES ENTRE UNOS Y OTROS.

EL DERECHO A LA VIDA Y SUS RESTRICCIONES LIMITES ENTRE UNOS Y OTROS.

La vida como mencione en capitulos anteriores, reviste un valor fundamental y único, Rocco afirma algo similar al decirnos que es la vida: "condición primera de manifestación y desenvolvimiento de la misma personalidad humana, el presupuesto de toda actividad humana, el bien más alto en la jerarquia de los bienes humanos individuales". 45

El maestro Ignacio Burgoa nos dice que esta vida puede traducirse en el estado existencial del sujeto, entendiéndose por existencia la realización de la esencia desde el punto de vista Aristotélico. 46

Me querido dejar claramente establecido que la vida humana sin lugar a dudas, ocupa un sitio preponderante dentro de todos los valores (bienes jurídicos) tutelados por nuestro Derecho por que como dice Jimenez Huerta "cuando se pierde la vida, todos los demás valores humanos salen sobrando". 47

Pero aún con todo esto, no estaria yo de acuerdo en afirmar categóricamente, que frente a la vida humana, estamos frente a un valor absoluto. En cuanto que no admita ciertas "limitaciones," afirmando dogmáticamente que privar de la vida humana a alguien siempre se tratará de algo "inmoral".

Yo he afirmado que el derecho a la vida, es un "derecho-valor, supra-histórico" y casi absoluto, porque considero, que pese a ser el derecho fundamental del hombre y el "sine qua non" de todos los demás, debemos a mi criterio que aceptar que existen límites y restricciones en torno a este derecho. No es que ahora esté negando el valor de la vida, sino más bien pienso que en ciertas circunstancias nos encontramos ante verdaderos conflictos axiológicos, que nos van a obligar a aceptar esas "limitaciones y restricciones" al derecho a la vida.

Ahora bien pensemos por ejemplo en el aborto terapéutico (se desarrollará más ampliamente en el capítulo respectivo) en el que nos encontramos en una situación conflictiva de dos vidas y tan es conflicto que no es posible salvar las dos vidas (no sería conflicto si pudiera salvar las dos vidas) y por otra parte hemos afirmado que las dos vidas son auténticos valores; ninguna debiera ser eliminada y las dos tienen igual valor pero, aquí está el conflicto: FORZOSAMENTE (necesariamente) UNA DE ESAS DOS VIDAS DEBE SER SACRIFICADA PARA SALVAR LA OTRA.

En nuestro derecho sabemos que se decide por salvar la vida de la madre (Art. 334 del C.P.) y esta solución a este conflicto axiológico que da nuestro derecho, no es en base a que la vida, como vida de la madre, valga más que la del "naciturus",

no; considero que es en base a que mientras en un engendrado estamos frente a la vida como simple "dato" (hablando subjetivamente), como algo potencial, como algo que "puede ser"; en la madre encontramos una autentica VIDA HACIENDOSE, a una vida que en base a una "vida-dato" la madre ha hecho ya su propia vida; se trata ya de una vida en Acto, es una vida entre circunstancias y ella misma en circunstancias del mundo en que vive y su muerte no resultaria ajena a la influencia directa negativa que causaria a su familia, a la sociedad misma. Concretamente que es en base a lo antes dicho, como nuestro derecho restringe y limita el derecho a la vida.

La "legítima defensa" es otra limitación al derecho a la vida. Y es valida esta limitación porque creo que es justificable hasta desde el mero punto de vista biológico, el matar cuando de no hacerlo así se corre el inminente peligro de perder la propia vida.

Nuestra Legislacion acepta esta limitación al derecho a la vida, en su artículo 15 fracción tercera, donde nos dice:

"Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:
Otra el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresion actual violenta, sin derecho, y de la cual resulta un peligro inminente".

Con relación al estado de necesidad, se opone la Iglesia, yo me pregunto, Cuando la Iglesia Católica (con relación al aborto terapéutico) invita a la madre a un acto heroico, para evitar la muerte del feto ¿no esta invitando a la madre a un verdadero suicidio?.

Profundizando el "estado de necesidad", este nos puede poner en serio problemas. Porque un conflicto axiológico, siempre es eso, un conflicto, en el que en ocasiones el hombre no encuentra solución alguna, y la ley como es obvio tampoco da respuesta. Pongamos el ejemplo de una barca, en la que se encuentran tres personas naufragando a medio mar. El conflicto podría consistir en que dicha barca sólo puede salvar a 2 de las 3 personas, llevándolas a tierra firme. Esto requiere sacrificar una persona de las tres. El conflicto va a consistir en decidir quien va a ser sacrificado. En este caso, los tres tienen una vida dardo, y los tres tienen una vida hecha y realizándose. ¿Que criterio se va a emplear para decidirnos por el "sacrificado"?

Alguien dirá "que sea el de más edad cronológica el arrojado al mar, pues se alegaría que este ya ha vivido más que los otros ", bien, se decide por el más viejo, "problema resuelto". Pero antes de aventarlo al mar, le preguntamos su nombre y él responde: me llamo Albert Einstein. Que hacer entonces, lógicamente que el criterio de la vejez no va a

funcionar, como habíamos pensado, en el presente conflicto axiológico. Forzosamente tendremos que buscar otro criterio, otra escala de valores como medición. (difícil situación para el hombre, el decidirse en un conflicto axiológico, cuando lo que está en juego es el derecho fundamental del hombre) y es difícil porque lo que está en dilema es la propia vida del hombre, un derecho-valor que reviste un valor por sí mismo, porque la vida del hombre siempre debe ser un fin en sí misma, nunca un medio.

Porque al homicidio siempre se le ha considerado "como la privación del derecho fundamental del hombre". Porque es obvio que tuvo que haber un primer "asesinato" y es en base a esto que me pregunto: ¿porque se considero este primer homicidio, como algo malo y punible?

No sería lógico contestar que fue en base a un Derecho Positivo, porque simplemente este derecho aún no existía. No sería caso porque la vida tiene un valor en sí misma, es decir un valor a priori.

Por este valor que reviste la vida, considero que la vida sólo aceptará limitaciones cuando realmente se obedezca a una auténtica "legítima defensa" o un genuino "estado de necesidad, no teniendo estas limitaciones otra alternativa que la suspensión de una vida humana. No considero justificable, que el Estado dentro, de sus sanciones se encuentre una que consista en el privar de la vida a alguien.

CITAS PIE DE PAGINA CAPITULO TRES.

45 Raúl Carrancá y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo I,
---P.325.

46 Ignacio Burgoa Orihuela, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, P.15.

47 Mariano Jiménez Huerta, DERECHO PENAL, P.15.

CAPITULO CUARTO

PRIMER CASO TIPICO: LA PENA DE MUERTE.

a).- QUE DEBEMOS ENTENDER POR MUERTE.

El termino muerte ha sido, es y sera siempre discutido; no obstante, aun en nuestros dias no se ha llegado a determinar univoca y aceptablemente que es la muerte.

Gramaticalmente, muerte significa término de la vida²⁰, aunque el sentido real de dicha definición peca de ser demasiado amplia, pues hay grados en el proceso de muerte, como posteriormente veremos, hasta concluir con la terminación absoluta de la vida.

Juridicamente, la vida puede presentar diversos aspectos y así los códigos penales hablan de muerte tratándose de casos de ejecuciones capitales, la cual debe ser confirmada por un certificado médico.

Es indudable que por su naturaleza propia e inherente el termino muerte ha sido analizado con mayor seriedad científica en el ambito de la medicina y, sin embargo, dentro de la misma se encuentran múltiples objeciones respecto de la más difundida definición de muerte²¹; no obstante que la muerte es un problema profundo que preocupa a la humanidad desde el fallecimiento de Abel, como se dijo anteriormente, no se ha logrado una definición de tal concepto que se acepte en todo el mundo y la razón es bien sencilla: se ignora en que consiste la

vida, por lo que mal puede entonces explicarse en qué consiste la cesación de esa vida.

En los seres unicelulares se observa que la reproducción se efectúa por la división de la misma célula; hoy, después de serias investigaciones se acepta que en ello la vida es continua mientras se mantengan las condiciones favorables en que el sujeto vive y no intervengan causas accidentales de destrucción.

En los seres superiores esta mortalidad es desconocida y los individuos recorren siempre la misma senda: períodos de crecimiento, reproducción, regresión y destrucción. Las razones que hacen inevitable la muerte son motivo de serias controversias de carácter filosófico, religioso o biológico (además de que aún hoy la ciencia médica las ignora) y han sido las que al final dejan un hecho irrefutable en pie: la realidad misma de la muerte como negación de la vida; de aquí que haya aceptado una definición que carece de valor científico, -la muerte es la cesación de vida. Para muchas personas (entre ellas algunos peritos médicos forenses) la muerte significa la detención definitiva de las funciones nerviosas, circulatorias y respiratorias, pero aceptan que después de esta detención persisten aún durante un número variable de horas o de minutos, manifestaciones vitales parciales tales como la contractibilidad muscular, los movimientos vibrátiles de párpados, la generación

los espermatozoides, el peristaltismo intestinal, el proceso digestivo y algunas otras funciones.

No obstante lo expresado, las funciones que manifiestan la vida, tales como respiración, circulación o sensibilidad cutánea, no siempre se paralizan al mismo tiempo. La muerte no es en sí un instante, sino un proceso dinámico y demasiado complejo, pues posteriormente a la muerte por interrupción del funcionamiento de los grandes sistemas, todavía continúa la actividad de numerosos tejidos y así, por ejemplo, se ha demostrado que las gónadas masculinas siguen produciendo espermatozoides, en ocasiones hasta cuarenta y ocho horas después del deceso, mismos que son capaces de fecundar un óvulo y traer como consecuencia el nacimiento de un hijo póstumo, por lo que el proceso de vida de aquel espermatozoide sigue en desarrollo dinámico de existencia, caso en el cual difícilmente podríamos considerar la muerte como una cesación de la vida; de la misma manera, el cabello continúa creciendo y el estómago persiste frecuentemente en su función digestiva. De todo lo anterior cabe distinguir entre dos conceptos de muerte, la llamada muerte real y la muerte aparente.

La mayoría de los biólogos consideran que hay muerte real cuando se conjuntan elementos suficientes para considerar que la suspensión de las funciones vitales y principales es definitiva y las pruebas a las que se recurre en casos dudosos

asi lo corroboran; en caso contrario puede tratarse de un estado de muerte aparente. Por esto, en el curso de medicina forense se nos advierte con relación al diagnóstico de la muerte, de la presencia de dos grupos de fenómenos típicos; unos que aparecen inmediatamente después del deceso, denominados signos de muerte, y otros que aparecen en un lapso posterior más o menos tardío, llamados fenómenos cadavéricos⁴⁹. Estos últimos son demostrativos de muerte real, a diferencia de los llamados signos de muerte que equivalen a la muerte aparente y no siempre son ciertos, pues solo tienden a comprobar la abolición de alguna o de algunas de las grandes funciones nerviosas, respiratorias o de circulación; sin embargo dicha cesación de funciones es común que se presente en estados compatibles con la vida y solamente cuando esta abolición de funciones sea simultánea, puede afirmarse con relativa certeza el hecho de la muerte. En síntesis, los fenómenos cadavéricos son demostrativos de la muerte real y por lo que respecta a la muerte aparente son numerosos los signos demostrativos de dicha muerte, de manera que su diagnóstico médico no presenta grandes dificultades.

Tratándose de ejecuciones, la mayoría de las legislaciones adjetivas penales se conforman con el certificado médico expedido por el médico legista que presencié la ejecución para dejar como hecho cierto que el condenado ha sido ejecutado y cumplida la sentencia, perdonándose para esos casos la autopsia de cadáver; sin embargo, en ese certificado médico solo

se acreditan signos de muerte que no es otra cosa que una muerte aparente y son muchos los casos en que no obstante la presencia de dichos signos, ha subsistido la vida en forma tan mínima que ha hecho posible el error, como por ejemplo durante un estado de catalepsia. Así, es de recordarse algunos pasajes calificados como novelescos y que sin embargo algo tienen de realidad, verbigracia las experiencias narradas por el doctor Lacassagne, quien refiere el caso de una ejecución practicada en Breslau en 1803: en esa ocasión, un doctor de apellido Wend hizo experimentos sobre la cabeza de un recién ajusticiado y se comprobó en ella una cierta supervivencia autónoma (cerrar los ojos al dirigir contra ellos los dedos, cerrar los ojos contra el sol que los iluminaba, abrirlos al pronunciar en voz alta el nombre del ejecutado). El mismo doctor Lacassagne en su obra "La Pena de Muerte y Criminalística" refiere otro caso similar experimentado en Francia en el año de 1905; el doctor Beurrier, manifestó: "el ejecutado al ser llamado dos veces por su nombre levanto los párpados lentamente, con un movimiento regular normal, como sucede con las gentes que son despertadas o arrancadas de sus reflexiones y que despues sus ojos bien vivos, ojos que miraban, se fijaron en los del observador experimentador, y al tercer llamado nada se movió, los ojos tomaron el aspecto vidrioso de los muertos". Estas experiencias históricas practicadas hace largo tiempo en cabezas de sujetos recién decapitados prueban, sin embargo, el hecho perturbador de

la conservación de manifestaciones vitales después de la muerte. Los doctores Fiedeliebre y Fournier en un comunicado a la Academia de Medicina de París, donde manifestaron que: "de estos pobres seres humanos, que después de la ejecución son anterrados vivos parcialmente en sus tumbas, no es posible conocer el momento exacto de su muerte y que en ellos ciertos elementos vitales sobreviven a la ejecución". Cabe preguntarnos, ¿hasta que punto la pena de muerte se ha cumplido con la ejecución momentánea del reo?

Ejemplos de analoga indole son los que se presentaron en nuestro último movimiento armado, en donde innumerables personas después de haber sido fusiladas y de haber recibido el "tiro de gracia", se les abandona en la creencia de su muerte, pues los signos de muerte si se manifestaban, más no los fenómenos cadavericos; esas personas fueron oficialmente declaradas y dejadas por muertas, pero después de algún tiempo más o menos corto, empezaban a dar señales de vida, siendo varios los casos en que se relata que las víctimas lograron salvarse y reintegrarse a su vida normal.

