

397,
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ILEGITIMIDAD DE LA PENA
DE MUERTE

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
PEDRO MARTIN IBARRA AGUILERA



MEXICO, D. F.

FALLA DE DISEÑO

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

I LEGITIMIDAD DE LA PENA DE MUERTE

INTRODUCCION

CAPITULO I	ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PERSONA HUMANA	
A.	ETIMOLOGIA Y DEFINICION DE PERSONA.....	1
B.	PERSONALIDAD PSICOLOGICA.....	3
C.	PERSONALIDAD METAFISICA.....	8
D.	PERSONALIDAD MORAL.....	13
	1.- Personalidad moral individual.....	14
	2.- Personalidad moral social.....	16
CAPITULO II	ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA	
A.	TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PENA.....	22
	1.- Teorías absolutas.....	23
	2.- Teorías relativas.....	26
	3.- Teorías mixtas.....	34
B.	EL FUNDAMENTO, LOS FINES Y LA DEFINICION DE LA PENA.....	37
	1.- Fundamento.....	37
	2.- Fines.....	39
	3.- Definición.....	41
C.	FUERZAS INHERENTES A LA PENA Y CONDICIONES DE LA MISMA.....	42
	1.- Fuerzas inherentes.....	42
	2.- Condiciones.....	43
D.	PROPORCION PENA-DELITO E INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.....	46
E.	LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD.....	48
F.	RESPONSABILIDAD PENAL.....	51
CAPITULO III	LA CONTROVERSA DE LA PENA DE MUERTE	
A.	DEFINICION Y CARACTERISTICAS DE ESTA PENA.....	56
B.	SU UTILIDAD.....	58
	1.- Consideraciones previas.....	58

	2.- Selección artificial y economía.....	61
	3.- Poder intimidatorio.....	63
C.	SU INNECESIDAD.....	68
D.	SU ILEGITIMIDAD.....	72
	1.- Pena de muerte y retribución.....	73
	a) La imposibilidad humana de justicia absoluta.....	73
	b) Invalidez de esta pena como retribución.....	76
	c) La integridad y la vida humana como límites de la - pena.....	79
	2.- Comentarios a la argumentación de Santo Tomás.....	83
	CONCLUSION.....	95
	BIBLIOGRAFIA.....	99

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

El tema de la pena de muerte vuelve a ser actual. De hecho nunca ha dejado de serlo, pero esa actualidad es mayor en tiempos como el nuestro, — cuando la delincuencia y la criminalidad se recrudecen.

Asimismo, la pena de muerte es un asunto controvertido como pocos, — y no se ha dicho sobre ella la última palabra. Existen razones fuertes en su favor y razones no menos fuertes en su contra. No es para menos: están en — juego valores tan importantes, y en ocasiones tan difícilmente conciliables, como la vida humana y la seguridad social.

Lo que parece indudable es la gravedad del problema, y por consi— guiente la necesidad de una reflexión sin ligereza. Es lo que nos proponemos en el presente trabajo en la medida de nuestras posibilidades, que son las — posibilidades necesariamente limitadas de quien se inicia apenas en la inves— tiguación.

Hemos optado por la tesis de la ilegitimidad de la pena de muerte, — y damos nuestras razones; pero somos concientes de encontrarnos frente a una cuestión de implicaciones complejas. No resulta extraño que aún entre los co— nocedores, quien defiende la pena de muerte, posteriormente la ataque, y vi— ceversa.

La idea central de este trabajo es entonces la ilegitimidad de la — pena capital, y en torno a ella giran todas nuestras consideraciones, que ex— ponemos desde la perspectiva jurnaturalista. Y nos avocamos a ese solo aspec— to para evitar generalidades que impidan explorar tan a fondo como nos ses— posible.

Haciendo abstracción de las circunstancias históricas, hemos reuni— do en el capítulo central de nuestra investigación los argumentos que consi— deramos más importantes en torno a la pena de muerte, intentando darles un — cierto orden en beneficio de la exposición. Previamente, sin embargo, aborda

mos algunas cuestiones que trascienden a ese problema medular.

El capítulo primero consiste en la etimología y definición de la — persona y en las personalidades en que a ésta se le ha dividido para efectos de estudio. Aspira en esencia a poner de relieve el valor de la persona humana y la naturaleza de sus relaciones con la sociedad.

El capítulo segundo se ocupa de esclarecer el fundamento, las fines y la definición de la pena. Establece también las condiciones esenciales de las penas en general y el fundamento de la responsabilidad penal. Este capítulo pretende básicamente fundar la pena y establecer sus límites.

El capítulo tercero es el capítulo central. En él se registran los más importantes puntos de controversia de la pena de muerte. Lo hemos dividido en cuatro partes. La definición y la exposición crítica de las características de esta pena forman la primera, y las otras tres se concentran en su ilegitimidad y en aspectos estrechamente vinculados a ésta como son su utilidad y su innecesidad.

Finalmente, en la conclusión damos una visión de conjunto y reafirmamos nuestra postura.

Sean las siguientes páginas una modesta invitación a reflexionar sobre una controversia posiblemente eterna.

C A P I T U L O I

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PERSONA HUMANA.

A) ETIMOLOGIA Y DEFINICION DE PERSONA.

Etimológicamente la palabra persona significa máscara, y se refiere a aquella que cubría el rostro del actor que desempeñaba un papel en el teatro, particularmente en la tragedia. En opinión de Abbagnano, el sentido de persona como máscara se introdujo en el lenguaje filosófico por el estoicismo al señalar los papeles que representa el hombre en su vida. Así E. Acton, filósofo estoico, se expresa del siguiente modo:

"Recuerda que tu no eres otra cosa que actor de un drama, el cual - será breve o largo según la voluntad del poeta. Y si a éste le place que representes la persona de un mendigo, trata de representarlo en forma adecuada. De igual modo, si te es asignada la persona de un cojo, de un magistrado, de un hombre común. Puesto que a tí sólo te corresponde el representar - bien a la persona que se te destina, cualquiera que sea: corresponde a otro el elegirla". (1).

Limitándonos a su etimología, la palabra persona se refiere entonces a algo que sustituye el efectivo modo de ser constituyendo uno nuevo. En este sentido, el individuo psicofísico librado a sí mismo obedece a su ser - espontáneo, a sus conveniencias e intereses, en tanto que la persona se determina por valores purcos. Así, la inmutable máscara que significa la persona, representa, según esta interpretación etimológica, la firmeza y estabilidad de los valores en oposición a la mudable condición del individuo (2).

1. Niccolò Abbagnano, Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica, - reimpresión sexta, México, 1987. p. 909.¹

2. Francisco Romero, La Filosofía de la Persona y Otros Ensayos de Filosofía. Editorial Losada, S.A., tercera edición ampliada, Buenos Aires, 1961.

También se hace derivar este término del verbo "peroneo" (infinitivo "peronare"), que significa "sonar a través de algo" o "hacer resonar la voz" valiéndose de la máscara (3).

Francisco Romero percibe en esta voz latina una profunda intuición, y expresa que cuando se obra como persona tal parece que se anulara parajera-mente el ser cotidiano y apareciese en su lugar un ser de diferente esencia. Esta sustitución queda expresada admirablemente por la metáfora de la voz — del dios "representado por el actor" resonando a través de la máscara (4).

Sin embargo, la dualidad del rostro y la máscara, como toda analogía, expresa solo a medias la realidad del hombre. Si nos dejáramos llevar — por ella sin reparo alguno, tendríamos que concluir, por ejemplo, que el individuo es lo natural y efectivo, lo que verdaderamente existe, en tanto que la persona es algo ficticio. Y es que en todo caso, si hemos de seguir con la analogía, la persona no sólo es el papel impuesto al individuo; también es el autor que crea el papel y libremente elige una conducta coherente. Persona e individuo representan la ambigua condición humana, "en la que un polo afirma la individualidad empírica y la contingencia vital, y el otro la voluntad de valor y de absoluto". La máscara no es una ficción sobre una realidad; es "una realidad más alta sobre otra de dignidad menor" (5).

