



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGÓN"

257
91

112

"ANÁLISIS JUSFILOSOFICO DE LA PENA
DE MUERTE"

T E S I S

Para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

ELBA LETICIA MACÍAS LUNA

ASESOR: LIC. MARTHA SALAZAR LÓPEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Edo. de México, 1996

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

Dedico el presente trabajo a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
por ser aquella meta que todo estudiante
desea alcanzar y, además, por la gran
responsabilidad que implica ser un egresado
de tan reconocida Casa de Estudios.

A la ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ARAGON, por los
inolvidables momentos que tuve en
mi desarrollo, tanto académico
como social.

A mi MAMI, por ser simplemente quien es,
y por ser la única persona a quien en
realidad le debo el logro de una carrera...

G R A C I A S

A mis hermanos: Hugo, Beto, Norma,
Paco, Charly, Rubén, Toño y Poncho
por ser mi familia, toda mi gran
familia.

A mis niños: Israel, Carlitos, Marlene y Max,
que no sirve palabra alguna para intentar definir
mi cariño por ellos.

A mis cuñados: Marina, Felipe,
Dafne y Teresa que, representan
la estabilidad y felicidad de
mis hermanos.

A HUMBERTO MACIAS ROSAS que,
aún muerto, su recuerdo no envejece y
que a pesar de su ausencia material,
esto no implica olvidar que, un día
existió alguien a quien llamé " Papá ".

A mi asesora, por su comprensión
y ayuda en la realización de mi
tesis. Gracias Liceaciada Martha.

I N D I C E

INTRODUCCION

1. PANORAMICA HISTORICA DE LA PENA DE MUERTE

1.1 EPOCA ANTIGUA

A) China	7
B) India	8
C) Egipto	9
D) Babilonia	9
E) Israel	10
F) Roma	12
G) Aztecas	14
H) Incas	14

1.2 EDAD MEDIA

A) Legislación Penal Germánica	15
B) Derecho Penal Canónico	16
C) Legislación Penal Española	18

1.3 EPOCA MODERNA

1.4 EPOCA ACTUAL

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA PENA MUERTE	
2.1 DIVERSOS CONCEPTOS DE LA PENA DE MUERTE	31
2.2 LA PENA DE MUERTE COMO SANCION JURIDICA	
A) Clasificación de las Sanciones	38
B) Clasificación de las Penas	49
2.3 LA PENA DE MUERTE Y LAS TEORIAS PENALES MODERNAS	
2.3.1 TEORIA DE LA INTIMIDACION	
A) La Prevención mediante la Concepción Psicológica, según Feuerbach	58
B) Intimidación, Prevención y Peligrosidad en la obra de Romagnosi	59
2.3.2 TEORIA RETRIBUTIVA	
A) Retribución Moral	62
B) Retribución Jurídica	63
2.3.3 TEORIA CORRECCIONALISTA	65
2.4 LA PENA DE MUERTE Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CAMPO AXIOLOGICO JURIDICO	
2.4.1 LA SEGURIDAD JURIDICA Y EL BIEN COMUN	
A) Seguridad Jurídica	71
B) Bien Común	75
2.4.2 LA JUSTICIA COMO FIN DEL DERECHO	78

3. PRINCIPALES ASPECTOS JUSFILOSOFICOS DE LA PENA DE LUERTE	
3.1 DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL: LA VIDA	83
3.2 LOS DERECHOS HUMANOS Y SU TUTELA INTERNACIONAL ...	92
3.3 LA PROBLEMÁTICA ÉTICA DE LA PENA DE LUERTE	
3.3.1 EL BIEN RACIONAL COMO FIN ÉTICO	102
3.3.2 LA SUPERIORIDAD DEL BIEN SOCIAL SOBRE EL BIEN INDIVIDUAL	105
3.4 JUSTIFICACION E INJUSTIFICACION DE LA PENA DE LUERTE	
A) Argumentos a Favor (JUSTIFICACION) de la Pena de Luerte	110
B) Argumentos en contra (INJUSTIFICACION) de la Pena de Luerte	113
3.5 EL DERECHO DE GRACIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD	
A) Derecho de Gracia	116
B) Principio de Humanidad	118
-ANÁLISIS PERSONAL.....	119
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

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

La fundamentación tradicional a toda implementación normativa, ha sido de alguna manera, la "defensa de los intereses comunes"; sin embargo, la misma historia ha denotado que, esos intereses no siempre fueron comunes, es decir, de tutela general o pública, sino que, continuamente, ésta faceta proteccionista de la norma jurídica vea, únicamente, por un beneficio de sentido parcialista y con ello, injusto; manifestándose así la división de clases o, la importancia que tiene, en algunas civilizaciones, la trascendencia de una ideología predominante.

En algunas épocas de la historia humana, se percibe una frialdad, un rigor y, en repetidas ocasiones, una llana arbitrariedad en la ejecución de los preceptos punitivos. Llámese ignorancia, religión, poder, etc., hacea de la pena máxima una "fuerza" que todo lo resuelve o purifica. Sin embargo la pena de muerte hasta su momento, no ha sido estudiada o contemplada en forma más abierta o con un criterio más amplio, pues a lo largo de su trayectoria, se ha ganado partidarios inquebrantables así como enemigos que la tachan por cualquier vía. De ahí la explicación que surge por tratar de partir desde su nacimiento, desde su raíz como consecuencia jurídica, como sanción penal, es decir, como el resultado típico-afflictivo a la violación de un precepto. Además, de la importancia como figura represiva - en casos, necesaria - de lo que se protege, desde un punto de vista más profundo, co-

mo lo es el campo de la Axiología Jurídica; resguardo de valores que van desde la Justicia, la Seguridad Jurídica hasta el Bien Común.

Contemplamos también, el tratamiento doctrinal que se le hace a la pena, como figura intimidante, retributiva o correccional, es decir, hablamos de las "Teorías de la pena", que buscan acercar la ejecución con la explicación de la misma, todo ello pensando en su razón teleológica.

Se analiza además, el significado del término VIDA, en su sentido jurídico-filosófico, siempre como causa generadora o primaria de posibles potestades, de su ejercicio. Asimismo, de la tutela que existe a nivel internacional como derecho humano fundamental.

Hablamos subsecuentemente, del objeto de la existencia y convivencia humana, conocido como Bien Racional o Superación Integral. Desmembrándose para ello, dos intereses de naturaleza complementaria pero distinta, llámese a ellos Bien Individual y Bien Social que cuya jerarquía, de uno sobre otro, se interpreta en base a la finalidad pública del Derecho.

Por último; estudiosos de la pena máxima -conservadores y abolicionistas- expresan sus razones más convincentes, para fundamentar su empleo o erradicación.

Concluimos la presente investigación, con el análisis del Principio de Humanidad y el Derecho de Gracia que se pretenden imprescindibles, en la ejecución -siempre cuestionable- de la PENA DE MUERTE.

CAPITULO I

PANORAMICA HISTORICA DE LA PENA DE MUERTE

1.1 EPOCA ANTIGUA

" La pena de muerte es la más antigua de todas, nació con la vida humana misma y en tanto y cuanto un hombre ofendió pretendió quitársela a su ofensor". (1)

La historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad, es por ello, que ante una ofensa el hombre, -- desde sus inicios reaccionara castigando a su ofensor con la supresión del bien supremo y más valioso: LA VIDA.

Las prácticas punitivas a lo largo de la historia responden a un motivo específico: "que el delito cometido no quede impune, no pase inadvertido", ya que la ofensa existe y la medida es que ésta sea saldada la encontramos en: la Venganza Privada o de Sangre, la Ley del Talián, la Composición, la Venganza Divina y la Venganza Pública; figuras que aparecen desde los pueblos más antiguos, hasta lo que hoy se conocen como grandes civilizaciones.

(1) ARGIBAY MOLINA, José P. Derecho Penal. Buenos Aires. -- Ediar S.A. Editora Comercial... 1972. Pág. 159.

La pena capital siempre se ha dado y su medida se denota en la propia historia.

Antes de exponer la legislación penal de los pueblos más relevantes, es necesario, entender en que consisten las figuras ya mencionadas, para que en su manejo posterior no impli que desconcierte o duda alguna.

a) Venganza Privada o de Sangre. Cabe señalar como premisa que, numerosos estudios han permitido establecer que el hombre primitivo, actuando por instinto propio-natural, responde ante una agresión cualquiera con una mecánica de "Defensa-Ofensa", misma que constituyó el primer período histórico, en el que aparece la denominada Venganza Privada o de Sangre; de ahí la justificación que hace Verri: "Todo organismo que se siente en presencia de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo al par. El animal responde al ataque con el ataque; el hombre primitivo, el niño resuelve la ofensa con reacciones puramente animales". (2)

La privación de una vida humana es, en este período, la forma más común de reparar un daño causado, ya físico o moral; excentrándose una indeterminación tanto en delitos, como en las penas respectivas. Por ello varios tratadistas le llaman "Período Bárbaro", donde se impone la "ley del más fuerte". Es lógico pensar que al no haber una autoridad que protegiese los derechos comunes, los hombres primitivos recurrieran a sus instintos haciéndose justicia por propia mano

(2) CARRANZA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 11a Edición. México. El Porrú. 1983. Pág. 91.

y en el grado que consideraran, como lo menciona un autor en su obra: "Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia, o cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo..." (3)

b) Ley del Talión. Por fortuna, dicha situación no permanece estable, ya que posteriormente, por cuestiones de defensa del grupo o familia, habría de limitarse el castigo, conociéndose el Talión y la Composición. Se considera un avance en el campo penal, porque anteriormente un agravio, un delito se castigaba en forma ilimitada; es decir, que no había una reciprocidad entre el daño ocasionado y la punibilidad de éste, y es aquí donde aparece la llamada "Ley del Talión, de talis -el mismo o semejante-", de tal forma que, del daño causado dependía la sanción respectiva. Así tenemos que, -- "ojo por ojo, diente por diente" en la pena capital, según nuestro criterio, correspondería a delitos en donde se hubiera suprimido una vida humana.

"El ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, etc., señalé un progreso con respecto a las etapas anteriores; -- pues revela que existe ya un sentido de proporcionalidad de la pena, al limitar la extensión de la venganza, impidiendo que el daño sea a menudo ilimitado y frecuentemente mayor -- que el que lo motiva". (4)

(3) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 4a Edición. México. Ed. Porrúa. 1983. Pág. 25.

(4) FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. 12a Edición. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot. 1991. Pág. 39.

Encontramos dos conceptos unidos para esta figura: limitación y proporcionalidad, es decir, la pena capital no se daría en forma ilimitada, desmedida, como castigo a cualquier acto agravante, sino en aquellas casos del que, como se había dicho, resultare un homicidio; la pena de muerte seguiría subsistiendo, pero su aplicación se reduciría, siendo de algún modo un progreso notable.

c) La Composición. Esta figura es sin duda importante; reconoció la posibilidad de reemplazar la pena a través de una compensación de carácter económico al ofendido u ofendidos.

Sin embargo, tuvo también sus limitaciones, ya que había ocasiones en las que no se permitía su aplicación (traición, adulterio) recurriendo, de nueva cuenta, a la venganza privada o el talión.

La composición aún con sus limitantes, representa también un progreso en las prácticas punitivas. Existe entonces la oportunidad de sustituir su castigo, por una entrega de bienes patrimoniales a la víctima o víctimas respectivas.

La composición tuvo tanto surge, que pasó de ser voluntaria a obligatoria: "La composición que en un principio era voluntaria se convirtió en obligatoria y legal posteriormente evitándose así múltiples e inútiles luchas originadas por la venganza privada". (5)

(5) PAVON VASCONCELOS, Wco. Manual de Derecho Penal Mexicano. México. Ed. Porrúa. 1984. Pág. 51.

d) Venganza Divina; dicha denominación tiene su origen, en la existencia de un ofendido diverso al directo (víctima) y al indirecto (familia o grupo), siendo este tercero el más importante de todos: La Divinidad; así tenemos que: "... los conceptos de derecho y religión se funden en uno solo y así el delito, más que una ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad..." (6)

"Las grupos se organizaron teocráticamente y por razón natural los directores de estos grupos tomaron en sus manos la represión, en nombre de los seres superiores de quienes recibían la autoridad. Se compuso una filosofía que descansaba en el supuesto de que, ofendida la divinidad por el atentado cometido contra el grupo bajo su protección o contra cualquiera de sus componentes, era preciso desagruvarla por medio de un sacrificio suplicatorio, de un supplicium, generalizándose, entonces tal especie de venganza, en nombre de sus divinidades ofendidas como explicación, justificación y fin de las medidas penales". (7)

La pena se torna opcional y con ella desmedida, de ahí, siendo lógicas, las repercusiones tan trascendentales que --trajo consigo la aplicación de esta figura; la pena que se traduce en un supplicio tiene un objetivo: "berrar el ultraje a la divinidad, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa..." (8)

(6) IDEN.

(7) VILLALOBOS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 27.

(8) PAVON VASCONCELOS, Pce. Ob. Cit. Pág. 51.

e) Por último, mencionaremos a la Venganza Pública, entendida ésta como el castigo impuesto por la autoridad que reconoce un grupo consolidado políticamente, justificando su actividad mencionada en la preservación de la paz pública.

El derecho de castigar se manifiesta como una facultad exclusiva de la autoridad latente, por tanto, dicho poder repressivo tiende a ser ilimitado e inguato; es decir, el término "justicia" diverge en la realidad social. "Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia; los jueces y los tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no les pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando". (9)

Una vez terminado el análisis de las figuras que, caracterizaron la legislación penal en la historia, es conveniente mencionar los pueblos en los cuales, tuvo relevancia su aplicación y que de alguna forma, justificaron la presencia de la pena capital en ellos.

(9) IBIDEM. Pág. 54.

Civilizaciones de la Antigüedad: Datan de ésta época las legislaciones China, Hindú, Egipcio, Babilónica, Hebrea, Romana, Azteca e Inca, como las más importantes.

A) China, donde "... la historia más remota se confunde con la leyenda..." (10) Su legislación penal se basa en el principio de las "Cinco Penas", en las que se dejan sentir la venganza divina acompañada, posteriormente, por la venganza pública.

"Dentro de las Cinco Penas, se reconocen los delitos de homicidio, penado con la muerte, el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con la amputación de la nariz y los delitos menores con marca en la frente. Con posterioridad se conocieron penas más crueles, tales como abrazar una columna de hierro candente y especialmente, la extensión del castigo a la familia del autor". (11) "Un ejemplo de lo anterior, se deja sentir en el siguiente texto: "... cualquiera que atente contra las Instituciones del Estado o de la Casa Imperial o todas aquellas que resulten partícipes en el delito, sin distinción de autor principal o cómplices, serán condenados a muerte lenta y dolorosa. El abuelo, el padre, el hijo, el nieto, los hermanos mayores o menores y todas las que cohabiten con el delincuente, sin tener en cuenta enfermedad alguna, serán decapitados..." (12)

(10) ZAPPARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Reimpresión. México. Górdenas Editor y Distribuidor. 1991. Pág. 143.

(11) IDEM.

(12) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit. Pág. 99.

"La presencia de la pena de muerte es ineludible, así como el carácter extensivo de la misma; sin embargo, hubo lapsos en que se abolió, como fue en el siglo VII. Ya hacia el siglo X se dispuso que, en ninguna provincia podía ejecutarse la pena de muerte sin el "cúmplase" del Emperador". (13)

Lo anterior hace entender que, aún con modificaciones posteriores, siguieron subsistentes las "Cinco Penas" y entre ellas por excelencia, la "pena capital".

B) La India, pueblo evidentemente teocrático, quien refleja en el libro • Código Manú sus preceptos penales. Para éste Código, la pena cumplía una función eminentemente moral, porque purificaba al que la soportaba, "... la facultad de pensar era divina y lo ejercía la autoridad terrena por delegación del Brahma..." (14) Por lo tanto, éste texto legal, tiende a manifestarse como resultado de una venganza divina que, busca expiar la culpa del infractor. "El pueblo hindú es característico por su marcada jerarquización social y las ventajas que la misma producía; se llegaba al grado de eximir a aquél hombre de casta superior, considerado como brahmán, quien podía cometer impunemente cualquier hecho". (15)

Tal situación, no se presentaba en los menos agraciados; la legislación Manú tenía penas muy severas para los criminales llegando, hasta su exterminio en forma de sacrificios y, de este modo, darle satisfacción a la divinidad para que, --

(13) ZAVARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 143.

(14) IDEM.

(15) IBIDEM. Pág. 144.

reinasen, nuevamente, la prosperidad y bienestar en la sociedad que la había ofendido. La justificación del castigo se encuentra en el mismo código hindú: "Para ayudar al rey en sus funciones el Señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de todas las cosas, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya esencia es enteramente divina"; por lo que su aceptación, no es punto de debate en una civilización tan "altamente religiosa" como la hindú.

C) Egipto, civilización que comprende también, una organización de carácter teocrático; "... las conductas más graves eran aquellas que afectaban a la religión o al faraón penadas con la muerte y, que podía ser simple o calificada (con tortura), por herida, crucifixión, decapitación, etc.

La venganza divina se hace presente en dicho pueblo, ya que, su derecho penal tenía un nudo cierto ético-religioso, puesto que las más graves penas eran las de maldición, consistentes en invocaciones a los distintos dioses, que descargaban las más trascendentales calamidades sobre el ofensor irrespetuoso". (16) Es necesario hacer notar que, más tarde se reemplazó la pena de muerte por la amputación de la nariz y luego se optó por la relegación.

D) Babilonia, "... hablar de ella es hablar del Código -- del rey Hammurabi, donde se expresan preceptos tanto en el ámbito penal, como en el civil. La ley del talión, es característica de los textos penales contenidos en dicho código,

(16) IDEM.

aunque también se reconoció la figura de la composición que, sólo fue admitida en delitos de orden patrimonial. Tenemos sentencias que, sus disposiciones eran un tanto drásticas y de aplicación inmediata: el ladrón que era sorprendido cometiendo efracción de muros era muerto y emparedado, el que cometía hurto calamiteoso aprovechando el incendio era echado a las llamas, la que cometía adulterio era arrojada al río con las manos atadas. El principio talional campeaba en toda esta legislación: se devolvía lesión por lesión y muerte por muerte". (17)

El carácter retributivo y, en ocasiones, el carácter extensivo de la pena pretende una compensación perfecta:

"... si un maestro de obra construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte a aquél maestro; y si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obra..." (18)

E) En lo que respecta al derecho penal hebreo, éste se encuentra establecido en el "Pentateuco", conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento; en él se da una gran influencia babilónica por el carácter talional de las penas previstas, justificadas en la base teocrática del pueblo israelí.

"La pena de muerte reconoció varias formas: horca, cruz, sierra, fuego, lapidación, espada, ahogamiento, rueda, decuartizamiento, fieras, flechas, martirio con espinas, pino-

(17) IDEM.

(18) GARRANCA Y PUJILLO, R.úl. Ob. Cit. Pág. 93.

tes de bestias, despeñamiento, etc. Se conocían otras penas como prisión, excomunión, privación de sepultura y multa y, en algunos casos no graves se permitía la composición, que requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso. En torno a los primeros mandamientos se elaboraron delitos contra la religión, que comprendía por ejemplo la hechicería y la blasfemia; en cuanto a los mandamientos de guardar el sábado y de honrar a los padres, su violación fue penada con muerte. El talión se hacía presente una vez más en el homicidio, como violación al quinto mandamiento; el adulterio se penaba con la muerte, al igual que el incesto; el que se introducía en heredad ajena podía ser legítimamente rechazado y muerto". (19) Como hemos visto, la aplicación de la pena capital, dentro de la legislación mexicana, es muy común.

El talión halla su fundamento en el siguiente texto bíblico, que dice:

" El que golpee a su prójimo de modo que le deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá retura por retura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro" (Levítico XXIV, 19, 20).

(19) ZAPPARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Págs. 144-145.

W) El pueblo romano es, sin duda, cuna del derecho en general; por ello no escapa a su obra el conocimiento e implementación de normas y conceptos en el ámbito penal.

Dentro de los avances que se le reconocen al Derecho Romano, tenemos que, precisa con exactitud la diferencia entre delitos públicos y privados (crimina publica y delicta privata), con posterioridad a las Leyes de las Doce Tablas que regirieron los sistemas talional y de composición.

"Ya en las Doce Tablas se habla del delito de traición, que sirvió como cimiento a los delitos de lesa majestad considerados como "perduellio". Esta institución, era la acción más grave entre las formas de delitos cometidos contra el -- Estado; comprendía las actividades que atentaban contra la seguridad y permanencia del mismo, de ahí que su castigo radicara en la pena máxima, la pérdida de la vida. A la par de esta figura, aparece el parricidium, que no es la muerte del padre, sino del "pater", es decir del jefe de la "gens", del que era considerado "hombre libre". De allí que los delitos públicos eran tanto los delitos contra los hombres libres -- (pero en los que el Estado tenía un interés en su persecución) y los delitos contra el Estado mismo". (20)

Ambos delitos son importantes en cuanto a su análisis, -- porque pretenden justificar en su gravedad pública la imposición de la pena capital.