La situación así analizada quizá sea extravagante, pero la realidad nos hace pensar en la siguiente cuestión: ¿que sucedería dentro del ámbito jurídico si el condenado una vez ejecutado y ya habiéndose dado fe legal de su defunción vuelve a la vida? ¿Aquel individuo para el mundo del derecho ya no

existe, pero material y biológicamente su existencia es efectiva; por lo que respecta a la pena, esta no alcanzaría su finalidad que era la privación de la vida, quedando dicha pena inconclusa y por lo tanto sería ilegal volver a aplicar la misma sanción ya que chocaría con el principio fundamental del derecho de que nadie puede ser sancionado dos veces, por el mismo delito; sin embargo este problema plantearía interesantes y difíciles cuestiones en el ámbito del derecho civil pues se llegaría al absurdo de que el ejecutado fuera albacea de su sucesión o quien denunciara su juicio intestamentario.

1).- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Este es el primer caso típico en donde lo que está en juego es el "derecho a la vida" del hombre. Un derecho que se ve restringido y "justificado" por estar legalizado en la Constitución Mexicana.

Esta "pena" u "homicidio legal", es el auténtico reflejo de aquella ley tan antigua ya mencionada anteriormente, la Ley del "Talión" (ojo por ojo y diente por diente), aunque esta resulta mas justa que la llamada "pena capital" por razones que mas adelante serán analizadas.

En principio, es lógico que la función punitiva del Estado siempre ha existido, pues desde el punto de vista objetivo, o sea mirando a los fines, la norma jurídica es la que

hace posible la convivencia social y desde punto de vista subjetivo es la garantía de esa convivencia para cada uno (las garantías individuales).

Por tanto, todo aquello que ponga en peligro la convivencia, deberá ser reprimido por el Estado, persona jurídica mediante la cual actúa la sociedad. Sabemos que el Estado tiene el deber y el poder de defender a la sociedad entera contra toda suerte de enemigos: los de afuera, invasores extranjeros y los de adentro, delincuentes.

Por esto, el Estado tiene en sus manos "ius-puniendi" o poder de castigar ante la sociedad, para suprimir el delito y por otra parte de dar satisfacción a los protegidos.

Al Estado (creación del hombre) se le entrega o cede el derecho para que en base a este actúe previniendo, castigando y readaptando a los agresores de los bienes jurídicos de la sociedad, de cada uno de los individuos. Porque de no existir el Estado atribuciones, nos remontaríamos al hombre primitivo sin ninguna autoridad que obedecer, y retornaríamos a la ley de Calicles, la ley "del más fuerte".

Así pues el Estado en todos los tiempos se le ha reconocido como una de sus funciones la de "castigar"; ya Platón en su tratado de la República nos dice: "la pena hace no volver

a delinquir y además, rehabilita al culpable purificando su alma, la pena es una medicina para el alma".

La iglesia, por su parte, concibe al delito como un pecado / la pena como una penitencia.

Fichte nos dice que al entrar a formar parte en la sociedad, nos obliga a respetar sus leyes y a sufrir la consecuencias de su incumplimiento; por violar el pacto social cesa su derecho a ser protegido y si no se le expulsa de la sociedad es para los fines de seguridad del Estado, basta con sancionarlo⁹⁹.

Podemos notar con este pensador que al no aceptar siquiera el destierro, menos implícitamente acepta la pena de muerte, pues nos dice que el Estado para fines de seguridad le pauta la sanción.

En cuanto a esta función punitiva del Estado son numerosos los tratadistas que opinan de tal función:

BECCARIA por ejemplo nos dice que el objeto de los códigos no es otro que el de impedir al delincuente que vuelva a joining a la sociedad / y de apartar a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos.

CARRERA nos dice, que el fin principal de la pena es el establecimiento del orden externo de la sociedad; esta

destinada la pena a influir más sobre las otras personas que sobre el culpable.²¹

La función punitiva del Estado resulta pues irrefutable, sin esta facultad tendríamos a un Estado utópico.

Sabemos que el hombre desde que decide asociarse, permite libremente la limitación a ciertos derechos a cambio de vivir "seguro" en una sociedad. En otras palabras, acepta vivir en un régimen de Derecho: Derecho que va a implicar protección, o sea la defensa de los derechos del hombre, primordialmente el de la vida y lo que implica por parte del Estado una atribución para castigar a aquellos que violen estos "derechos" bienes jurídicos del hombre.

Pero yo entiendo por sanción o castigo, un padecer, un sufrimiento físico, moral o pecuniario, para que por medio de esta sanción se motive un cambio positivo de la persona penada. Pero la llamada "pena de muerte", merece acaso el calificativo de verdadera pena, si cuando esta pena quiere cumplir con su finalidad de corregir ya no encontrará al hombre, pues este ya no existirá?

Pero antes de hacer un examen valorativo de este tipo de pena legal, creo conveniente anunciar primero los argumentos que se dan en "pro" de esta pena alegando que la pena de

"muerte" es lícita y necesaria en toda sociedad civil, por el bien de ella misma.

Ante la pena de muerte nos encontramos ante dos cuestiones fundamentales:

- 1.- Si es justa en sí, esto sí es legítimo.
- 2.- Si es útil en un momento dado.

2).- ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA DE MUERTE.

Desde los tiempos más remotos, como lo hemos visto, hasta nuestros días, todas las sociedades han poseído un sistema punitivo de carácter privado o público, animadas en ocasiones por un sentido de verdadera venganza, o establecidas las penas a veces para la protección y mantenimiento de una ordenada vida en comunidad, o bien para la reforma y rehabilitación de los delincuentes. Así, la historia de las penas ha contado con periodos de humana dureza o bien con etapas de carácter humanitario; pero la pena con finalidades diferentes siempre ha existido, bien feroz o moderada, pero siempre punitiva y vista así la pena es un hecho universal necesario e indispensable para hacer posible la vida gregaria. Una organización social sin penas que la protejan, no es concebible ni aun como simple utopía "una comunidad que renunciara a su imperio penal -escribe Maurach- renunciaría a sí misma".

Habiendo quedádo aceptado que la pena ha sido un hecho universal, encontramos que dentro de un sistema punitivo históricamente dado el mas caro castigo que el Estado impone a los delincuentes es el de la pena de muerte, también conocida como pena capital o pena última, que consiste en la privación de la vida. Se ha escrito que la pena de muerte nace con la historia de la humanidad; sin embargo, afortunadamente la historia de la pena de muerte es así mismo la historia incontenible de su abolición. La pena última ha sido siempre aplicada desde la antigüedad, y junto a los restos del ofendido se encuentran salvaje y terriblemente destrozados los miembros del homicida y en los primeros tiempos la muerte del ofensor es el resultado inmediato de la reacción del ofendido o de su familia en venganza del delito cometido, y cuando con el transcurso del tiempo el poder publico se cimienta y vigoriza, recoge esta tremenda pena y la aplica con energía trascendental, alcanzando incluso a los familiares del delincuente.

A través de la Biblia, desde el Antiguo hasta el Nuevo Testamento, se hallan máximas que legitiman esta sanción, encontrando reglas que dicen: "quien con la espada matare, será muerto por la espada" (Apocalipsis); el mismo Jesucristo dijo: "todos los que sirvieren de la espada por su propia autoridad a espada morirán"²². En forma similar, en la literatura cristiana existen múltiples máximas que proclaman su licitud, como los escritos de San Jerónimo y San Agustín; por su parte, Santo

Tomas de Aquino consideró la pena de muerte necesaria para la salud del cuerpo social expresando: "si algun hombre es peligroso en la sociedad o la corrompe con algún pecado, es licito privarlo de la vida para conservar el bien común. Por esto vemos que a veces es conveniente a la salud de todo cuerpo humano la amputacion de algún miembro, por ejemplo cuando esta podrido o puede infectar a los demás miembros; se efectúa esta amputacion como laudable y saludable"²⁴. También Duns Scoto (1274-1308) examinó su licitud a la luz de la Sagradas Escrituras considerando licita la muerte del blasfemo, del homicida, del adúltero y, de modo especial, en casos de injusto homicidio.

A pesar del común apoyo con que en la antigüedad se mantuvo la idea de la legalidad de esta pena, dos pensadores cristianos Tertuliano y Lactancio se opusieron a su aplicación con firmeza; sin embargo, sus voces se elevaron sin eco dentro de su abolición. Algunos siglos despues resurge nuevamente otra protesta aislada y sin propósitos polémicos, sólo como quimera literaria, en la obra "Utopia" o también llamada "Tratado de la mejor forma de gobierno" del inglés Tomás Moro (1519-1576), mismo que fue decapitado por orden de Enrique VIII y hoy canonizado por la iglesia. Al describir Tomas Moro los castigos que deberían aplicarse en aquella sociedad ideal, advierte que estos deberían estar encaminados a un fin utilitario, señalando el trabajo como la pena más frecuente, preferible a la muerte,

"pues un hombre al que se obliga a un trabajo rudo es más útil a la sociedad que un cadáver". Dos siglos más tarde el benedictino gallego Fray Martín Sarmiento y Voltaire defendieron el mismo ideal, sin embargo estas ideas tampoco encontraron apoyo en el medio social, pues nacieron como reacción de las tremendas formas de represión criminal de aquellos días, pero, lanzadas en un ambiente de hostilidad, su finalidad estaba condenada al fracaso y la pena de muerte siguió prodigándose sin medida ni limitación. De esta manera durante los siglos XVI, XVII y mediados del XVIII, las aplicaciones del trascendental castigo aumentaban y con el fin de un mejor resultado se recurrió a diversos procedimientos para extinguir la vida humana: la decapitación con el hacha, con la espada, la horca, el empleo de suplicios, la hoguera, la rueda, la lapidación, el desmembramiento y otras formas de ejecución tremendas para los reos de delitos graves. La muerte se les imponía acompañándola de tortura; así, la historia nos dice que durante el reinado de Enrique VIII en Inglaterra no menos de setenta y dos mil personas fueron ejecutadas por robo, tocando la cifra proporcional de dos mil ejecuciones por año.

No era menor el rigor de esta pena usada en Alemania y así se dice que Carpzobig, el celebre autor de la "Nueva práctica criminal", que durante un siglo sirvió de guía a los tribunales alemanes, decía haber firmado durante su función judicial desde 1620 a 1666, veinte mil sentencias capitales. La

pena de muerte en Alemania se aplicó prodigamente para casos de brujería, mujeres nobres y niños fueron enviados por millares a la hoguera, desmembrados, ahorcados o decapitados por muchos otros delitos. 25

En el siglo XVIII, la última pena no sólo se aplicó a los homicidas, sino a los gitanos, cazadores furtivos, culpables de robo y aún hasta en los países de más suave represión en donde las costumbres se encontraban dulcificadas como en Holanda ahí el número de ajusticiados alcanzaba elevadas cifras. Se refiere así mismo que en la prisión de Amsterdam contaba en un libro, el registro de ejecutados en espacio de cuarenta y tres años que fue de doscientos ochenta y cuatro mil; estos hechos no despertaban repulsión en las costumbres de esas épocas, ni tampoco compasión por las víctimas atormentadas, sino que al contrario, las ejecuciones públicas eran espectáculos a los que la gente de todas clases sociales acudían alegremente como una fiesta de carácter popular.

Sin embargo la lucha unificada en contra de la pena de muerte comienza en los albores del siglo XVIII y como precursor aislado de esta campaña, debemos citar a John Bellers (1654-1725) economista y reformador social, quien combatió la pena de muerte que se aplicaba a gran número de delitos, muchos de ellos de escasa gravedad; años después, como consecuencia del movimiento que pretendía iluminar la vida humana con la luz de

la razón (Época de la Ilustración) se inicia la corriente abolicionista en tono moderado pues no se pide la abolición total de esta pena, sino que sus aspiraciones son más limitadas y se pretende restringir su campo de aplicación y acabar definitivamente con las terribles torturas que por lo general acompañaban a la muerte.

Montesquieu (1689-1785), quien se postula como uno de los más hábiles políticos de su época, consideraba lícita la pena de muerte y escribía "el hombre la merece cuando ha violado la seguridad privando o intentando privar a otro de la vida siendo esta pena manifestando que la sociedad tiene derecho a matar si no existe otro medio de impedir que se causen nuevas víctimas".

Voltaire (1694-1778), por el contrario, arremetió a fondo contra la pena de muerte, sin atacarla en nombre de la humanidad o de la justicia, sino movido por razones de utilidad, fundando su idea utilitaria en el pensamiento que anteriormente expuso de Tomás Moro y para eso Voltaire expuso en su "Diccionario Filosófico": "no es útil a nadie privar de la vida a un hombre, pero hacer trabajar a los criminales en beneficio público es conveniente, su muerte solo aprovecha a los verdugos que cobran por su ejecución". En otras publicaciones, el mismo autor dijo que en lugar de la muerte de los criminales, se canalizaran en la sociedad de sus tendencias homicidas, / al

respecto decía "el que ha quedado en la granja del vecino, despues de reconstruirla cargado de cadenas se le obligaria a vigilar por la seguridad de las granjas de la vecindad"; "el contrabandista podria ser enviado a batirse con los salvajes"; "el falsificador deberia de ser enviado a trabajar en la fabricación de moneda legitima del Estado".*