Ahora bien, esta distinción entre persona e individuo solo es aceptable a nivel metafísico y para fines de conocimiento. En realidad, ambos — son inseparables. Volvemos sobre este tema al hablar de la personalidad moral del hombre.

La persona humana es "el hombre en sus relaciones con el mundo y --

-
3. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía. Tomo III, Alianza Editorial 3a. edición, Madrid, 1981, p. 2550.
 4. Op. Cit. p. 19.
 5. Francisco Romero, Op. Cit. p. 25.

consigo mismo", según palabras de Abbagnano (6). Esta definición es válida a condición de que se le agregue otra relación aún más importante: la relación del hombre con el Ser divino, sin la cual sería incomprendible el valor trascendente del espíritu (7).

La propiedad por la que podemos decir que un ser es persona se llama personalidad, y se reduce a tres aspectos fundamentales: el aspecto psicológico, constituido por las realidades inmediatas de la persona, el aspecto metafísico, integrado por sus realidades últimas, y el aspecto moral, formado por los problemas morales que se le ofrecen (8).

En este capítulo nos ocuparemos de exponer brevemente esos tres aspectos de la personalidad, siguiendo el orden propuesto por Ismael Quiles: primero la personalidad psicológica, luego la personalidad metafísica y finalmente la personalidad moral; es decir, partiendo de los datos experimentales, en la medida de nuestros alcances, llegaremos a lo íntimo de la realidad humana, y centuraremos la atención en el aspecto moral del hombre, que es el más importante para nuestro propósito.

B) PERSONALIDAD PSICOLÓGICA.

Entendemos por personalidad psicológica el conjunto de actos que acontecen en nuestra vida psíquica, o dicho con mayor propiedad, "el sistema psicológico formado por todas las sensaciones, imágenes, afectos, tendencias referidas de hecho o que puedan serlo al yo psicológico (9).

Por una parte están las sensaciones, imágenes, afectos y tendencias que constituyen la personalidad psicológica; por la otra, el yo propietario-

6. Op. Cit. p. 909.

7. Delaye y otros, Persona y Sociedad. Editorial Jus, México, s/n ed., 1947, p. 30.

8. Ismael Quiles, La Persona Humana. Espasa-Calpe Argentina, s/n ed., 1942, p. 20-22.

9. La *Missiere* citado por Ismael Quiles, Op. Cit. p. 33.

de aquellas, o personalidad ontológica. La personalidad psicológica o yo conocido, y la personalidad ontológica o yo que conoce, para decirlo de otra manera (10). También se los conoce como yo-sujeto o conciencia subjetiva, y yo-objeto o conciencia objetiva, respectivamente. Nos encontramos ante una especie de desdoblamiento del hombre: cuando reflexiono sobre mí mismo o sobre mi actividad psíquica, el sujeto que reflexiona y el objeto de la reflexión son idénticos en la realidad, y en cierta manera el yo-objeto y el yo-sujeto son los dos extremos de mi identidad (11).

En este apartado nos proponemos hacer una breve descripción de los fenómenos propios del psiquismo humano. Limitáremos por lo pronto a lo que la experiencia nos proporciona. Sin embargo, conviene previamente dejar clara nuestra postura sobre la naturaleza de la personalidad psicológica.

Existen al respecto diversas teorías. El materialismo por su parte explica la personalidad psicológica como una mera estructura molecular dotada de gran complejidad y perfección. El vitalismo en cambio, opina que se trata de "un fenómeno vital, cuya estructura y actividades están condicionadas por la organización de las células vivas". El asociacionismo considera al hombre como un ser consciente, "que se organiza y unifica mediante las leyes de la asociación", y no admite una realidad espiritual esencialmente distinta de la materia organizada. De diferente modo piensa el actualismo: admite la existencia de un principio espiritual superior a la materia, aunque no como algo permanente y estructurado, sino como el conjunto de actos unificados entre sí (12).

Finalmente tenemos la visión del sustancialismo espiritualista, y -

-
10. Agustín Basave Fernández del Valle, *Filosofía del Hombre*. Fondo de Cultura Económica, 1a. edición, 1957, México, p. 58.
 11. Fernando Ma. Palmés, S.I., *Psicología Experimental y Filosófica*. Editorial Atlántida, S.A. 4a. ed., Barcelona, 1948, p. 28.
 12. Héctor González Uribe, *Teoría Polítca*. Editorial Porrúa, 4a. ed., México, 1982, p. 525-526.

la hacemos nuestra. Acepta lo que hay en el hombre de materia, vida y conciencia, pero va más allá en la determinación del principio constitutivo de la personalidad humana poniéndolo en una sustancia espiritual: "un sujeto permanente, esencialmente distinto a la materia y superior a ella, y del cual emana, como de una fuente inagotable, toda la actividad psíquica" (13). Más adelante, al hablar de la personalidad metafísica, abundaremos en este sentido.

Pasamos ahora a la descripción sumaria de las manifestaciones propias del psiquismo humano.

Es conocido que la vida psíquica del hombre se desarrolla en tres diferentes niveles, a saber, el de la conciencia, el de la subconciencia y el de la inconciencia; plena luz, penumbras y oscuridad, por decirlo analógicamente (14). Aquí nos interesa la vida psíquica al nivel de la conciencia.

En la personalidad psicológica existen grados de interioridad. Ya hemos indicado que esta personalidad se constituye de sensaciones, imágenes, afectos y tendencias. Si precisamos más, diremos que la interioridad psíquica de tales elementos no es idéntica.

En la superficie del yo se encuentran los elementos cognitivos, que son el mundo exterior hecho presente a nuestra conciencia mediante sensaciones e imágenes; en seguida se encuentran los estados afectivos, los cuales van acompañados de un sentimiento intenso de interioridad, y son tan propios del yo concreto que lo siente, que se hacen en él incommunicables. Luego tenemos, como fuentes permanentes de la vida interior, las tendencias e inclinaciones, organizadas y sistematizadas más o menos fuertemente por la voluntad, síntesis psicológica de la personalidad concreta (15).

13. Idem.

14. Idem. p. 521.

15. Regis Jolivet, Tratado de Filosofía. Tomo II "Psicología", Ediciones Carlos Lohlé, versión castellana 5a. ed. francesa, Argentina, 1954, p. 535.

Esos elementos de la personalidad psicológica se caracterizan por ser inmediatos, personales e inmateriales. La característica de inmediatez consiste en que los datos de la conciencia carecen de intermediarios en tanto que se encuentran a nuestro alcance, sin razonamiento ni inferencia alguna. Son personales al sujeto porque son incommunicables e inviolables; en efecto, siendo subjetivos son intransmisibles a los demás, sobre todo los estados afectivos; se puede exponer lo que acontece dentro de uno, sea un sueño o un dolor, pero "la forma vivida de estos sucesos psíquicos no puede ser representada a otro"; y la inviolabilidad a que nos referimos se pone de manifiesto en la conciencia como un mundo cerrado; existen incluso hechos psíquicos que carecen de expresión externa. Finalmente, los elementos de la conciencia son inmateriales pues no ocupan lugar ni espacio; no son susceptibles de relaciones de posición porque no están en un lugar, ni de dimensión o medida, porque son cualitativos y no cuantitativos. La "conciencia la concebimos a menudo como interior al cuerpo, que representa la periferia del yo. Más éstas no pasan de ser imágenes inexactas, que no hacen más que traducir cierto sentimiento de que las condiciones orgánicas de la conciencia no son periféricas sino centrales. En realidad, la conciencia envuelve al cuerpo, ya que éste puede ser objeto de la conciencia. Así sería más justo decir que el cuerpo está en la conciencia" (16).