"En cuanto a los delitos de orden privado, sólo causaban daño a los particulares y sólo éstos podían iniciar la perse-

(20) IBIDEM. Pág. 149.

cución. El castigo de estos delitos privados va desde la ven-
ganza privada, ley del talión, composición voluntaria, hasta
llegar a la fijación de una pena estatuida por la ley". (21)

La punibilidad romana, para delitos privados, denota la
 gran veracidad con que es tratado el hecho delictuoso, ya --
 que el castigo proviene, en cierta forma, de la voluntad per-
 sonal del ofendido, autorizada y respaldada por la fuerza pú-
 blica.

"En cuanto a los procedimientos de ejecución capital, es-
 tos fueron diversas; entre ellos se contempló la crucifixión
 para los esclavos; el culleus, para los parricidas (procedi-
 miento que se basa en la creencia de la virtud purificadora
 del agua); la hoguera, en los casos de incendio doloso; la
 damnatio ad bestias, para los condenados famosos por sus he-
 chos e antecedentes (esta pena consistía en atar al condena-
 do y entregarlo a las fieras como diversión popular); la de-
 capitación, inicialmente aplicada con un hacha y, que más
 tarde fue sustituida por la espada (de esta pena "poena capi-
 tis" viene el nombre de PENA CAPITAL); además, se emplearon
 otras formas como la estrangulación y la muerte por hambre,
 aplicadas secretamente en la prisión". (22)

-
- (21) VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano. 5ª Edición. Méxi-
 co. Ed. Porrúa. 1980. Pág. 387.
- (22) GUELLO CALON, Eugenio. La Moderna Penología. Reimpre-
 sión. Barcelona. Bosch Casa Editorial. 1974. Pág. 177.

G) Pasando el análisis de las culturas más desarrolladas en nuestra América, tenemos como primer punto a la "Azteca".

Dentro de la legislación penal, encontramos que ésta se caracteriza por ser sumamente dura y de una ética inflexible.

"Se habla del Código de Netzahuacoyotl que, tenía penas severísimas justificadas en la venganza y el talión; la pena de muerte se halla latente en esta legislación, siendo de -- sus formas de ejecución: la lapidación, estrangulación y decapitación. Además, podemos mencionar su rigor con los prisioneros de guerra, lo que llevó a afirmar la existencia de sacrificios humanos". (23)

H) El Incanato, organización social de base teocrática; resulta ser de igual forma, una cultura de gran desarrollo a la llegada del europeo. "Es en su fondo religioso donde se fundamenta como delitos de mayor gravedad aquellos que afectaban la intangibilidad del Inca; las relaciones con su mujer llegaron a originar una responsabilidad extensiva, ya -- que se penaba arrestando también al pueblo al que pertenecía el autor.

La severidad de su ley penal se deriva de su carácter gurgurero; sin embargo, denota flexibilidad en cuanto a la distinción que hace entre nobles y plebeyos, siendo más benigna para los primeros". (24) Las penas corporales se hacen presentes en esta legislación por el carácter ofensivo hacia la divinidad; siendo éstas, el único medio para reparar las fal

(23) ZAPPARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 140.

(24) IDEM.

tas en que el hombre irreverente, pudiese haber incurrido.

De tal modo, la pena capital halla su justificación nuevamente, en la venganza divina.

1.2 EDAD MEDIA

A) En primer término ubicamos a la legislación penal germánica; de corte inicialmente individualista y posteriormente de carácter público.

"La esencia privatista de dicho pueblo, derivó de su naturaleza guerrera, en donde la paz, era vista como el derecho y el orden". (25) Por consiguiente, la violación de dicha "paz", representaba la ruptura de la misma, que se clasificaba en total y parcial (según se tratara de delitos públicos o privados). "En los casos de ofensa pública el culpable podía ser matado por cualquiera; si lo hacía el poder público, tenía carácter de expiación religiosa, cuando se trataba de delitos privados se producía la "faida" (el estado de enemistad), no sólo contra el ofensor, sino contra la "sippe", formada por la familia a la que pertenecía". (26)

La venganza de sangre se hace presente en los delitos de orden privado, por ello, la pena aparece de nueva cuenta de medida y cruel, no es tan sólo una opción, sino un deber reconocido.

"La pena capital, como en otras civilizaciones, revistió varias formas; entre ellas, tenemos por ejemplo que, los --

(25) IBIDEM. Pág. 150.

(26) FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 44.

traidores y desertores eran colgados a los árboles, los cobardes y los homosexuales eran ahogados en lagunas pantanosas; se aplicó la lapidación a los ladrones de caballos y la cremación a las brujas". (27) Todo ello por citar algunos castigos que visualizan la punibilidad en la sociedad germana. Mencionamos en un principio que, el derecho penal germánico se torna público posteriormente, porque se dá una consolidación política; ahora, es el Estado el que se vuelve tutor de la paz o el derecho, y con ello surgen grandes cambios que lo afirman: "... se limita la venganza privada y se ubica la composición, ya no como una figura opcional, sino obligatoria. El poder público asume la punición; dejando a los particulares sólo el resarcimiento del daño..." (28)

B) El Derecho Penal Canónico muestra el parámetro religioso que impregna e identifica la época en sí; de ahí la trascendencia para nuestro estudio.

El Derecho Penal Canónico se formó de varias fuentes; tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privde de los germanos, cuya labor quedó plasmada en el *Codex Juris Canonici* hacia el siglo XV.

Varios tratadistas, han manifestado la confusión que se dió en cuanto a los conceptos de delito y pecado, y por otro lado, el de pena o penitencia. La fuerza que toma la Iglesia es evidente y, ésta se deja sentir en su esfera desmedida de atribuciones; la tutela eclesiástica halla su justificación

(27) CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. Pág. 178.

(28) PONTAN PALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 45.

en la venganza divina, en la ofensa a "Dios", por el pecado o delito consumado, "... de aquí, las formas excesivas de expiación y penitencia y el concepto retributivo de la merced - pena..." (29)

"En esta etapa, se sustituye el procedimiento acusatorio por inquisitorial, considerándose a la "confesión" como reina de las pruebas. Además, dicha legislación, tuvo el mérito de introducir la prisión, mediante reclusión en celdas monásticas y, de ahí proviene el nombre de penitenciaría, usado hasta hoy". (30)

El carácter inhumano de las penas, se hace latente a lo largo de toda esta época y parte de la siguiente. Personas, muchas veces inocentes ven con horror el destino que les depara un juicio inquisitorial, en donde las confesiones o revelaciones eran obtenidas tras un largo suplicio; de ahí el comentario de que la tortura era una "cuestión preparatoria" durante la instrucción y, una "cuestión previa" antes de la ejecución. La crueldad de la mente humana halla su momento y se manifiesta en las técnicas variadas de tortura con que se contaba, para obtener confesiones elaboradas que, a fin de cuentas el dolor terminaba por aceptar. Siendo todo ésto, -- sólo lo antesala del suplicio final: la muerte; en hogueras, por ahogamiento, descuartizamiento, horca, decapitación, -- etc., siempre con la idea de purificar al pecador ante los ojos del Señor, que había ofendido con su conducta, por lo común ficta a nuestro criterio.

(29) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit. Pág. 97.

(30) ZAPPARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit. Pág. 151.

Las autoridades de corte elitista, autocrático, ven en la iglesia, el medio de control social más cómodo y efectivo su bordinando siempre, el derecho y la justicia a sus intereses personales. La intimidación logra su objetivo en las masas que, horrorizadas presencian la constante violación de todo derecho; suplicios y penas trascendentales marcan el temor más que a Dios, a sus representantes.

C) La legislación penal española, no escapa a la tajante división que existía en las clases sociales de la época; dejando siempre a la Iglesia y al Estado (monárquico), la puni bilidad de los actos que, llegaran a constituir una ofensa o transgresión, para alguna de estas dos entidades de alto nivel social.

En lo que respecta a sus ordenamientos, se reconoció dentro de las penas o castigos, la pena de muerte o pena capital, con el mismo carácter injusto e inhumano.

Un ejemplo de lo anterior se denota en un texto que cita el Maestro Fontan Balestra:

"Hay una gran anarquía en las penas: reaparecen la horca, la lapidación, el despeñamiento y la muerte en hoguera, que se aplican para el hurto y aún para las deudas comunes, mientras que en algunos fueros el homicidio, es simplemente reprimido con pena de multa; pero si la multa no podía ser pagada, la pena es de muerte. En lo procesal, se aceptan los juicios de Dios; la prueba del fuego, la del agua caliente, etc.,... -fueros locales- ". (31)

(31) IBIDEM. Pág. 49.

Otro ejemplo lo encontramos en ordenamientos posteriores, como en las "Siete Partidas", que además de acotar las penas mencionadas, prescribe la crucifixión y el abandono a las -- bestias.

La venganza pública y divina, se complementan y se unen para resguardar un orden, que se basa en la intimidación y la constante conveniencia; combinación que perduró y tracendió en el tiempo.

1.3 EPOCA MODERNA

La ruptura que sufre la historia, la tenemos precisamente en esta etapa de transición y de progreso que, sublevó las ideas reprimidas para concretar un nuevo panorama con derechos y, más que nada, la consideración y respeto a esos derechos no superfluos, simplemente necesarios que, antiguamente quizá no se alcanzaban a entender o "entendiéndose" se utilizaban en beneficio de unos cuantos, sin medir las consecuencias tan radicales que esto ocasionaba en la propia historia, un retroceso.

De la obscuridad a la luz, de la indiferencia al respeto social-moral, hubo varios movimientos, el valor de la razón y de la real "justicia", habría de recorrer un largo camino para imponerse, labor que no puede escapar a nuestro análisis, porque data, de una reforma a nivel general, tratando de humanizar todo campo, todo aspecto, reconociéndose derechos, codificándolos y con ello, visualizar el derrumbamien-

to de una filosofía hueca para el ámbito racional moderno.

El orden medieval persiste a principios y mediados de época, un ejemplo de ello lo es "La Carolina", legislación que como premisa denota la intimidación y prepotencia costumbradas. La Constitutio Criminalis Carolina u Ordenanza de Justicia Penal, muestra las mismas anomalías en que cuen sus antecesoras; la arbitrariedad en el tratamiento de los procesos penales, así como la crueldad excesiva en la aplicación de penas trascendentales, impreña sus disposiciones.

El contraste social se hace latente y se materializa una vez más en La Carolina que, la ubica como un ordenamiento de sanción común.

"... Si bien La Carolina no podía ser impuesta por el Emperador a los señores en sus Estados, lo cierto es que prácticamente fue la base del derecho penal común alemán". (32)

Se ocupaba de la blasfemia, el perjurio, la hechicería, la difamación, falsificación y falsedades, estafa, prevaricato, sodomía, incesto, seducción, violación, bigamia, lenocinio, traición, incendio, robo, sedición, violencia privada, etc. "En cuanto a las penas, están en relación con las costumbres y el espíritu de los tiempos. El fuego, la espada, el desacortizamiento, la rueda, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente, el destierro, la flagelación; de ahí los medios por los cuales en el siglo XVI se quería demostrar amor a la justicia,

(32) IRIDEN. F.ºg. 153.

inspirar miedo: en una palabra, hacer triunfar el interés -- general..." (33)

Expuesto lo anterior, el panorama visible constituía una mera continuidad del orden medieval.

La mayoría de los países contaban con el mismo sistema ab solutista, es decir, un monarca déspota e inconsciente, cuya voluntad se imponía a todo criterio por más lógico y razonable que éste fuera, suprimiendo a aquellos que osaran contra venir sus disposiciones, derivadas de la conveniencia e intimidación, resguardando siempre el perfil elitista del Estado tirano.

Es, asimismo, dicha situación la que impulsó la ruptura tan necesaria en el curso de la historia, ubicando a la razón en el lugar que le corresponde, manifestándose el hombre exhausto de abusos y negure de su naturaleza.

"... El arbitrio immoderado suele ser la antesala de la arbitrariedad y ésta es siempre el auxiliar más complaciente de los tiranos, por lo que se comprende en que forma se agravaron los abusos de todo género o que se pudo llegar bajo -- los regimenes autocráticos; y si a esto se agrega la irritante desigualdad entre las clases sociales, que se reflejaba eminentemente en la penalidad, se encontrará un campo demasiado abonado para la hermosa y potente floración que, como justa reacción inició la reforma y se desbordó luego violentamente en una revolución..." (34)

(33) IDEM.

(34) VILLALOROS, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 29.

El "desenlace revolucionario" encuentra su nacimiento en tantos y tantos filósofos, cuyos pensamientos formaban una corriente caudalosa en contra de los rigores inhumanos y en pre de la racionalización de los sistemas penales; aportaciones ideológicas para una estructuración jurídica que tomó -- cuerpo en la gran "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

"... iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por el "despertar intelectual y libertario", el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia la total reforma penal..." (35)

El respeto a la integridad tanto física como moral, abre una nueva perspectiva en el estudio y cuestionamiento de las penas y, dentro de ellas, la razón de nuestro análisis: la pena de muerte.

El debate en cuanto a su justificación e injustificación, se le debe en sí, a " Dei delitti e delle pene ", publicado por primera vez en 1764. Su autor Cesare Beccaria, plasmó una ideología abierta; en la que se levanta en contra del sistema penal de la época: "... expone ideas críticas y reestructurativas, lanza un anatema contra la pena de muerte, contra las torturas y los procedimientos inquisitivos y exige mayor respeto por los derechos del hombre en los juicios criminales..." (36)

(35) PAVON VASCONCELOS, Fco. Ob. Cit. Pág. 56.

(36) PONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 53.

Dice Peasina: "... la aparición del libro Dei delitti e delle pene, no fue un momento en la historia de la ciencia; sino el anuncio de una revolución; más aún, la revolución -- misma la cual antes de atacar a la autoridad en su fundamento, la combatía en sus excesos, que son más visibles..."(37)

Beccaria pensaba que, la justicia humana era muy distinta de la divina, y que el derecho penal nada tenía que ver con ésta última; pugnaba por la prevención de los delitos más -- que la represión de los mismos; el análisis crítico y humanitario permitió una amplia difusión de sus ideas en el ámbito doctrinario y, posteriormente, en el práctico.

Simultáneamente con Beccaria, Jhon Howard, en Inglaterra, tras dolorosa experiencia vivida en las prisiones de los piratas, dedicó su existencia a hacer lo que se ha llamado la "geografía del dolor", a inspeccionar y describir las prisiones inglesas y posteriormente las continentales; experiencias y trabajos filantrópicos dieron a conocer lo inhumano de los tratamientos carcelarios de la época, y con él, sumó su esfuerzo al respeto de la dignidad humana, aún para -- los reclusos, postulando mejoras, dando las bases para un nuevo régimen carcelario.

Beccaria y Howard centraron la atención pública, ya que sus críticas y propuestas vislumbraban el camino que se generaba a torrentes.

(37) IDEM.

"Montesquieu y Rousseau dieron el impulso político que, -- permitió la aplicación práctica de estos principios y sostuvieron ellos también la necesidad de la reforma. El primero, en *El Espíritu de las Leyes*, lucha por la proporcionalidad de las penas; sostiene que el resorte punitivo del Estado se debilita al aplicar la pena de muerte por igual a los delitos más graves y a los más leves, agregando que tal procedimiento crea desorientación en la apreciación de la gravedad de las infracciones. Rousseau, sostiene la necesidad de absoluta independencia entre la política y el derecho". (38)

La reforma, por tanto, es inevitable; así los abusos y -- excesos medievales, la tortura y el sadismo injustificado en el carácter punitivo presencian su derrumbamiento, al desencadenarse la Revolución Francesa de 1789.

Principios como "la igualdad de la pena", la "existencia de una ley con anterioridad al hecho delictuoso", etc., fundamentan la justicia y el respeto a la integridad humana, -- marco que favoreció hondamente, al cuestionamiento de la pena máxima por su antecedente medieval.

1.4. EPOCA ACTUAL

Los siglos XIX y XX vienen a constituir la consecuencia lógica, en cierta forma, de los movimientos humanistas iniciados --abiertamente-- por la crítica de Beccaria.

"Beccaria no escribió una obra orgánica de Derecho penal

(38) IDEM.

ni hizo el estudio de ley alguna, pero puso la valentía al servicio de la verdad y de la justicia, bregando por la humanización de las leyes represivas y formulando postulados que habrían de servir de pilares para una buena parte de la construcción jurídica de toda una era fecunda en la historia del derecho penal". (39)

Con tal antecedente, el planteamiento de la pena capital, ya en la época contemporánea, pretendía establecerse en su mayoría, dentro de un parámetro abolicionista, pues como se ha dicho, a finales del período anterior se pugó por fomentar y sublevar, el respeto a los derechos inherentes del ser humano y, de entre ellos, el primordial que es la vida.

A raíz de las ideas humanistas, se desata toda una secuela doctrinal en que aparecen las llamadas "Escuelas Penales" las cuales, quizá materializan la intención de Beccaria al consagrar su estudio, al análisis de la pena en cuanto a su objeto (retributivo, intimidatorio o correccional) y, a la figura del delincuente. Postulados que sirvieron de cimientos para renovar el marco jurídico penal a nivel internacional.

Con ello, la labor teórica se ve plasmada en el movimiento codificador del siglo XIX y, posteriormente, en el siglo XX.

(39) IBIDEM. Pág. 55.

Sin embargo, no es posible hablar de una uniformidad de conceptos; las discrepancias doctrinales muestran en sí, dos delineados perfiles en cuanto al estudio de la pena máxima, es decir que, existen por un lado aquellos que justifican su aplicación y, por el otro, aquellos que la descartan totalmente (abolicionistas), situación que analizaremos más adelante en el tema correspondiente (Justificación e Injustificación de la Pena de Muerte). De ahí, que en la actualidad algunos países regulen dentro de su ámbito jurídico la pena capital, así como sus métodos modernos; y en otros, por el contrario, se encuentra prohibida o haya caído en desuso.

Menciona Daniel Sueiro que, el fulgor de los derechos del hombre de 1789 suscite una contradicción, en la situación actual, ya que al término del movimiento revolucionario, todo mundo luchaba por la humanización de las penas y la limitación de las mismas, pero es evidente que, en nuestros días el número de abolicionistas haya descendido, ya por cuestiones de defensa social o por necesidad, como han manifestado algunos conservadores de dicha pena.

"... si hace poco más de diez años podíamos decir que entre finales del siglo XIX y mediados del XX cerca de cuarenta países habían suprimido de sus códigos la última pena, — hoy próximo ya el siglo XXI, hemos de reconocer que la abolición se registra en unos treinta, y en algunos de ellos, además, con salvedades en tiempos de guerra..." (40)

(40) Pena de Muerte y los Derechos Humanos. Madrid. Alianza Editorial. 1986. Pág. 27.

De acuerdo con los informes obtenidos e investigaciones del propio autor, aparece abolida la pena de muerte en los siguientes países:

Europa: Alemania Occidental (RFA), desde 1949; Austria, desde 1968; República de Chipre, abolida en 1984; Dinamarca, -- desde 1978; España, desde 1978; Finlandia, desde 1972 (para tiempos de guerra, puesto que para los de paz ya estaba abolida desde 1949); Francia, desde 1981; Holanda, desde 1981 (abolida explícitamente mediante votación de la Cámara Alta del Parlamento); Islandia, desde 1977; Italia, desde 1944 (y desde 1948 también en las leyes penales militares en tiempos de paz); Luxemburgo, desde 1979; Reino de Malta; Noruega desde 1979; Portugal, desde 1867 (y desde 1977 incluso en el Código Penal Militar); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, desde 1969 (a título experimental, había sido suspendida la pena de muerte por asesinato desde 1965); Suecia, desde 1975; Suiza, desde 1942 y, recientemente también ha abolido formalmente la pena de muerte el Estado Vaticano.

Con la salvedad de que de esos 18 Estados europeos abolicionistas, mantienen la pena de muerte para tiempos de guerra e para determinados delitos los siguientes: Chipre, Dinamarca, España, Italia, Holanda, Malta, Noruega, Reino Unido y Suiza. Entre los países europeos con pena de muerte, hay algunos que, sin embargo, vienen siendo tradicionalmente contrarios a su uso. Son éstos: Andorra (cuya última ejecución

data de 1943); Bélgica (donde no se ha practicado alguna ejecución civil desde 1918); Irlanda (en que no ha habido ejecuciones desde 1954); Grecia (sin ejecuciones desde 1972) y Holanda (donde no se practicaban ejecuciones desde 1952).

En Europa, como se ve, los países occidentales, casi todos los pertenecientes a la CE, son los abolicionistas; los países de la Europa Oriental, mantienen todos la pena de muerte.