Influido por la corriente de estos insignes escritores y movido por el temor que a las clases cultas de su época inspiraba la tremenda pena, Cesar Bonesana, marqués de Beccaria en su famoso libro "Tratado de los delitos y de las penas" (1764), lanzó un formidable y decidido ataque contra la pena de muerte: "no es un derecho sino que es una guerra de la nación contra ciudadano; la muerte de un ciudadano solo puede considerarse necesaria por dos motivos: el primero, cuando aún estando privado de la libertad tenga tales relaciones y tales fuerzas que su muerte interese a la seguridad de la nación, el caso seria cuando su existencia pudiera producir una revolución peligrosa para la forma de gobierno establecida; el segundo motivo es cuando la existencia de un ciudadano puede ser estímulo para otros ciudadanos procedan a la comisión de múltiples delitos"... "no es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un malvado sino el largo y prolongado ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de carga recompense con sus servicios a la sociedad a quien ha ofendido como el freno más fuerte contra los

delitos"... "La pena de prision perpetua, en lugar de la pena capital tiene lo suficiente para apartar a cualquiera del animo determinado de delinquir"... "nuestro animo resiste más a la violencia y a los sufrimientos extremos como la muerte que el tiempo y al fastidio incesante de estar encerrado en una jaula"... "con la pena de muerte cada ejemplo que se da a la nación supone un delito; y en la pena de servidumbre perpetua, en cambio, un solo delito, da muchísimos y duraderos ejemplos". Por último, termina diciendo: "la pena de muerte no es útil, pues me parece que las leyes que son expresión de la voluntad pública que detestan y castigan el homicidio cometan ellas mismas también uno, ordenando un homicidio público para alejar a los ciudadanos del asesinato" ¿Qué deberán pensar los hombres cuando ven a los magistrados y a los sacerdotes de la justicia haciendo arrastrar con indiferente tranquilidad a un reo hasta su muerte, y cuando un desgraciado expira en las últimas angustias y padecimientos esperando el golpe fatal, el juez con insensible frialdad y acaso con la complacencia secreta de su autoridad propia, se dispone a gustar de los placeres que da la vida? Entonces dirán los desgraciados: "Estas leyes no son más que pretextos de la fuerza y las meditadas y crueles formalidades de la justicia solo son un lenguaje conferido para inmolarnos con mayor seguridad como víctimas destinadas en sacrificio al idolo insaciable del despotismo; el homicidio que se nos predica como un terrible maleficio, ahora los vemos usado

sin repugnancia y pudor, aprovechamos el ejemplo y cometemos más crímenes".²⁷

Por las mismas fechas surgen otras protestas contra la pena de muerte. En Italia, Tomaso Natale, en 1759, adelantándose a Beccaria en su pensamiento abolicionista, sin que su esfuerzo alcanzara el hecho resonante de este, sólo pide se limiten los casos de aplicación de la pena capital. En Alemania, Hommen, en 1765, en una polemica de la universidad de Leipzig, combate la pena de muerte en forma ferviente; posteriormente, Hasse la impugna pocos años más tarde; con anterioridad José Von Sonnenfels, profesor de la Universidad de Viena, en 1764, se había declarado enemigo de la pena capital inspirándose en un sentido profundamente utilitario, que al respecto decía: "la pena de muerte es contraria al fin de la pena, los trabajos públicos de larga duración corresponden a éste en mayor grado y hacen el castigo de mayor provecho para el Estado"; los esfuerzos de este pensador fueron coronados, gracias al influjo de sus finas ideas, puesto que el emperador José II de Austria suprimió la pena capital para todos los delitos. También el duque de Toscana, inspirado primordialmente en las ideas científicas de Beccaria la abolió en 1765 y en el Código Penal Toscano en 1786. Sin embargo, estas laudables reformas, no respondían a exigencias de la opinión pública -diversas a esta pena- sino exclusivamente a cuestiones políticas de sus soberanos, y al efecto Rossi escribía en su "Tratado de Derecho

Penal" que los pueblos y las naciones permanecían al margen de la abolición de la pena capital y si esta se efectuaba era sin interés de los ciudadanos y atendiendo exclusivamente a medidas del gobierno.

La influencia de las ideas liberales en todos los ámbitos de la ciencia levantaron su máximo reconocimiento a Francia, pues apenas triunfante la Revolución, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" del 26 de Agosto de 1789, logró gran revuelo en el campo punitivo y preparó la reforma penal que culminó en el Código Penal del 25 de Septiembre de 1791, suprimiendo las mutilaciones, las marcas y en general restringiendo los tormentos y los casos de aplicación de la pena de muerte.

De la misma manera, este movimiento renovador llegó hasta Alemania, en donde encontramos la realización de importantes reformas aunque de menor trascendencia. Federico el Grande, quien subió al trono en 1740, inicia una campaña en la cual suprime la pena capital para los delitos en contra de la propiedad que no estuvieran acompañados de violencia, derogando así mismo esta pena para la sodomía, la muerte en el saco aplicada a los infanticidas, se substituye por la decapitación con espada; este adelanto en Alemania no debe atribuirse a las influencias de Beccaria ni a Montesquieu y ni aún a Voltaire, sino al mismo rey que fue en materia penal un gran precursor.

En Suecia no se encuentran manifestaciones del influjo de Eeccaria, ni de la filosofía francesa. El rey Gustavo III, en 1772, abolió la tortura y la pena de muerte que se aplicaba en 78 casos para todos los delitos con excepción de la alta traición y del parricidio. La emperatriz Catalina de Rusia acogió con encendido entusiasmo los escritos de Montesquieu y de Beccaria; basada en ellos, propuso la reforma de la Legislación Penal, permitiendo la aplicación de la pena de muerte sólo para los delitos que originaran la muerte de la víctima, para la tentativa de homicidio y para aquellos sujetos que pusieran en peligro la paz pública (en este pensamiento copia las ideas de Beccaria). Este movimiento proyectado en Europa se reflejó en América en la corriente por la abolición de la pena capital, pues en 1682 William Penn, en Pensilvania, con su obra "Great Act" rompe con el esquema anterior limitando la aplicación de la pena capital al homicidio premeditado; sin embargo en 1718 por conflictos entre la colonia se adoptó la severa legislación inglesa, estableciéndose esta pena para trece delitos. Es de hacerse notar que en Inglaterra en 1800 se castigaba con la pena de muerte más de doscientos delitos, entre ellos la falsificación, la caza o la pesca en veda, cortar un árbol ajeno, andar con gitanos; también se ahorcaban a mujeres y niños por robo; por ejemplo, en 1801 Andrew Brenning de trece años murió en la horca por haber entrado a una casa y robado una cuchara. Estas ejecuciones atraían enormes multitudes mientras

los espectadores miraban al patíbulo. En 1782, el doctor Benjamin Rush preparo un proyecto legislativo abdicando la pena capital, y en 1787 con Benjamin Franklin dio lectura, el doctor Rush los primeros argumentos abolicionistas para la supresion de la pena de muerte.

William Howard, abogado nacido en Estados Unidos, proyecto sobre la desaparicion de la aplicación de esta pena, más tarde conoció la obra de Beccaria y en su libro "El Estado de las prisiones" pretende lograr la disminución de las penas, sin embargo no tocó el tema de la pena de muerte. Posteriormente William Ellen (1745-1814) se proyectó por la limitación en la aplicación de la pena de muerte y principalmente por suprimirla para el delito de robo; en el mismo sentido se inspiró la reforma planteada por Samuel Romill quién influido por Beccaria en 1809 propugnaba por la supresión de la pena de muerte sustituida por la pena de prisión; surgieron otros pensadores limitadores y abolicionistas de la pena de muerte; sin embargo el más audaz reformador de los primeros veinticinco años del siglo XIX fue Gertrías Benthan, quien propugno por la abolición de la pena de muerte con excepción para los delitos de alta traición /rebelión; y agrupandose a los principios de Beccaria manifestaba, que sólo se justificaria cuando se tratara de persona peligrosa y la cárcel no fuese un medio seguro para custodiarlo". Estas corrientes tuvieron influencia en Francia, pues en los primeros años del siglo XIX en la reforma penal de

la Ley de abril de 1832 se redujo solo a nueve los delitos capitales y suprimio la mutilación de la mano derecha, puesto que el artículo 13 del Código Penal de 1810 disponia textualmente "el culpable condenado a muerte por parricidio será conducido al lugar de la ejecución en camisa, descalzo y la cabeza cubierta por un velo negro... será expuesto sobre el patibulo y la cabeza cubierta con un velo negro... será expuesto sobre el cadalso y un ujier dará lectura al público de la sentencia de condena; después se procederá a cortarle el puño derecho / será inmediatamente ejecutado". Tambien en un estatuto de 1823 se autorizó a los tribunales ingleses para que se abstuvieran de pronunciar sentencias de muerte excepto en el caso de homicidio calificado.

En la primera mitad del siglo XIX la lucha reformadora / abolicionista sigue con éxito su cambio. Dos obras criminológicas influyeron grandiosamente en las ideas abolicionistas, el tratado de Carlos Lucas, con su obra "De la pena de muerte" y el libro del belga Eduardo Decpetiaux: cuyo titulo era "Sobre la pena de muerte". El tratado del primero, por su contenido penalístico fue premiado en Ginebra; en ese estudio se proscribia la pena de muerte / se pedia fuera sustituida por un regimen penitenciario eficaz; por su parte Decpetiaux expresaba que "con la destruccion física de un hombre no se lograria erradicar el delito / si tal vez por otros fines".

En Alemania la corriente evolucionista tomo los aspectos politicos legislativos y en la Constitucion de 1849 la pena capital fue suprimida en gran numero de las entidades federativas aunque años despues fue restablecida: un año antes habia sido tambien abolida por la Republica de San Marino y en algunas provincias Suizas, y dos Constituciones Politicas la Francesa y la Suiza influenciadas profundamente por las ideas de Guizot la suprimen en materia politica. Posteriormente la corriente abolicionista consigue nuevos defensores como Mittermaier, Berner, Carrara, Olivercrona, Hans Holzendorff, Geyer y más tarde Pessina con su obra "Elementos de Derecho Penal", merece credito especial como gran adversario de la pena de muerte, por haber llevado sus peticiones de abolicion mas lejos, el profesor de la Universidad de Bolonia Pietro Ellero, quien no vaciló en pedir la supresion de la pena capital incluso en los delitos de orden militar, este autor dejo plasmado su pensamiento en su conocida obra titulada "Sobre la Pena de Muerte".

Con el apoyo de los ilustres pensadores citados el campo legislativo en Europa y de América por la gran popularidad de estas doctrinas, fue mas propicio y mas favorable a la causa abolicionista. En Rhode Island, Estados Unidos, en 1952 y en Wisconsin en 1957, eliminan la pena ultima de sus sistemas penales; Toscana la suprime de nuevo en 1857; en Grecia es

abolida en 1862; en 1864 queda definitivamente abolida en Rumania y Venezuela; en Portugal queda abolida en 1867, en ese mismo año desaparece en Illinois, Estados Unidos; en Sajonia en 1868; en Zurich en 1869, Holanda donde la última ejecución se efectuó en 1859 la suprime después de que en once años fue letra muerta por ley del 17 de septiembre de 1870 / las ciudades suizas de Tessino y Ginebra en 1871. En el siguiente año sigue de 1872 sigue estrepitosamente el triunfo abolicionista en Estados Unidos. En ese año y dentro de este país desaparece en Maine, donde es restaurada en 1878 y abolida de nuevo en 1887; en Iowa, después restablecida en 1878 en Colorado donde es posteriormente introducida y suprimida varias veces así como en Kansas. En la ciudad de Basilea y en Soleure en 1874, en Costa Rica desaparece en 1880, en Italia y Guatemala en 1889, en el año de 1890 en Brasil; en Nicaragua en 1892, Honduras en 1894.

Sin embargo a pesar de este fenomenal y formidable éxito legislativo mundial, la pena de muerte suprimida en Suiza por la Constitución de 1874 se restablece, salvo en materia política.

Hacia la segunda mitad del mismo siglo la corriente por la abolición capital, gana terreno en el mundo político y se formulan proyectos legislativos para abolirla.

El transcurso del tiempo fue favorable al movimiento abolicionista y así se inicia el presente siglo / en el año de

1905 es abolida en Noruega, donde no se aplicaba desde 1875; en Estados Unidos concretamente Tennessee y Dakota del Sur, la suprimen en 1914; de esta misma manera el número de ejecuciones capitales disminuye rápidamente en todos los países del mundo, en Inglaterra, según datos estadísticos, de la "Howard Association" el número de ejecuciones no llegaba a la cuarta de los condenados, en Rusia su descenso es rápido de mil ciento treinta y dos ejecutados en 1907, ese número baja de ciento veintinueve en 1899 a 1903 fueron condenados doscientos setenta y seis criminales de los cuales solamente ciento setenta y seis fueron ejecutados; el mismo ambiente de benevolencia se hacía sentir en Francia; pues en 1905, no hubo en este país alguna, a causa de los jurados a pesar del grave aumento de los delitos, castigados con la pena capital y no obstante esto, ocurre un fenómeno raro en el ambiente legislativo, pues en este momento nada oportuno por el enorme crecimiento de la criminalidad el gobierno francés, el 5 de noviembre de 1906 presentó un proyecto de ley aboliéndola excepto en los casos previstos en los códigos de justicia militar en tiempo de guerra. De esta manera es fácil observar que las corrientes abolicionistas de todos los países civilizados tuvieron un gran impulso pues sus postulados por la supresión de la pena capital se cristalizaron en múltiples cuerpos legales, sin embargo el principio de que a toda corriente sigue una reacción no tuvo validez en este caso, pues la primera postguerra no fue favorable para las corrientes

contrarias a la pena de muerte. El aumento enorme de la criminalidad especialmente de crímenes violentos, consecuencia inmediata del ejemplo trágico y destructor de todas las grandes y destructivas guerras, explica sin justificar la persistencia de la pena de muerte que ya antes iba desapareciendo con ritmo acelerado y por esto escribió Paton "La Guerra Europea determinó en muchos países una detención de la civilización y un relajamiento en el sentido de la seguridad social", por estas causas dice: se restableció la pena de muerte en varios países.

Terminada la Segunda Guerra Mundial en los países cuya ocupación estaba en manos del enemigo se dictaron severas medidas para la represión de los crímenes de guerra en las que abundaron las penas capitales y así fue como naciones que ya habían abolido la pena de muerte, vuelven a reincorporarla; de esta manera en Bélgica son condenados por alta traición y colaborar varias decenas de ciudadanos, también en Rusia se aplicó a los traidores y espías. En nuestro país, la restablece por decreto el 7 de octubre de 1943 para casos específicamente determinados, la introducen también en el Estado de Kansas en 1944, Perú por decreto en 1949, Francia por ley del 23 de noviembre de 1950, la impone para el robo con armas manifiestas u ocultas. En este ambiente, la mayoría de los códigos de represión criminal que vieron la luz después de la Segunda Guerra Mundial, conservan la pena capital como oportuna medida represiva. Sin embargo, como contrapartida del establecimiento

de la pena capital proveniente de la Segunda Guerra Mundial, vuelve a sentirse un movimiento abolicionista en ciertos países, en algunos de ellos sin duda como reacción contra el desbordamiento del poder totalitarista e influidos fundamentalmente por corrientes humanistas que resurgen en el campo de la ciencia penal. Contemplamos como Italia, al fin de la Guerra había aceptado una severa represión contra el fascismo en la que reiteradamente se imponía la última de las penas, la suprime para los delitos del fuero común. Alemania eliminó de manera imprevista la pena capital en el artículo 102 de su Constitución de 1949, así mismo en Austria por ley del 1 de julio de 1950. Islandia ratificó su abolición en 1944 al convertirse en Nación Independiente. De igual manera el anteproyecto del Código Penal Federal Mexicano de 1940 no acoge esta pena. También en Israel la corriente abolicionista se deja sentir en 1939 siendo hasta el año de 1954 cuando la ley abolió la pena capital para el homicidio y solo se mantiene para los crímenes contra la humanidad, la traición militar en tiempo de guerra; no obstante, a pesar de todos estos casos concretos de abolición total o restricción de esta pena, el balance general de los últimos tiempos, es contrario al movimiento abolicionista, cuyo anterior progreso sufrió un duro golpe por la Segunda Guerra y lamentablemente aun hoy, la idea favorable a su mantenimiento y aplicación sigue consolidada y arraigada en el pensamiento legislativo de algunas naciones del mundo; a

pesar de lo anterior pienso fundadamente que la historia de la pena de muerte es la historia incontenible de su abolición.