Por otra parte, existen en la vida psíquica características constantes:

a).- La identidad. El hombre se reconoce idéntico a sí mismo y separado de los demás hombres, y de las cosas. Es la percepción del yo como opuesto al no-yo (17).

b).- Actividad consciente. El hombre se da cuenta de su actividad -

16. Idem. p. 560-561.

17. Ismael Quiles, Op. Cit. p. 39.

psíquica. Esta característica es, por así decirlo, "la conciencia de la conciencia" (18). La vida interior tiene un principio, y sabe que lo tiene; es "una presencia de nosotros mismos en nosotros mismos" (19). Jolivet nos habla de dos especies de conciencia: la espontánea, que es aquella que tenemos de nuestros estados subjetivos por el sólo hecho de vivirlos, "una especie de sentimiento global de la vida psicológica"; y la conciencia refleja, que consiste en "tomarse a sí mismo como subjetividad", privilegio exclusivo del ser racional, único capaz de poseerse activamente a sí mismo (20).

Lo característico de la actividad psíquica como consciente, es su inmanencia psíquica respecto del sujeto que la recibe y ejerce; éste la experimenta de algún modo y es impresionado por ella (21).

c).- Unidad.- Los estados móviles y variables de nuestra vida interior convergen hacia un centro único que los asume como suyos; es además, un sentimiento de unidad ontológica al decir de Descartes; el sentimiento de constituir un ser, no obstante la infinita multiplicidad de los estados de conciencia. No es nunca un sentimiento de unidad perfecta, pues también experimentamos un sentimiento de multiplicidad por la enorme cantidad de fenómenos que acontecen en el yo, y porque la síntesis interior está siempre inacabada y frágil (22). No son las diversas partes o facultades del organismo las que trabajan; es el todo quien por ellas trabaja y actúa (23).

d).- Mando unificador.- La unidad y totalidad de los actos psíquicos del hombre son fruto de una dirección querida o impuesta (24).

18. Regis Jolivet, Op. Cit. p. 559.

19. Delays, Op. Cit. p. 21-22.

20. Op. Cit. p. 559.

21. Fernando Ma. Palmés, S. I., Op. Cit. p. 29.

22. Regis Jolivet, Op. Cit. p. 535.

23. Fernando Ma. Palmés, S. I., Op. Cit. p. 26.

24. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 551-522.

e).- Continuidad. En medio de las fluctuaciones de nuestra vida psíquica, el yo al que se las atribuimos permanece invariable (25), constante - a sí mismo, con sus características individuales que lo distinguen de los de más sujetos (26).

f).- Autonomía. Sentimiento de ser causa consciente y voluntaria de la actividad que emana del yo, es decir, de nuestros pensamientos, voliciones y acciones. Este sentimiento culmina en la actividad voluntaria (27). De ahí que sea el hombre autónomo, sui juris, responsable de sus actos ante la Moral y el Derecho (28).

En conclusión, en el yo psicológico existe la unidad como elemento básico común: uno por la unidad actual de sus actos, por su continuidad, por su conciencia y "por la autonomía con que rige su vida interna y la proyecta a su actividad exterior" (29).

C) PERSONALIDAD METAFÍSICA.

La experiencia nos ha demostrado no solamente la complejidad de la vida psíquica; también nos ha dejado claro que los diversos fenómenos de esa vida se atribuyen a un mismo yo. Así pues, la realidad de un sujeto de la vida psíquica se nos impone. Pero, ¿cuál es la naturaleza de este sujeto, de este yo ontológico? ¿qué es la personalidad metafísica? ¿cuál es, en fin, la realidad última, la esencia de la persona humana?

Para acceder a la esencia del sujeto, debemos ir más allá de la experiencia inmediata, lo cual no significa que debemos olvidarla, pues es —

25. Regis Jolivet, Op. Cit. p. 535.

26. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 521-522.

27. Regis Jolivet, Op. Cit. p. 536.

28. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 524.

29. Idem., p. 524.

bien sabido que la realidad metafísica se capta en la experiencia misma en — que está implicada (30).

La "personalidad, tal como se nos manifiesta en la percepción del yo — sujeto, es un principio permanente, de mayor profundidad ontológica que los actos y que la estructura psíquica, de los que parece como la base, y superior al conjunto de los actos y a la estructura en que los mismos se hallan — encuadrados" (31). Por ello, podemos decir en principio, que la nota distintiva de la persona es la propiedad: el ser de la persona es un ser suyo (32).

Los conceptos de representación y afirmación y de ser y tener, nos — ayudarán en nuestra búsqueda de la personalidad metafísica.

Lo que la persona "tiene" se halla ante la mirada del espíritu al no do de un paisaje. Cuando digo "mi casa" o "mis pensamientos", los pongo frente a mí como algo contemplado o representado. Si se trata de nuestro fondo in timo, de lo que somos, esto ya no se encuentra representado: se coloca frente a todo el resto. Es la afirmación. "Y el hecho fundamental de la vi sión interior, de la vida del pensamiento que tenemos que escrutar, es ese desdoblamiento entre un sujeto que piensa y un objeto de su pensamiento, entre un espíritu que se afirma y todo un panorama de ideas que se representa" (33).

Ahora bien, el cuerpo no me hace ser una persona; lo tengo pero no — soy mi cuerpo. Mi vida psíquica es mía pero no es mi yo; soy algo más que esto, que se encuentra frente a mi yo más íntimo como un espejito en el cual se mira. Mi yo se distingue de mi vida íntima, e incluso se opone a ella por el sólo hecho de pensar en ella y de poseerla conscientemente (34).

30. Régis Jolivet, Op. Cit. p. 583.

31. Imanuel Quiles, Op. Cit. p. 85.

32. José Ferrater Mora, Op. Cit. p. 2552.

33. Delays, Op. Cit. p. 14.

34. Idem. p. 16.

"La parte extram^{ta} del alma, aquello por lo cual somos seres personales, está situado en el plano de lo inexpressible, en el terreno casi mítico de la pura interioridad" (35). El yo es un principio irreductible de nuestros pensamientos y voliciones, centro de vida y actividad dominador de toda la periferia; es una sustancia espiritual.

Por otra parte, la persona humana se realiza concretamente en un individuo. No se puede aislar un sujeto en estado puro. "Es imposible encontrar el 'yo' sin oponerle alguna riqueza poseída por él". No hay sujeto si se le quita todo objeto, no hay persona sin individuo. Existe mutua acción y reacción entre el objeto y el sujeto durante toda la vida. El "principio de nuestros actos no se manifiesta ni desarrolla sino en esos actos" (36).

Hemos dicho que la unidad es el elemento básico común de la personalidad psicológica. Si consideramos, al decir de Ismael Quiles, que la "unidad de un ser es la medida de su perfección", y que por tanto, el "ser más uno y más unificado es el ser más perfecto" (37), es preciso que hagamos un breve repase de los diversos grados de unidad de los entes reales, hasta llegar a la persona (38):

1.- La singularidad. Propiedad por la que un ente es único por oposición a la universalidad. José, hombre concreto, es único en contra posición al "hombre", concepto universal.

2.- La individualidad. Propiedad por la que un sujeto singular se diferencia de los demás sujetos que participan de su especie o razón específica; lo que ese sujeto tiene de único e incommunicable.