América: República Argentina, República de Bolivia, República Federativa de Brasil, desde 1979; Canadá, desde 1976; República de Colombia, desde 1910; República de Costa Rica, -- desde 1882, abolición que suscribe la Constitución de 1949; República Dominicana, desde 1960, en la Constitución; República de Ecuador, desde 1897, ratificada por la Constitución de 1967; República de Honduras, desde 1965; República de Panamá, desde 1903, y abolida igualmente en la Constitución de 1946; República del Perú, de acuerdo con el texto nuevo de la Constitución, publicado en 1981; República Oriental del Uruguay, desde 1985; República de Venezuela, desde 1863, abolición ratificada en la Constitución de 1961.

En algunos de estos países americanos abolicionistas, tan distintos como Canadá y Perú, por ejemplo, se reserva también la aplicación de la pena de muerte para tiempos de guerra.

No se considera país abolicionista a los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de que lo sean diez de sus cincuenta estados: Alaska, Dakota del Norte, Iowa, Kansas, Maine, -- Michigan, Minnesota, Rhode Island, Virginia Occidental y Wisconsin, amén del estado admitido de Hawai y los territorios de Guam, Puerto Rico, Islas Vírgenes de los Estados Unidos y el Distrito de Columbia.

En Africa no se conoce más país abolicionista que el pequeño archipiélago que constituye la República de Cabo Verde.

En Asia: Fiji, Papúa Nueva Guinea, Nepal y Nueva Zelanda, -- pero la abolición es válida únicamente para los delitos ordinarios.

También en Australia Occidental, último estado australiano que retenía la pena capital por delitos comunes, fue suprimida esa pena en 1984.

Como se ha visto, sólo una pequeña parte de la sociedad mundial pugna (con sus reservas en algunos Estados) por la abolición de la pena capital; mientras que la mayoría la mantiene en razón de su ideología, costumbres, cultura, necesidad, etc., de ahí la existencia de métodos diversos y vigentes para su ejecución. Entre ellos tenemos la horca, la decapitación (en la guillotina o con la espada), el garrote, la silla eléctrica, la cámara de gas, el fusilamiento y, un procedimiento considerado como nuevo e higiénico, así como el

más civilizado: la inyección letal, además, cabe mencionar que existe otro método de aplicación actual: "... los siete conviven en nuestros días con uno de los más rudos y antiguos del universo: "el apedreamiento", en vigor en algunos países islámicos..." (41)

Estas son las artes de matar legalmente vigentes en la actualidad, su "razón" como se ha dicho es diversa y quizá cuestionable. Sin embargo, junto con la mayoritaria persistencia de la pena de muerte en los estados y países del mundo de hoy, es también creciente la movilización de ciertos organismos internacionales en pro de su abolición.

"El Comité Central del Consejo Mundial de las Iglesias ya hiciera público, en enero de 1971, su llamamiento a todas las naciones del mundo para que suprimieran de sus legislaciones y de sus hábitos esa pena, por considerarlo una violación de "lo sagrado de la vida". Desde 1975 vienen sucediéndose las declaraciones y exhortaciones de organizaciones internacionales no gubernamentales, de Amnistía Internacional, del Consejo de Europa, el Parlamento Europeo y las Naciones Unidas en contra de la pena capital". (42)

(41) SUEIRO, Daniel. Ob. Cit. Pág. 9.

(42) IBIDEM. Págs. 31-32.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA PENA DE MUERTE

2.1 DIVERSOS CONCEPTOS DE LA PENA DE MUERTE

Varios tratadistas que han enfocado su análisis al cuestionamiento de la pena capital, manejan conceptos un tanto "concretos" para explicar el significado de la misma, o simplemente, se adentran al tema no dando un concepto previo; nos atrevemos a pensar que ésto se dá a raíz del entendimiento lógico, que sustenta, la clara nomenclatura de dicha sanción: PENA DE MUERTE ó lícita privación de la vida.

Una vez señalado lo anterior, haremos pues, un pequeño -- desgloce de conceptos doctrinales, respetando el orden del presente estudio.

Inicia Villalobos diciendo que: "... con éste título de " Pena Capital " se hace referencia a la privación de la vida o supresión radical de los delincuentes que se considera son incorregibles y altamente peligrosos". (43)

Deteniéndonos un poco... "incorregibles y altamente peligrosos", es decir, el Maestro Villalobos nos expone dentro de su concepto, dos características esenciales que debe reunir el delincuente, para poderse emitir, un juicio final y

(43) Ob. Cit. Pág. 536.

definitivo en contra de su vida.

Incorregible, esta palabra dá a entender, en una apreciación muy personal, un "sin remedio", por lo que se puede afirmar entonces que, existe ya una evaluación previa en la cual se expresa, que tras varios tratamientos por reintegrar al individuo al orden social, éste continúe en su postura de lictiva o negativa.

En cuanto a la segunda indicación "altamente peligroso", noa dá la idea de una extrema gravedad pública, de un temido y rotundo-nulo carácter por aceptar su regreso al grupo humano y, todo ello, en base a la calidud de los ilícitos de los que fueae autor; pues existe la convicción de que tiende a dañar o daña la esencia moral, y más aún, la seguridad del ente social.

Argibay Molina; él noa habla de la pena de muerte como una reacción del derecho, consistente, en afectar un bien del transgresor: "... privación de un bien -que es la vida humana- cumplida como reacción contra la acción del delito y respecto de su autor... , ésta reacción recae sobre un bien altamente jerarquizado, cual es la vida humana; el grado de tal reacción es total y significa la extinción del bien sobre el que se ejercita..." (44)

Conforme lo que nos expone éste autor, la pena de muerte nace entonces, como una consecuencia obvia al hecho delictugso, trascendental al hablar de extinción, pero no de cualqquier bien, sino del fundamental; así, en otras palabras, pe

(44) Ob. Cit. Pág. 159.

demos decir que "a tu conducta ilícita, corresponde la privación de un bien tuyo, en este caso TU VIDA"; sin querer ser irónicos más bien explícitos, consideramos que con esta frase, se satisface de alguna forma el concepto retributivo del Maestro Argibay.

He aquí un ejemplo de lo que mencionábamos al inicio del tema:

"... Penas capitales son las que privan de la vida al delincuente..."; el concepto de Carrara, aunque parezca simple es directo y diluible; Carrara manifiesta en poco menos de dos renglones, la esencia misma de la pena máxima, siendo -- tal vez "muy claro y conciso", expresa los elementos básicos de ésta última, los cuales son: Privación, vida y delincuente; dá la afectación, al bien sobre el que recae y, sin lugar a dudas, la característica determinante del individuo.

La objeción más visible que se pudiera suscitar, sería en relación al tipo de delincuente y en qué circunstancias es aplicable, ya que no especifica, pero --como se había dicho-- maneja la esencia misma, la sustancia del concepto.

Otras opiniones manifiestan ya en forma más expresa, la intervención jurisdiccional en la ejecución de esta pena, y de igual manera, en cumplimiento de las normas jurídicas pre establecidas para tal efecto.

Señalan tres la opiniones que dan vida a esta afirmación, y se anotan textualmente a continuación:

"La pena de muerte, de acuerdo con la opinión del Dr. -- Juan Carlos Smith, es la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consistente en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el sistema jurídico que la instituye.

Por su parte Antonio Peristóin (español) ha señalado en su obra "Eutanasia, Dignidad y Muerte", que la pena de muerte es la privación de la vida impuesta, según las normas formales requeridas, por la autoridad judicial y aplicada por una o varias personas legalmente competentes, a los delincentes culpables, autores de determinados delitos graves.

Puede afirmar que la pena de muerte es el método más riguroso e irreparable que la autoridad aplica a casos especiales al condenado y se actualiza privando de la vida a éste".(45)

Analizando más detalladamente estas cuestiones, encontramos los siguientes puntos respectivamente:

En cuanto a la apreciación del Dr. Juan Carlos Smith, éste hace incipiente, inicialmente, en la naturaleza jurídica de la pena capital, cuestión que abordaremos oportunamente; reconoce además, la magnitud de su existencia, expone la afectación, el bien y la condición de la persona y, por último, hace referencia al marco jurídico que le dá vida (aunque suene un tanto contradictorio).

(45) ZAMORA JIMENEZ, Arturo. Algunas Consideraciones Sobre la Pena de Muerte. Edo. de Jalisco. Descoprea. Año 1. Núm. 2. Época 2. Julio de 1993.

La apreciación de Antonio Beristáin, es muy parecida a la anterior, salvo por algunos puntos.

Beristáin, toca nuevamente los elementos básicos; dá la afectación, el bien sobre el que recae, la calidad del sujeto, el contexto jurídico -normas, autoridad- y, lo que hace diferente su opinión, la materialización del término "verdugo o verdugos", divagando además, a qué casos es aplicable.

Por último, el comentario de Zamora Jiménez, autor del artículo en estudio, reúne también los elementos ya conocidos del concepto (privación, vida, condenado, autoridad) pero, también es notorio la postura que toma frente al tema, al --mencionar el aspecto "rígido e irreparable" que impregna a la pena máxima; defiende su estricta aplicación, su limitada aplicación (casos especiales), por lo que creemos es visible su postura abolicionista, --¡jamás criticándola!--, pues de ella y de tantas, surge el debate filosófico que nos permite tomar del "mundo teórico" bases para nuestro "mundo real".

2.2 LA PENA DE FUERTE COMO SANCION JURIDICA

¿Qué es en sí la PENA DE FUERTE? Iniciamos este apartado con una pregunta, por tratar de indagar la naturaleza jurídica de la pena máxima, por tratar de establecer el contexto dentro del cual se ubica, dentro del cual se mueve y, para ello, es necesario recordar algo de lo ya visto.

Los previos conceptos nos hablaron, de hechos delictuosos asimismo, de conductas ilícitas que, desembocan en una afec-

tación, traducida ésta, como una respuesta de derecho, de carácter privativo sobre un bien de la persona, autora, de la conducta o acto materia de un juicio de reproche.

Se habla además, de delito y delincuente o condenado, de consecuencia como un castigo, del término pena como equivalente de sanción, pero... reflexionando un poco y, aún siendo anticipada nuestra afeveración, podemos decir que, "es factible que toda pena sea una sanción, pero también es obvio que no toda sanción sea forzosamente una pena". De ahí, la necesidad por analizar, primeramente, el concepto de sanción para ver en qué momento surge aquella y, tratar de relacionar posteriormente los vocablos de delito y delincuente que, encuadran la calidad de pena y dentro de ella, como una de sus formas la más radical y objeto de este estudio:

LA PENA DE MUERTE.

Tenemos la convicción de no andar divagando, ya que la -- doctrina misma favorece esta idea; "... Sebastián Soler, por ejemplo, piensa que primero es necesario reflexionar sobre -- el carácter general de la sanción jurídica, para luego examinar la sanción específica "pena" y la sanción específica de segundo grado que es "la pena de muerte". (46)

SANCION JURIDICA.

Nos dice García Maynez: " La sanción puede ser definida co-

(46) Cit. por CARRANCA Y RIVAS. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México. 3a. Ed. Porrúa. 1980. Pág. 431.

mo consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado". (47)

La sanción, por ende, viene a constituir una reacción, un resultado, una respuesta de derecho frente al acto violatorio del individuo. Sin embargo, no siempre esa respuesta es traducida en una pena, pues se entiende que ésta es, tan sólo, una expresión de la misma.

Partimos entonces, de que las sanciones son consecuencias jurídicas frente al individuo que las motiva y, esas consecuencias atienden necesariamente a una clasificación, es decir, se toma en cuenta el tipo de conducta (la inobservancia motivadora) que haya realizado el infractor, para que se genere determinada sanción, resultado o respuesta de derecho.

Desde otro ángulo, vemos que "... Por regla general las sanciones se traducen, relativamente al sujeto a quien se sanciona, en deberes que, a consecuencia de la violación le son impuestos. En esta hipótesis, el incumplimiento de un deber jurídico engendra, a cargo del incumplido, un nuevo deber, constitutivo de la sanción". (48)

García Maynez nos indica, la existencia de dos deberes en su apreciación, el deber jurídico que se transgrede y, el deber jurídico que nace como resultado de esa violación; éste último es el que encierra la calidad de sanción.

(47) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 34a. México. Ed. Porrúa. 1982. Pág. 295.

(48) IBIDEM. Págs. 298-299.

Se da una figura sancionada (norma jurídica) y una figura sancionadora (sanción -consecuencia jurídica-); existe un supuesto primario (deber jurídico objeto de la inobservancia) y uno secundario (deber jurídico que se genera por la inobservancia); la estrecha relación entre ambos, se maneja por la fórmula: "Si A es, debe ser B; si B no es debe ser C. La omisión de la conducta ordenada por el primer precepto constituye el supuesto jurídico del segundo". (49)

"A", enmarca el supuesto jurídico susceptible a incumplir se y, una vez que se incumple, se ve reflejado en "B"; pero es la misma fórmula la que abre la posibilidad de que, sino es aplicable "B" sea "C", y con ello "D" ó "E", etc., y de ahí, partir a la gama de respuestas que pueden darse; no entendiéndolo en el sentido de que, por una violación se generen forzosamente varias consecuencias, sino que la violación provoca por sí misma su respuesta.

La inobservancia del precepto origina consecuencias, no todas pero sí alguna, en base, repetimos, a la transgresión de que se trate; B, C, etc., es proporcional a "A".

A) CLASIFICACION DE LAS SANCIONES.

Mucho se ha debatido en cuanto a la adecuada clasificación de las sanciones; por ello pensamos que, es necesario hacer un esbozo de la opinión doctrinal, en relación a este tema.

(49) IBIDEM. Pág. 296.

Por un lado, existe doctrina que ve en la sanción, un aspecto o parámetro positivo del derecho y, ha creado la llamada sanción premial, el premio o la recompensa como consecuencia jurídica.

Dicha figura, se ha manifestado individualmente ó, de alguna forma, le han elaborado un carácter privado que la hace digamos "especial". Ante esto, estamos de acuerdo que " Sólo haciendo violencia al lenguaje puede afirmarse que el premio es una sanción". (50)

Generalmente y sin ser estudioso del Derecho, tomamos por la palabra sanción, una reprimenda por haber violado alguna disposición legal; el sentido de la reprimenda difiere, pero no deja de ser eso "una reprimenda", una reacción molesta -- del derecho por contravenir sus preceptos; entonces...

¿Para qué la sanción premial, el premio o la recompensa?

Si en primera, se cuenta con un extenso complejo sancionador para cubrir inobservancias; y en segunda hipótesis:

¿Cómo una reacción molesta se traduce en un beneficio?

A lo que es muy diferente decir que, existen medios para reforzar la observancia del precepto, como lo sería por ejemplo un premio.

El cuestionamiento de la sanción premial nace, por otro lado, por la pretensión de algunos autores, de establecer -- que sólo existen dos especies de la sanción: el Castigo y el

(50) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. ¿Es la Pena de Muerte, Eficaz y Justa? Ed. Gráfica de Coimbra. 1907. Pág. o.

Premio, una consecuencia jurídica afflictiva y una consecuencia jurídica benéfica; vemos el siguiente texto:

"... sanciona con las normas jurídicas que, enlazadas a otras llamadas preceptos, encierran la amenaza de un castigo para el infractor, o la promesa de un premio para quienes ejecutan actos meritorios; o más concretamente: son el mal o el bien que deben seguir a la violación o la observancia de los preceptos legales". (51)

Se reconoce la existencia del castigo como consecuencia jurídica, como una especie de la sanción; pero también es notorio que no sólo el castigo abarca o dá nacimiento, a todas las especies de la misma.

Ahora, volviendo al tema del premio; recordemos que hay inobservancia por actos de conducta voluntaria u omisiva, es decir, se agreda a un precepto actuando u omitiendo y, esto es lo que genera una consecuencia de derecho; por tanto, -- creemos que no hay cabida para el premio o sanción premial, porque en primer lugar, no existe una agresión al orden jurídico para que se genere y, en segundo, no es una consecuencia jurídica propia de la sanción, es tan sólo un camino para avanzar paralelamente a él.

El premio es un aplauso, un reconocimiento quizá, aceptamos su existencia, pero sentimos que no reúne el carácter -- contundente de la sanción, es un auxiliar en los fines de -- convivencia social, pero nada más.

(51) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción... Ob. Cit. Pág. - 311.

Conforme a Carnelutti; él considera que la sanción respon- de sólo a una especie, siendo el género lo que ha llamado: "Medidas Jurídicas"; "... Francisco Carnelutti afirma que el concepto de sanción no es sino una especie, relativamente al género medida jurídica. Por medidas jurídicas entiende los medios que el legislador adopta para la imposición de las -- normas del derecho. Tales medidas no tienden sólomente a la represión, sino que pueden orientarse a la prevención de los actos ilícitos. De aquí que queda dividirlos en preventivas y represivas, siendo éstas últimas las generalmente designa- das con el nombre de sanciones. El carácter especial de las primeras aparece con gran claridad en las medidas de segu- ridad establecidas por los códigos penales para prevenir o evitar la comisión de los actos delictuosos". (52)

Por lo que toca a las sanciones o medidas represivas, las define como "... consecuencia que derivan de la inobservancia de un precepto. El fin de la sanción es estimular a la - observancia de la norma, por lo cual tales consecuencias han de implicar un mal". (53)

Penamos al respecto que, la tendencia penalista del au- tor, se ve reflejada y restringe el sentido del término san- ción al colocarlo, como simple especie de su género medida jurídica. Por otro lado, sentimos que complica nuestro análi- sis, puesto que, el punto de partida resulta diverso al que inicialmente habíamos establecido, es decir, "sanción" pasa- ría a un segundo término, si aceptamos colocar como fuente

(52) Cit. por GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 307.

(53) IBIDEM. Pág. 308.

a la nombrada "medida jurídica".

Hay quienes ven en la clasificación de Carnelutti, una especie de hueco que sería cubierto favorablemente, con el reconocimiento de otra medida jurídica: "la recompensatoria";

"... Pero quien intentase una síntesis más amplia, tendría que admitir, al lado de la sanción penal (en sentido lato) las de carácter premial, es decir, las que recompensan el cumplimiento meritorio de los preceptos del derecho". (54)

Si expusiéramos todo esto en un cuadro, quedaría de la siguiente manera:

MEDIDAS JURIDICAS	}	a) Preventivas
		b) Represivas o Sanciones Penales
		c) Premiales

No queremos profundizar pues, como ya habíamos dicho, el aceptar esta clasificación, desorienta y complica, el plan de trabajo que teníamos marcado. Pero como también no podemos pasar inadvertidos, lo que haremos será sintetizar los puntos que se considera son contrarios a nuestro estudio, y los cuales son:

- 1.- La sanción no es una especie, sino el género.
- 2.- La sanción no representa el sinónimo del término pena.
- 3.- Reconocer a la par las sanciones premiales, abre de nueva cuenta el debate que dábamos por concluido.

(54) IDEM.

La clasificación que nos parece más adecuada y completa, además que satisface nuestra búsqueda en la determinación -- del tronco del que ramifica la pena máxima, es la que ve, en la relación existente entre el contenido de la figura sancionada (deber jurídico primario) y el contenido de la figura sancionadora (deber jurídico secundario), un medio para: "... ordenar sistemáticamente las diversas formas que las -- sanciones pueden asumir..." (55)

Veamos el siguiente cuadro: "

Relaciones entre el deber jurídico primario y el constitutivo de la sanción.

Coincidencia: Cumplimiento Forzoso (Su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la -- norma infringida).

I. Indemnización (Tiene como fin obtener del sancionado una prestación e conómicamente equivalente al deber jurídico primario).

No Coincidencia:

II. Castigo (Su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes)". (56)

(55) *IBIDEM.* PáG. 309.

(56) *IBIDEM.* PáG. 302.

El cuadro anterior clasifica las sanciones en:

a) DE COINCIDENCIA.

"Cuando el contenido de la sanción coincide con el de la obligación condicionante, es decir, estamos ante el caso del Cumplimiento Forzoso, que es el más frecuente en el derecho privado. Como el nombre lo indica, consiste en exigir oficialmente, y de manera perentoria, la observancia de la norma incumplida, operando el sancionado de que, sino cumple, se le aplicará la sanción de modo violento". (57)

b) DE NO COINCIDENCIA.