— LA PENA DE MUERTE Y LA SANTA INQUISICION.

En forma deliberada reservo este apartado, para tratar a manera de paréntesis histórico la pena de muerte y la Santa Inquisición, ya que esta sanción fue propiciada en forma inconcebible, por los tribunales del Santo oficio y aplicada por el brazo secular de la Iglesia convirtiéndola la misma en un verdadero instrumento de muerte en contra de los herejes, no obstante lo dicho, han surgido en los últimos tiempos, pensadores que sin faltarles habilidad, han tratado de levantar a la Inquisición del desprestigio que hizo esta etapa a las millares de víctimas que murieron en la hoguera, sosteniendo esta corriente se han escrito obras como las de Alfonso Junco, Titulada: "Inquisición sobre la Inquisición", en cuyas páginas trata de hacer aparecer a los Tribunales del Santo Oficio, como organismos de justa purificación herética, pero a pesar de ello y aunque parezca duro decirlo, la Santa Inquisición fue una verdadera arma de tortura y muerte en contra de los rebeldes a los principios ortodoxos, consecuencia de esto fue que la humanidad se viera ensombrecida por dicha institución obstaculizando el progreso de los libres pensadores. Su origen inicial no proviene de la Edad Media como mucho aseguran, ya que

su fuente primaria se remonta a los arcaicos tiempos de la intolerancia religiosa; el espíritu de los evangelios cristianos no favorecen la persecución de los herejes, pero en las interpretaciones del antiguo testamento, triunfa la intolerancia y con ello el odio implacable y trascendental para con los idolatras que se apartaban de la religión de Jehova. Las penas impuestas por las leyes de Moisés son de excesiva severidad, la intolerancia religiosa aumenta notablemente, en el Derecho Romano de los Emperadores Cristianos, así podemos citar la Ley del Emperador Teodosio en donde se dice textualmente que "Los herejes deben ser considerados como locos e insensatos declarandoseles por infames y castigados según el odio que el cielo nos mueve a tenerles" ²² y la ley primera del título IX declaraba: "Los idolatras perezcan por la Espada Vengador", otra ley ordenada la persecución de las personas que asilan a los herejes, estas y otras muchas leyes dadas contra los judíos y los paganos demuestran que la intolerancia religiosa triunfo en el antiguo Derecho Romano; en estas épocas, se estimaba que la intolerancia era justa y racional, a tal grado que muchos años despues en torno de ella se construyo una doctrina jurídica sustancial y coherente, teniendo a su favor la gran autoridad de Santo Tomas de Aquino quien en su capitulo de la Suma Teológica (ya comentado en paginas anteriores) relativo al pecado de herejia sostuvo la siguiente tesis: " La herejia es un pecado por el cual se merece no solo la separación de la Iglesia por la

excomunion, sino tambien ser excluido del mundo por la muerte"; San Agustín, que evoluciono de la intolerancia a la tolerancia se contradijo asi mismo pues no obstante que en su juventud fue maniqueo según lo describe en sus propias "Confesiones" se convirtió el cristianismo y el principio se opuso a la persecución religiosa, pero mas tarde cambio de manera de pensar y creyó justo y conveniente que los herejes sufrieran el destierro, la confiscación de bienes y otras penas severas, pero nunca acepto la pena de muerte, pues tenia miedo y con razon, que al ser llevadas esas causas a las asambleas de los fieles se produjera una impresion contraria al espiritu cristiano.

Después del concilio de Nicea, Constantino interpuso la autoridad del Estado para dar solidez y firmeza a este concilio.

El año 385 debe figurar en la historia como una mancha negra, porque en el se aplico por primera vez la pena de muerte por causa de herejía, siendo las victima un maniqueo llamado Prisciliano y sus compañeros mismos, que despues de sufrir el tormento pagaron con su vida el crimen de pensar de otra manera que la Iglesia ortodoxa.

Todavia en el siglo V, San Juan Crisostomo admitiendo que los herejes debian de ser reducidos al silencio, se oponia a que sufriesen la pena de muerte. La indignacion que produjo la muerte de Prisciliano y sus cómplices no duro mucho tiempo: en el año de 447, el Papa León I, la justifico sosteniendo que si

se deja con vida, sin aplicar la pena de muerte a quienes fomentan una herejía condenable peligran las leyes divinas y aun las humanas, poco a poco se avanzo mas en el camino de la intolerancia y la Iglesia, obtuvo que el Estado considerara como un deber primordial mantener la "pureza de la fe", y ser implacable contra quienes pretendieran alterarla; San Isidro de Sevilla proclamo que el Estado no solo tenia que ser ortodoxo, sino que sus autoridades deberian de mantener la pureza de la fe ejerciendo la plenitud de su poder contra los herejes, de esta manera las herejías fueron exterminadas unas despues de otras, y de la pena de muerte pura y simple se paso a la muerte en la hoguera, misma que se decreto en el Concilio de Constantinopla para castigar a sus enemigos.

Esto fue a grandes rasgos, la historia de la intolerancia religiosa en la Iglesia de Oriente: la Iglesia de Occidente fue al principio mas benigna, los católicos eclesiásticos de Francia toleraron con espíritu de humanidad o por indiferencia religiosa a los herejes que eran numerosos en Borgoña, dicha conversión se opero gradualmente y al parecer sin violencia, Claudio de Turin, iconoclasta, no sufrio ningun castigo, Felix Urgel, adopcionista, tampoco fue perseguido; el monje Gottschale que predico en Italia, Austria, Dalmasia y Babiera diversas doctrinas hereticas, tampoco pago con su vida su contumacia. La legislación Carlovingia era benigna con los herejes a quienes equiparaba con los paganos y judios

sometiendolos a incapacidades legales, pero sin aplicar la pena ultima. Estos hechos y otros semejantes demuestran que la Iglesia Catolica durante varios siglos no entro de lleno en el camino de la intolerancia violenta, sino que esta empezo a abrirse a mediados del siglo XII, que fue cuando la Iglesia tuvo que combatir el gran movimiento social que provenia en su contra.

En 1517 el Concilio de Reims condeno los herejes a sufrir la marca del hierro candente en el rostro, y en 1166 el de Oxford prescribio la misma pena.

Los principes casi tan intolerantes como la Iglesia y el pueblo, imponian la pena de muerte en contra de los herejes, así a Pedro II de Aragón le corresponde el deshonor de guerra en contra de los herejes; en 1917 Othon I, sanciono con igual pena la idolatria por ello los diversos edictos de estas épocas condenaban con la pena ultima la herejia y a los sujetos de este delito se les imponia por el brazo secular el ser quemados vivos, a partir de estas épocas la intolerancia religiosa, se multiplica de tal manera que ya no solamente se condena a muerte a los herejes sino también a los que se presumir como tales, y aun a los que los ayudaban a escapar de la persecución.

El pontificado Romano, vio la necesidad de organizar un tribunal superior, que instaurara los procesos en contra de los herejes, así la Santa Sede en los inicios de la Edad Media,

otorga el nombramiento de Inquisidor General en España a Torquemada, ^{2o} quien de inmediato organizo los Tribunales de la Santa Inquisición con diversas jerarquias en el conocimiento de las causas a fallar, cuando los tribunales de la Inquisición concluian la valoración de las pruebas en contra de sus procesados, turnaban el caso al brazo secular constituido por autoridades del fuero civil, quiénes se encargaban según la trascendencia del delito de imponer las penas respectivas, mismas que variaban desde las mas elementales penas corporales, de prision, marcas, azotes hasta llegar a la ultima de las penas, en estas épocas la pena de muerte se aplico en forma tremenda, sin respetar edad ni sexo haciendose extensiva en innumerables ocasiones a niños y dementes, y esta pena les era aplicada, esta una dada a través de la hoguera, observando en la ejecución de la misma una serie de solemnidades y rituales que casi convenian aquel macabro espectáculo en una fiesta de carácter eminentemente popular. Son muchos los autores que afirman, que durante la vigencia de la Santa Inquisición fueron millares las cifras, a las que ascendieron las victimas de la noquera.

De lo anterior se concluye que la pena capital aplicada por el brazo secular y propiciada, por los tribunales del Santo Oficio, fue utilizada no precisamente como una pena en el sentido juridico de la palabra, sino mas bien como un instrumento definitivo de segregación de aquéllos elementos cuya

creencia / fe no estaban de acuerdo, con los principios ortodoxos de la Santa Sede.

b).- ARGUMENTOS DE LOS DEFENSORES.

Los defensores del mantenimiento de la pena capital como medio de represión definitiva en contra de aquellos individuos nocivos a la sociedad, se han unificado tradicionalmente alrededor de los siguientes argumentos, en pro de la pena de muerte.

a).- ELIMINATORIA Y DE SELECCION.

Se argumenta la existencia de sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos quienes aun estando dentro de las cárceles su corrección es en vano. La eliminación absoluta y definitiva de esta clase de amenazas publicas, se ha dicho es imperativa, y en la práctica no es real ni aveces menos cruel, hablar de una prisión perpetua que de la privación de la existencia; en el sentido de eliminatoria se tomo fundamentalmente el criterio de Garófalo, quien manifestaba: que la pena de muerte era el medio más adecuado para una selección artificial. Enrique Ferri en su "Sociologia criminal" tambien expuso que la pena era causa de un saneamiento notorio.

b).- INTIMIDATORIA Y EJEMPLAR.

Considerando los fines de eliminación y selección como fundamentales y principales esgrimidos por los defensores de la pena capital, secundariamente los mismos defensores de la pena de muerte, manifiestan que la pena de muerte trae aparejada la intimidación y la ejemplaridad, aduciendo que es intimidante para aquellos delincuentes en potencia pues les causa una limitación de sus intenciones criminales y por lo que respecta a la ejemplaridad se ha dicho que esta pena, como consecuencia de ejecución sirve de ejemplo para evitar que los posibles delincuentes se atemorizen y se abstengan de cometer nuevos delitos; vista así la ejemplaridad de la pena capital trae como consecuencia la intimidación de los homicidas en potencia.

c).- ARGUMENTOS DE LOS ABOLICIONISTAS.

Los argumentos en contra de la aplicación de la última de las penas, han de ser unificado desde el tiempo de Beccaria en la corriente que dentro del campo del derecho conocemos como abolicionista; considerando verdadero el criterio del penalista Ignacio Villalobos en el sentido de que son tantas las discusiones sobre el tema en estudio que podrían abarrotarse varias bibliotecas, sin embargo estas serían formadas por libros repetidos, en que se encontraría lo mismo, sin ninguna novedad y sólo la reiteración de lo que miles de veces se ha dicho y

contestado; sin embargo, los argumentos tradicionales en pro de la abolición de la pena capital se reducen a los siguientes:

a).- INJUSTA.

Este argumento se funda en el principio moral, no matarás, considerando que la vida del hombre es inviolable en el campo de las relaciones individuales y mientras no exista una causa que justifique la excepción, como la legítima defensa, no puede ser justa la privación de la vida del hombre por el hombre.

b).- INNECESARIA.

Se ha dicho que si la pena capital tiene por objeto la eliminación de sus sujetos correspondientes y eminentemente peligrosos a la eliminación se argumenta puede lograrse por otros medios como la relegación o la prisión perpetua recordando el pensamiento sostenido inicialmente por Tomas Moro y despees por Voltaire, en el sentido de que por malvado que sea un hombre sera mas útil vivo que muerto, si se le separa de la sociedad y se le hace trabajar.

Garofalo en contestación a ese argumento de mezquina contabilidad de utilidades y perdidas dijo que la prisión perpetua no significaba una verdadera eliminación, pues la permanencia de estos sujetos entre los demas reclusos, tiene

consecuencias negativas para la readaptación de los delincuentes.

c).- IRREPARABLE.

La corriente abolicionista exagerando, argumenta los múltiples errores judiciales cuya consecuencia trágica es la de que muchas personas siendo inocentes sean carne patibularia, sin que por razones materiales exista la mínima posibilidad de reparar esos graves errores. A este respecto de los comunes errores en que esta en juego la vida humana Taide y Garraud llaman la atención respecto del hecho de que los errores médicos y quirúrgicos son también de consecuencia irreparables y de una mayor frecuencia que aquellos otros que llevan al cadalso a un inocente y sin embargo dicen "nadie ha pensado en prohibir la medicina o la cirugía

d).- NO ES INTIMIDATORIA, NI EJEMPLAR.

El movimiento abolicionista reaccionando en contra de los defensores de la pena última han contestado diciendo que la pena capital ni es intimidatoria ni es ejemplar, puesto que los delincuentes y criminales sentenciados a ella frecuentemente han contemplado algunas ejecuciones por los delitos que ellos han cometido y siendo el delincuente producto del medio social, en el momento de la comisión del delito, está muy lejos de pensar

en la sanción que se le ha de aplicar y aun concibiendola no deja de considerarla como parte del "riesgo profesional".

Al respecto cabe traer a colación la cita que en su obra "Moderna Peneologia" hace Eugenio Cuello Calón al referir el hecho de un capellán de la prisión de Bristol llamado Robert declaró que de ciento sesenta y siete condenados a muerte que había interrogado en la prisión no menos de ciento sesenta y uno confesaron que habían asistido a ejecuciones capitales; también es oportuno recordar que en Inglaterra, a raíz de las múltiples ejecuciones públicas se dijo que los carteristas hacían de las suyas, mientras los espectadores estupefactos contemplaban la ejecución, el ladrón los despojaba de sus pertenencias no obstante que por el mismo delito cometido, era por el cual se estaba ejecutando al delincuente.

97.- NO ES CORRECTIVA NI ELÁSTICA.