3.- La hipóstasis o subsistencia. Propiedad por la que el individuo

35. Idem. p. 17.

36. Idem. p. 19.

37. Op. Cit. p. 92.

38. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 529-530.

no sólo está indiviso en sí y dividido de todos los demás, "sin que existe - en sí mismo y no en otro, o sea, que subsiste bajo el accidente o la cualidad, es un sujeto". Unidad ontológica que se caracteriza por su totalidad, autonomía e incommunicabilidad.

4.- Persona. Cuando a la hipóstasis se le añade entendimiento y voluntad y determinación libre; cuando el ser subsistente se conoce a sí mismo y puede dirigirse con autonomía, nos encontramos ante una persona. Es el ser más perfecto; tiene el grado mayor de unidad ontológica - la hipóstasis - y posee autoconciencia y autodominio. De ahí que Boecio haya definido a la persona como una sustancia individual de naturaleza racional.

De esta unidad completa en el ser de la persona se desprende la autonomía más perfecta en el obrar; la libertad de elección o libertad en sentido psicológico, que se define como el poder de la voluntad para optar entre dos o más posibilidades (39).

Por otra parte, existe en la persona un apetito natural que irradia - tible ante la empuja hacia su fin. Le ha sido dado ese apetito como un medio para conseguir más fácilmente su finalidad, y en particular para que realice los actos de su inteligencia y de su voluntad. El impulso de la inteligencia para buscar la verdad; y la fuerza de la voluntad para llegar al bien (40).

Y sin embargo, paralelamente a las perfecciones de que hemos hablado, la persona adolece de graves y radicales imperfecciones: unas provienen de su condición de creatura, de ser contingente; otras del mal uso de su libertad, de la perversión de sus tendencias naturales.

De acuerdo a Héctor González Uribe (41), tales imperfecciones son --

39. Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filocoffa del Derecho. UNAM, 1986, México, p. 70 (nota 79).

40. Ismael Quiles, Op. Cit. p. 100-101.

41. Op. Cit. p. 531-532.

Los siguientes:

1.- Limitaciones intelectuales. El tránsito de la potencia o capacidad al acto, es por lo general penoso y provoca errores lamentables.

2.- Debilidad de la voluntad. Aún los más dotados intelectualmente - caen en vicios y desviaciones más fuertes que su voluntad.

3.- Las limitaciones mencionadas se derivan en gran medida de "la inmersión del espíritu en la materia" y de su "condicionamiento ontológico y psicológico". La fuerza del espíritu no puede manifestarse plenamente durante la existencia humana, pues la condiciona la materia, la cual actúa como causa instrumental. Si la materia se debilita o desgusta, el espíritu también por ser aquella su medio de expresión.

El "peso de la materia arrastra al hombre a una inebriada satisfacción de sus apetitos carnales. Y las pasiones sensuales lo hacen caer en actos innobles y lo alejan de su ideal espiritual".

4.- Las deficiencias del espíritu. Pasiones que no están directamente ligadas con lo sensible sino que radican en el espíritu, como la soberbia, la envidia, la ambición, el odio, etc.; pasiones más graves aún que las pasiones carnales, pues radican en el espíritu y lo pervierten.

5.- Indigencia social. El hombre es sociable, lo cual implica que es indigente y limitado. La sociedad le es tan necesaria que sin ella no podría sostener su vida. Oportunamente nos demoraremos más en este aspecto.

Este conjunto de perfecciones e imperfecciones constituye la tragedia inmanente del hombre, que se manifiesta en un desgarramiento interior, en una lucha permanente entre sus dos polos.

En efecto, Francisco Romero explica este doble aspecto del hombre hablando de dos polos: uno por el que la persona se orienta subjetivamente, según sus conveniencias vitales, y otro por el que se orienta objetivamente ha-

cia valores cuya validez está más allá de cualquier conveniencia individual. Al primer polo le llama psique, y al segundo, esfritu. Y la razón del mayor atractivo inmediato de la psique la encuentra nuestro autor en el hecho de que el espíritu es la forma más reciente de la realidad, que comienza casi con la historia, en tanto que la psique nace "en insonables ebficos de tiempo" (42). Continúa explicando Romero que el hombre, en cuanto ser psicofísico, ve la realidad exterior como una "ampliación de su propia esfera vital"; la realidad exterior existe para el hombre en la medida en que ocurren acciones y reacciones entre éste y aquella. En cambio, que la nota esencial del espíritu es la objetividad: el hombre objetiviza su entorno, pretende saber cómo son las cosas en sí, se orienta hacia las cosas como esencias, y hacia los valores, que son otros modos de objetividad, ciertas calidades cuya esencia consiste puramente en valer sin referencia alguna a nuestro deseo individual y transitorio (43).

Nos parece más exacta la explicación de Ismael Quiles. Para este autor la tragedia de que hablamos se debe a que el hombre es contingente, a que no tiene en sí la razón suficiente de su existencia, sino que depende de otro. El hombre no es necesario, y tiene conciencia de ello; de ahí su angustia existencial (44).

Veamos ahora las implicaciones morales de la tragedia inmanente del hombre.

D) PERSONALIDAD MORAL.

Esta personalidad del hombre se subdivide en dos: personalidad moral individual, en cuanto se refiere a sí mismo, y personalidad moral social, en cuanto se refiere a sus relaciones con la sociedad (45).

42. Op. Cit. p. 7-9.

43. Idem. p. 9-10.

44. Op. Cit. p. 532-534.

45. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 536.

1.- Personalidad moral individual. Hemos hablado en el apartado anterior de las perfecciones e imperfecciones del hombre que constituyen su tragedia inmanente. Esta se traduce en el plano moral, por el lado de la perfección humana, como la autonomía ontológica por la que el hombre es capaz de determinar su conducta y de elegir los medios para mejor realizarla; y por el lado de la imperfección del hombre, como su contingencia que le ocasiona duda constante entre una conducta ascendente y de integración plena de su personalidad y una conducta descendente y desintegrativa, que sin embargo ejerce sobre él mayor atracción inmediata (46).

Ahora bien, la personalidad del hombre, en cuanto capacidad de determinarse una conducta o programa de vida, es moralmente buena cuando busca el bien honesto y moralmente mala cuando se aleja de ese bien, contradiciendo el orden que emana de sus estructuras psicológica y ontológica (47).

Existe entonces una necesidad moral, que de ningún modo niega la libertad humana.

En efecto, la necesidad moral se define como la "exigencia racional que nos construye a realizar determinados actos que nos perfeccionan, ya que están ordenados a nuestro bien racional, así como a omitir otros que nos alejan del camino de nuestra perfección" (48). Sin embargo, la libertad humana en el sentido psicológico, no es negada por esta necesidad moral, pues tal libertad interviene al tomarse la decisión de realizar un acto o abstenerse de él, o bien al elegir entre varios actos. Sólo respecto de las consecuencias de la elección, en cuanto se refieren al perfeccionamiento del sujeto agente, la libertad de que hablamos no interviene, pues tales consecuencias no pueden modificarse porque están predeterminadas. El hombre es libre, por ejemplo, de realizar la vida de su prójimo o de asesinarlo; realizado el acto, las consecuencias se imponen necesariamente: si el sujeto agente respetó la vida humana, ese acto lo perfecciona, si no, ese acto lo degrada. Así pues, el hombre no puede voluntariamente cambiar las consecuencias del acto que realiza (49).

46. Idem.

47. Idem. p. 537.

48. Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. p. 68.