I. Indemnización

II. Castigo

"Algunas veces no es posible lograr de manera coactiva la observancia de una obligación, pero existe la posibilidad de exigir oficialmente al incumplido que realice una prestación equivalente a la que dejó de realizar. La sanción tiene como fin asegurar al sujeto que ha sido víctima del acto violatorio, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Esto supone, naturalmente, un cálculo económico de los mismos en función de la importancia de las prestaciones no ejecutadas. En dicho caso, no hay ya coincidencia de la conducta obligatoria con el contenido de la sanción, pero entre ellos media una relación de equivalencia. Esto quiere decir que los deberes que la sanción implica, relativamente al sancionado, representan económicamente lo mismo que aquellos o-

tros que dejó de cumplir, y que las consecuencias materiales y morales del acto antijurídico. De aquí que la indemnización no comprenda sólo los daños, sino también los perjuicios". (58)

"Las sanciones no se agotan en los dos tipos, ya examinados, del cumplimiento forzoso y la indemnización. No siempre es posible exigir coactivamente el cumplimiento, ni encontrar un equivalente económico adecuado. Por otra parte, la violación tiene, en ocasiones, tanta gravedad, o amenaza a la sociedad de tal modo, que la indemnización resulta insuficiente. En tales casos, no se trata de corregir un daño, acaso irreparable, sino de imponer al violador una pena. De este modo encontramos, al lado del cumplimiento forzoso y la indemnización, la figura jurídica del castigo, tercera forma sancionadora". (59)

"Al declarar que es una de las formas generales en que -- las sanciones jurídicas pueden manifestarse, no queremos referirnos exclusivamente al caso de la sanción penal --que más adelante estudiaremos-- sino, a todas aquellas sanciones cuya finalidad no estriba en lograr coactivamente el cumplimiento de un deber jurídico, ni en conseguir determinadas prestaciones económicas equivalentes a los daños y perjuicios derivados del acto violatorio..." (60)

(58) IBIDEM. Pág. 301.

(59) IBIDEM. Pág. 302.

(60) IDEM.

Comprendiendo lo que hemos venido anotando, tenemos otra clasificación con algunas variantes:

SANCIONES:

A) DE COINCIDENCIA

-Cumplimiento forzoso:

coincide la sanción con la obligación incumplida; sino es aceptada voluntariamente, se hace en forma coactiva.

B) DE NO COINCIDENCIA

B.1 Indemnización:

Se expresa en forma de prestaciones equivalentes y comprende, los daños y perjuicios.

B.2 Castigo:

Su fin, diverso a las sanciones anteriores, es aflictivo; a su vez, puede subdividirse en:

B.2.1 Otras:

"Por ejemplo las diversas formas de nulidad; el derecho concedido a los contratantes de rescindir un negocio jurídico bilateral, cuando la otra parte se niega a cumplir; la multa, etcétera". (61)

B.2.2 La Pena:

Que responde también a una subclasi-
ficación (la cual veremos más
adelante), en la que se hace notar
LA PENA DE MUERTE, como pena corpó-
ral.

(61) IDEM.

Una vez que ubicamos a la pena de muerte, dentro del contexto de las sanciones jurídicas, como una "subespecie", que da por tratar los términos de pena, delito y delincuente.

Además, al hablar de pena, debemos conocer los bienes jurídicos en los que recae su fin aflictivo, y lo cual permite establecer la subclasificación que mencionábamos.

LA PENA.

"Las sanciones establecidas por las normas de derecho penal reciben la denominación específica de penas. La pena es la forma más característica del castigo". (62)

En cuanto al concepto de pena, nos parece el más completo el que se debe a Cuello Calón, que dice:

"... es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal". (63)

Un análisis de este concepto, nos da las características siguientes: "

1. Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedades, honor e VIDA.
2. Es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico.
3. Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
4. Ha de ser personal, lo que quiere decir que nadie puede ser castigado penalmente por hechos ajenos.

(62) IBIDEM. Pág. 305.

(63) IDEM.

5. Debe ser estatuida por la ley, como consecuencia jurídica de un hecho que, de acuerdo con la misma ley, tenga carácter de delito". (64)

Nosotros entendemos que la pena representa un mal, el -- cual se ve materializado o se materializa, en la privación o limitación de alguno de los bienes de que goza el infractor, denominado en esta área como "delincuente"; repercusión, o como ya sabemos, consecuencia jurídica que nace, por la tipificación de su conducta y la cual, constituye un delito.

Dentro del concepto "pena", es lógico encontrar innumerables los términos de delito y delincuente puesto que, todos ellos son correlativos, se hallan entrelazados, pertenecen a la -- misma esfera del derecho penal; quizá no aparezcan en forma expresa; precisa pero ya sabemos que a ellos nos estamos refiriendo. Un ejemplo de lo dicho, lo podemos ver en la definición de Cuello Calón:

- ¿Qué representa la pena? -Pues un sufrimiento, un mal.
- ¿A quién implica un sufrimiento? -Pues al culpable de una infracción penal, o sea al delincuente.
- ¿Por qué? -Pues por una infracción penal, por la conducta típica, antijurídica y culpable, o sea por el delito que genera una pena al delincuente.

(64) IBIDEM. Págs. 305-306.

Consideramos que al exteriorizarse la voluntad del sujeto en un aspecto nocivo-negativo, entra materialmente al mundo de las sanciones, de las consecuencias jurídicas que, de ahora en adelante, no le permiten conservar su calidad de simple individuo; esa conducta antijurídica, lo lleve a adoptar una nueva identidad, y la cual lo identifica con el grupo social, como aquél que expresamente renunció a ser parte del mismo, pues sabiendo de la existencia de normas que limitan su comportamiento y, normas que castigan el ir más allá de ese límite, provoca, en su esfera personal y contra su acción antisocial, un repudio justificado.

Dice Pessina, la pena es "... el justo dolor por el injusto goce del delito..." (65) Todo ello parece válido, siempre y cuando, hablemos de la aplicación del derecho en su forma más justa o pura.

B) CLASIFICACION DE LAS PENAS.

Habíamos mencionado anteriormente, que las penas responden también a una clasificación. Revisando material bibliográfico, vemos que existen varios puntos de vista para sistematizar las sanciones de orden penal; sin embargo, la que nos interesa es aquella que califica a las penas por el bien jurídico que resulta afectado. Conforme a la clasificación de Ignacio Villalobos, tenemos que:

"Por el bien jurídico afectado, pueden ser:

(65) Cit. por DEL PONT, Marco. Penología y Sistemas Carcelarios. Reimpresión. Buenos Aires. Ediciones De Palma. - 1982. Pág. 3.

-La Pena capital, que priva la vida.

-Las penas corporales, que son aquellas que se aplicaban directamente sobre la persona: como azotes, marcas o mutilaciones.

-Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien privativas del mismo como la prisión.

-Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

-Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aún cuando éstas puedan tomarse más bien como medidas de seguridad". (66)

Es interesante considerar a la pena de muerte, como un tema aparte, como una figura autónoma de estudio; pero al establecer formas que puede revestir la sanción penal, nos encontramos directamente frente al bien jurídico que la misma afecta; por ejemplo, la pena de prisión afecta, en la esfera personal del sujeto, un bien jurídico congruente:

La libertad.

Si bien Villalobos, dice que las penas corporales son: "aquellas que se aplicaban directamente sobre la persona", la pena de muerte no tiene porque ser ajena a este grupo, -- pues es, precisamente, en la persona del individuo (hablando en un sentido físico -cuerpo-), donde se aplica el método de ejecución capital; por ello, creemos que es ahí donde está la deficiencia de su clasificación.

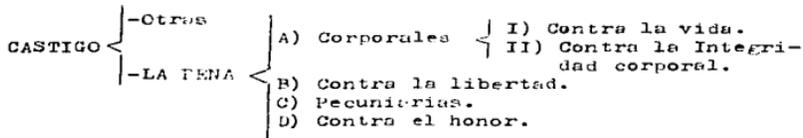
(66) Ob. cit. Pág. 513.

Miguel Angel Cortés Ibarra, en base a la clasificación -- que da, explica aceptablemente, en qué consisten las penas corporales: "Las sanciones en general se han clasificado en cuatro grandes categorías:

- A) Sanciones corporales;
- B) Sanciones que restringen la libertad individual;
- C) Sanciones pecuniarias;
- D) Sanciones contra el honor.

A) Sanciones corporales. Son aquellas que recayendo sobre el cuerpo del condenado, lo privan de la vida o le producen un sufrimiento o dolor físico. Entre ellas destacan la pena de muerte, mutilaciones, azotes, palos, etcétera. Las podemos clasificar en: I) Penas contra la vida y, II) Contra la integridad corporal". (67)

Pensamos que la clasificación de Cortés Ibarra, tiene una mejor organización, más completa y más explícita; ya que en primer término, expone la pena en su calidad, es decir, corporal, contra la libertad, etc., y después, de concretamente las formas en que se expresa. Criterio que beneficia y complementa un cuadro pendiente:



(67) Derecho Penal. 4a. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1952. Pág. 448.

Queremos hacer notar algo: el profundo análisis de Cortés Iburra, tal vez no le permitió ver su error al manejar indistintamente, el término de sanción, pues como ya sabemos, sanción y pena no es lo mismo; pena es una sanción, pero no la sanción es una pena, es decir, con lo que hemos venido analizando sabemos que hay "sanciones penales", lo que resulta -- muy diferente.

Por último, y para terminar este tema de la pena de muerte como sanción jurídica; si decimos que las penas "... consisten en la privación de algo que el hombre considera valioso". (68) Se pregunta: ¿qué será aquello, lo que el hombre considera como valioso? Si tenemos que "... la vida, la libertad, la propiedad, ciertas expectativas de actividades públicas y privadas, son los bienes que el ser humano posee conviviendo en una sociedad civilizada. Por lo menos así se dice". (69) Queda la pregunta abierta: ¿qué será aquello, lo que el hombre considera como más valioso?...

2.3 LA PENA DE MUERTE Y LAS TEORIAS PENALES MODERNAS

"En una sociedad civilizada, no se puede considerar el derecho penal simplemente como un conjunto de normas que precisen las conductas delictuosas y establecen sanciones que se aplican a los delinquentes. El derecho penal va más allá, es decir, que existen causas biológicas, sociales y psicoló-

(68) CANYOS, Alberto A. Derecho Penal. 2a. Buenos Aires. Ed. Abelardo Perrot. 1987. Pág. 513.

(69) IBIDEM. Pág. 533.

gicas, entre otras, que provocan la delincuencia, y en función de la causa-efecto, es que debe establecerse el castigo.

Y cuál es el objetivo que se persigue, al imponerse el -- castigo a los delincuentes:

- Es una intimidación para evitar la comisión de delitos?
- Es un acto reprimente?
- Es un acto preventivo?
- Es un acto correctivo?
- Es un acto ejemplificativo?

El castigo o la pena que se aplica a los delincuentes, no debe aspirar a dar una satisfacción por el agravio sufrido, debe mirar más alto: Mantener el orden y el equilibrio en la vida moral y social. Por tanto, la pena en general, debe con tener los siguientes elementos a la vez: que sea intimidativa, preventiva, retributiva, rehabilitadora, ejemplificativa legal, es decir, que la autoridad competente al aplicar la pena o castigo debe buscar todos esos objetivos, para que -- por sí mismo tenga justificación". (70)

La opinión anterior, redacta la idea de ir en pro de un derecho penal más profundo, más interesado en las cuestiones filosóficas de su objeto, de su fin. De no ser simplemente, un utensilio mecánico del hombre, redactor de conductas ilícitas, generador de penas; que en la búsqueda del orden, se

(70) JIMENEZ CAMPOS, Alfonso. Foro Multidisciplinario: Pro y Contra de la Pena de Muerte. Comisión Estatal de Derechos Humanos. 1993. Pág. 23.

piense más allá de lo escrito, de lo actuado, de lo empleado o, de lo ejecutado.

Con ello preguntamos: ¿Si se impone una pena, un castigo, con qué objeto se hace?

I. Con el objeto de "castigar", de intimidar, de corregir?

II. A quién y para qué?

Con preguntas y respuestas que pueden surgir a cada momento; de ahí, el intento por parte de algunos estudiosos por concretar respuestas, por consolidar ideas; pero creo que, aún siendo diferentes puntos de vista, todos ellos aspiran a una misma meta y la cual responde al carácter teleológico -- del derecho en general: la conservación del orden social.

—¿Por qué vías, por qué caminos? En ese es, precisamente, donde radica la actividad de nuestra ilustre elite jurídico-filosófico-doctrinal.

La propuesta por indagar sobre qué factores son los que intervienen en el fenómeno de la delincuencia, es decir, qué factores intervienen para la comisión de conductas delictivas y, con ello, la imposición de un mal o un sufrimiento al agente de dicha conducta, no resulta innovadora, pues ya desde el siglo pasado surfan de las Escuelas Penales, postulados que demuestran el interés nacido, por llevar a cabo, un análisis específico de los móviles en dicho fenómeno; así mismo, dando una explicación y fundamentación, de la interacción existente entre los elementos representativos dentro -- del ámbito jurídico penal, tales como el delito, el delin-

cuenta y la pena; sin embargo, también es cierto y notorio que, en dicha labor doctrinal no se hace visible o palpable, el objeto final y realista del derecho, y más aún, en estricto sensu, del derecho penal -símbolo por excelencia de la fuerza de las normas jurídicas: "Tratándose de consecuencias sancionadoras de hechos que suponen un ataque a intereses -privados, la finalidad de quien sanciona es que las cosas - vuelvan al estado que tenían antes del entuerto, o imponer al autor de éste una prestación equivalente. En tales casos, la sanción recae sobre el patrimonio, y el legislador la establece con la mira de que la víctima pueda resarcirse. Otra cosa sucede con el caso del castigo y, sobre todo, en el de la sanción penal. Pues como lo expresa Pettiol, la pena cae como golpe sobre el hombre considerado in toto, es decir, en su existencia, en su libertad, en su honor, en su hacienda..." (71)-; objeto, que debió de ser considerado primordialmente, en aquellas escuela de estudios e investigaciones: "La imposición necesaria de un castigo, como factor determinante en la preservación del orden jurídico, y por lo tanto, de la sociedad".

Veamos el siguiente texto: "Las teorías del Derecho penal que alcanzaron no poca importancia en el siglo XIX como consecuencia de las doctrinas de tipo racionalista y naturalista, no precisan hoy de una consideración detenida. A una concepción del hombre que niegue la libertad de la voluntad y,

(71) Cit. por GARCIA MAYNEZ, Eduardo. ¿Es la Pena de ...? Págs. 9-10.

por consiguiente, la responsabilidad del malhechor, y que reduzca las acciones de éste a un caso de enfermedad del organismo humano (como por ejemplo C. Lombroso) o a los influjos del medio ambiente social (F. v. Liszt, entre otros) le tiene que parecer sin sentido, o al menos como muy discutible, un auténtico poder punitivo del Estado. El pensamiento humanitario con su "lé en las cualidades plenamente buenas del -- hombre, tenía que llegar necesariamente a exigir la sustitución del castigo por la educación. Pero mientras tanto, como consecuencia de las desilusiones en las experiencias de tipo humanitario-naturalista, la humanidad ha tenido que llegar a puntos de vista más realista, y ha aprendido que no puede subsistir la sociedad sin la amenaza o imposición de un castigo. Esta es de hecho la fundamentación del poder estatal de penar: que es imprescindible para garantizar la paz y el orden de la comunidad estatal, los bienes más importantes de su bien común, puesto que la naturaleza humana está viciada en su voluntad de orden". (72)

Quizá suene muy severa la crítica de MESSNER, pero pensemos... si existen delitos, es decir, voluntades negativo-dañinas, es totalmente necesario que contemos con algo que contrarreste ese impulso humano-delictuoso y, ese "algo", es lo que constituye el llamado castigo, pena o sufrimiento.

(72) MESSNER, Johannes. Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural. Pamplona. Ediciones Riarp. S.A. 1967. Págs. 972-973.

Siendo realistas como indica Messner, si queremos vivir dentro de un orden social, es imprescindible ordenarnos, sino por voluntad propia, por obligación o por fuerza.

La existencia de disposiciones represivas es necesaria, sí, como ya sabemos, para la conservación del orden social, pero existen opiniones que han dado matices explicativos, -- más profundos en cuanto al objeto inmediato que se prevé con la imposición de un castigo y, específicamente, de la pena; es aquí donde se justifica la presencia de las "Teorías Penales Modernas", que determinan el carácter ya sea retributivo, intimidante o correccional que puede impregnar a la norma sancionatoria.

Daremos pues, comienzo al análisis de la Teoría de la Intimidación, de la Teoría Retributiva y, por último, de la Teoría Correccional, las cuales tratan de establecer ¿el por qué de la sanción penal, el por qué de la pena de muerte, el por qué de que subsista actualmente?

2.3.1 TEORIA DE LA INTIMIDACION

Los partidarios de esta teoría, explican que "...la pena, que implica un sufrimiento, tiene por finalidad evitar los delitos por medio del temor que inspira". (73)

"Fellerbach y Romagnosi, con sus teorías de la coacción psicológica y del contraimpulso, respectivamente, pueden considerarse como los más caracterizados representantes de estas

(73) MONTAN PALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 600.

tendencias". (74)

A) La Prevención mediante la Coacción Psicológica, según Feüerbach.

"La teoría central de Feüerbach, lo que constituye su aportación a las disciplinas jurídico-criminales, es la prevención general mediante el constreñimiento psicológico. La prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psíquica, interna, que en los casos de un posible quebranto del derecho se ejerza un influjo motivador e inhibitorio. Esta coacción psicológica se halla en la amenaza legal de una pena, que, por lo tanto, debe actuar de manera intimidadora sobre el conjunto de ciudadanos.

El principio tiene este origen: las infracciones están -- causadas psicológicamente por la sensualidad, en cuanto el placer despierta casi todos los apetitos humanos. Si cada cual sabe que a su acto sigue un mal mayor que el mero desagrado por el motivo insustituido, termina por asociar la idea del delito a otra idea, que es la de la sanción, consecuencia directa de la primera.

La pena es, por consiguiente, el constreñimiento moral y comienza a cumplir su función intimidativa desde el momento en que el legislador la dicta. El fundamento jurídico de la amenaza es "la necesidad de asegurar los derechos de todos".

Fundamento jurídico de la imposición de la pena es "la amenaza precedente contenida en la ley". Por eso, dicha amenaza

(74) IDEM.

debe aparecer nítidamente configurada, en desarrollo del -- principio de nulla poena sine lege". (75)

"Repite que la coacción psicológica busca hacer desistir de sus propósitos criminales al posible agente. Por lo mismo, el constreñimiento debe tener respaldo en la seriedad de las instituciones represoras, sin el cual la amenaza legislativa no pasa de ser un inofensivo espantajo.

Por este medio se ayuda a satisfacer la misión del Estado: conservar la sociedad humana.

Como los ataques al derecho perjudican ese fin, tórnase ingenuo la prevención general para impedir que tales violaciones se consumen". (76)

B) Intimidación, Prevención y Peligrosidad en la obra de Romagnesi.

"El fin de la pena no es la venganza, ni el tormento, sino intimidar a los posibles autores de delitos, para que -- prescindan de atentar contra la comunidad. La pena, pues, debe inspirar temor. Pero antes de actuar con medidas aflictivas, la autoridad está en el deber de prevenir los delitos con medios eficaces, ya que a la corrección por la pena debe acudirse como último recurso". (77)

(75) PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Bogotá. Ed. Temis. 1967. Págs. 134-135.

(76) IBIDEM. Págs. 135-136.

(77) IBIDEM. Pág. 127.

"Romagnosi estima que el derecho penal tiende a evitar de lites futuros que ponen en peligro las condiciones de existencia de la vida social, y ello se logra por medio de la amenaza de una pena. Así, a las fuerzas que impulsan al delito, se opone la pena que disuade al individuo de transgredir la ley, representando una fuerza repelente o contraimpulso nombre que da a su teoría". (78)

"El delito es, por consiguiente, una fuerza antisocial y opuesta al derecho. Contra ella hay que levantar el contraimpulso, que es lo que se llama pena. El contraimpulso está dirigido desde afuera por la sociedad y por la ley. La fuerza colectiva es lo que se denomina "spinta". La pena opuesta a esa fuerza, es lo que se denomina "contra-spinta". La correlación entre impulso y contraimpulso sostiene el equilibrio jurídico". (79)

La teoría de la peligrosidad tiene un primer exponente en Romagnosi; "Al deducir la común spinta criminal de los hechos conocidos y que de ordinario suelen ocurrir en determinado pueblo, pretendemos realmente encontrar el impulso futuro, por medio del cual se puede prever con verosimilitud que serán violados los deberes sociales. Por consiguiente el impulso criminal que tiene en cuenta el legislador no consiste en un hecho realmente acaecido, sino en algo que se presume de hecho ocurrirá en el futuro. De allí que dicho impulso

(78) Cit. por FONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 600.

(79) PEREZ, Luis Carlos. Ob. Cit. Pág. 127.

debe considerarse siempre como presuntivo". (80)

Las teorías de PeUerbach (concepción psicológica) y de Romagnosi (el contrainpulso) son como era de esperarse, fuertemente criticadas por su esencia -digamos- "abstracta", meramente teórica (aunque suene redundante); así, tenemos lo siguiente:

"Estas teorías, que señalen la importancia de la pena como amenaza dirigida a una colectividad, sólo tienen en cuenta el aspecto preventivo con respecto al posible autor del delito (prevención general), prescindiendo del momento de la retribución jurídica y de la prevención especial. Además, se confunde lo que la pena es con el objeto o fin que con ella se persigue: en este caso, intimidar". (81)

2.3.2 TEORIA RETRIBUTIVA

"Para las teorías comprendidas en esta tendencia, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece. La pena es, por consiguiente, la retribución que sigue al delito..." (82)

"La retribución devuelve al delincuente, el mal que éste ha causado socialmente..." (83)

(80) IRIDEM. Pág. 128.