Se aduce también respecto de la pena de muerte que no tiende a una finalidad correctiva, pues con la privación de la vida concluye la pena y por razones lógicas también la posible corrección y rehabilitación del delincuente; tampoco es elástica porque no puede haber grados que manifiesten el mejoramiento de las costumbres del sentenciado, por ende de la misma manera su consumación obstaculiza la elasticidad de la pena, no así en las

penas de prision en las que existen instituciones como la libertad preparatoria o la retención según el caso concreto.

f).- INHUMANA Y CRUEL.

Se argumenta que la pena capital es inhumana y cruel porque su ejecución repugna a la sensibilidad y al humanismo de nuestra cultura occidental y se habla de crueldad por los inenarrables sufrimientos y padecimientos morales por los que pasa el sentenciado hasta el momento de su ejecución.

g).- TRASCENDENTAL.

Se ha dicho, igualmente, que la pena de muerte es trascendental pues la ejecución de la misma no solamente se proyecta sobre el condenado sino que trasciende, sobre los familiares que son los que verdaderamente sufren las consecuencias dramáticas de su deceso. *9

d).- ASPECTO NEGATIVO DE LA PENA DE MUERTE.

En este apartado es necesario analizar no solo el acto en sí de ejecutar a una persona, que resulta como vicio ilícito, injusto e inútil. Si impone también reprobar los medios de ejecución y ese lapso de tiempo que debe soportar el condenado, de la condena formal a la ejecución material.

En un homicidio intencionado se priva de la vida ilegalmente e injustamente, pero esta muerte es instantánea, es la mera ejecución.

En la pena de muerte es todo lo contrario. En esta pena, además de la muerte material, existe un reglamento, una "premeditación" pública, conocida por la víctima futura, lo que implica un sufrimiento psicológico-moral más monstruoso que la misma muerte. El hombre sentenciado se angustia al ver que sus mismos instintos de conservación los debe de dominar y acostumbrarse ante un hecho inminente e implacable.

El hombre es destruido así, por la espera de la pena capital, bastante antes de morir físicamente biológicamente. Al sentenciado, en palabra de Camus, se le imponen dos muertes siendo la primera peor que la otra, siendo que él sólo mató una vez comparado este suplicio psíquico con la pena del "talión" todavía aparece ésta como una ley civilizada. Pues nos dice Albert Camus, "esta pena del talión jamás pretendió que hubiera que reventar los dos ojos al que dejara tuerto a su hermano". *

Con todo esto a mi entender, sería adoptar una postura absurda e inhumana, el estar en favor de esta mal llamada "pena capital".

En general pienso que toda pena, como la concibe Nelson de Hungría, no debe destruir al hombre, sino solamente el

aspecto criminal del mismo. San Agustín dice: "el hombre y el pecador son cosas distintas o diferentes. DESTRUID PUES, dice Agustín de Hipona. LO QUE HA HECHO EL HOMBRE, PERO SALVAD LO QUE HA HECHO DIOS". 42

e) DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA SOBRE LA PENA DE MUERTE.

En nuestra Constitución en la parte llamada "dogmática" o también "garantías" Individuales", lejos de consagrar el "derecho a la Vida" como un derecho inviolable, impone como tipo de "pena", la llamada "pena capital", es decir la privación de la vida humana.

Nuestra Constitución vigente de 1917 en la fracción III de su artículo 22 nos dice:

"Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traicion a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Por el sistema Federal que al menos teóricamente se consagra en la misma Constitución (Art. 40) para nuestra República, se margen a que cada Estado "libre, soberano" pueda incluir en su Código Penal dicha pena o excluirla.

Así tenemos que en nuestros días algunos Estados la conservan vigente; tales son los casos del Estado de Morelos que en su artículo 322 de su Código Penal la impone por los delitos de parricidio, si es con las agravantes de premeditación, alevosía y ventaja.

Este mismo delito de parricidio se sanciona con la pena de muerte también, en los Estados de Nuevo Leon en su artículo 314, Oaxaca en su artículo 309 y Sonora en el 254 de sus Códigos penales correspondientes.

En el Estado de San Luis Potosí. su Código Penal en su artículo 323 nos habla de que la pena de parricidio será a juicio del juez entre la pena de muerte se 20 a 25 años de prisión.

CITAS A PIE DE PAGINA CAPITULO CUATRO.

- 48 DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, P.672.
49 Nerio Rojas, MEDICINA LEGAL, P.169.
50 Raúl Carranca y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo I,
--P.151 y 152.
51 Raúl Carranca y Trujillo, ob cit, P.151 y 152.
52 Raúl Carranca y Trujillo, ob cit, P.151 y 152.
53 Evangelio San Mateo, SAGRADA BIBLIA, Capitulo XXVI, P.99.
54 Tomás De Aquino, SUMMA TEOLOGICA, Tomo II, P.202.
55 Anónimo, LOS PROCESOS DE BRUJAS, P.177 y sigts.
56 Voltaire, PRINCIPIO DE JUSTICIA Y HUMANIDAD, Artículo VIII.
57 Cesar Bonessana, TRATADO DE LOS DELITOS DE LAS PENAS, P.108 y
---sigts.
58 Eduardo Pallares, EL PROCEDIMIENTO INQUISITORIAL, P.3 y
---sigts.
59 ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA, Tomo V,
--P.108 y sigts.
60 Gabriel Taide, LA FILOSOFIA PENAL, P.63.
61 Albert Camus, ¿QUIEN DEBE MORIR?, P.140.
62 Raúl Carranca y Trujillo, ob cit, P.667.

CAPITULO QUINTO
SEGUNDO CASO TIPICO: EL ABORTO.

a).- REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ABORTO EN NUESTRO CODIGO PENAL.

Nuestro Código Penal define al Aborto en su artículo 329 como la "muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Es de llamar mi atención a mi la atención la forma en que el legislador establece el término "producto" que definitivamente no es sinónimo de ser humano. Pues este término "producto" indica algo indeterminado, cualquier cosa hasta con imaginación, puede significar ser humano, pero no precisamente esto.

En el diccionario encontramos que el vocablo "producto" del latín "productus" le da el significado de cosa producida, cantidad que resulta de la multiplicación, entre otros pero nunca, aparece que significa ser humano.

En el diccionario terminológica de Ciencias Medicas, nos encontramos que el termino producto se le da el significado de "cuerpo parte, órgano o tejido originados por la actividad de otro cuerpo, órgano o tejido". Tampoco el término "producto" se le da el significado de "ser humano".

Ahora bien yo pregunto lo siguiente: ¿porque nuestro Código Penal utiliza esta terminología de "producto"?

Este delito del aborto está insertado dentro del Título Decimonoveno, de nuestro Código Penal, en que se tipifican los delitos contra la vida, y la integridad corporal, porque en la definición de aborto no se dice por ejemplo, aborto es: la muerte del ser humano en cualquier momento de la preñez.

Sera acaso porque, existe una inseguridad genética y logicamente jurídica, de que el gestado, sea un verdadero SER HUMANO, y de aquí que se prefiera el uso del concepto "producto" por ser ambiguo e inexacto.

Aunque sea atrevido, el cuestionamiento de preguntas como ¿hay vida humana hasta que esta es viable fuera del útero y se convierte en la sustanciación metafísica, moral y en consecuencia jurídica para el aborto, tema que ahora tratamos?.

En tanto este problema del aborto se discute, sabemos por la conciencia que tenemos, el hecho de que las leyes sobre el aborto, se quiera o no, son causa directa de un sin número de tragedias.

Por lo que se impone, como dice Carrancá y Trujillo, pensar que el dilema al que se enfrenta el jurista, es por una parte, el de aplicar las leyes vigentes con más vigor, si esto es posible o bien, por otra parte el de revisarlas, reformarlas, abrogarlas / promulgar nuevas leyes de acuerdo con las

necesidades y demandas sociales actuales a las que se enfrentan día con día. **

En otras palabras llegar a un Derecho como lo concibe Villoro Toranzo que sea el producto o resultado de dos coordenadas que, son los ideales de justicia y las circunstancias concretas de la realidad histórica del hombre en sociedad. **

Para esto debemos aceptar la concepción que tiene Novoa Monreal de que una ley no debe emitirse con "voto de perpetuidad"; más bien debe ser cambiante adecuándose a las circunstancias de cada época social, olvidándose de que la inmutabilidad es el carácter de una buena legislación. **

Con esto parecerá que estoy ahora aceptando lo del historicismo, pero en realidad no es eso, porque con una posible revisión y cambio de leyes abortivas, no pienso que se tratara de derogar el valor de la vida, pues ésta siempre conservará su valor supra-histórico.

Más bien el cambio sería en base a poder determinar: primero.- con ayuda de los avances científicos en que momento se trata de una auténtica vida humana (y de acuerdo a esto permitir o no el aborto), segundo.- aunque persistiera la idea de que es vida humana desde la concepción, se impondrá un examen serio

para determinar cuando se trata de un verdadero "estado de necesidad".

b).- LEGALIZACION O DESPENALIZACION DEL ABORTO.

En la actualidad se escuchan opiniones en el sentido de que existir la imperante necesidad de "legalizar el aborto". En mi opinión este concepto no es muy atinado desde el punto de vista terminológico, porque que acaso no está formalmente ya legalizado el aborto, en nuestro Código Penal.

Sabemos que el aborto terapeutico, el imprudencial y el de maternidad conciente, están legalizados en el Código Penal en los artículos 333 y 334.

En realidad lo que se quiere dar a entender con las opiniones que se legalice, es el de que se "discrimine", es decir que quede su práctica a la simple voluntad bilateral del medico y la mujer. De llegarse a esto a esto el maestro Carranca y Trujillo, se cuestiona de que no hay duda de que cada individuo actuara de acuerdo con su propio código moral. Pero ¿es que hay código moral propio, distinto del código moral de una colectividad?. ** / si esto ocurriera ¿seria posible una convivencia social, seria factible la misma existencia, no digamos de un derecho, sino de la misma sociedad?.

De tener cada persona su código moral propio, un delincuente consuetudinario al matar, por ejemplo, alegaría que actúa de este modo porque ese es "su código moral", y no le podríamos alegar en contra de que existen otros valores o principios morales válidos para toda la colectividad.

c).- EL ABORTO TERAPEUTICO COMO RESTRICCION NECESARIA AL DERECHO A LA VIDA.

En nuestro Derecho esta consignado la impunidad del aborto llamado terapeutico o por estado de necesidad, pues no se aplicará sanción:

"Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del medico que la asista, oyendo este el dictamen de otro medico siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora" (Art. 334 del C.P.P.).

Lo mismo hace nuestra ley con el aborto llamado "imprudencial" y el que se lleva a cabo por maternidad conciente (Art. 333 del C.P.).

Fuera de estas hipótesis nuestra legislación no admite causas de impunidad.

En cuanto al tipo de aborto que ahora nos ocupa el terapeutico, podemos ver que nos encontramos ante una restricción del derecho a la vida, motivada esta por la

existencia de un conflicto axiológico entre dos distintos intereses protegidos ambos por el derecho.

La vida de la madre y la del ser en formación. Como ejemplo de este tipo de aborto, pienso en un embarazo "ectópico" con implantación del feto en la cavidad abdominal; como suele ocurrir más frecuentemente, en las trompas de falopio.

En estos casos la posibilidad de que el feto llegase a sobrevivir es de uno por mil. El feto "ectópico" se le considera como una tumoración maligna, que provocaría la muerte de la madre por hemorragia o peritonitis. (66)

Nuestra ley autoriza el aborto terapéutico, escogiendo la vida de la madre, porque como lo expusimos anteriormente; mientras la vida del engendrado es "potencial" la de la madre es una vida hecha.

Se priva de la vida al engendrado porque es consecuencia de un verdadero estado de necesidad.

Jiménez de Asúa nos define al "estado de necesidad" como la "situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegido". 47

d).- EL ABORTO COMO CONSECUENCIA DE UNA VIOLACION.

El también llamado "aborto por paternidad consciente" y es el caso de una mujer violada, en la que además de no haberse respetado su libertad sexual, se le coloca en una situación de extrema angustia moral y física.

Cuello Galón, en este sentido nos dice que nadie puede justificar que se le imponga a la mujer una maternidad odiosa, que de vida a un ser que le recordará para siempre el horrible episodio de la violación sufrida. 4º

Por su parte Jiménez Huerta, nos dice que el orden jurídico otorga el derecho de no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante un antijurídico ataque a su libertad sexual 4º. Aquí llegamos a otra restricción legalizada del derecho a la vida. Nos encontramos nuevamente ante un conflicto de valores.

Por una lado la vida de un ser en gestación, por el otro lado la libertad de la mujer violada.

Pongamos de ejemplo un caso mayúsculo (pero posible): una mujer de tan solo catorce años de edad es violada. El violador o violadores, escapan y jamás son aprehendidos. Esta mujer (niña) queda embarazada, tendrá derecho esta niña, ahora potencial madre, a abortar. Nuestra legislación confiere tal

derecho; no afirmando que el acto de abortar en tales circunstancias sea "bueno" o "malo", simplemente no lo incrimina.

En cuanto al porque no se incrimina este tipo de aborto, son varias las teorías que tratan de explicarlo: Manzini por ejemplo expone su punto de vista, al decirnos que se trata de una causa de justificación porque, la mujer violada y en cinta se encuentra en las condiciones presupuestas por la circunstancia justificante del "estado de necesidad", porque las circunstancias dañosas de la violación, o sea la gravidéz constituyen la permanencia de la causa creadora del peligro del daño grave a la persona. Y en tanto permanecen dichas consecuencias, la mujer está autorizada a remover la causa dañina o amenazadora mediante el aborto. El estado peligroso o dañoso puede descubrirse en las circunstancias morales, familiares y sociales del parto. Manzini encuadra el aborto por motivos de la violación, en estado de necesidad.

Jiménez de Asua por su parte afirma que este tipo de aborto esta determinado por la no exigibilidad de otra conducta".

Esta teoría que parece será la que más satisface personalmente la expongo de la siguiente manera:

Considero que la mas grande diferencia del hombre con los animales, después de la razon, es la libertad, libertad por

la que no somos seres que nuestros actos sean fruto de la causalidad, sería aceptar la postura fatalista o determinista, desapareciendo lógicamente la responsabilidad. (aceptese esta "libertad", si se quiere como relativa, pero en esencia es libertad).

El querer imponer una maternidad a una mujer, es decirle que acepte irracionalmente además de la violación, la maternidad. Un derecho que exigiera esto, sería un derecho que no respetara la libertad de la persona.