49. Idem. p. 70-72.

En este sentido, Delaye (50) afirma que la "persona está como inanta da y tiene conciencia de una finalidad". Explica este autor que el hombre se-busca a sí mismo en todo objeto codiciado, y que la ley que lo impulsa a la -conquista del no-yo, no es otra cosa que el deseo de la riqueza del yo. Sin -embargo, agrega, no basta decir que la persona se busca; hay que decir tam- -bién que sólo se encuentra en el Infinito. Nuestro "espíritu no encuentra su-reposo y su perfeccionamiento sino en la afirmación del Absoluto"; no "se de-tiene sino cuando ha encontrado la roca sólida de lo que existe sin límites, -sin contingencia alguna, aquello en lo cual no se puede nunca creer en dema- -sia, como la Verdad, aquello que no se puede nunca amar demasiado, como el -Bien". De ahí que la persona individualizada sea "un misterio compuesto de -tiempo y de eternidad" (51).

Lo anterior nos conduce a determinar las siguientes propiedades esen-ciales de la personalidad moral individual (52):

a).- Es un continuo hacerse. A diferencia de la personalidad metafí-sica, la personalidad moral no es sustancial y permanente: consiste en una se-rie de actos que se van sucediendo.

b).- Está en continuo peligro. Bordea constantemente el abismo del -no-ser, de la frustración y del fracaso. No sólo en el orden físico, tambié-n en el ético: la obra buena del hombre puede desplomarse en un momento por el-impulso de una pasión.

c).- Tiene sus grados. Positivos, que tienden a igualar el ser con -el deber ser; negativos, que van desde la simple acción mala e intrascendente hasta la completa degradación.

d).- Tiene su plenitud. En el tiempo de su existencia mortal, el hom-

50. Op. Cit. p. 24.

51. Idem. p. 28-32.

52. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 537-538.

bre no consigue la plena satisfacción de sus tendencias. Su plenitud está en la posesión de Dios, pero ya desde esta vida tendrá que esforzarse.

De estas cuatro propiedades se desprenden para la persona deberes — esenciales (53):

a).- Imperativo de jerarquización. Debe jerarquizar los bienes secundarios en relación con su fin supremo. Francisco Romero habla de un deber de conducta que nos obliga a obrar desde el centro espiritual; poseemos en la acción de tal modo que nuestros actos sean nuestros en sentido último y radical. Esto supone, sigue diciendo Romero, impedir la manifestación de los impulsos desordenados y subordinarlos al gobierno del núcleo personal (54).

b).- Imperativo de vinculación con el Ser necesario. Sólo Dios puede asegurarle el cumplimiento de sus anhelos de Verdad, Bien, Justicia y Belleza. Al vincularse a Dios, el hombre se salva del aniquilamiento ontológico a que lo conduce su contingencia.

c).- Imperativo de la dependencia. La vinculación con el Ser necesario crea el lazo de la obligación moral: buscar la voluntad divina y acatar — sus mandamientos. El hombre es psicológicamente libre, pero moralmente no puede romper su dependencia de Dios pues no alcanzaría jamás su último fin.

2.- Personalidad moral social. Hemos dicho que la indigencia social es una de las imperfecciones del hombre. En efecto, siendo contingente, el hombre tiene verdadera necesidad de la sociedad; la dimensión social está grabada en él profundamente, y es una de sus propiedades características. Lo ha dicho Fichte de manera inmejorable: el "hombre solo es hombre entre los hombres" (55).

53. Idem.

54. Op. Cit. p. 16-17.

55. Citado por Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 539.

Ahora bien, ¿en base a qué deben establecerse las normas que regulen las relaciones entre el hombre y la sociedad? ¿cómo resolver el conflicto entre la personalidad individual y la realización social de la persona?

Se ha tratado de resolver este conflicto estableciendo una distinción entre individuo y persona. Garrigou-Lagrange y Maritain, luego de decir que lo individual representa lo material y determinado, y lo personal lo espiritual y trascendente, concluyen que en el ámbito de las relaciones sociales, "el individuo es para la sociedad y la sociedad es para la persona" (56).

Sin embargo, tal separación sólo es admisible a nivel metafísico y - para fines de conocimiento. Esencial y existencialmente el hombre es un todo-unitario. No sólo es inaceptable sino grave llevar esa distinción al orden real de la vida humana y pretender sobre ella fundar una serie de relaciones de enorme trascendencia moral y jurídica entre el hombre y la sociedad (57).

Seguendo al maestro Preciado Hernández diremos que el individuo "es el ser que existe todo entero en sí, que no forma parte de un todo del cual - depende (como ocurre con la hoja respecto del árbol, o con la mano respecto - de nuestro organismo)"; y la persona es "el individuo que participa de la naturaleza racional". Así pues, en "un hombre determinado no hay distinción real entre individuo y persona..." (58).

Consecuentemente, "cuando el hombre se somete o subordina a la sociedad en atención al bien común, lo hace como persona individual, y cuando la - sociedad es considerada como un medio o instrumento al servicio del hombre, - queda subordinada igualmente a la persona individual" (59).

56. Idem. p. 540.

57. Idem. p. 542.

58. Op. Cit. p. 82-83.

59. Idem. p. 64.

Así pues, la solución del conflicto persona-sociedad ha de fundarse en el concepto directo de persona humana.

Por una parte, el hombre como persona será siempre un individuo único e irrepetible; por otra, el hombre busca la sociedad para su desenvolvimiento íntegro, y no puede vivir sin ella. Es individual y social a la vez. Acreedor de la sociedad en relación a los medios necesarios para alcanzar su perfeccionamiento; y deudor de la capacidad y esfuerzo que la sociedad requiere para su subsistencia y florecimiento (60).

El hombre por su categoría de persona tiene un fin individual, propio, incommunicable y trascendente. Y ese fin es su bien supremo, cúlmine de la jerarquía de los valores intramundanos. La sociedad, en cambio, esencialmente sólo es la unión moral de personas humanas para el bien común; es por naturaleza un ente intencional o de relación, no sustancial. Su fin propio es el bien común, es decir, el conjunto de bienes y servicios que la colectividad pone a la disposición de sus miembros para que alcancen su íntegro desarrollo. Así pues, el bien común tiene categoría instrumental; es un medio para que se realice el fin espiritual y trascendente de la persona humana. La sociedad ayuda al hombre a conseguir su fin, garantizándole la libertad de acción para tal efecto, proporcionándole los bienes materiales para su desarrollo y creando la atmósfera de orden, justicia y seguridad. De ahí que la persona, ente sustancial, tenga una esencia superior a la sociedad, ente accidental (61).

Por lo anterior, el conflicto persona-sociedad ha de resolverse mediante una fórmula de equilibrio y ponderación. "La sociedad es absolutamente por los individuos, y éstos son relativamente para la sociedad (sacrificando sus intereses particulares) tanto cuanto sea necesario para que la sociedad exista y cumpla su fin" (62). Ni individualismo que endice al hombre

60. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 542-543.

61. *Idea*. p. 544-545.

62. Ismael Quiles citado por Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 545.

y subraya con exceso su autonomía y su autarquía, desconociendo su indigencia social y sus deberes comunitarios, ni colectivismo socialista o totalitarismo fascista o comunista, que desconocen la dignidad de la persona humana y su destino individual y trascendente. La opción es el humanismo social: reconocer a la persona humana como libre y responsable y capaz de forjarse un destino individual, y plenamente solidaria con los demás hombres en la búsqueda del bienestar social en el orden, la paz y la justicia (53).

Así, pues, sólo son aparentes las antinomias entre persona y sociedad (54):

a).- La sociedad no es algo artificial; nace desde dentro del ser del hombre, espontánea y naturalmente, como exigencia de su constitución psicológica y ontológica.

b).- La sociedad no se opone a la personalidad del hombre: la prolonga y perfecciona.

c).- La sociedad no tiene realidad sustancial fuera de los individuos humanos. Estos son el fundamento real de aquella.

d).- La razón de ser de la sociedad son los hombres que la constituyen, y existe para ellos. La sociedad no es un fin en sí, es algo supletorio y subsidiario, subordinado a la persona, su origen y fundamento; se justifica en la medida en que le es útil a la persona para lograr su último fin.

e).- La sociedad no puede tener en sí misma un fin distinto y contrario al de las personas; su fin es el bien común.

f).- La expansión social del hombre va de la persona individual a -

63. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 546-547.