(81) PONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 600.

(82) IRIDEM. Pág. 598.

(83) ZAPPARONI, Eusebio Saúl. Ob. Cit. Pág. 48.

Por lo tanto, dice Eduardo García Maynez: "Si el fin de la pena es retributivo, entre ésta y el hecho delictuoso debe existir proporcionalidad, de manera que a la gravedad de la culpa corresponda la del castigo". (84)

Dentro de este grupo existen dos enfoques que pueden considerarse los principales: la retribución moral y la retribución jurídica, cuyos más célebres representantes fueron Kant y Hegel, respectivamente.

A) Retribución Moral.

"Para quienes ven en la pena una retribución moral, así como el bien debe premiarse, el mal merece su castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de la ley. La pena debe existir, independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente por que ha cometido un delito". (85)

Dice Luis Carlos Pérez: "Kant no admitió ningún fundamento científico de la pena. Esta no puede basarse, según el filósofo prusiano, en razones de defensa social o de enmienda del culpable. Por ese medio no se busca ningún bien. La ley penal es un imperativo categórico, y se aplica solamente por que se ha delinquido. Es el fundamento de la justicia penal absoluta, que sólo ve en el castigo un efecto directo e incontestable de la acción antijurídica: "La única razón para

(84) ¿Es la Pena de...? Pág. 10.

(85) PONTAN BALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 599.

aplicar la pena es la de haber delinquido". Toda otra consideración está de más". (86)

La especie y el grado del castigo aplicado por la justicia pública son los del talión. Por eso, " si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir. No hay aquí una conmutación capaz de satisfacer a la justicia. No hay ninguna identidad entre una vida llena de trabajos y la muerte; por consiguiente, ninguna igualdad entre el crimen y la pena más que por la muerte del culpable..." (87)

Partidario en la finalidad retributiva de la pena, Kant, de alguna forma hace visible en su postura talional, la justificación de la pena máxima; además, también es visible, que "...Este imperativo categórico, la justicia penal absoluta, va en dirección contraria a la seguida por los ideólogos iluministas. Los teóricos kantianos sintetizan cuanto pudieron educir, a través de las épocas más sombrías de la historia, todos los verdugos de pueblos para justificar su dominio, y se citan porque en su lucha contra ellas muchos hombres de estudio pusieron los principios humanitarios". (88)

B) Retribución Jurídica.

Los partidarios de la retribución jurídica sostienen que, al cometerse un delito, el individuo se rebela contra el derecho, necesiándose en consecuencia, una reparación (la pe-

(86) Ob. Cit. Págs. 132-133.

(87) IDEM.

(88) IPIDEM. Pág. 134.

na) para reafirmar de manera indubitable la autoridad del Estado. Hegel dió a esta doctrina una forma dialéctica. Según este autor, dos negaciones están en pugna.

"El delito, negación del derecho, y la pena, negación del delito. La pena es, pues, la negación de una negación y el mal de ella debe ser igual, en valor, al mal del hecho cometido". (89)

En cuanto a Johannes Kelsen, él opina que:

"La pena significa en su ejecución el restablecimiento -- del orden jurídico perturbado, cuya existencia (seguridad jurídica) constituye uno de los valores más elevados de la comunidad. La llamada Teoría Retributiva, desena especialmente esto y es lo que más se aproxima a la teoría penal del Derecho natural; pero no permite reconocer la necesidad derivada del orden del bien común de atender al vicio de la naturaleza humana (pecado original) en su voluntad de orden; además, la teoría retributiva no es capaz de explicar el derecho de gracia, puesto que esto impediría el restablecimiento del orden jurídico perturbado". (90)

Así, podemos decir que, el "ojo por ojo, diente por diente" indican de manera metafórica el contenido esencial de la Teoría Retributiva, situación que no escapa a la crítica doctrinal por su ética inquebrantable e indiscutible.

(89) PONTAN RALESTRA, Carlos. Ob. Cit. Pág. 599.

(90) Ob. Cit. Pág. 973.

Considera Eduardo García Maynez: "No es difícil advertir que el valor fundamental que los seguidores de la teoría retributiva tienen a la vista es el de justicia, en tanto que el que preocupa a los partidarios de la idea de la defensa social es el de seguridad". (91)

Tretaremos en su oportunidad, los vocablos que maneja el citado autor, tales como el de seguridad jurídica, justicia, etc., los cuales, nos corresponde analizar específicamente como parte de este estudio (Subtema 2.4 LA PENA DE FUERTE Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CAMPO AXIOLÓGICO JURÍDICO).

2.3.3 TEORÍA CORRECCIONALISTA

"Las teorías de la enmienda, llamadas también correccionistas, tiende a evitar que el delincuente reincida procurando su reeducación. La función de la pena es, entonces, mejorar al reo, consiguiendo su enmienda. La pena deja así de ser un mal". (92)

"Esta teoría es, en realidad, de prevención especial, -- puesto que persigue evitar la comisión de nuevos delitos por parte del delincuente que cumple una pena, pero su principio medular es fundamentalmente distinto, ya que no sólo resta a la función del Derecho penal toda idea de temor o coacción,

(91) ¿Es la Pena de...? Pág. 10.

(92) PONTAN PALESPRA, Carlos. Ob. Cit. Págs. 600-601.

sino que da a la pena la misión de un bien para el delincuente". (93)

Definido representante de esta tendencia fue ROEDER; este autor, "... afirma que el delito cometido demuestra que la persona está necesitada de un mejoramiento moral y una severa disciplina que la encauce para volver a ser útil a la sociedad". (94) En más, Roeder equipara al delincuente como el caso de un menor de edad, "... necesitado de una segunda educación, que el Estado por exigencia del derecho debe darle, para su propio bien". (95)

Es necesario hacer notar algo, que dentro de las Escuelas Penales, surge una denominada "Escuela Correccionalista", de la que se derivan las ideas que hemos venido anotando.

Así tenemos que:

"... su posición científica es, en cierto modo, similar a la del positivismo y los correccionalistas alauden muchas de sus conquistas. La idea que le inspira nace en Alemania con KRAUSE (System der Rechtsphilosophie) y con ROEDER (Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones) y sus postulados adquieren precisión a través del profesor de Salamanca, PEDRO DORA DO MONTERO (El Derecho Protector de los Criminales)". (96)

Dentro de sus postulados destacan: "

a) El delito es una concepción artificial que responde a los

(93) IRIDEM. Pág. 92.

(94) IRIDEM. Pág. 601.

(95) IRIDEM. Pág. 92.

(96) IRIDEM. Pág. 62.

intereses perseguidos por el ordenador de derecho.

Ese mismo pensamiento lo desarrolla DORADO MONTERO diciendo que lo justo y lo injusto son creaciones humanas, y que no existe ningún hecho que sea en sí mismo conveniente o inconveniente, lícito o ilícito, moral o inmoral; las cosas, los hombres y sus respectivas conductas ocupan el lugar en que cada constructor mental de un orden los pone y tienen el aprecio que él les atribuye, no otro. No hay delito, como -- tampoco hay derecho, sino porque lo hacen.

b) Se considera al delincuente como un individuo a quien no se le ha enseñado debidamente las nociones convencionales -- que crean el delito, y que por ello demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta, por lo que necesita ser sacado del estado de inferioridad en que se halla con relación a los demás componentes del grupo en que vive que se llaman honrados, de modo de poder vivir dentro del orden establecido, o sea, "dentro del sistema de condiciones que se estimen necesarias por la ley, o por la costumbre, para la vida social, y la violación de las cuales es lo que se llama delito".

c) Por esa razón es que los correccionalistas afirman que el delincuente tiene derecho a la pena, la cual constituye un tratamiento racional destinado a enseñarle aquello que no sabe y es la causa de su incapacidad de su conducta. La misión de la justicia penal es "completamente análoga" a la de los

médica. No es castigo lo que el delincuente merece, sino "cuidados y remedios", puesto que la misma sociedad es la -- causante de su mal. La misión que el correccionalismo reserva al derecho penal, podría sintetizarse en el título dado a la obra fundamental de DORADO MONTERO: EL Derecho Protector de los Criminales". (97)

Consideremos ahora, las críticas a las tendencias correccionalistas:

Dice Pontón Polestra: "Se critica a la teoría de la enmienda que es generalizadora. Se dice que es innecesaria para quienes han cometido delitos culposos e políticos; se señala, también, que prescinde de los criterios de retribución e intimidación. Lo mismo que las teorías de la intimidación, ésta de la enmienda confunde el concepto de lo que la pena es con el fin que con ella debe preverse". (98)

En cuanto a Johannes Meanner, la teoría correccional resulta insuficiente para comprender la actividad punitiva del Estado: "Dado que, desde un punto de vista jurídico-filosófico, el orden y la seguridad jurídica en su calidad de valores fundamentales del bien común constituyen el fundamento del poder de penar del Estado, resulta también insuficiente la "teoría correccional" que pretende fundamentar el derecho de penar exclusivamente en su finalidad de corregir o mejorar al delincuente, es decir, en un bien particular. No obstante --ciertamente-- hay que dar la máxima importancia a los

(97) *IBIDEM*. Pág. 63-64.

(98) *IBIDEM*. Pág. 601.

esfuerzos por mejorar a los delinquentes y disminuir la criminalidad". (99)

2.4 LA PENA DE MUERTE Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CAMPO AXIOLÓGICO JURÍDICO

A manera de prefábulas podemos decir que, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común forman una esfera de valores absolutos, de principios sublimes que le dan al Derecho una calidad de contenido moral; pues procura, en atención a esos valores, preservar la paz y armonía en el sujeto de su misión: la sociedad y, además, la persona como integrante de ella. Por ello el Derecho, siempre pendiente de las relaciones humanas, de sus necesidades normativas, debe descender para su fin en una base y, mejor aún, si con base propia o va en pro del bienestar social.

Como ya sabemos, las relaciones humanas constituyen el "motor" de toda sociedad; no es posible concebir un grupo social, con individuos que se mantienen aislados o ajenos, por que simplemente no habría grupo social. Así, una vez integrados, los individuos fijan límites (normas) para asegurar el correcto y pacífico desempeño de sus relaciones sociales.

Si bien para algunos el Derecho resulta un ente frío, inflexible e inhumano, para otros es justo, llano y ético.

Hay quien piensa que, cuando se debate una situación per-

(99) Ob. cit. págs. 973-974.

sional en el ámbito jurídico, aquella determina el parámetro de convicción, postura o credibilidad frente al complejo normativo; es decir, si se es víctima y se castiga al delincuente es lógico oírnos decir: "El Derecho es justo y bueno"; -- por otro lado, si se es el transgresor y se nos castiga, también es lógico oírnos decir: "El Derecho es malo e injusto".

Ante esto, entendamos que no debemos ser tan extremos, y juzgar tan a la ligera la función del Derecho siendo tan personalistas. Lo que debemos hacer es considerar que, el -- Derecho es equiparable a una línea recta por la que avanzamos paralelamente; si nos apartamos de ella o pasamos por encima de la misma, su dirección se puede perder. Para encauzarnos, lo que hace el Derecho es, primero, observar y atender a aquella esfera de valores que levita a su lado y, después, optar por qué medios prácticos resulta conveniente prolongar esa línea imaginaria. Con ello pretendemos decir que, el Derecho no actúa solo, pues como mero mecanismo de control social, es insuficiente dicho fundamento; por tanto, el Derecho, necesita de la ética para madurar en su finalidad valiosa. Su teleología se halla precisamente en los valores a los que debe atender.

Ahora, podemos analizar --individualmente-- aquellos valores que indicábamos, para después tratar de determinar, si realmente cumplen su objetivo en la imposición de la pena de muerte.

2.4.1 LA SEGURIDAD JURIDICA Y EL BIEN COMUN

A) Seguridad Jurídica.

"El derecho es un instrumento de posibilitación de la existencia humana, entendiendo por existencia, brevemente dicho, la relación de cada hombre con su ser, es decir, la elección que cada cual hace de lo que quiere ser y llegar a ser, así como la realización de esa elección. La existencia humana no puede ser sino en la forma de la co-existencia, de existir con otros que también existen. Ello obedece a que ni siquiera puede tenerse conciencia del "yo" cuando ni siquiera hay un "tú" del que distinguirse.

El aseguramiento de existencias simultáneas (co-existencia) se cumple introduciendo un orden coactivo que impida la guerra de todos contra todos (guerra civil), haciendo más o menos previsible la conducta ajena, en el sentido de que cada quien sepa que su prójimo se abstendrá de conductas que afectan antes que se consideraron necesarias para que el hombre se realice en co-existencia, que es la única forma en que puede autorealizarse. Estos antes son los bienes jurídicos.

La función de la seguridad jurídica no puede entenderse pues, en otro sentido que en el de protección de bienes jurídicos como forma de asegurar la co-existencia". (100)

Como es visible, podemos afirmar que la seguridad jurídica resulta entonces, necesaria para la convivencia humana.

El proteger, asegurar o tutelar la esfera individual, pre valece y fomenta el respeto a ella, con miras al alcance de

la co-existencia óptima.

El respeto que se ejerce mediante la tutela de bienes jurídicos, manifiesta un carácter subjetivo y objetivo en cuanto a su objeto. Menciona Luis Recaséns Siches:

"El hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea un ólogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con sus prójimos: la urgencia de saber cómo se comportarán ellos con él, y de saber qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos.

Ahora bien, precisar de saber no sólo a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente: es decir, necesita tener certeza sobre determinadas relaciones sociales, y además seguridad de que la regla se cumplirá a todo trance, porque, si fuese menester, habrá de ser aplicada por la fuerza, esto es, inexorablemente..." (101)

El conocimiento de facultades y limitaciones, genera un sentimiento de respeto mutuo y, por ello, de seguridad; al darse la transgresión real a esa máxima, se genera y materializa el reproche, lo que viene a hacer factible y no meramente especulativa, la tutela que se hace a la esfera jurídica del individuo, obviamente, con todas sus consecuencias para el transgresor; de ahí se comprende la diferencia y correlatividad entre la certeza y seguridad jurídica. Aclaremos, el empleo indistinto de ambos términos dió origen a una con-

(101) Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 3a. México. Ed. Porrúa. 1980. Págs. 997.

fusión, por lo que es conveniente conocerlos independientemente, situación que es posible debido al análisis doctrinal que expresa la autonomía y complementación de ambas figuras.

Venmos algunas opiniones al respecto:

Manifiesta Sergio Asúa Reyes:

"... la certeza jurídica consiste en el conocimiento que -- nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto, con independencia de la intervención de los órganos coactivos del Estado para hacer respetar nuestro derecho". (102)

Eugenio Raúl Zaffaroni, indica:

"La seguridad jurídica es un concepto complejo. El efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos es su aspecto objetivo, pero para la seguridad jurídica no basta con que se pueda disponer efectivamente, sino que también se requiere tener la certeza de esa posibilidad de disposición, lo que configura el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, o sea el sentimiento de seguridad jurídica". (103)

La tutela jurídica que permea todo complejo normativo, se da a raíz del sentido subjetivo (certeza) y objetivo (seguridad) que configuran dicha tutela.

"En su sentido más general --expresa Delos--, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que,

(102) Los Principios Generales del Derecho. México. Ed. Porrúa. 1980. Págs. 151.

(103) Ob. Cit. Págs. 50.

si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación..." (104)

"Un individuo se halla en estado de certeza cuando sabe el contenido de la ley, sabe lo que le es permitido y lo que no. Un individuo, en cambio, se encuentra en estado de seguridad, no cuando solamente conoce los preceptos legales, sino cuando puede afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si es necesario, y que sus derechos se transformarán en realidades". (105)

Si bien se ha entendido lo que es seguridad jurídica, su aspecto subjetivo y su aspecto objetivo, nos preguntamos: ¿A qué tipo axiológico responde, y en qué escala?

La respuesta la encontramos en la propia apreciación de Luis Recaséns Siches:

"La justicia y el séquito de otros valores por ella implicados tienen un rango considerablemente más alto que la seguridad. Pero la seguridad que es muy notoriamente inferior a aquellos otros valores, constituye, sin embargo, un valor funcional de lo jurídico..., siendo la seguridad un valor inferior, sin embargo, es un elemento necesario para que reine un orden justo en términos generales de la sociedad.

Así pues, la seguridad es la motivación inicial o la razón de ser formal del Derecho, un valor funcional de éste, aunque no sea su fin supremo". (106)

(104) Cit. por PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. Reimpresión. México. UNAM. 1980. Pág. 225.

(105) ASUA REYES, Sergio. Ob. Cit. Pág. 154.

(106) Ob. Cit. Pág. 298.

B) Bien Común.

"... el hombre no puede vivir en sociedad sin un orden jurídico, que por esencia debe de ser coercitivo y autárquico, -- con normas legales donde se prevean las sanciones correspondientes, legitimándose la facultad sancionadora del Estado, para la aplicación de las penas en general, que han de ser justas, convenientes, equitativas y proporcionadas al daño originado por el infractor y al peligro que éste represente.

Es su función teleológica el BIEN COMÚN, entendido como el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual. O bien, la suma de condiciones que consiente a los individuos y a las colectividades alcanzar su propia perfección más plena y rápidamente, orden que ha de fundamentarse en la verdad; construirse en la justicia y vivificarse en la caridad". (107)

Dice Rafael Preciado Hernández:

"Se trata de una noción compleja: como bien, casi se identifica con el bien de la naturaleza humana; como común, alude ante todo al acervo acumulado de valores humanos, por una sociedad determinada, objeto perpetuo de conquista y de discusión, dada su aptitud o capacidad para ser distribuido, y -- condición al mismo tiempo del desarrollo y perfeccionamiento de los hombres; también significa lo común, que los individuos no poseen ese bien antes de su integración en el organismo social y que no sólo aprovecha a todos sino que a la

vez requiere el esfuerzo coordinado de todos los miembros -- que integran la comunidad; lo cual implica que no está constituido por la suma de bienes individuales, sino que es un bien específico que comprende valores que no pueden ser realizados por un solo individuo, tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional del pueblo, la paz social". (108)

En cuanto a Luis Leal, él mismo dice, precisa que:

"... debemos entender al bien común como la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos... y, además, como el conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona, y la obtención de aquella máxima realización de bienes individuales. Ahora bien, esta idea queda expresada en términos más claros con las palabras "bienestar general". Por eso las prefiero a la denominación tradicional "bien común". En efecto, las palabras "bienestar general" denota mejor que se trata del bienestar humano generalizado". (109)

"... al bienestar general pertenece un repertorio de bienes objetivos comunes, como por ejemplo, la paz, el orden social, el orden público, la prosperidad financiera del estado, la integridad del territorio nacional, etc., los cuales son condiciones que habilitan la mejor realización en la mayor cantidad loable de los intereses de todos, según una pauta

(108) Ob. Cit. Pág. 194.

(109) Tratado General de Filosofía del Persona. C. México. Ed. Porrúa. 1978. Pág. 297.

armónica, fundada en la jerarquía de valores.

Así pues, el bienestar general consiste: a) En la mayor suma de bienes para el individuo, y b) También es un repertorio de condiciones sociales que faciliten beneficios para los individuos (verbi-gracia, una situación de seguridad, unida a una situación de confianza en el crédito financiero del Estado, no constituyen unos beneficios directos para los individuos, pero sí representan una condición favorable para que éstos puedan obtener ventajas mediante ciertas actividades)". (110)

Al analizar las opiniones en cuanto al significado, o -- bien, lo que representa el bien común, como uno de los valores de alta jerarquía que pertenece al Derecho, nosotros consideramos que, en sí el llamado "bien común", representa un cúmulo de valores y condiciones que se han ido formando, estableciendo y fomentando debido a la integración social a la que hemos sido sometidos como un proceso natural e histórico, de ahí, que el beneficio, o, bienestar, que con ellos se prevea sea, lógicamente, de orden general. En un sentido más profundo, se entiende que el objeto inmediato del bien común va encaminado a la realización teleológica individual y, con ello, grupal.

Las condiciones objetivas que conforman el bien común, -- pueden traducirse metafóricamente como las "herramientas" necesarias y disponibles con que cuenta el individuo, para que su convivencia cotidiana sea positiva, ventajosa, cómoda y pacífica; produciéndose un beneficio para sí mismo e, incon-

(110) IBIDEM. Pág. 612.

cientemente, para la sociedad.

Para finalizar, creemos que el respeto y cumplimiento de cuestiones que pugnan por el beneficio social e individual, no buscan un fin diverso a otro ente de la misma naturaleza (axiología jurídica), y el cual responde al ejercicio óptimo de las relaciones sociales a que está propenso todo ser humano racional.

2.4.2 LA JUSTICIA COMO FIN DEL DERECHO

Se había indicado con anterioridad, que dentro de la esfera axiológico-jurídica, la jerarquía del ente "justicia", -- era indiscutiblemente superior en relación a los demás valores que el Derecho persigue.