Hasta en el Evangelio nos aporta un buen ejemplo de que la maternidad debe ser como el ejercicio de un acto de libertad, pues a decir sin temor a equivocarme al interpretar el pasaje bíblico, de donde Dios antes de engendrar a su hijo único Jesús, pide el consentimiento de María a través del arcángel Gabriel, a quien la virgen María da su consentimiento y acepta ser la madre del Mesías, con estas palabras: "Ecce ancilla Domine FIAT mihi secundum verbum tuum" (He aquí la esclava del Señor, hagase en mí según tu palabra). María en ejercicio de su libertad pudo no haber aceptado.

Con excepción del aborto llamado "honoris causa" que se considera "privilegiado", por una pena mínima que recibe el delincuente, todas las demás indicaciones abortivas están penadas, y la pena se establece contra los otros tipos de abortos, porque el legislador no encuentra tipificado

justificante alguno como lo sería el estado de necesidad principalmente, todo esto porque nuestros legisladores influenciados por ideas éticas y morales religiosas siempre han pensado que el ser humano empieza en la misma concepción.

Por esto se impone , analizar este problema:

¿Cuándo empieza realmente a existir un ser humano?.

e).- ¿EN QUE MOMENTO EMPIEZA A EXISTIR LA VIDA HUMANA?

TEORIA DE LA ANIMACION MEDIATA E INMEDIATA.

Santo Tomás de Aquino supuso que no hay un ser humano en el vientre materno durante las primeras etapas de la preñez, suposición que fue abandonada por muchos de sus sucesores debido a las teorías científicas erróneas.

Lo curioso del caso es que desechadas estas teorías, la Iglesia no volvió ni vuelve al punto tradicional de Tomas de Aquino. ¿por que?. El doctor Joseph F. Donceel recuerda como la filosofía tradicional católica, en lo que hace que organismo sea un ser humano, es el alma espiritual (concepcion que sostiene Max Scheller en su "El puesto del Hombre en el Cosmos") y que esta alma comienza a existir en el momento de su infusión en el cuerpo.

¿Pero como sucede esto?

Tenemos dos teorías:

1.- Una es la de la ANIMACION INMEDIATA que es la que la mayoría de los pensadores católicos acepta, la otra es:

2.- La de la ANIMACION MEDIATA o RETARDADA.

Ambas teorías son producto, no de caprichos teológicos sino de observaciones serias de embriología, claro, al alcance y medida de ese tiempo.

Durante siglos se sostuvo la tesis, de que el alma humana era infundida en el cuerpo, sólo cuando el feto comenzaba a tomar forma humana.

Ya se sabe que desde el principio de la concepción se trata de un proyecto humano, pero la forma humana ha de ser básica para objetivamente podamos hablar de biología humana.

Esto era en realidad la doctrina de "hilomorfismo", que sostuvieron Aristóteles y los Escolásticos al afirmar que todo cuerpo se compone de materia y forma.

En suma, sólo hay alma cuando el cuerpo comienza a tomar forma humana y a poseer los organismos básicos humanos.

A este aspecto uno de los pensadores más connotados de nuestro siglo, Pierre Teilhard de Chardin sostiene que el alma se va haciendo con el cuerpo y que, incluso nos encontramos en pleno proceso de creación. "

En palabras del Dr. Donceel y según la doctrina del hilomorfismo, el alma es el cuerpo, es la que da forma a la estatua en sí. La forma de la estatua no puede existir antes de que exista la estatua. Por lo tanto el homicidio, de un inocente (tal es la denominación que el catolicismo da al aborto) es inconcebible sin que haya hombre, si no en su género si en su especie.

Santo Tomás y pensadores medievales ignoraban lo relativo a cromosomas, genes o códigos genéticos. Pero su talento lo condujo a una conclusión: lo que se desarrollaba en el útero de la madre no era todavía en las primeras etapas de la preñez, un cuerpo real, allí no estaba el alma, puesto que el alma humana actual no puede existir en el cuerpo humano virtual.

Esta doctrina, considero oportuno señalarlo, es aceptada por la iglesia católica en el Concilio de Viena en el año de 1312, prohibiendo a sus seguidores bautizar al "producto" de cualquier nacimiento prematuro si no mostraba por lo menos cierta forma o rasgos humanos.

Con todo esto lo "humano" aparece en la forma y rasgos humanos. Criterio que serviría para aceptar el aborto sólo cuando se lleve a cabo en los primeros periodos de la preñez.

Tomás de Aquino (para mí el más grande de los filósofos de la iglesia católica), nos habla de una secuencia en la

aparición de un ser humano, en donde el feto empieza siendo un mero vegetal (vida vegetativa), después de un tiempo se convierte en un animal y por último con la intusión del alma aparece el ser humano.

Tal vez por esto concluye diciendo que el feto no es todavía un "homo perfectus" aunque sí un "homo in potentia". 74

De aceptarse esto, pienso que entre "homo perfectus" y "homo in potentia", existe un gran abismo, como lo existe entre "potencia" y "acto". Diferencia tan grande que nunca, por el principio de no "contradicción", una cosa podrá ser acto y potencia al mismo tiempo.

Ejemplificando esto, podría decir que es fácil aceptar que un cerillo es "fuego en potencia" y es lógico también aceptar que si destruimos al cerillo "apagado" (fuego en potencia, no estamos destruyendo al "fuego", porque sería absurdo decir que destruimos al "fuego" cuando este no existe aun, aunque claro pudo haber existido si hubiera efectuado el paso de "potencia" a "acto". El cerillo de mi ejemplo no puede estar apagado y prendido al mismo tiempo), (acto y potencia a la vez).

Aplicando este ejemplo al aborto, pienso que si un feto en gestación, tan sólo es un ser humano "en potencia", que podrá llegar a ser humano, es más que irremediable, que en su momento,

sera un ser humano, pero que en el momento es solo "potencia", creo que no se puede hablar de cometer un homicidio, al privar de la vida a este "producto", pues no se destruye al hombre sino a la potencia del ser humano.

En Tomas de Aquino, este paso de acto a potencia se da como antes dije en el momento de la infusión del alma, la cual en apreciación de este filósofo se lleva a efecto los nombres a los cuarenta días de ser concebidos y en las mujeres a los ochenta o noventa días.

Aquí me pregunto lo siguiente, algo si se quiere curioso: si un feto era abortado digamos a los sesenta días de concebido, por lo dicho por de Aquino, debe inferir que si el producto abortado era hombre, entonces se trataba de homicidio, mientras que si se trataba de una mujer, no se cometía acto inmoral o delito.

Pero la postura de la iglesia acabo adoptando mas tarde la teoría de que el ser humano comienza con la misma concepción, criterio que se vuelve a imponer en todas las sociedades por lo que desde mi punto de vista, una postura adoptada por la iglesia concretamente la catolica, reviste una gran trascendencia para todo el genero humano. Es innegable su fuerza y su gran influencia para condicionar las conciencias de todos los hombres.

El problema que ahora tratamos de cuando empieza la vida humana? continúa vigente para la ciencia, aunque "dogmáticamente" se haya elegido a la concepción con el inicio de una "nueva vida humana", lo que supone o por lo que se rechaza en forma dogmática el aborto, que de acuerdo a las premisas anteriores es un verdadero homicidio, o "micro-homicidio".

Científicos de nuestro tiempo como Jaques Monod (Premio Nobel de Fisiología) nos dice al respecto: "se certifica la muerte con el encefalograma plano; en la vida embrionaria este se da hasta los dos meses".

Frente a las teorías católicas de que el aborto es un crimen, están las teorías científicas de que el encefalograma de un embrión es totalmente plano hasta la octava semana de embarazo. Si la sociedad y los investigadores aceptan que el hombre está muerto cuando el cerebro no responde (V. gr. encefalograma plano) y en dichos casos se extrae el corazón de un moribundo para hacer un trasplante, ¿por que no se aceptan idénticos criterios para liberalizar el aborto?. 72

En el mismo sentido este científico nos dice que la personalidad humana sólo se alcanza en el momento en que se forma el sistema nervioso central; el feto no lo posee, luego no

tiene conciencia. No es, pues individuo hasta el quinto o sexto mes de embarazo. 73

Giselle Halimi se atreve a decir claramente que el aborto no consiste en dar muerte 'a un ser humano, sino en impedir que un paquete informe de células se transforme en un ser humano, que no se desea. 74

Claus Roxin afirma por su parte que no se puede hablar de embarazo en el momento de la concepción, sino sólo cuando el "cigoto" resultante de la unión de las células sexuales, han anidado en la matriz de la mujer, y como tal anidación, aún cuando todo siga su curso normal, sólo se produce en la mitad de los casos, la protección penal que comenzara antes de ese momento se asentaria en gran parte a lo imaginario. Así, la interrupción del embarazo ha de entenderse como "desanidación", como desprendimiento del embrión de la Matriz. 75

f).- ES LICITO SACRIFICAR "LA PARTE" POR "EL TODO".

Alguien dijo que quien es incapaz de defenderse por si mismo recibe "la armadura del derecho" o como dice Niceto Blázquez: "que negando el derecho de protección a los más débiles e inocentes, desaparece el fundamento mismo de todo Derecho Positivo". 76

Bertrand Russell nos dice, que el hombre que vea a la sociedad como un todo, sacrificará un miembro de la misma para el bien del conjunto, sin tener muy en cuenta el bienestar del individuo en cuestión. 77

En contra de este pensamiento, pensadores cristianos en su mayoría, se oponen y objetan, que la parte pueda ser sacrificada por el "todo" y que por lo tanto el individuo pueda ser sacrificado por el todo social. Esto, afirman se basa en un claro error. Pues la comunidad no es una unidad física subsistente por sí, en la que los ciudadanos puedan considerarse como partes integrantes.

La comunidad es solo una realidad de fines y de acciones comunes, en la que los individuos forman parte de una unidad entre todos, no en el sentido físico de la palabra, sino solamente en el sentido de una convergencia de fines. Los individuos conservan su propia individualidad con todos sus derechos inviolables de libertad, de autonomía de vida e integridad.

g).- SOBRE EL ABORTO EUGENESICO.

Su reglamentación es muy limitada, Jimenez de Asúa, considera que el texto del artículo 333 del Código Penal de 1931 en el que se autoriza el aborto cuando el embarazo proviene de

una violación, comprende el aspecto más sentimental y eugenésico, ya que el delito de violación en el Código Penal Mexicano comprende el acceso carnal violento con mujer normal y el coito ejecutado sobre mujer incapaz. 78

Porte Petit nos dice, que de la lectura del artículo 266 del Código Penal debemos inferir que indirectamente comprende el aborto eugenésico, aunque en forma limitada pues únicamente abarca el caso de la mujer incapaz, por estar privada de razón, es decir, por enfermedades mentales y otras taras hereditarias, es evidente, apunta el maestro Forte, que la carga degenerativa puede originarse de enfermedades distintas de las mentales. 79

El Código Penal del Estado de Veracruz de 1931 en su artículo 586 establecía que, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 587, no se aplicaría pena cuando el aborto se practique con el consentimiento de la madre y de su cónyuge, en su caso siempre que a juicio de dos médicos titulados hubiera temor fundado de que el producto de la preñez tuviera taras corporales o mentales graves o estigmas de degeneración y dentro de los tres primeros meses del embarazo y con todas las medidas de higiene y profilaxis.

El Código Penal de Chiapas en su artículo 220 fracción segunda, determina que:

"se impondrán de un a dos años de prisión para el delito, si procura o logra el aborto, la mujer embarazada para evitar que el producto de la concepción nazca con taras hereditarias".

El Código Penal de Chihuahua establece en su artículo 300 fracción quinta:

"que no incurrirá en medidas de defensa social cuando el aborto se deba a causas eugenésicas, según el previo dictamen de los padres".

El Código Penal del Estado de Puebla, por su parte, en su artículo 320 fracción cuarta establece:

"Que el aborto no es sancionable cuando se deba a causas eugenésicas graves, según dictamen que previamente rendirán dos peritos médicos".

Y finalmente el Código de Yucatán regula de la misma forma que el Código de Puebla, el aborto eugenésico, en su artículo 215 fracción quinta.

h).- DOGMÁTICA JURÍDICA SOBRE EL ABORTO.

Encontramos en primer lugar los tipos de aborto no penados por nuestro Código Penal:

Así tenemos el aborto terapéutico, el cual no recibe ninguna pena, por cuadrar dentro de un verdadero "estado de

necesidad". Este tipo de aborto lo encontramos legislado en el artículo 334 que establece:

"No se aplicará sanción, cuando se no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que le asista, oyendo este el dictamen de otro médico siempre que esto fuera posible y no sera peligrosa la demora"

De igual forma encontramos este tipo de aborto legislado y legalizado en los siguientes Estados de la República Mexicana:

- 1.- Aguascalientes (Artículo. 340)
- 2.- Campeche (299)
- 3.- Coahuila (310)
- 4.- Colima (300)
- 5.- Chiapas (222)
- 6.- Chihuahua (309, fracción tercera)
- 7.- Durango (296)
- 8.- Guanajuato (273)
- 9.- Guerrero (303)
- 10.- Hidalgo (326 fracción tercera)
- 11.- Jalisco (300)
- 12.- Michoacán (294)
- 13.- Morelos (332)
- 14.- Nayarit (290 fracción tercera)
- 15.- Nuevo León (324)
- 16.- Oaxaca (319)

- 17.- Puebla (32) fracción tercera;
- 18.- Queretaro (304)
- 19.- San Luis Potosí (353)
- 20.- Sinaloa (299)
- 21.- Sonora (267)
- 22.- Tabasco (325)
- 23.- Tamaulipas (329)
- 24.- Tlaxcala (301)
- 25.- Veracruz (249)
- 26.- Yucatán (315 fracción tercera) y
- 27.- Zacatecas (309)

El Estado de México no reglamenta este tipo de aborto y con razon pues como opinan Porte Petit y Jiménez Huerta, el Estado de México no reglamenta este tipo de aborto por resultar inutil, pues se encuentra en una disposición en la parte general relativa al "estado de necesidad". (Art. 15 fracción IV del Código Penal)

(Los Estados de Baja California Norte, Baja California Sur y Quintana Roo, no se encontro documentación, al respecto estos Estados al igual que el Estado de México no lo regulan).