64. Idea. p. 551-553.

la sociedad perfecta en el orden temporal: el Estado. Entre los individuos y el Estado existen grupos de diversa índole en los que se manifiestan las aspiraciones y necesidades del hombre: familia, escuela, sociedades mercantiles etc.

g).- El individuo por su dimensión social tiene deberes fundamentales para con la sociedad que no puede eludir sin destruirse a sí mismo. Está subordinado a la sociedad en lo que mira al bien común, y la sociedad tiene como límite el aspecto trascendental del hombre.

h).- La tensión creada entre la persona y la sociedad ha de resolverse armónicamente, buscando "un equilibrio dinámico que resalte la dignidad y la libertad del hombre y promueva activa y eficazmente el bien común" (65). Al respecto, el maestro González Uribe precisa que sin el respeto a su dignidad y a su libertad, el hombre es incapaz de alcanzar el último fin (66). Nosotros agregaríamos una obviedad, que no está por demás en el propósito de la presente tesis: antes que ningún otro derecho humano ha de respetarse la vida, sin la cual no existen ni la libertad ni la dignidad.

En última instancia, la persona humana tiene primacía sobre la sociedad. En efecto, según puede concluirse de lo que hemos expuesto, existiendo dos planos en los fines del hombre (67):

a).- El plano de los fines temporales o inmanentes. El hombre se subordina a la sociedad como la parte al todo, y la sociedad tiene la primacía. Esto se debe, como lo advierte Santo Tomás, a que el bien común y el privado se toman aquí como perteneciendo al mismo género. Así pues, cuando están en juego las exigencias del bien común, el hombre ha de subordinarse a la sociedad. Sin embargo, como los fines temporales tienen su razón de ser

65. Idem. p. 553.

66. Idem. p. 555.

67. Idem. p. 558-559.

en los fines espirituales, las exigencias del Estado sobre los bienes de las personas no pueden ser absolutas, menos aún cuando el bien de que se trata es la vida, salvo el caso de legítima defensa de la patria amenazada o lesionada.

b).- El plano de los fines espirituales o trascendentes. La persona priv. sobre la sociedad, pues su naturaleza y valores son de mayor jerarquía. La sociedad, a fin de cuentas, nace de y existe para la persona, y el bien común sólo tiene una categoría instrumental al servicio del bien supremo total del hombre.

Consecuencia lógica de todo lo anterior, es que las penas que el Estado impone a los sujetos declarados culpables de delito, que no por eso dejan de ser personas, deben contar necesariamente con ciertos límites determinados por el Derecho. Pero esto es materia del siguiente capítulo.

C A P I T U L O II

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA

A) TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PENA.

Son muchas las teorías existentes sobre el fundamento de la pena. En un intento de agrupar las más importantes nos ajustaremos, aunque no estrictamente, a la clasificación propuesta por Sebastián Soler (1).

Tres son los grupos en los que nuestro autor divide las teorías penales:

1.- Las teorías absolutas. Para éstas, la pena en sí misma es un fin, una consecuencia necesaria o ineludible del delito, y se funda en la retribución; se castiga sólo porque se delinquirió. La pena es intrínsecamente justa. - Son las siguientes:

- a).- Teoría de la retribución.
- b).- Teoría de la expiación.

2.- Las teorías relativas. Parten del principio de que la pena es un medio para conseguir fines; la pena es justa porque es necesaria socialmente y no hay por qué acudir a un principio de justicia (equilibrio o retribución) para explicarla. El fundamento de la pena para éstas es la seguridad social o prevención de los delitos. Divergen en cuanto al modo en que la pena actúa, - es decir, en cuanto a la esencia o naturaleza que le atribuyen; para una la pena es intimidación, para otras corrección.

- a).- Teoría contractualista.
- b).- Teoría de la prevención mediante la ejecución.

1. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino. Editorial Trilcegráfica Editora, - 3a. reimpresión, Tomo II, Argentina, 1955, p. 372-377.

- c).- Teoría de la prevención, mediante la coacción psíquica.
- d).- Teoría de la defensa indirecta.
- e).- Teoría correccionalista.
- f).- Teoría positivista.

3.- Las teorías mixtas. Consideran que la pena está fundada tanto en la justicia como en la utilidad social o individual; es legítima, por ser remedio del mal pasado y por prevenir males futuros.

- a).- Teoría de Carrara.
- b).- Teoría de Merkel.
- c).- Teoría de Binding.
- d).- Teoría de Manzini.

1.- Teorías absolutas.

a).- Teorías de la retribución. De acuerdo con Abbagnano, la más vieja concepción de la pena consiste en atribuirle el fin de restablecer el orden propio de la justicia. Aristóteles, por ejemplo, expresa que la pena pretende restablecer la proporción que da coherencia a la justicia; y Santo-Tomás, por su parte, opina que obra contra un orden quien peca, y por tanto debe ser abatido, es decir, castigado con la pena (2).

La idea del restablecimiento del orden de la justicia es el elemento común de las teorías de la retribución, y la divergencia entre ellas se debe al alcance que atribuyen a la justicia a cuyo restablecimiento se aspira.

Para exponer la teoría de la retribución moral, Soler (3) toma como

2. Nicola Abbagnano, Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica, -
6a. reimpression, México, 1987, p. 898.

3. Op. Cit. p. 374- 376.

ejemplo el pensamiento de Kant; dice que para este filósofo una de las notas que caracterizan el precepto moral como mandato y no como simple consejo es que, en la idea de nuestra razón práctica, la transgresión de la ley moral es algo "digno de pena". En toda pena debe haber justicia: se ha de aplicar al sujeto sólo por haber delinquido y no como medio para conseguir otros fines. Existe, pues, en la concepción de Kant, una estrecha relación entre la ley penal y el principio ético, de tal modo que su Derecho Penal lo construye sobre la aplicación de aquel célebre principio suyo: "obra de modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer también como principio de una legislación universal"; y concluye en la estricta aplicación de una fórmula tal: "el que mata debe morir; no hay aquí ninguna atenuación posible, por que aún la vida más penosa no puede identificarse con la muerte". Después, Kant, por no separar el Derecho de la Moral, se ve obligado a hacer distinciones empíricas para mantener su principio talional.

Mamiani se afilia a la postura de Kant (4). Para este autor italiano, el orden moral y el orden social son uno solo; y una sola también la justicia absoluta y la relativa. Las penas legales cumplen el mismo oficio que las divinas: restaurar el orden absoluto (5). Con el mismo espíritu Rosal afirma que el orden moral o justicia absoluta se aplica en la sociedad mediante el orden social o justicia relativa, y que es único el principio de ambas justicias: la justa distribución del bien y del mal (6).

Como vemos, en esta teoría se da un amplio alcance a la justicia -- que se ha de restablecer: es la justicia de la ley moral. Pessina critica esta postura diciendo que se confunde el elemento moral con el jurídico (7).

4. Enrique Pessina, Elementos de Derecho Penal. Editorial Reus (SA), 4a. edición, Madrid, 1936, p. 82.

5. Fausto Costa, El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Editorial U.T.E.H.A., s/n. edición, México, 1953, p. 166-167.