Retomemos:

"... la seguridad en bien es el valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia, no es de modo alguno el valor supremo en el que el Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que el Derecho debe atender son la justicia, y el séquito de valores por ésta implicados, tales como la dignidad y la libertad de la persona humana, el bienestar social, etcétera". (111)

Veamos algunos conceptos:

"En nombre la Justicia es definida por el mismo como "constantis et perpetuae voluntatis jus summa cuiusque tribuendi".

Por Santo Tomás es presentada la Justicia como "el hábito

(111) RECAEREN SICUTUS, Isis. Nueva Filología... Pág. 293.

según el cual siguen, con constante y perpetua voluntad, de a cada uno lo que le pertenece, o sea aquello a que tiene derecho". En la doctrina moderna Ferrera estima que la justicia es la atribución igual de lo que corresponde a cada uno y en la medida que le corresponde". (111)

Como podemos ver, los conceptos no difieren sustancialmente; el dar, el atribuir, a cada uno, a cada cual, a cada quien, lo que corresponde, lo que a su derecho corresponde, conforman en sí, los elementos que expresan el significado del término justicia.

En cuanto al calificativo "constante y perpetua voluntad" y el "hábito", muestran la trascendencia que encierra el vocablo, como valor intencional e ideal; situación que no se da en el Derecho, ya que éste tiene el cambio, y adecuarse según las necesidades sociales que se le presentan, necesidades sociales del grupo al que regula, tutela, observa.

En este punto, tenemos que:

"... entre la Justicia y el Derecho, afirman los escritores modernos que aún siendo como conceptualmente distintos, están íntimamente relacionadas; y con notable coincidencia de punto de vista, ven en la Justicia la idea o el ideal del Derecho, su elemento teleológico, su fundamento intrínseco, su regla base". (112)

Rafael Preciado Hernández, expresa su idea de Justicia:
"Criterio ético, porque se trata de un principio destinado

(112) Cit. por FADINES GABDET, Ramón. Conceptos Fundamentales del Derecho. 3a. Barcelona. Boixareu Editores. - 1977. Pág. 15.

(113) IDEM.

a dirigir obligatoriamente la acción humana. Y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo a su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto excluye racionalmente toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente". (114)

Se denota mayor profundidad en la definición anterior, como es lógico en el campo de la Filosofía del Derecho; Precipio de Hernández, hace mención de los elementos básicos en el concepto de justicia, fundados, con la honesta e imparcial actitud de quien torna materializar o llevar a cabo en la realidad, el valor supremo.

Mitológicamente, la justicia fue visualizada o "... simbolizada por una diosa con los ojos vendados (neutralidad), -- que en la misma balanza (igualdad), valió y pesó los intereses de todos (proporcionalidad)". (115)

Para terminar y ejemplificar la importancia de la JUSTICIA, daremos un diálogo expuesto por E. Mandaninus (Cours de Litterature Comparée. París. 1830), y el cual dice: "

(114) Ob. Cit. Pág. 109.

(115) BADENES GASSET, Ramón. Ob. Cit. Pág. 15.

LA JUSTICE

Quae Dea?—Justitia.—Eaquid Torvo lumine?—Flecti Nescia sum, lacrymis, vel prece, vel pretio.—quod genus?—A Superis.—Ex quo genitore?—Lodo.—Qua matre?—Fide.—Nutrix quae tua?—Pauperes.—Quis gremio infantem fovit?—Prudentia.—Quonam freta du ce agnoscis crimina?—Judicio.—Cur gladium tua dextra gerit? Cur laeva bilancem?—Ponderat haec causas, percutit illa reos.—Quid rari assistunt?—quod copia rara bonorum est.—Quae comes assidua est?—Candida simplicitas.—Aurium aperta tibi cur altera, et altera clausa est?—Haec surda injustis, panditur i lla bonis.—Paupers cur semper cultu?—Justissimus esse Qui cu pit, exiguas semper habebit opes.

LA JUSTICIA

¿Qué Diosa eres?—La Justicia.—¿Por qué te ves con ese aterrador aspecto?—Porque hago caso omiso al llanto, a las lágrimas, a las súplicas o al dinero.—¿De qué linaje eres?—De los dioses.—¿Quién es tu padre?—La equidad.—¿Quién es tu madre?—La confianza.—¿Quién es tu nodriza?—La pobreza.—¿Quién protege al niño en el regazo de su madre?—La prudencia.—¿Por medio de quién conoces los crímenes que se te presentan?—Por el juicio.—¿Por qué tu mano derecha lleva una espada? ¿Por qué a tu izquierda una balanza?—Esta examina las causas, aquella castiga a los culpables.—¿Por que te presentan los ca sos más singulares?—Por que son pocos los casos honestos.—

¿Cuál es tu audaz compañera?—La simplicidad.—¿Por qué tienes un oído descubierto y el otro cubierto?—Este es sordo a las injusticias, el otro hace caso a los honestos.—¿Por qué siempre se te da tan poca importancia?—El que desea ser justo siempre tendrá pocos honores". (116)

Es interesante ver, como de manera metafórica otros valores se hallan coexistiendo para el alcance, de lo que han de nominado valor supremo o ideal del Derecho. Asimismo, afirmamos que en todo momento, la ética suele pasearse a lo largo del citado diálogo.

CAPITULO III

PRINCIPALES ASPECTOS JUSTILOSOFICOS DE LA PENA DE MUERTE

3.1 DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL: LA VIDA

La sensibilidad humana, proyectada por la tarea racional-filosófica del humanismo moderno, trascendió como base sólida para el conocimiento general de las potestades inherentes como "unidad libre y racional" (117), y, que las cuales se sustentan, por el mero hecho natural de la "existencia".

Así, relacionando ideas con el presente análisis, podemos señalar que, la contraposición lógica a la tan discutida pena de muerte, pena máxima o pena capital, es sin duda, la defensa que en diversos campos de la ciencia (básicamente en aquellos que se adentran en la cuestión del comportamiento o conducta humana; tales como el filosófico, el jurídico, el ético, el teológico, etc.) se le ha dado el llamado "valor base" o "derecho fundamental", entendido como VIDA. Pero... ¿Qué es la vida? ¿por qué la tutela que existe, no sólo a nivel regional sino a nivel Tratados, Convenciones o Congresos, es decir, en el plano internacional como un renombrado derecho humano, y más aún, como el derecho humano (como se indica) fundamental? Con estas cuestiones, empezamos prácticamente a descubrir un concepto de naturaleza un tanto com-

(117) KURI PARRA, Daniel. Introducción Filosófica al estudio del Derecho. Lógico. Ed. Jus. 1979. Pág. 110.

plejo, puesto que al tratar de definir "vida" con términos sencillos realmente se nos dificulta; además que es notorio, que los puntos de vista son varios, digamos que hay biológicos, filosóficos, jurídicos, entre otros. Veamos:

"Tanto la religión como la moral y el derecho ordenan que la vida humana sea respetada. Esto es para el hombre el mayor de los bienes, no por el amor que cada uno pueda tenerle, sino porque condiciona la posibilidad de realización de todos los valores". (118)

"La vida tiene significado porque es el centro en que convergen las ideas del individuo, cuando surge la esencia del hombre y se justifica la razón de nuestra existencia, por tal razón la vida tiene carácter esencial que termina y se diluye con la muerte.

La vida humana es la más absoluta de las realidades y se convierte en el centro de la reacción humana exteriorizada con el pensamiento mediante la conducta". (119)

Hagamos un paréntesis, determina Laynez acertadamente (el primer comentario), que siendo el pilar la "vida", los valores que se pretenden alcanzar, sean "objetivamente" posibles, por ejemplo, la libertad, la seguridad, etc.

En cuanto al segundo comentario, es muy visible el enfoque subjetivo y profundo que pretende manejar su autor; al señalar, como presupuesto indiscutible "del pensar y del actuar humano", al fenómeno de la "existencia", desveréndola además, como la realidad primaria fundamental.

(118) GARCIA LAYNEZ, Eduardo. *De la Pena...* 1967. 14.

(119) ZACORA JIMENEZ, Arturo. *Op. Cit.* 1967. 13.

Hablando ya en un sentido más estricto de "existencia",-- podemos considerar la opinión que de ella tiene Edgardo Fernández Sabaté: "La primera perfección que le adviene a la persona es la existencia. Tal existencia, simultáneamente, se transforma en el primer derecho. En lo primero que debemos reconocer y restituir permanentemente a los demás. "Lo suyo" primeramente y ante todo es el acto de existir. Cuyo, ¿de quién?, de la persona. El primer ius, el primer status ético. La existencia del hombre comienza con su concepción en el seno materno. Desde ese momento es totalmente persona.

El seno materno es el lugar más apto para vivir sus primeros nueve meses. Desde ese momento está dotado con todo su cuadro de posibilidades físicas y éticas. Tiene todo un código genético y todo su código ético. Cuando desarrolle las potencialidades del código genético llegará a ser un organismo adulto y cuando explicita las facultades de su código ético llegará a la estatura de un ser humano, todo un varón o toda una mujer". (120)

Sin apartarnos del tema, vemos que la existencia o vida, como fenómeno natural-biológico, crea asimismo un derecho, que se reconoce en aras, de que ésta última se desarrolle en las condiciones más óptimamente posibles (como diría Messner, "la vida como presupuesto para el cumplimiento de los fines existenciales del hombre"). Siendo la "vida", un primer fenómeno de la naturaleza, se justifica que el "derecho a ella", sea un primer fenómeno social.

(120) Filosofía del Derecho. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1984. Págs. 351-352.

Luis Recaséns Siches, elabora su propia idea y nos dice:

"Se ha dicho que la vida biológica del hombre no es un derecho sino que es un hecho. En ambas cosas, pues el hecho de la vida biológica del hombre constituye a la vez la base de un derecho a la protección y defensa de ese hecho. La vida biológica del hombre, que desde luego es un hecho, constituye algo más que un mero hecho, comparado con los demás hechos de la naturaleza. Es también un derecho. Esto quiere decir, sustancialmente el hombre tiene el derecho a no ser tratado injustamente de la vida, a que éste no sufra ataques injustos del prójimo o del poder público. Y, incluso... puede significar algo más: que el individuo tiene el derecho a ser ayudado por la sociedad a defenderse de los peligros procedentes de la naturaleza —por ejemplo, inalubricidad—, o provenientes de la combinación de factores naturales y sociales —por ejemplo, el hombre.

La vida de una planta es un mero hecho biológico, sin ulteriores consecuencias éticas. La vida del ser humano es también un hecho biológico, pero es también, además, algo diferente y de mayor importancia: un hecho cuya realidad y cuya integridad deben ser protegidas por las normas jurídicas. Este derecho es ciertamente inseparable del hecho mismo de la vida: se tiene derecho a vivir, porque ya se vive. El hecho de la vida constituye el título del derecho a la vida.

Este derecho se refiere en primer lugar a la vida física, a la biológica. La realidad de la vida biológica no es la más valiosa, porque no es ella la que califica al hombre como

ser humano. El hombre tiene vida biológica al igual que la poseen también los demás seres vivos de la naturaleza, y más próximamente los otros animales. Pero si esa vida biológica no es la más importante, ni la más valiosa, es ciertamente la base indispensable para que puedan existir las "formas superiores de vida" que son características del ser humano.

"Primum vivere, deinde philosophare", decía el proverbio antiguo.

¿Por qué la vida biológica, que para las plantas y los animales es un mero hecho, se convierte, además, en el hombre en un derecho? Porque el ser humano es diferente de todos los otros seres del universo, en virtud de que tiene dignidad personal, es decir, porque es un sujeto con una misión moral". (121)

De la idea anterior, podemos considerar como los puntos más importantes de la misma, los siguientes:

- a) La vida humana, siendo un hecho natural, genera por sí misma el derecho a ella; derecho que la protege de ser alterada por cuestiones de interacción social (de integración social, primeramente).
- b) La vida humana, siendo un derecho -además de ser un hecho natural-, se ve necesariamente configurada en la realidad jurídica (genérica o determinada).
- c) Todos los seres vivos poseen vida biológica; esto es un hecho; "hecho", presupuesto necesario para que surja la conciencia de tal como un "derecho", fenómeno que sólo puede darse en el ente superior "hombre": ente racional-moral que,

(121) Tratado General... Pág. 595.

lo difiere objetivamente de los otros seres y, lo cual, hace posible comprender la "vida" como un hecho natural; de ahí que socialmente, se le reconozca en la calidad de un "derecho".

d) "PRINCIPIO EXISTO, LUEGO PIENSO": destaca la "existencia", como un primer acontecimiento, necesario para entenderla.

Como un salto a la realidad material, nos encontramos con la tutela jurídica al valor supremo: VIDA.

Dice Johannes Lehner: "El derecho a la vida existe en el primer caso, la protección jurídica por una autoridad internacional y, en el último caso, la protección por una autoridad estatal". (127)

En el ámbito de este derecho internacional, el derecho a la vida está contemplado en las importantes Declaraciones y en dos Instrumentos Internacionales: primero la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ambas emitidas en 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

"Las garantías de este derecho esencial del hombre que figura en las dos Declaraciones son sumamente sencillas y sustancialmente idénticas al establecer: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica".

Por su parte, el Pacto Internacional y la Convención Americana, consideran el derecho a la vida en "forma más pormenorizada, desarrollándose de sus disposiciones dos tipos de garantías, una que se refiere a la aplicación de la pena de --

(127) Ob. Cit. Pág. 96.

muerte y, la otra, a la privación arbitraria de la vida.

El derecho a la vida que consagran ambas Declaraciones es uno de los supremos valores de la persona humana, cuyo acceso en su ejercicio y aplicación se regula por el Pacto Internacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales también de manera similar establecen:

"El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente..." (123); pero mejor retomamos textualmente el artículo 4o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como el "Pacto de San José", y que a la letra dice: "

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de su concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que

(123) "La Pena de Muerte a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Memoria del Seminario: La - Pena de Muerte. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. 1994. Págs. 75-76.

la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a persona que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o sea de setenta, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la absolución, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente". (124)

Con lo anterior se percibe que, el derecho a la vida responde, en el plano normativo internacional, a la restricción punitiva capital. Los fueros que se contemplan en un contexto jurídico: DERECHO A LA VIDA Y PENAL DE FUERTE.

La "vida" en el plano estatal, es considerada expresamente como un bien jurídico; vemos:

"En la propia Constitución el bien jurídico tutelado por la garantía de audiencia que consagra el artículo 14, es la vida, y con ella, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado... Ignacio Burgoa señala: "simplemente nos conformamos con afirmar que la vida se traduce en el estado existencial del sujeto, entendiendo por existencia la realización de la esencia..., pero esto, a través del concepto vida, la garantía de audiencia tutela la existencia misma

(124) ZAPPALÁ, Luciano Raúl. Ob. cit. Págs. 800-807.

del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación; en otras palabras, mediante él se protege al mismo ser humano en su substatividad físico-física y moral como persona, a su propia individualidad". (125) Pero, se preguntaría: ¿qué hay de la "bella durmiente"? ¿qué hay de una disposición de carácter, digamos vigente, y una disposición de carácter positivo, como sería la situación de nuestra Carta Magna al contemplar la pena máxima?

Comenta Eduardo Larraín Ayzem: "las locuciones derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleadas como sinónimos.

Tal equiparación nos parece indelible. No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente..." (126)

Entonces... ¿qué pasa en nuestra realidad jurídica, se definiendo la vida, se establece la muerte? Parece que la respuesta no está aquí y ahora, necesitamos del conocimiento de otras cuestiones que intenten una explicación lógico-jurídica ó filosófico-social, necesitamos indagar aún más.

Lo que sí podemos afirmar es que, la vida "da vida" a los demás valores que pretende su tutor; de ahí su importancia.

(125) Cit. por CRIVELLO GENTILETTA, habén. la Vida como bien jurídico protegido en la Constitución General de la República. Gaceta. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Durango. Dic. 93. Núm. 2. Pág. 66.

(126) Introducción al... Pág. 38.

3.2 LOS DERECHOS HUMANOS Y SU TUBELA INTERNACIONAL

En el subtema anterior, se manejó un concepto particular (aunque fundamental) del complejo conocido como "Los Derechos Humanos"; pero... ¿qué son éstos, y cómo es que se da su reconocimiento en la Comunidad Internacional y, que de alguna forma, revierte la idea de ser la base, la "conciencia" de todo ejercicio estatal en su enfoque -diverso- interno? ¿Cuándo es que surge realmente la "suprotutela"?

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el tema de los Derechos Humanos se internacionalizó. La anterior afirmación no quiere decir que antes no hubiera antecedentes.

Cierto que los hubo. Pero el gran movimiento internacional comenzó después de aquél célebre evento con declaraciones universal y regionales, la creación de Comisiones y Cortes regionales y pactos y protocolos sobre esta materia". (127)

Los derechos humanos, como es visible, responden también a una trayectoria histórica que, le ha permitido llegar a ser principios, que como se ha establecido "...tienen su fundamento en la misma naturaleza del hombre". (128)

"Los derechos humanos que sirven de fundamento a la esfera de libertad social son caracterizados desde la Edad Moderna brevemente como derechos del hombre". (129)

(127) GARRIZO, Jorge. Algunas Reflexiones sobre el Ciudadano y los Derechos Humanos. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1992. Pp. 23.

(128) FESSENER, Johannes. Ob. Cit. Pp. 508.

(129) IDEM.

"Anteriormente, las revoluciones Inglesa, Norteamericana y Francesa fueron los factores hñdamente civilizadores en los respectivos paìses en que se produjeron. Pero fueron, ademàs, las fuentes de inspiraci3n de todos los movimientos constitucionalistas que llevaron a la implantaci3n de la democracia liberal en muchos otros pueblos, en Europa, en Hispanoam3rica y en otros continentes. Pues bien, todas las disposiciones constitucionales de ese tipo, es decir, de democracia liberal, parten del supuesto de una creencia en unos derechos fundamentales del hombre, que est3n por encima del Estado, que tienen el mismo nìto que éste, y entienden que uno de los fines principales del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales derechos.

Esta doctrina de los "derechos naturales, inalienables, imprescritibles, superiores al Estado", fue objeto de múltiples y variadas críticas en el ámbito académico en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros decenios del XX. (130)

La crítica era: "... no puede hablarse de derechos subjetivos fuera del Estado ni por encima de éste". (131) A lo que Recasens Siches explica: "... habían malinterpretado el sentido que la palabra "derechos" tiene en la expresi3n -- "derechos del hombre"... asì la palabra "derecho" no es empleada en la acepci3n que tiene como "derecho subjetivo" propiamente dicho, dentro de un orden jurìdico positivo... cuando se habla de los "derechos del hombre", con este vocablo "derechos" no se piensa lo mismo que cuando uno se refiere a

(130) RECASENS SICHES, Luis. Tratado General... Pág. 997.

(131) IDEM.

los derechos que tiene el comprador según lo determinado en el Código Civil vigente... Por el contrario, se piensa en otra cosa, y, sobre todo, en un plano diferente del Derecho Positivo. Se piensa en una exigencia ideal, la cual es formulada verbalmente diciendo "todos los hombres tienen el derecho -por ejemplo- a la libertad de conciencia", lo cual no expresa un derecho subjetivo en el sentido técnico de estos vocablos, es decir, con posibilidad de hacerlo valer mediante el auxilio de los órganos jurisdiccionales y ejecutivos del Estado. Expresa que el Derecho positivo, todo orden jurídico positivo, por exigencia ideal, por imperativo ético, debe establecer y garantizar en sus normas la libertad de conciencia. No se habla de un derecho subjetivo dentro de un orden jurídico constituido, sino de un derecho ideal en el campo del Derecho que se debe establecer... En realidad, cuando la doctrina habla de "derechos del hombre" lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, fundados en normas o en principios ideales, en criterios estimativos, en juicios de valor, para que en el orden jurídico positivo emita preceptos que vengan a satisfacer esas exigencias". (132)

La palabra "derechos del hombre o derechos humanos", encierra entonces, una "exigencia ideal", es decir, una búsqueda de la posibilidad de satisfacer -mediante la emisión de conductas ordenadas- las facultades o potestades que se nos advienen, por el mero hecho natural de ser "entes humanos", "entes vivos" de calidad (de cualidad) racional-moral.

(132) IBIDEM. Págs. 552-553.