Tenemos después otro tipo de aborto, tampoco penado por la Ley es el conocido como: Aborto por imprudencia de la mujer embarazada o por maternidad inlconciente. Al respecto nuestro ordenamiento penal en su artículo 333 establece:

"No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación"

De igual forma lo reglamenta en sus respectivos Códigos Penales, los siguientes Estados de la República:

- 1.- Aguascalientes (Artículo. 309)
- 2.- Coahuila (309)
- 3.- Colima (299)
- 4.- Chiapas (221)
- 5.- Chihuahua (309)
- 6.- Guanajuato (272)
- 7.- Guerrero (302)
- 8.- Hidalgo (326)
- 9.- Jalisco (299)
- 10.- Michoacan (293)
- 11.- Estado de Mexico (244)
- 12.- Morelos (331)
- 13.- Nayarit (290)
- 14.- Nuevo León (322)
- 15.- Oaxaca (318)
- 16.- Puebla (320)
- 17.- Queretaro (305)
- 18.- San Luis Potosi (332)
- 19.- Sinaloa (298)
- 20.- Sonora (266)

- 21.- Tabasco (324)
- 22.- Tlaxcala (330)
- 23.- Veracruz (248)
- 24.- Yucatan (315) y
- 25.- Zacatecas

En cuanto a los tipos de aborto penados por la ley tenemos:

1.- EL ABORTO SUFRIDO, sobre el que nuestro Código Penal en su artículo 330 nos dice:

"al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuera el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando faltare el consentimiento la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión".

2.- EL ABORTO HONORIS CAUSA o POR CAUSA DE HONOR, nuestro Código Penal lo tipifica de la siguiente manera:

"Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure un aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I Que no tenga mala fama
- II Que haya logrado ocultar el embarazo
- III Que este sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas,

se le aplicaran de uno a cinco años de prisión.

A este tipo de aborto llamado "especial privilegiado" lo reglamentan los siguientes Estados de nuestro país:

Aguascalientes (Art. 338); Campeche (297), Coahuila (308), Colima (298), Chiapas (220), Chihuahua (308), Durango (294), Guanajuato (289), Guerrero (301), Hidalgo (325), Jalisco (296), Michoacán (292), Estado de México (243), Morelos (319), Queretaro (302), San Luis Potosí (351), Sinaloa (297), Tabasco (322), Tlaxcala (297), Yucatán (314) y Zacatecas (306).

Otro tipo de aborto es el llamado POR CAUSAS ECONOMICAS, el cual no está legalizado, sólo en algunos Estados de la República como son: El Estado de Chiapas, que en su Código Penal en su artículo 220 fracción primera establece:

"que se impondrán de tres meses a dos años de prisión para el delito de aborto, si la mujer que procuró o logro abortar, tiene una familia numerosa y carecen de fondos para sostenerla".

El Código de Chihuahua, en su artículo 309, fracción cuarta establece:

"Que no se incurrirá en medidas de defensa social cuando el aborto obedezca a causas económicas graves y justificables o justificadas".

El de Yucatán en su artículo 315, fracción cuarta establece:

"Que el aborto no es sancionable cuando obedezca a causas económicas graves y justificadas y siempre que la mujer embarazada tenga cuando menos tres hijos".

CITAS A PIE DE PAGINA CAPITULO CINCO.

- 63 Raúl Carranca y Trujillo, DERECHO PENAL MEXICANO, P.224.
64 Miguel Villoro Toranzo, LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO,
...P.40.
65 Eduardo Novoa Montreal, EL DERECHO COMO OBSTACULO AL CAMBIO
...SOCIAL, P.31.
66 Varios, ¿LIBERALIZAR EL ABORTO?, P.34.
67 Luis Jiménez de Asua, LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A MORIR,
...P.97.
68 Luis Jiménez de Asua / Francisco González de la Haza, DERECHO
...PENAL MEXICANO, P.100.
69 Mariano Jiménez Huerta, DERECHO PENAL, P.155.
70 Mariano Jiménez Huerta, DERECHO PENAL, P.167.
71 Rahner y Otros, ETICA Y MEDICINA, P.90.
72 Cristina Alberdi, ABORTO: SI O NO, P.27.
73 Jean Toulat, EL ABORTO: CRIMEN O LIBERACION, P.47.
74 Jean Toulat, ob cit, P.41.
75 Claus Roxin, PROBLEMAS BASICOS DE DERECHO PENAL, P.75.
76 Niceto Blázquez, EL ABORTO: NO MATARAS, P.82.
77 Germán Gricez, EL ABORTO: MITOS, REALIDADES Y ARGUMENTOS,
...P.315.
78 Luis Jiménez de Asua, LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO DE MORIR,
...P.97.
79 Celestino Torto Pettit, DOGMA TICA JURIDICA SOBRE LOS DELITOS
...CONTRA LA VIDA Y SALUD PERSONAL, P.170.

CAPITULO SEXTO

TERCER CASO TIPICO: LA EUTANASIA-LA EUGENESIA.

a) CONCEPTOS.

LA EUTANASIA.

La palabra Eutanasia proviene del prefijo griego "eu" buena y el vocablo "thánatos" (muerte) y su significado literal es, por tanto, "buena muerte". Sin embargo, con el tiempo ha ido distanciándose de su sentido estrictamente etimológico y hoy en día se define como la acción médica por la que se acelera el proceso de la muerte de un enfermo en fase terminal.

Pero esta definición aborda un campo muy extenso, y en la práctica no reciben un mismo valor, desde el punto de vista legal ni ético, la aplicación de una inyección letal, la desconexión de aparatos respiradores o los tratamientos mitigadores del dolor que indirectamente producen una aceleración de la muerte. Por eso conviene dejar claros algunos conceptos que pueden crear confusión.

En primer lugar, la eutanasia debe distinguirse del suicidio o del auxilio al suicidio en que estos casos no se contempla la proximidad de la muerte natural del enfermo. En segundo lugar, hay que diferenciar entre eutanasia activa y pasiva. La primera consiste en no aplicar ningún tratamiento que pudiera prolongar la vida artificialmente. A la prolongación de la vida con medios desproporcionados y cuando ya no existe ninguna esperanza de recuperación se la denomina encarnizamiento

terapeutico o distanasia pasiva se aplica en este punto de la enfermedad recibe el nombre de adistanasia, y su practica es defendida por sectores sociales.

Por ultimo, la ortotanasia (etimológicamente, "muerte correcta") es aquella en la que la muerte no es la finalidad directa y deseada de la acción, sino un resultado indirecto de un tratamiento cuyo fin primero es aliviar el dolor.

La eutanasia ha sido desde hace siglos punto de reflexión de filósofos y pensadores. Sin embargo, las mayores expectativas y calidad de vida de nuestra época en los países desarrollados y las posibilidades que ofrecen hoy en día los avances científicos para alargar artificialmente la vida de enfermos en fase terminal. 40

LA EUGENESIA.

La palabra eugenesia fue usada por primera vez por Francis Galton, pariente y discípulo de Carlos Darwin, en 1885. La definición de la misma fue dada también por Galton el cual dijo que: "la eugenesia es el estudio de los factores que bajo el control social puede favorecer o perjudicar las cualidades raciales de las futuras generaciones desde el punto de vista físico o mental" 41. Esta preocupación por el cuidado y el

perfeccionamiento de la raza humana aparece desde épocas muy antiguas en la historia.

En Grecia tenían en su vocablo palabras tales como eugenesia, que significa bien nacido, u eugenia, que quiere decir nacimiento feliz.

En la legislación judía y otros pueblos se hallan disposiciones de carácter eugenésico. La prohibición del incesto, quizás no tenga otra finalidad, más profunda entre muchos pueblos primitivos, que la de impedir la degeneración racial.

De una manera general, puede decirse que la eugenesia tiene como finalidad perfeccionar las cualidades de la raza humana y reducir sus defectos a lo mínimo. Sin embargo, el verdadero fin de la eugenesia como ciencia van todavía más lejos ya que trata de influir los defectos físicos para que estos se atenuen y lleguen a desaparecer, se trata de una selección para las generaciones por venir. Que de hecho exista ya una especie de selección natural.

Lo que pretende la eugenesia es una selección conciente y artificialmente por medio de la cual se hará posible la absoluta predominación de los seres mejor dotados dentro del grupo y de las cualidades más ventajosas para la raza.

b) LEGALIZACION DE LA EUTANASIA.

Dentro de cada uno de los diferentes países / naciones, la eugenesia, cuyas normas teóricas tienen valor universal en cuanto están basadas en la observación científica, se traduce en leyes de carácter estatal, entre las cuales hay algunas sumamente generales que provienen de la antigüedad y se extienden a todos los países, como las que prohíben el matrimonio dentro de ciertos grados de consanguinidad. Fuera de éstas existen algunas otras cuya vigencia es relativamente reciente y restringida, puesto que han sido promulgadas en épocas modernas y en la mayoría de los países.

Entre ellas se deben contar aquellas que tienen por objeto evitar el contagio familiar y la herencia defectuosa. Como es en el caso de la tuberculosis, en la cual un porcentaje de los afectados son descendientes de otros afectados; el cáncer que tiene una proporción mayor y en la cual no parece influir el contagio directo sino simplemente la disposición hereditaria; la sífilis, cuyas consecuencias en la prole son innumerables y terribles; las enfermedades mentales que con frecuencia son hereditarias, y actualmente el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida. Sin embargo, un conocimiento más profundo de la naturaleza y de la etiología de tales dolencias, nos demuestran hoy la inutilidad de todas las medidas absolutas y demasiado radicales, tales como las que tratan de impedir a como de lugar

la vida de aquellos seres humanos a los que considera infradotados o degenerados.

En realidad, se trata solamente de evitar los peligros de tales procesos degenerativos y morbosos en la descendencia, para lo cual basta generalmente adoptar ciertas medidas de higiene social que impidan la herencia patológica y las posibilidades de contagio. Por otra parte, también está dentro de las manos del Estado disponer algunas medidas indirectas tendientes a reducir los caracteres defectuosos de los individuos de las futuras generaciones. Se sabe, por ejemplo, que el alcoholismo suele traer consecuencias funestas para la prole hasta el punto de constituir en este sentido uno de los principales problemas en la eugenesia. Ahora, bien, para combatir el alcoholismo, lo primero que el Estado puede hacer es el uso mismo del alcohol, restringiendo las posibilidades materiales y legales de su producción y consumo, que es lo que en cierta medida han hecho en Suiza, Suecia, Noruega, Bélgica y durante alguna vez en Estados Unidos.

Además, si se tiene en cuenta la necesaria intervención de Estado en los contratos matrimoniales, es evidente que también cabe la posibilidad de una legislación encaminada y dirigida, a asegurar la profilaxis en las enfermedades familiares. Con este criterio se ha implantado en muchos países

la obligatoriedad legal de un examen prenupcial y de un consiguiente certificado medico.

c) LO QUE SE PUEDE ESPERAR SOBRE LA EUGENESIA.

Aún cuando la llamada eugenesia demuestre plenamente su capacidad para mejorar las cualidades biologicas del hombre, seria necesario proceder con suma cautela en este terreno, ya que no se puede de ninguna manera equiparar la generacion de la vida humana con la generacion animal o vegetal.

Sin embargo, la moderna eugenesia no es incompatible con la caridad y moral cristiana, ya que sólo se propone coordinar y dirigir los esfuerzos de la seleccion natural en beneficio de la raza humana,

La lucha contra el predominio de los defectos fisicos, de las características indeseables en el hombre debe comenzar así, en los mismos que las padecen, haciendolos objeto de un trato compasivo y a la vez científico.

De esta manera, los ideales de salubridad y de progreso social, no solamente no llegan a ponerse en contradiccion sino que por el contrario se complementan / se exigen mutuamente, según puede demostrarlo la colaboracion de juriconsultos, filosofos, politicos / economistas que han prestado a la ciencia eugenésica.

La eugenesia puede considerarse, por tanto, un excelente remedio, pero dista mucho de ser una solución con respecto a todos los males, cuya impresionante mole constituye en parte la herencia biológica y psicológica de la humanidad. ²²

d) LO QUE SE PUEDE ESPERAR SOBRE LA EUTANASIA.

La despenalización de la eutanasia, podría la sociedad caer en riesgo de que se inicie una descarga de la misma sociedad, es decir, se generalice el deshacerse de personas consideradas inútiles. En cuanto a los familiares y su papel que desempeñan en este caso, se plantea el problema: generalizar el deshacerse de familiares que están causando problemas gastos y sufrimientos. Por eso creo que no es posible su aceptación ya que es el propio fin de la medicina el que está en juego.

Hay que tener cautela también porque una vez abierta una vía de escape es difícil que se mantengan garantías para que no se produzcan abusos, cada vez más el hombre se vuelve egoísta, por lo que los ancianos serían los principales perjudicados. Tenemos el ejemplo de Holanda, donde es frecuente dejar morir a los ancianos. Yo he leído cosas realmente graves. Cosas tales como que no son admitidos en los hospitales porque hay otros pacientes jóvenes esperando quienes económicamente resultan más rentables de curar para la sociedad que estos y lo

peor es que algunos ancianos tienen miedo de ir al hospital o tomar los medicamentos; y si lo hacen ahí se les convence de que son inútiles para que pidan voluntariamente la muerte.

Otro grave problema que se podría preveer, serían los incapacitados. Una ley sobre eutanasia podría dar pie a holocaustos similares a los que los alemanes cometieron con los parapléjicos. Y también tenemos el ejemplo de la primera ley que reguló la eutanasia, que se aprobó en Rusia en 1922 / se quitó sólo cuatro años después, luego debieron ver que aquello iba muy mal.

CITAS PIE DE PAGINA CAPITULO SEIS.

B0 Revista, ESTAR MEJOR, Enero 1992, Madrid España.

B1 ENCICLOPEDIA DE CONOCIMIENTOS UNIVERSALES, Tomo IX, P.249.

C O N C L U S I O N E S

CONCLUSIONES.

1.- La vida axiologicamente es un valor principal y fundante que es inherente al ser humano y como tal no esta sujeto a relativismo alguno, ya que sin la existencia de este no se pueden explicar ontológicamente otros derechos, pues no existe el derecho sin sujetos, toda vez que el derecho y el valor de la vida son "sine quanon" de los demás.

2.- El hombre cuando toma conciencia de su propia vida es en base a que ya existe, ignorando la causa eficiente por la que ahora piensa, valora y vive.

3.- El ser humano nace con mecanismos de defensa (agresion benigna), para conservar su existencia en primer termino así como su familia y la propiedad.

4.- El derecho a la vida es un valor supra-historico en cuanto por la atribución de un valor positivo, la vida y por otro lado la muerte, así es como surge la historia en su sentido lato-sensu, como la realizacion del proyecto humano comun de vivir. Por la condición humana, el proyecto transhistórico de vivir y el código de valores que surge de este proyecto, nos suministra una pauta suprahistórica para condenar y rechazar todos los ataques al único valor para rechazar todos los ataques al unico valor-historico: La vida.