6. Idem. p. 157-158.

7. Op. Cit. p. 82.

La teoría de la retribución jurídica es obra de Hegel. Explica Soler que a esta teoría puede llamársele "doctrina de la nulidad o la irrealidad de lo ilícito", pues la negación del Derecho por el delito, para esta postura, no puede ser y no es la destrucción del Derecho, dado que éste es invulnerable; se trata sólo de una apariencia de destrucción. El Derecho es para Hegel "la realización de la libertad del espíritu, que es la única realidad" (8). - En otras palabras, "es una libertad realizada; y realizada en instituciones históricas determinadas que, como tales, no tienen ya nada que ver con la libertad entendida como arbitrio individual" (9). Y la pena es para este pensador alemán, "la verdadera conciliación del Derecho consigo mismo", el "respeto objetivo y conciliación de la ley que se restaura a sí misma mediante la anulación del delito y se realiza, por lo tanto, como válida" (10). En otras palabras es "la negación de la pretendida negación del derecho, (...) la demostración de su irrealidad y, con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad absoluta" (11).

La justicia, en este caso, se restringe a la justicia de la ley positiva; con Hegel, ésta se "apodera(...) de todo el valor y el prestigio que la tradición atribuye al Derecho natural" (12).

b).- Teoría de la expiación. Sebastián Soler lo llama teoría de la reparación. Según esta teoría, el mal del delito no está en el hecho externo, sino en la voluntad determinada por motivos inmorales; por lo cual la labor de la pena consiste en conducir al culpable hacia la moralidad mediante el sufrimiento (13).

8. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 376-377.

9. Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 302-303.

10. Idem. p. 898.

11. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 377.

12. Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 303.

13. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 373-374.

Entre los expositores de esta postura se encuentra Platón, quien escribió que es mejor sufrir la injusticia que cometerla; y que en caso de que se haya cometido la injusticia, lo mejor es sufrir la pena pues ésta libera al culpable del mal, y en este sentido, quien paga la pena padece un bien. La pena como expiación o purificación es a menudo reconocida por los que le atribuyen el fin de restablecer el orden de la justicia; así por ejemplo, Santo Tomás afirma que son medicinales las penas de la vida presente; y Hegel ve en la pena además de la conciliación de la ley consigo misma, la conciliación del delinuyente con su ley. En cambio, Kant, que defiende la pena como retribución moral, según hemos visto ya, niega toda conexión entre la concepción de pena como restablecimiento del orden de la justicia y ésta que ahora exponemos, es decir, la pena como expiación; en efecto, el filósofo alemán opina que la pena debe ser aplicada sólo porque se ha cometido un delito, nunca como medio para conseguir un bien (14).

Fridolin Utz (15) partiendo de lo que se entiende por expiar (16) y afiliado a la postura que comentamos, afirma que si se reconoce la pena como acompañamiento de la culpa, debe aceptarse que la pena es esencialmente expiación y que ésta es el medio para la enmienda y la reintegración social.

2.- Teorías relativas. Comenzamos por exponer aquellas que consideran que el modo de actuar de la pena es la intimidación.

a).- Teoría contractualista. Esta teoría viene de Rousseau y se manifiesta a través de Beccaria en el campo penal. De acuerdo a Rousseau el orden social no es un derecho natural sino que está fundado sobre convenciones; concibe al delinuyente como traidor al pacto o contrato en el que se funda el or

14. Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 898-899.

15. Citado por Rafael Preciado Hernández, Ensayos Filosóficos-Jurídicos y Políticos. Editorial Jus, 1a. ed., México, 1977, p. 147-148.

16. "Borrar las culpas, purificarse de ellas por medio de un sacrificio". Diccionario LéxicoHispano, W.M. Jackson, Inc., Editores, tomo I, 11a. ed., - México, 1983.

den social, y considera que al condenarse al culpable no se condena a un ciudadano sino a un enemigo (17).

Beccaria por su parte considera que la pena se funda en la defensa - del "depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el Soberano conserva a sus súbditos" (18). La pena es - el motivo sensible para reforzar y garantizar la acción de las leyes de modo - que "las penas que pasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas - por su naturaleza" (19).

Esta postura es criticada por Rossi diciendo que si se funda el derecho penal sobre el contrato habría que reconocer en el Derecho mismo un carácter aleatorio, puesto que todo contrato implica la libertad de elegir; y sin embargo, el derecho penal es independiente del arbitrio y responde a una necesidad absoluta (20).

b).- Teoría de la prevención mediante la ejecución. No constituye ésta una verdadera teoría; era más bien el espíritu de la antigua penalidad en la que el ejecutado aparece como medio de escarmiento o intimidación (21). En opinión de Pessina esta forma elemental de justicia indica "cierto sentido de amor al derecho", aunque no puede "llamarse propiamente lucha por el derecho - aquella en que se violan sus mismos preceptos, que no guardan medida ni regla alguna..." (22).

c).- Teoría de la prevención mediante la coacción psíquica. Argumenta esta teoría que el fin inmediato de la pena es la intimidación, en tanto - que su fin mediato es la conservación del orden jurídico (23).

17. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 378-379.

18. Cesar Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Porrúa, S.A., 2a. edición, México, 1985, p. 9.

19. Idem. p. 11.

20. Fausto Costa, Op. Cit. p. 156.

21. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 379-380.

22. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 75.

23. Idem. p. 83.

Feuerbach fue su creador; opina que el Estado se interesa fundamentalmente en que no se viole el Derecho, y para ello dispone de instituciones que previenen en general los delitos sirviéndose de la coacción; pero siendo la coacción física generalmente ineficaz para evitar los delitos, es preciso valerse de la coacción psíquica, que es una forma de coacción afectivamente anterior al delito. Esta coacción psíquica opera mediante la amenaza de una pena a la transgresión de una ley y mostrando que esa pena se aplica realmente cuando la transgresión ha tenido lugar.

d).- Teoría de la defensa indirecta. El concepto de la intimidación fue separado del principio moral y se convirtió en puramente político, a partir de que en el mundo romano el Estado se puso como fin de sí mismo. Y se origina aquí " el sistema, según el cual, el fundamento de la pena está en la necesidad de apartar a los hombres, por el temor, de los hechos que ponen en peligro la conservación de la vida social (punitur ne peccatur)" (24).

Según Romagnoli el fin de la pena es intimidar a los malhechores para prevenir nuevos delitos, es decir, para proteger a la sociedad; de tal modo que si se tuviera la "certeza moral" de que después del primer delito no se cometería ningún otro, la sociedad no podría castigarlos legítimamente. Por ello, para este autor el derecho penal "no es más que un derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente nacida de la ingénita intemperancia" (25).

Alimena se adhiere al pensamiento de Romagnoli; funda el derecho penal sobre la necesidad social o política, o en otras palabras, sobre la defensa social (26).

Algunos autores como Carnignani, defensores del principio de la jus

24. Idem.

25. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 381-382.

26. Fausto Costa, Op. Cit. p. 236-239.

ticia, se ha unido a esta teoría pero afirmando que la conservación de la vida social, mediante la pena, debe verificarse dentro de los límites de lo justo; coincide también con la teoría en cuestión en cuanto que concibe a la pena como un obstáculo político contra los delitos, es decir, como prevención de éstos (27).

Uno de los defensores del principio de la justicia que se afilia a la teoría que comentamos en cuanto que ve en la pena un medio de intimidación para la defensa social, es Rosmini. Dice que el orden de la justicia estricta sólo puede restaurarse por Dios cuando ha sido perturbado, pero que cuando esa perturbación se exterioriza provocando un daño surge en la sociedad el derecho de castigar, es decir, el derecho de defensa. El poder social entonces, sólo puede ejercer la justicia punitiva para defender la sociedad contra las tendencias malvadas. Y, sin embargo, Rosmini no es partidario de la prevención pues para él, el fundamento del derecho de castigar es "un principio eterno de justicia", del cual deriva "la ley de la justicia penal" (28).