Continuando con nuestro recorrido histórico, podemos ver que: "En el campo académico, desde mediados del siglo XIX hasta hace pocos decenios -poco más o menos-, la doctrina de los "derechos naturales o fundamentales del hombre" era tratada con cierto desdén por gran número de autores, como una especie de mito político, que desde luego había tenido en otra época una gran importancia práctica, pero que no podía ser tomado en serio doctrinalmente en el campo científico y filosófico. Pero el surgimiento de los Estados totalitarios de varios tipos, el sinnúmero de ultrajes que esos Estados cometieron contra la dignidad humana, los atentados que perpetraron contra los más preciados bienes de la cultura occidental, y la Segunda Guerra Mundial por ellos desencadenada -con el sinnúmero de experiencias trágicas-, abrieron los ojos de nuevo hacia la importancia de los "derechos naturales o fundamentales del hombre". (133)

"... Pero allí donde por largos años se presencié día a día el ultraje constante y masivo a la justicia y a todos los valores éticos, el mero imperio de la fuerza bruta puesta al servicio de la degradación del hombre, allí se vuelve la vista hacia las pautas que deben inspirar al orden jurídico, se vuelve a pensar en el Derecho natural, para salir de la tragedia y evitar que ésta se pueda repetir. Y esa devoción renovada a los principios del Derecho natural aparece en muchas de las nuevas constituciones elaboradas después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, cuyos autores no titubearon en volver a hablar de los "derechos naturales del

(133) IBIDEM. Pág. 553

hombre", sin sentirse cohibidos por las críticas desenvueltas en el siglo XIX contra esta idea". (134)

Ya en San Francisco -1945- se elabora y aprueba la "Carta de las Naciones Unidas", donde se mencionados, reiteradamente, "los derechos del hombre".

"Ya en el prefacio de la Carta de las Naciones Unidas del 26 de VI 1945 se encuentran formulaciones filosóficamente relevantes. Allí se dice que los pueblos de las Naciones Unidas están "firmemente decididos" a "perfeccionar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la personalidad humana, en la igualdad de derechos del hombre y la mujer, como así también de todas las naciones, grandes o pequeñas". Y, finalmente, en el artículo 1 de esta Carta se lee que las Naciones Unidas tienen como objetivo, entre otros, "llevar a cabo una cooperación internacional" a "fin de promover y reformar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión". Este objetivo es reiterado en el artículo 55 de la Carta, en donde se indica como objetivo, además del respeto, la realización de los derechos humanos". (135)

Sin embargo, expresa adecuadamente Víctor Manuel Rojas Amondí: "Dado el carácter meramente promocional que en materia de derechos humanos contiene la Carta de las Naciones Unidas, se hizo necesaria una definición de los derechos y li

(134) IBIDEM. Págs. 553-554.

(135) KLUG, Ulrich. Problemas de la Epistemología y de la Pragmática del Derecho. México. Distribuciones Fontamara S.A. 1992. Págs. 15-16.

bertades que contenía la misma, así como el establecimiento de los mecanismos encargados de garantizar su efectiva protección. Así se concibió en principio, como indispensable, una declaración internacional de derechos humanos, pero también se dejó sentir la posibilidad de emitir un segundo documento que fijara las obligaciones jurídicas de los Estados en materia de protección de derechos". (136) Así, en el año de 1946, se integró la Comisión de Derechos Humanos, con el propósito de elaborar "un documento que precisara los derechos humanos, con especial énfasis en idear y hacer admitir un mecanismo internacional para su protección". (137)

La Asamblea de las Naciones Unidas, aprobó y proclamó (en 1948) la llamada "Declaración Universal de los Derechos Humanos", previo sometimiento a la comisión del mismo nombre; recomendándose a todos los Estados miembros su publicación, divulgación y análisis.

"Dicha Declaración, consta de un vasto catálogo de derechos de libertad, tanto económicos, como sociales y culturales". (138)

Citando la frase inicial de la "Proclamación" o cláusula dispositiva, tenemos que: "La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de los Derechos del Hombre -- como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que, tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promue-

(136) Filosofía del Derecho. México. Ed. Harla. 1991. Págs. 216-217.

(137) IDEM.

(138) IDEM.

van, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos..." (139)

Sin embargo, podemos decir que constituye un ordenamiento que establece proposiciones normativas imperfectas, toda vez que no establece obligaciones jurídicas directamente exigibles a los Estados signatarios, más bien éstos sólo se comprometieron a tomar medidas nacionales e internacionales posteriores, a fin de asegurar el cumplimiento efectivo de los de rechos del hombre.

"Como instrumento complementario de la Declaración Universal de Derechos, el 3 de enero de 1976, entró en vigor el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, que impone la obligación a cargo de los Estados a expedir, conforme a sus sistemas constitucionales y legales, los mecanismos necesarios para proteger los derechos reconocidos en el mismo. Estos últimos son las libertades reguladas en casi todas las constituciones del mundo". (140)

En cuanto al ámbito regional, los derechos humanos se ven nuevamente reforzados por el interés palpable en la celebración de Convenciones, Tratados o Congresos que, se han venido desencadenando desde entonces.

Existe la "Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953; la "Convención Americana

(139) RECAENES SICHES, Luis. Tratado General... Pág. 558.

(140) ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Ob. Cit. Pág. 218.

sobre Derechos Humanos", firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (como recordaremos ya lo habíamos citado particularmente), en vigor a partir del 18 de julio de 1978. En ambas Convenciones, se establecieron dos órganos análogos para: una tutela real de los derechos humanos; a saber tenemos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

De esta forma, un sistema supranacional de protección de derechos humanos, es una realidad en el plano regional". (141)

La libertad de conciencia, la libertad de practicar la religión, el derecho a la propia vida, el derecho al matrimonio y a la familia, el derecho a la educación de los propios hijos, el derecho a la adquisición de lo necesario para el sustento, el derecho a... etc., y todos aquellos que representan una potestad inherente al ser humano, configuran nuestros "derechos Humanos", de ahí lo que significa y justifica su trayectoria histórica.

3.3 LA PROBLEMÁTICA ÉTICA DE LA PENA DE MUERTE

Siendo la pena de muerte, un tema debatible en el campo filosófico, por la cuestionabilidad de sus "contornos" degradantes u ofensivos a la integridad humana, surge de una de sus ciencias el intento por tratar de plantear, explicar o delinear el objeto de tal situación en el ámbito de la pu-

(141) *IPIDEM*. PÁG. 219.

nibilidad; situación ya tan arraigada y ventilada en diferentes épocas y por diversos estudiosos en la materia.

Se habla precisamente de la "ética", pero... ¿Sabemos en realidad cuándo estamos frente a la ética y cuándo frente a la moral?

Ramón Cobo, en su Enciclopedia Concisa indica:

ÉTICA... Parte de la filosofía que trata de la moral...

-La ética constituye aquella parte de la filosofía que a partir de unos principios, vivencias, actitudes o influencias, intent. determinar las normas o el sentido del obrar humano, tanto individual como social. Comúnmente se consideran distintas la ética y la moral, reservándose esta denominación para la moral religiosa o teológica por contraposición a la ética que algunas, sin embargo, llaman moral natural o filosófica.

Otra idea en similitud con esta definición, la encontramos en la apreciación de Raúl Zaffaroni:

"... debemos distinguir lo "ético" de lo "moral". "Etico" está referido al comportamiento social, es decir, a las pautas de conducta señaladas por la sociedad. La moral, en lugar, viene señalada por la conciencia individual. Lo "moral" se refiere a las pautas de conducta que a cada quien señala su conciencia, lo ético a las pautas de conducta que le señala el grupo social". (142)

(142) Ob. Cit. Págs. 53-54.

La ética como ciencia filosófica, pretende explicar el obrar humano desde dos enfoques distintos en relación al sujeto, es decir, existe un enfoque interno y un enfoque externo, se cuenta con un campo personal pero también con un campo social; dos esferas configuran la existencia del ser humano, una es delineada por el propio individuo (conforme a su conciencia o "moral"), mientras que la otra es delineada por el grupo al cual pertenece, es decir, por la sociedad.

Con lo anterior, se llega a la idea de lo que se ha llamado "Ética Individual" y "Ética Social"; yo llamaría a la ética individual "moral" y a la ética social "ética pura", la razón es obvia, pues la ética individual responde a un acto de valoración interna, de consideración propia, de convicción autónoma; mientras que la ética social se basa en la valoración externa, consideración común, convicción heterónoma, ambas semejan parámetros distantes, pero a la vez complementarios, y ambas miran a un bien por alcanzar ya sea individual o social, respectivamente.

Conociendo al Derecho como una ciencia evidentemente social, preguntamos: ¿A qué tipo de ética responde? Por otro lado: ¿Respecto a qué "bien" mira su interés?

3.3.1 EL BIEN RACIONAL COMO FIN ETICO

Para el ser humano, como único ente racional, siempre le ha sido como fundamental pretensión alcanzar la "perfección" (llámese perfección en todos sus ámbitos (económico, cultural, social, espiritual, etc.); perfección que satisfaga esa necesidad, tratando de superarse día a día con la finalidad de hallarse en plena armonía, tanto en sí mismo como en su círculo social. Todo esto, se ve reflejado o se traduce en sus actos cotidianos, ¿de qué forma? Pues actuando honesta y pacíficamente, respetando así el margen que se instituya por vía de la razón.

El bien racional -pensamos- constituye solamente un -- bien del que, estando conscientes, hemos decidido optar y generalizar, porque conforme a nuestra calidad "racional" es conveniente y positivo para nuestro desarrollo como individuo de constante interacción social. Dicho bien racional, nace de la misma voluntad del individuo por adherirse a un esquema de conducta, fincado por la propia lógica humana y en beneficio de aquellos que la detentan.

El bien, siendo entonces una cuestión positiva y razonable para el género humano (que la reconoce y acepta), se obtiene mediante el respeto a ese esquema de conducta que se establece con miras a examinar al individuo a su fin primordial: LA SUPERACION INTEGRAL HUMANA.

Expresa Rafael Preciado Hernández al respecto:

"El obrar humano constituye el objeto propio regido por las normas, las que representan reglas imperativas que expresan un deber, precisamente porque están fundadas en el bien. De ahí las relaciones entre lo normativo, lo social y lo ético.

Pues la conducta del hombre, tanto en su aspecto estrictamente individual como en el social, es la materia determinada o medida por las normas, y éstas no pasarían de la categoría de meras reglas, sino estuviesen fundadas en valores primarios o necesarios, como la justicia, el bien común, el bien moral, la santidad. Ahora bien, como estos valores supremos son las columnas maestras en las cuales descansa el orden ético, es evidente que lo social y lo normativo carecen de sentido si se les considera independiente de lo ético". (143)

Individuo es igual a sociedad, sociedad es igual a normas, normas es igual a valores y principios estatuidos, valores y principios estatuidos es igual a raciocinio, raciocinio es igual a individuo; es decir, ética, normas, sociedad se complementan, ¿con qué objeto? Con el objeto de que la conducta del individuo en sociedad, responda a bases éticas que le faciliten la "suavización integral", tanto individual como genéricamente, es decir, tanto en el "yo" como en el "todos" (siendo de mayor importancia el segundo, cuestión que veremos más adelante). Las normas se imponen, porque llevan implícitas un beneficio, beneficio que fue pensado, razonado y acep-

(143) Ob. Cit. Pág. 173.

tado al ponerse en práctica la observancia de dicho complejo normativo, para regir nuestro obrar adecuadamente, benéficamente.

"El hombre necesita contar con una tabla de valores, con una jerarquía de bienes que la razón descubre o reconoce como criterios rectores de su conducta, y que por tener validez objetiva, pueden ser igualmente reconocidos por todos los hombres y regir la actividad humana tanto en su aspecto individual como en el social. Y como estos criterios se reguimen en la idea del bien, fundamento del orden ético, fácilmente se comprende que este orden constituye el coronamiento de los otros dos órdenes considerados: el social y el normativo". (144)

Al razonar, el individuo observa, analiza y considera cuáles son esos bienes éticos, esos valores primarios y necesarios para intentar establecer un complejo normativo que regule su interacción diaria, con otros individuos que perciben, de manera análoga, dicha mecánica pues todos ellos comparten la calidad, la facultad de coexistir en plena armonía y llamamos a tal "RAZON".

"El respeto del bien primario, es la obtención del bien último".

(144) IBIDEM. Pág. 174.

3.3.2 LA SUPERIORIDAD DEL BIEN SOCIAL SOBRE EL BIEN INDIVIDUAL

Considerado el Derecho como una ciencia social, es lógico comprender que, el mismo, pugne por un interés de naturaleza general, es decir, que pugne por el interés de todos, en don de ese "todos" representa el sujeto de su actividad reguladora: La Sociedad.

Ya se hablaba con anterioridad, de la existencia de una ética individual y frente a ella la que se denomina ética social; en torno a la primera se comentaba que, ésta respondía a principios rectores autónomos, en búsqueda de la superación integral a nivel "personal", es decir, en búsqueda del bien individual; por lo que toca a la ética social, se vió que ésta proyecta normas de cumplimiento objetivo, reglas con que el individuo debe de conducirse en apertura social, en sociedad y, la cual mira, a un bien que se presume es de mayor jerarquía que el primero, pues tutela o va dirigido no a un sólo interés, sino a varios conocido esto como bien social, bien común o bienestar general.

Ambos bienes se piensan complementarios, cuando ambos se encaminan por valores y principios análogos, pero cabe hacer notar que, ante una discrepancia entre los mismos, se opta por el que represente tanto mayor interés como mayor "bien"; en este supuesto nos estaríamos refiriendo al BIEN SOCIAL.

Sin adelantarnos demasiado al siguiente tema, veamos el comentario que hacen algunos autores en cuanto a la superioridad del bien social, en relación con el tema que estamos estudiando: Pena de muerte.

Indica Johannes Kastner:

"La sociedad posee su propio ser, actúa con independencia del individuo y éste no sólo depende totalmente de aquélla en su desarrollo, sino que se encuentra en gran medida sometido a su voluntad... Finalmente, si el bien de la sociedad tiene tal preeminencia sobre el individuo que, en caso necesario, se puede exigir de éste el sacrificio de su vida y hacienda en aras de la comunidad". (145)

Comenta Rafael Preciado Hernández:

"La privación de un órg no o de una parte de nuestro cuerpo en virtud de una operación quirúrgica, se propone precisamente asegurar la subsistencia del ser biológico total que constituye el organismo humano, es un medio necesario o bien útil que no es valioso en sí, sino por cuanto sirve para mantener la vida de un ser valioso por sí mismo. Algo semejante ocurre tratándose, ya no del organismo biológico, sino de esa otra totalidad o unidad que es la sociedad de la que formamos parte, la que puede privarnos en ciertos casos de algunas libertades, de nuestros bienes patrimoniales y de la vida misma, para preservar su entidad "relacional"... (146)

(145) Ob. Cit. Pág. 13.

(146) Ob. Cit. Págs. 196-197.

Citado por Rafael Preciado Hernández, Corta Grau expresa:
 "Todo individuo es en cierto modo parte de un organismo social; pues bien, si cualquiera de nosotros puede y debe amputar un miembro cuyo infección determinaría la muerte o un grave quebranto, el bien de la sociedad puede en ciertos casos obligar a la eliminación de un miembro corrompido o peli-groso. Ello constituiría no sólo un derecho, sino un deber de la autoridad, cuya misión es velar por el bien común, y ella será la llamada a decretar esa supresión para salvar o defender la vida y la paz de todos". (147)

Conforme a la idea de Luis Recaséns Siches, respecto al bienestar general, tenemos lo siguiente:

"... debemos interpretar el bien común como la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos -idealmente el desiderátum sería para todos-, y, además, como el conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona, y la obtención de aquélla máxima realización de bienes individuales... se trata del bienestar humano generalizado". (148)

El bien común, bienestar general o bien social, se traduce entonces, en el bien que se prevé establecer para una mayoría, mayoría que permite la organización y, con ello, el respeto a las normas establecidas para su propio beneficio; -- sin particularizar, pues se caería en el ámbito personal que corresponde básicamente, al aspecto "moral".

(147) *IPIDES*. Pág. 197.

(148) *Tratado General*... Pág. 597.

3.4 JUSTIFICACION E INJUSTIFICACION DE LA PENA DE MUERTE

La existencia de dos parámetros, de dos corrientes que, manifestando sus respectivos postulados en lo tocante a la pena máxima, han invadido gran parte de nuestro trayecto histórico tratando de ser convincentes, ante el género humano, de la razón que pudiere hallarse inmersa en sus doctrinas.

No sólo se habla de un debate a lo largo de la historia en el campo punitivo, sino de una realidad presente y de proyección indefinida. Es común observar o escuchar que, en ocasiones, al delincuente se le haya sentenciado -por citar un ejemplo- a la silla eléctrica o a la cámara de gas, etc., --dándonos la idea de aquellos pasajes medievales e inhumanos, e ir inmediatamente, como sociedad indignada y, exigir al aparato estatal que no permita esa aberración; sin embargo, también hay ocasiones en que, siendo espectadores de la abstracción de un delincuente peligroso, acudimos, también como sociedad indignada, ante el Estado y se nos oye decir: "¡queremos que se haga justicia!", muchas veces sin saber lo que significa justicia y dando rienda suelta a nuestra faceta --visceral, imploramos el castigo, el sufrimiento, el dolor para el infractor.

Todo individuo, mejor dicho, cada mente humana es susceptible -en cualquier momento- de cuestionar su propia conciencia (llámese conciencia a la pila de valores y principios ya aceptados); se ha dado que, comúnmente la conciencia, puede

cegarse por emociones extremas, como la ira o el afecto, por ello se requiere de explotar su "raciocinio" para encontrar, el punto medio, el punto justo o de equilibrio para no caer en la precaria parcialidad. Lo mismo ocurre en la sociedad, comprendida ésta, como un gran individuo en donde el cerebro lo configura el Estado y, por lo tanto, teniendo mayor responsabilidad para valuar lo que es justo y con ello, lo más benéfico para su "todo".

Hablando estrictamente del tema que nos atane, es decir, "Justificación e Injustificación de la Pena de Muerte", encontramos perfectamente delineadas dos corrientes: La Abolicionista y, en el otro extremo, la que se halla en favor de la citada pena.

"La pena de muerte en todas sus épocas ha tenido defensores y también quienes se oponen a su uso, entre los que rechazan la pena capital se cuenta con Voltaire, Pellegrino Rossi, Pessina, Víctor Hugo, Unamuno, Marqués de Beccaria, Ruiz Funes, Marino Barbero Santos, Watenberger, Roberto Larios Valencia, Jiménez de Asúa, Rodríguez Lanzanera, Elías Newman, Zaffaroni, Jorge Carpizo, Jorge Madrazo, entre otros... Por su parte como defensores de la pena capital se registra Sócrates, Platón, Santo Tomás de Aquino, Lutero, Goethe, Kant, Rousseau, Bismark, Garófalo, Quintano Ripolléz, Calvino, Cuello Calón, Hitler, Mussolini, Franco, Pinochet..." (150)

1. Argumentos a favor (JUSTIFICACION) de la Pena de muerte.

Dentro de esta corriente, se han elaborado varios postu-
dos que pretenden dar un carácter convincente a la aplica-
ción de la pena capital.

Indica Arnoldo Ortiz Roscoso: "Quiénes se afilian a la idea de la conveniencia de establecer, mantener y ejecutar la pena de muerte como instrumento legal de represión y sanción del delito, la consideran y justifican como medio idóneo y supremo para defender y mantener el principio de autoridad del Estado, cuando los actos delictivos ponen en peligro el orden y seguridad del régimen social y legal. Por otra parte, se afirma que la pena de muerte resulta necesaria y eficaz - por el efecto preventivo o intimidatorio que puede ejercer sobre los posibles delinquentes. Que constituye una justa re-
stitución, una consecuencia natural para quien comete los -
crímenes más graves, y que con su conducta antisocial el de-
lin-
cuente se ha privado a sí mismo del derecho a ser miembro de la sociedad, es decir, del derecho a la vida, por lo que la autoridad la única que hace es ejecutar el proceso eliminatorio; en otras palabras, si una parte del cuerpo social tiene una enfermedad incurable y contagiosa, la única solución para evitar mayores males, es amputar dicho miembro. Se dice también que es la propia sociedad la que autoriza a -
quien en su nombre ejerce la autoridad para que, cuando el orden jurídico es violado por la comisión del delito, se re-
alice la justicia y se obtenga la restitución del orden por

medio de la aplicación de la pena capital. En el orden práctico se alega que las experiencias y las estadísticas confirman que, al abolirse la pena de muerte, aumenta el índice de delincuencia y, al aplicarse, disminuye". (150)

Raúl Carranco y Trujillo, manifiesta:

"El pro se expresa así: la pena de muerte es lícita y necesaria en toda sociedad civil, para el bien de ella misma. Se funda esta conclusión en lo siguiente:

a) La autoridad política tiene el deber de imponer la pena de muerte cuando ella sea necesaria para el bien de la comunidad porque evita otros crímenes. Constituye, por ello, una forma de legítima defensa.

b) Ello se entiende siempre que la pena de muerte no sea -- sustituible por otra u otras penas o que su ejemplaridad haga te para salvaguardar el orden en la vida civil. Ninguna otra pena es tan ejemplar y así es como no puede ser sustituida; luego es necesaria.

c) Siendo la sociedad la agrupación de hombres para el bien común, debe contar con todos los medios necesarios para su conservación y mejoramiento. Luego la pena de muerte es lícita.

d) Los crímenes más graves hieren la conciencia de la sociedad y justifican, por ello, la pena de muerte. La experiencia prueba esta conclusión, ya que los crímenes atroces causan una reacción en la conciencia social que pide el sacrificio

(150) Pena de Muerte y Derechos Humanos. Guatemala. Colección de Cuadernos de Derechos Humanos. 1994. Págs. - 9-10.

cio de los criminales". (151)

Miguel Ángel Cortés Ibarra, recopila de la siguiente manera: "Sus defensores invocan como fundamentales los siguientes argumentos:

- a) Es legítimo el derecho del Estado al aplicarla, desde el momento que está por encima el interés social del individuo. Se cumple con un principio de justicia y se actúa en defensa de la sociedad;
- b) La pena de muerte es eficazmente intimidatoria, por lo que constituye efectivo medio de lucha contra la criminalidad. Consideren los que así piensan, que la pena capital ejerce intenso coacción moral contra los individuos en general, absteniéndose éstos de realizar actos delictuosos por el temor de sufrirla. Desde este punto de vista es positivamente ejemplar;
- c) Elimina a los delincuentes incorregibles, evitando con ello la repetición de conductas socialmente dañosas;
- d) Satisface el deseo de venganza privada, restableciendo el imperio de la ley;
- e) Los delitos graves hieren los sentimientos comunitarios produciendo especial indignación; esto justifica emotivamente su aplicación". (152)

Con la exposición anterior, podemos resumir su aplicación en tres palabras: "lícita, necesaria y eficaz".