5.- El derecho a la vida, no tiene un carácter de absoluto, acepta ciertas excepciones como son el "estado de necesidad" y la "legítima defensa". Esta justificación puede considerarse desde el punto de vista biológico o natural (agresividad benigna) o cuando el hombre utilizando la razón y estando en un conflicto axiológico, sacrifica un valor sobre poniendolo a otro.

6.- El Derecho Positivo es una creación del hombre, por lo tanto el servicio del mismo. Como creación que es el derecho, este nunca podrá disponer de su creador, llegando al grado de eliminarlo.

7.- El Estado es el producto y resultado de la actividad eminentemente social de los hombres, por lo cual es un medio para poder alcanzar y asegurar el bien común, nunca el derecho de disponer de una vida humana, porque si el hombre hubiera delegado al Estado su derecho a la vida, desde ese momento el ser humano se hubiera aniquilado.

8.- La pena de muerte es irreparable, ya que la reparación del daño resulta imposible en cuanto que, a quien se le repararía el daño ya no existe, para esto sería necesario cuando menos de una justicia perfecta y por ello, fuera del poder humano.

9.- Resulta tambien la pena de muerte ser injusta, bajo el argumento moral que encuentra su sustento y fundamentacion filosofica en el principio: "no matarás".

10.- Esta pena es inhumana y cruel; se dice que es inhumana porque su realizacion insulta a la sensibilidad, de nuestra civilizacion, y es cruel por los sufrimientos morales y fisicos, que pasa el delincuente antes, y en el momento de su aplicacion.

11.- Con la pena de muerte se elimina un delincuente pero no la delincuencia, misma que el Estado tendria la obligacion de combatir, pues cabe mencionar que las sociedades tienen los criminales que se merecen.

12.- Recordemos que el Derecho actual se orienta primero por la prevencion de la delincuencia y el segundo termino por la rehabilitacion y readaptacion de tratamientos y estudios cientificamente individualizados, aplicando penas adecuadas y correctas a los casos concretos / especificos de que se trate; la pena capital jamás rehabilita ni readapta.

13.- La pena de muerte hace degenerar la norma penal al convertir la sancion en un instrumento de venganza, pues su unica finalidad es la eliminacion del delincuente.

14.- El problema de la pena de muerte en ultima instancia es un problema de politica economica y por lo tanto su solucion estriba en el interes politico que debe tener el Estado por

prevenir, y combatir las causas de la delincuencia y de la criminalidad, / es un problema economico porque se da un aumento dentro de lo posible, los presupuestos para mejorar los sistemas penitenciarios, estableciendo prisiones especializadas con elementos capacitados para el tratamiento educativo y regenerador de cada tipo delictivo y permitan una verdadera readaptacion social para los delincuentes y a su vez capacitarlo en artes y oficios para reintegrarlos a su esencia (sociedad) a la que pertenecen. Basta decir que ninguna medida será suficiente si no se reforman y moralizan, primeramente la purificación de las cárceles, respeto y dignificación de la judicatura, a la organizacion, instruccion y capacitacion de la policia y nadie es mas responsable que el Estado en quien reside directamente una grave obligacion educacional.

15.- En México la pena de muerte esta legalizada en nuestro articulo 22 de la Constitución que dice: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demas como solo podran imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosia, premeditacion o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar"., como se concluye la pena de muerte, existe en nuestro pais, el que de hecho tenga bastante tiempo que no se lleve a cabo no quiere decir que no se pueda aplicar, porque bastaria que se diera una iniciativa de ley donde se mencionara

como sanción la pena de muerte para que constitucionalmente se aprobara y consecuentemente se aplicara, por lo anterior considero que el párrafo tercero del artículo 22 constitucional debería de ser Derogado, pues aunque de hecho esta, no así "de jure" es decir, de Derecho.

16.- En la definición de nuestro Código Penal que nos da del delito de aborto; al engendrado se le llama "producto", acepción que a mi parecer resulta ambigua y que no es de ninguna manera sinónimo de "ser humano". Considero que para que nuestro derecho sea coherente con relación a este delito, debería definirlo de la siguiente manera: "como la muerte del ser humano, en cualquier momento de su gestación".

17.- De las restricciones al derecho a la vida, creo que son casos típicos, por cuadrar en un estado de verdadera necesidad: El aborto terapéutico, el motivado por previa violación, el aborto que en casos particulares que obedezca a verdaderos estados de necesidad, las causas son variadas y pueden ser económicas graves, eugenésicas y otras.

18.- Científicamente no se ha podido determinar el inicio exacto de un ser humano. El que se afirme que sea en la concepción, es solo una teoría y como tal debe de ser tratada.

19.- Nuestro derecho, al partir del supuesto que el inicio de la vida humana se da en la concepción, es claro que lo tipifique

como delito la privación de la vida humana, pues no sería un Derecho genuino, aquel que defienda valores fundados, sin defender el fundante de todos ellos.

20.- La postura de la Iglesia en torno al aborto sera siempre "definitiva para la "legislación" o no legalización del mismo en nuestro país.

21.- El sentido de "aceptar los hijos que Dios mande" considero que este principio religioso debe entenderse como la actividad divina de que no va a mandar más, que los que el padre y la madre (en uso de su libertad y su razón), tengan la convicción de otorgarles una verdadera existencia dentro del orden biológico, social y espiritual. El seguir con la idea de fatalidad que la concepción y el nacimiento de los hijos es producto exclusivo de la voluntad de Dios sería como convertirnos en meros "objetos" sin libre albedrío de los que lo divino se sirve para procrear, y en este caso toda la responsabilidad sería de Dios.

22.- El aborto tan generalizado en nuestro medio, demuestra la inadecuada forma de nuestras leyes con la realidad social. Urge pues su revisión y aplicar las leyes existentes con vigor y promulgar nuevas disposiciones legales.

23.- El ser humano mas que un derecho a "existir" lo tiene a "vivir". Si no se tienen posibilidades para vivir y tan sólo

para existir como un vegetal, considero debe impedirse su nacimiento (aborto eugenésico), ya que la genética esta en posibilidades de predecir desde las primeras etapas de la gestación, cuando se tratará de un ser deforme somática y psíquicamente, de tal manera que de nacer así, nunca podrá realizarse como ser humano.

24.- En el momento en que el aborto es considerado una medida represiva y no preventiva, esto es que ataca los efectos y no sus causas, no considero la legalización del aborto como una verdadera solución al problema demográfico. La adecuada solución al problema sería la educación impartida a las nuevas generaciones en la responsabilidad que implica la paternidad en aspectos imprescindibles para el desarrollo de los hijos.

25.- En relación a una pregunta que me formularon, ¿si el aborto debería considerarse un problema moral de cada persona?. Considero que dejar las acciones al libre albedrío y Código Ético individual de cada sujeto implicaría el no poder alegar que existen valores o principios morales, validos para toda comunidad ya que la colectividad subsiste por la existencia de principios de validez universal, sea esta reconocida o impuesta.

26.- El vivir como el morir son hechos naturales y es actuar contra la misma naturaleza, el pretender mantener en vida a alguien que lógicamente tiene que morir, el mantener a una

persona o incluso a un animal como a un vegetal es atacar contra su dignidad.

27.- La eugenesia debe ser solamente un medio para evitar procesos degenerativos en la descendencia, para lo cual basta con adoptar ciertas medidas de higiene social que impidan la herencia patologica y las posibilidades de contagio.

28.- El Estado dispone medidas indirectas tendientes a reducir los defectos fisicos en los individuos de futuras generaciones, esta intervencion del Estado se ve claramente en el criterio implantado en el sentido de obligatoriedad legal del examen prenupcial y del certificado medico en el matrimonio.

29.- La eutanasia no debe abarcar nunca finalidades eugenésicas.

30.- Legalizar la eutanasia atacaria el principio filosofico juridico del peligro comun: Si se permite una eutanasia se estaria abriendo una via para la que es muy dificil establecer limites. Que alguien se quite la vida en lo individual no esta sujeto a discusion del Estado y recordemos que cuando se desea hacer de la eutanasia un derecho humano la Organizacion de las Naciones Unidas no lo admitio.

31.- Estoy en contra de la eutanasia activa, es decir el matar a una persona por compasion para aliviarlo el sufrimiento, pero no en contra de la eutanasia pasiva, que es el querer alargar la vida por medios desproporcionados, esto lo considero absurdo.

Estoy a favor de evitar el dolor, aunque estos tratamientos supongan un acortamiento de la vida, pero no intentar directamente contra la vida.

32.- Una alternativa para enfermos terminales, la solución bien podría ser aliviarles el sufrimiento, por que en un principio casi todos los enfermos con grandes dolores quieren morir, pero se ha comprobado que la mayoría de los casos, lo que buscan es no tener dolor; por eso, una vez que el dolor es paliado con un tratamiento adecuado desaparece el deseo de morir.

33.- El Derecho a la Vida da inicio con la obligación de respetar la muerte.

El hombre tiene derecho a vivir y a morir, ni antes o después, sólo en el momento y hora que le corresponda.

B I B L I O G R A F I A .

Aguino Tomás de, SUMMA TEOLOGICA, Tomo II, Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1952.

Anónimo, LOS PROCESOS DE BRUJAS.

Alberdi Cristina, ABORTO: SI O NO, Editorial Bruquera S.A.España 1977.

Bueno Miguel, LA ESENCIA DEL VALOR, Mesa Redonda, Ediciones U.N.A.M., Mexico 1989.

Burgoa Orihuela Ignacio, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, Editorial Porrúa, México 1989.

Bonessana César, TRATADO DE LOS DELITOS DE LAS PENAS, Editorial J.M. Cagica S.A., Buenos Aires, 1957.

Biazquez Niceto, EL ABORTO: NO MATARAS, Editora Sac Popular, España 1977.

Carranca y Trujillo Paul, DERECHO PENAL MEXICANO, Tomo I, Editorial Porrúa, Mexico 1977.

Casidora Reina Valera, SAGRADA BIBLIA, Editorial Biblica Unida, Inglaterra 1985.

Castellanos Tena Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Editorial Porrúa, México 1968.

Cumbre Editores. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEOAMERICANA, Editorial Cumbre S.A., México 1960.

Camus Albert Kestiesr. LA PENA DE MUERTE, Editorial Emece, Argentina.

Fronzizi Risieri, QUE SON LOS VALORES, Introducción a la axiología, Fondo de Cultura Económica, México 1991.

Fromm Erich, ANATOMIA DE LA DESTRUCTIVIDAD HUMANA, Siglo XXI Editores S.A., México 1977.

García Morente Manuel, LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFIA, Editores Mexicanos Unidos, S.A., México 1978.

González del Valle Cienfuegos José María, LA PLENITUD DEL DERECHO CANONICO, Ediciones Universidad de Navarra, España 1965.

Gonnard Rene, HISTORIA DE LAS DOCTRINAS ECONOMICAS.

González de la Vega Francisco, DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, México 1964.

Grizez Germain, EL ABORTO; MITOS, REALIDADES Y ARGUMENTOS. Ediciones Sígueme, Barcelona 1972.

Jiménez Huerta Mariano, DERECHO PENAL, Tomo II, Editorial Porrúa, México 1973.

Jiménez de Asúa Luis, LIBERTAD DE AMAR Y DERECHO A VIVIR, Editorial Historia Nueva, España 1929.

Kelsen Hans, TEORIA GENERAL DEL ESTADO, Editorial Porrúa, México 1989.

Kelsen Hans, TEORIA PURA DEL DERECHO. Ediciones Universidad, Buenos Aires 1967.

Lisser Kurt, EL CONCEPTO DEL DERECHO EN KANT, Ediciones U.N.A.M., México 1959.

Monod Jaques, EL AZAR Y LA NECESIDAD.

Marx Carlos, EL CAPITAL, Tomo II.

Novoa Monreal Eduardo, EL DERECHO COMO OBSTACULO AL CAMBIO SOCIAL, Editorial Siglo XXI, México 1975.

Ortega y Gasset José, EL HOMBRE Y LA GENTE, Espasa-Calpe S.A. Madrid 1972.

Platón, DIALOGOS DE PLATON, Editora Nacional. México 1973.

Pallares Eduardo, EL PROCEDIMIENTO INQUISITORIAL, Ediciones U.N.A.M., México 1951.

Porte Petit Candaucaup Celestino, DOGMATICA JURIDICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL, Editorial Porrúa, México 1978.

Quiroz Cuaron Alfonso, LA PENA DE MUERTE EN MEXICO, Ediciones Botas S.A., México 1962.

Russell Bertrand, RELIGION Y CIENCIA, 1872-1970, Fondo de Cultura Económica, México 1985.

Recasens Siches Luis, TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Porrúa, México 1975.

Rousseau Juan Jacobo, EL CONTENIDO SOCIAL, Ediciones J.N.A.M. México 1982.

Rojas Nerio, MEDICINA LEGAL, Editorial Porrúa, México 1970.

Roxin Claus, PROBLEMAS BASICOS DEL DERECHO PENAL.

Soustello Jaques, LA VIDA COTIDIANA DE LOS AZTECAS EN VISPERAS DE LA CONQUISTA, Traducción de Carlos Villegas, Fondo de Cultura Económica, México 1974.

Taide Gabriel, LA FILOSOFIA PENAL.

Toulat Jean, EL ABORTE, CRIMEN O LIBERACION.

Unamuno Miguel de, DEL SENTIMIENTO TRAGICO DE LA VIDA. EN LOS HOMBRES Y LOS PUEBLOS, Espasa-Calpe Mexicana, Coleccion Austral, México 1982.

Villoro Toranzo Miguel, LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Porrúa, México 1973.

Villalobos Ignacio, DERECHO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, México 1985.

Voltaire, PRINCIPIO DE JUSTICIA Y DE HUMANIDAD.

W.J. Jackson, DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAGOLA, Editorial Cumbre, México 1974.

LEGISLACION CONSULTADA.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 1917, Editorial Porrúa, México 1972.

CODIGO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, Mexico 1992.

NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE INDIAS, Editorial Imprenta de la Publicidad, España 1950.

RECOPIACION DE LAS LEYES DE LOS REINOS INDIAS. Editorial Antonio Baibae, España 1976.

CODIGO DE LAS SIETE PARTIDAS. Editorial Imprenta de la Publicidad, España 1948.

CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS DE Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacan, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.