Lícita, porque es instituida en pro del interés general, es

(151) Ob. Cit. Pág. 726.

(152) Ob. Cit. Págs. 448-449.

decir, del bien superior: el bien social, bien común o bienestar general.

Necesaria, porque existe la tentativa de una reincidencia, hablando en este supuesto de delitos extremos o graves.

Eficaz, porque sirve de figura ejemplificativa e intimidatoria que, reprime un deseo delictivo de otro miembro del complejo social.

2. Argumentos en contra (INDULGENCIA) de la Pena de Muerte.

Inundada está las bibliotecas de opiniones en contra de la pena máxima; parece ser que los sentimientos humanitarios invaden a gran parte de nuestro acervo doctrinal.

Vemos algunos de estos argumentos: "

a) La pena capital no es intimidativa, pues las estadísticas demuestran que en los países donde se conserva, la criminalidad continúa en aumento. Se agrega que, sus influjos intimidatorios son nulos, especialmente en aquellos delincuentes (criminales habituales, fanáticos o pasionales), que carecen de sensibilidad moral, y son excepcionalmente, por su elevada peligrosidad revelada y por la existencia de indicios de incorregibilidad, a quienes se les aplicaría;

b) Es por su naturaleza de carácter irreparable. No permite ningún recurso reparatorio contra los errores judiciales, --dándose casos de verdaderos inocentes que han sufrido su ejecución. Es la habilidad humana lo que impide que esta pena se aplique dentro de los estrictos marcos de la justicia retributiva;

c) La pena tiene por fin rehabilitar al delincuente convirtiéndolo en un ser apto para la vida social, la pena de muerte suprime al delincuente impidiendo que aquélla cumplimente su preponderante finalidad social y humana;

d) Es ineficaz en la prevención de la delincuencia, porque elimina al individuo, pero no a los factores antropológicos, físicos y sociales que siguen ejerciendo influjo en la criminalidad". (153)

Otro comentario, sintetiza los puntos en contra de la pena máxima: "

- El hombre no puede ser el árbitro de la vida de otro hombre.
- Un hombre que trabaja, es más útil que un cadáver.
- La autoridad no está facultada para matar.
- La pena de muerte carece de valor ejemplificador o intimidatorio.
- La pena de muerte no pasa de ser un espectáculo que crea horror, pero no temor". (154)

La postura abolicionista sólo entiende que, lo único que implica ejecutar esta pena es: "eliminar a un individuo".

Por ello se cree, que es inútil, innecesaria, ineficaz, - injusta, ilícita y, además, no acorde con la calidad humana, o sea, inmoral.

Johannes Mesner, manifiesta su opinión respecto a este tema; opinión que entraña un punto de vista altamente analítico, y el cual reza:

(153) IRIDEM. Pág. 449-450.

(154) JIMÉNEZ CASPES, Alfonso. Ob. cit. Pág. 24.

"De la teoría penal del Derecho Natural se deducen también ciertos principios claros para juzgar la justificación de la pena de muerte. Puesto que la finalidad del derecho de penar consiste en el mantenimiento del orden jurídico, se sigue -- que la pena de muerte puede estar justificada ciertamente en sí misma como medio para servir a esta finalidad, pero también se sigue a su vez que el Estado no puede ir en el ejercicio de este derecho más allá de lo que sea necesario dentro de las circunstancias especiales en las que se mueva la sociedad. Por consiguiente, en distintos tiempos y en distintas circunstancias, se han de tomar imprescindiblemente medidas de seguridad suficientes para excluir un error de la justicia y, concomitantemente, un asesinato a cargo de la misma. Sólo por esta razón aparece como necesario el que se crea constitucionalmente un derecho de gracia para transformar la pena de muerte en una pena de privación de libertad; pero, además, la pena de muerte establecida legalmente para determinados delitos puede perder su íntima justificación al cambiar las circunstancias". (155)

Measner, denota la necesidad que representa la existencia de la pena máxima, esto es, para la preservación del orden jurídico; pero también, advierte los riesgos que puede traer una ejecución no evaluada o no analizada adecuadamente, abriendo, además, la posibilidad de una conmutación lícitamente establecida e invocando la mutabilidad de las circunstancias en que se mueve toda sociedad.

(155) Ob. Cit. Pág. 974.

"Al delincuente hay que tratarlo como un ser humano, sin humillarlo, pero tampoco sin sublimarlo. Yo creo que la pena de muerte se justifica de manera excepcional y que tal vez haga falta limpiar las aristas de la crueldad al aplicarla.

A los abolicionistas los invito a reflexionar si en el techo de su intimidad, le daría posada a un violador de niñas, a un homicida enloquecido por sus posesiones o por sus sentimientos desequilibrados o enfermos, a delincuentes profesionales como los terroristas, los narcotraficantes o los catánicos, que cuando menos hasta ahora hacen ver a Lucifer, como uno de los grandes de Blanca Nieves". (#)

"La aplicación de la pena de muerte no condenará a la humanidad, de la misma manera que el abolirla no salvará al delincuente, que siendo hombre, en un arranque de odio ha negado a su hermano, el hombre". (#)

3.5 EL DERECHO DE GRACIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

a) Derecho de Gracia:

Anota Concepción Arenal en su obra:

"... derecho de gracia un medio de evitar el doloroso conflicto sin alterar el orden establecido, y de armonizar la crueldad con la clemencia de las leyes. Por regla general, - creían que éstas eran buenas, lo creían al menos los que las hacían que no solían ser aquellos a quienes habían de ser a-

(#) "Derechos Humanos y Pena de Muerte". Simposio... Pág. 68.
 (#) Consultar la obra anterior. Pág. 69.

plicadas, y para las excepciones se ponía en manos del poder supremo aquél tornillo que se aflojaba o se apretaba según parecía conveniente". (156)

Como se ha visto, ya desde tiempos antiguos se manejaba el concepto de "derecho de gracia", utilizándose éste como una excepción de carácter parcialista y, por lo tanto, injusta; ya mencionaba Marx acertadamente que, la historia de la humanidad es una constante lucha de clases, de ahí que el derecho de gracia representara eso "una gracia" -¿para quién?-, pues para aquellos a los que siempre se les concedía todo -beneficio, o sea, para aquellos privilegiados pertenecientes a la clase preponderante -prepotente- en turno. Con ello, la aplicación de las penas se veía comúnmente afectada por una decisión arbitraria; bien señala de nueva cuenta la autora:

"El derecho de gracia favorece a los que había de abandonar, abandona a los que había de favorecer..." (157)

Actualmente, el derecho de gracia se ve contemplado en -figuras normativas de reconocimiento mundial, tales como el indulto, la amnistía, rebaja, conmutación de la pena; todas ellas análogas pues, miran al mismo objeto: la flexibilidad punitiva. Es decir, todas entendemos que a la comisión de una conducta reprochable le sigue como consecuencia precisamente eso "un reproche", que se traduce en una pena; lo que pretende el derecho de gracia -pensamos- es no aplicar nítidamente el precepto represivo, sino ventilar otras opciones

(156) Derecho de Gracia ante la justicia y el reo, el pueblo y el verdugo. Madrid. La España Moderna. 1979. - Págs. 12-13.

(157) IBIDEM. Pág. 211.

que favorezcan al infractor.

b) Principio de Humanidad

Raúl Zaffaroni, considera que toda pena al ser instituida debe de llevar inmersa un respeto a la integridad personal del individuo lífense aún, a éste último, "delincuente".

"... Justamente el antónimo de la "pena cruel" es la pena racional (y no la pena "dulce", por supuesto). Del principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca al hombre como persona.

El párrafo No. del art. 5 de la CA de Derechos Humanos establece que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o -tratos crueles, inhumanos o degradantes..." (158)

"El principio de humanidad es el que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito que cree un impedimento físico de por vida (muerte, amputación, castración o esterilización, intervención neurológica, etc.), - como también cualquier consecuencia jurídica inberrable".(159)

El principio de humanidad, pretende sensibilizar el rigor de la sanción represiva, optanto, por una aplicación punible de naturaleza razonable y no bárbara; tratando con ello de impedir, un daño irreversible en la persona del infractor.

(158) Ob. Cit. Pág. 145.

(159) IBIDEM. Pág. 146.

-ANÁLISIS PERSONAL DE LA NATURALEZA JUSFILÓSOFICA DE LA PENA DE MUERTE.

La panorámica jusfilosófica de la pena de muerte, se puede contemplar desde un punto de vista axiológico-jurídico, es - decir, retomado la idea del bien común como uno de los valores del Derecho.

La pena de muerte, como sanción represiva de orden radical, se justifica en la hipótesis del bienestar general, el cual corresponde al beneficio de la sociedad, bien que debe - prevalecer sobre el de los individuos, quienes buscan su bien particular o personal.

La pena de muerte relaciona entonces, dos aspectos, uno - que corresponde al ámbito general o social, y otro, que corresponde al campo individual. En éste último se entiende que perjudica un derecho humano fundamental y personal, como es - la vida del transgresor, sin embargo, no es posible hacer una crítica sin conocer las bases o fundamentos de una correcta aplicación punitiva capital; por lo que observando conceptos filosóficos, notamos que la palabra "ética social" nos enseña los cánones de conducta en su observancia genérica para el - alcance del Bienestar General; elementos recíprocos que mantienen con vida el pacífico desempeño de las relaciones sociales con el simple respeto de dichos cánones, los cuales se - dirigen para tal fin.

La práctica de dichas directrices de conducta, mantienen el equilibrio jurídico-social de las relaciones interpersonales; al romperse este curso normal, se genera un cambio en la postura del complejo normativo que muestra su rostro sancionador

ador aplicando, en éste supuesto, otro este axiológico conocido justicia -Justicia retributiva, específicamente- que prevé establecer la sanción en base a la conducta dirigida ilícitamente, en éste supuesto se maneja la retribución jurídica, -cuya gravedad no mide por la misma gravedad del daño causado.

Aparece la sanción, como una consecuencia jurídica correlativa a la conducta voluntaria y racional del sujeto, y a la inobservancia sancionada corresponde un castigo.

Por ello, creemos entonces que la pena de muerte está establecida, en base al daño que representa la conducta antisocial y antijurídica del delincuente, conducta en su fase más grave, de tal modo que el daño, se transforma en dolor, un dolor ofensivo no sólo para los particulares que lo sufren directamente, sino que es un dolor que hiere el aspecto tanto jurídico como moral de toda sociedad, expresando ésta su molestia o desagrado con la sustracción total del delincuente, -colocando en una balanza estimativa los dos bienes conocidos por el hombre: por un lado, el bien particular y, por el otro, el bien común, general o social.

Si una sociedad está compuesta por individuos y cada uno busca su bien personal, entonces tenemos una suma de bienes particulares, cuando éstos se conducen positivamente, respetando el "Pacto Social", pero cuando uno de ellos se rebela y corrompe el orden preestablecido, se levanta una alarma social que exige respuesta y, esta respuesta es la sanción que se le impone en beneficio de la seguridad de la comunidad misma; -con ello llegamos a la conclusión de que, cuando se pesan dos bienes, como lo son el bien social y el bien individual, no puede ni debe prevalecer el bienestar de un individuo, y en -

este caso específico, de un transgresor de la normatividad jurídica y de las reglas de convivencia para la realización de una sociedad valiosa, sobre el bienestar de toda una comunidad, es decir, sobre el bien Común.

De ahí que, la pena de muerte dirigida lícitamente, no es violatoria de derechos humanos, pues se entiende necesaria en pro del bienestar social, ya que se puede pedir el sacrificio de una vida humana en favor del bien de todas las demás vidas y de la existencia misma de la sociedad.

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

1.- La sociedad, desde sus más primitivas manifestaciones, ha establecido como método de castigo por excelencia, la Pena de Muerte, que se considera en resumen eficaz y necesaria.

2.- La historia de la pena capital, ha fijado a su paso, posturas que se contraponen en relación a su ejecución como figura reactiva de una común.

3.- Posturas contrarias a la pena máxima, manifiestan como un primer fundamento la violación al Derecho Humano Fundamental: La Vida, llegando con ello, que se impide la rehabilitación o reforma del delincuente para una posible reintegración social; además, le atacan por considerarla contraria a principios de naturaleza moral, que se pretende, denigra al ser humano por ser una práctica propia de la barbarie o el salvajismo.

4.- Posturas que van en pro de ésta pena, arrojan su utilidad por vía de la conservación del orden público, el resguardo -específicamente- de un bien jurídico de mayor interés, conocido como el bien de la sociedad, frente a uno de consideración menor que representa la vida del infractor, bien jurídico susceptible de ser privado o sacrificado en bien del ente social.

5.- Dentro del campo de la Axiología Jurídica, la pena capital implica la obtención -en los casos debidamente aplicados- de los tres principios rectores del Derecho; la materialización de un reproche por el delito cometido, representa la tutela real de las normas -Seguridad Jurídica-; cuando se traduce en una responsabilidad personal, se piensa en aquello de "dar a cada quien lo que corresponde" -Justicia- y todo ello en pro del bienestar de todos -Bien Social-. Así, se puede confiar y asegurar que, las normas jurídicas en su observancia, en su estricta observancia, facilitan el pacífico desarrollo de las relaciones interpersonales.

6.- Muchas veces el horror que experimentamos ante una condena capital, no es siquiera comparable con el horror que sentimos al tener conocimiento de los ilícitos, de su magnitud que provoca dicha sentencia. Es sabido en repetidas ocasiones, que ni aún con la supresión total del delincuente, pueda minimizarse el dolor de aquellos que sufrieron un gran daño, al encontrarse víctimas de una actitud destructivamente incomprensible. Pero éste tipo de ilícitos no sólo lastiman a -- quien directamente los sufre, lastiman también a la sociedad, por lo que se ve aún más seriamente comprometida con todos sus integrantes, a fin de evitar que dichas situaciones se presenten continuamente; de ahí, la severidad que se exige sea visible en su tarea normativo-represiva.

7.- La Pena Capital, reclama el "Principio de Proporcionalidad", pues sólo así podría hablarse de la pena justa; la estricta relación entre la consecuencia y el hecho que la provoca, se presume entonces de naturaleza análoga. Esto es, la pena máxima siendo una consecuencia jurídica de naturaleza jurídica y grave—transcendente—, deduce por entonces el resultado de una conducta del mismo orden, pues sólo así es concebible su consideración real.

8.- En cuanto al Derecho de Gracia y el Principio de Humanidad, no debe y utilízase como figura de "compensación", sino como figura auxiliar del Derecho, en caso de que opere solamente como auxilios favorable ante una circunstancia especial atenuante, en que quizá pudiera haberse dado el ilícito.

De ahí, que la ejecución de la pena máxima, representa un análisis o un estudio mesurado y concienzudo del caso muy en particular; pues se comprende que no se está debatiendo la posible restricción o eliminación de un bien cualquiera, suscetible en determinado momento de ser reestablecido.

9.- La Pena de Muerte, no es violatoria de derechos humanos, en tanto que aparece configurada en el complejo normativo de los mismos. Se discrimina la crueldad y los tratos inhumanos, pero se regula claramente su justa aplicación para determinados delitos.

10.- Frente al tema de la Pena de Muerte, afirmo mi postura en pro de su permanencia; esto último por razones que, a lo largo del presente análisis, se hacen visibles.

Reitero mi apreciación al decir que, violándose la esfera personal de un coexistente por mero afán delictivo, autorizamos -tácitamente- una pronta vulnerabilidad jurídica a nuestro universo de derechos. Y más aún, si el acto delictivo, trasciende los límites del dolor particular al dolor de la sociedad; es aquí donde se justifica realmente, la eliminación total del delincuente.

BIBLIOGRAFIA

- ARENAL, Concepción. EL DERECHO DE GRACIA ANTE LA JUSTICIA Y EL REO, EL PUEBLO Y EL VERDIGO. Madrid. La España Moderna. 1979.
- ARGIBAY MOLINA, José P. DERECHO PENAL. Buenos Aires. Editora Comercial, Industrial y Financiera. 1972.
- ASUA REYES, Sergio P. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. México. Editorial Porrúa. 1980.
- FADENES GASCET, Ramón. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO. 3a Edición. Boixareu Editores. 1977.
- CAMPOS, Alberto A. DERECHO PENAL. 2a Edición. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1987.
- CARPIZO, Jorge. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ONTIDUEAN Y LOS DERECHOS HUMANOS. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1992.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. DERECHO PENITENCIARIO CARCEL Y PENAS EN MEXICO. 3a Edición. México. Editorial Porrúa. 1980.
- CARRANCA Y PABULLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. 11a Edición. México. Editorial Porrúa. 1970.
- CORTES IBARRA, Miguel Angel. DERECHO PENAL. 4a Edición. México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1992.
- CUELLO CALON, Benigno. LA MODERNA PENOLOGIA. Reimpresión. -- Barcelona. Bosch Casa Editorial. 1974.
- DEL PONT, Marco. PENOLOGIA Y SISTEMAS CARCELARIOS. Reimpresión. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1982.
- ENCICLOPEDIA CONCISA SOPENA. Barcelona. Editorial Ramón Sopena. TOMO II. 1974.

FERNANDEZ SABATE, Edgardo. FILOSOFIA DEL DERECHO. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1984.

FONTAN BALESTRA, Carlos. DERECHO PENAL. 12a Edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1991.

FORO MULTIDISCIPLINARIO: PRO Y CONTRA DE LA PENA DE MUERTE. Comisión Estatal de Derechos Humanos. 1993.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. ¿ES LA PENA DE MUERTE, EFICAZ Y JUSTA? Coimbra. 1967.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. 34a Edición. México. Editorial Porrúa. 1982.

KLUG, Ulrich. PROBLEMAS DE LA FILOSOFIA DE LA PRAGMATICA DEL DERECHO. México. Distribuciones Pontamara. 1992.

KURI PRENA, Daniel. INTRODUCCION FILOSOFICA AL ESTUDIO DEL DERECHO. México. Editorial Jus. 1978.

MEMORIA DEL SIMPOSIO: LA PENA DE MUERTE. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. 1994.

MESSNER, Johanna. ETICA SOCIAL, POLITICA Y ECONOMICA A LA LUZ DEL DERECHO NATURAL. Pamplona. Ediciones Riulp. 1967.

ONTIVEROS RENTERIA, Rubén. LA VIDA COMO BIEN JURIDICO. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Durango. 1993.

ORTIZ MOSCOSO, Arnold. PENA DE MUERTE Y DERECHOS HUMANOS. -- Guatemala. Colección Cuadernos de Derechos Humanos. 1994.

PAVON VASCONCELOS, Pco. MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO. -- México. Editorial Porrúa. 1984.

PEREZ, Luis Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL. Bogotá. Editorial Temis. 1967.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. LECCIONES DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Reimpresión. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1980.

RECASENS SICHES, Luis. NUEVA FILOSOFIA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO. 3a Edición. México. Editorial Porrúa. 1980.

RECASENS SICHES, Luis. TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. 6a Edición. México. Editorial Porrúa. 1978.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. FILOSOFIA DEL DERECHO. México. - Editorial Harla. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. 1991.

SUEIRO, Daniel. PENA DE MUERTE Y DERECHOS HUMANOS. Madrid. - Alianza Editorial. 1980.

VENTURA SILVA, Sabino. DERECHO ROMANO. 5a Edición. México. - Editorial Porrúa. 1980.

VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO. 4a Edición. México. Editorial Porrúa. 1983.

ZAPPARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Reimpresión. México. Córdenas Editor y Distribuidor. 1991.

ZANORA JIMENEZ, Arturo. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE. Descoprea. Departamento de Servicios Coordinados y Readaptación Social del Estado de Jalisco. 1993.