La teoría de la defensa indirecta ha recibido diversas críticas, algunas de las cuales comentamos enseguida.

Rossi argumenta que la defensa no puede confundirse con la punición, pues la defensa precede al mal en tanto que la pena le sigue (29). Critica además esta teoría y en general a todas las teorías de la intimidación expresando que se trata de "materialismo escueto", pues conciben al hombre sólo como un ser sensible, determinado por el impulso del placer y del dolor, lo cual implica el desconocimiento de la libertad humana; concluye diciendo que resultaba "lógico que se distinguiese la justicia humana o relativa de la divina o absoluta, pero era preciso preservarse de los excesos que llevan a considerar sólo el lado externo en la justicia humana" (30).

27. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 83.

28. Fausto Costa, Op. Cit. p. 161-163.

29. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 83.

30. Fausto Costa, Op. Cit. p. 155-156.

Por su parte Carrara argumenta que no se castiga para defender a la sociedad sino que ésta debe entenderse como una institución obligada a defender el Derecho en todas sus formas, lo mismo respecto de las gentes honradas como de las culpables, ya que éstas tienen el derecho de sostener que la autoridad pública tiene "límites incoercibles" al ejercer la función punitiva, por lo que, contrariamente a lo que expresan los que ven en la defensa social el fundamento de la pena, no se tiene derecho de matar por defender la sociedad (31).

Para las teorías de la intimidación como fundamento de la pena, Pessina tiene las siguientes críticas:

1.- En ellas la punición carece de criterio pues ésta debe variar según las condiciones de cada uno y, sin embargo, según la lógica de estas teorías, a medida que un delito es más frecuente se hace necesario aumentar su castigo aunque el carácter delictivo de una acción siga siendo el mismo.

2.- Al pretender que el mal ocurrido no basta para justificar la punición pero sí el mal no ocurrido todavía, es decir, el delito futuro, one en un contrasentido.

No obstante, el autor que comentamos, reconoce un fondo de verdad en estas teorías: sin pena no existiría freno para los malvados. Pero la intimidación es sólo un efecto útil de la pena mas no su fundamento, sigue diciendo, y concluye: la pena, en sí misma justa, "debe aparecer por obra de la sociedad, educando a los hombres: previene el incremento de las transgresiones jurídicas y protege la observancia del Derecho" (32).

e).- Teoría correccionalista. Vistas ya las teorías relativas más in

31. Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen II, Editorial Temis, 2a. ed. revisada, Bogotá, 1973, p. 19-20.

32. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 83-84.

portantes que consideran que el modo de actuar de la pena es la intimidación, veamos ahora la que argumenta que la pena debe actuar corrigiendo.

Soler considera que esta teoría es la más importante de las teorías de la prevención especial, que tienen a la amenaza como impotente para evitar el delito y piensan que la prevención debe operar destruyendo la energía criminal en el sujeto que delinque (33).

Para la teoría correccionalista el fundamento de la pena es la enmienda o corrección del culpable, de tal modo que sólo hay legitimidad en la pena cuando ésta se propone el bien del delincuente; de ahí que la pena no sea ni un mal moral ni un mal físico del individuo, sino el instrumento para su reeducación (34).

Pessina (35) y Carrara (36) han enderezado fuertes críticas a la teoría que comentamos:

a).- O se habla de enmienda moral o de enmienda jurídica. Si se habla de enmienda moral ésta es inaceptable pues implicaría rebasar los límites del Derecho; el Estado no puede conducir al individuo con medios violentos a uniformarse íntimamente a la ley, es decir, "a ser buenos y a mejorarse a sí mismos", sin degenerar en tiranía. Por otra parte, hablar de enmienda jurídica es hablar de la prevención especial, y entonces nada nuevo aportaría esta postura.

b).- Consecuencia lógica de esta teoría es que la pena debe durar — hasta que se efectúe la enmienda, y cesar tan pronto como se produzca; pero ¿cómo asegurar cuándo se consigue esa corrección interna?

33. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 383.

34. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 85.

35. Idem.

36. Op. Cit. p. 9-31.

c).- Ciertamente que el mal físico no repara el mal moral; más lo que hace la pena es oponer una restricción a la esfera jurídica del individuo por— que éste violó el orden jurídico; el dolor provocado al culpable no es más — que una consecuencia de esa restricción; de ahí que las penas crueles no se — justifiquen.

d).- El principio de la enmienda "no tiene en sí mismo sus propios — límites". En efecto, ¿cuáles son los límites del derecho de corrección de la — autoridad? ¿cómo se mide la pena?. Sin límites para la autoridad, el derecho — de corrección conduce a la tiranía, y en cuanto a la medida de la pena, si es — ta se basa en "la necesidad de la enmienda", con ello se reduce al derecho pe — nal a una función experimental; además de que sería imposible determinar la — medida de la pena, dada la "infinita variabilidad de los sentimientos huma — nos". Asimismo, el principio de la enmienda, por su propia lógica, no puede — aceptar el método de la publicidad del proceso, pues éste constituye un obstá — culo para la enmienda del culpable, dado "el oprobio de un juicio solemne" y — público.

Ambos autores de las críticas expuestas coinciden en que la corrección — no es la razón justificativa de la pena, sino sólo una de sus condicio — nes y fin accesorio del Derecho, en tanto que debe procurarse que éste se rea — firme en el mismo delincuente mediante la regeneración moral.

f).- Teoría positivista. Es también una teoría relativa pues el i — gual que las anteriormente expuestas, le atribuye a la pena el fundamento de — la prevención de los delitos o defensa social. Sin embargo, explica de muy di — verso modo la naturaleza de la pena. Veamos.

Esta teoría está representada principalmente por Ferri y Garófalo; — Lombroso, con la creación de la Antropología Criminal, ciencia causal-explica — tiva, es su precursor. Su fundamento filosófico lo constituye el positivismo, — y surge en contraposición a la llamada Escuela Clásica; así, en contra del — todo lógico-abstracto de ésta, la Escuela Positiva postula el método experi —

mental, propio de las ciencias causales-explicativas (37); para la teoría que comentamos, la pena no es retribución, es sólo un medio de defensa, pues la justicia humana no se fundamenta en razón trascendente alguna, sino en la necesidad biológica de la defensa social, regida por las leyes naturales (38); de este modo, prescinde de todo concepto de justicia moral y se identifica con la concepción utilitaria (39). Concibe al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre, no como un ente jurídico; por ello, a juicio de esta Escuela, una buena política para combatirlo y prevenirlo, consistiría en conocer sus causas, que son, en esencia, de carácter social, aún cuando en su producción concurren también factores individuales (40); y a la pena la explica como la necesidad natural de la defensa (41). Ve en el delincuente a un ser anormal, de ahí que la pena sea una especie de tratamiento o y el único propósito es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos, buscando su causa, no en la culpa, sino en la peligrosidad del individuo; y como esta peligrosidad depende de muchas causas, la medida de prevención que se aplica sólo se vincula ocasionalmente con la acción cometida (42). La pena se reduce pues a una providencia utilitaria cuya medida la constituye la peligrosidad del delincuente y no la naturaleza y gravedad de la transgresión (43).

Estas ideas de los positivistas son consecuencia lógica de su negación del libre albedrío y de su proclamación del determinismo. Para ellos el hombre está determinado fatalmente a cometer el delito debido a diversos factores individuales, físicos y sociales, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia, por lo cual se defiende de las agresiones del delincuente al darse en éste las condiciones de la imputa-

-
37. Francisco Pavón Vasconcelos, Manuel de Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa, 5a. edición, México, 1982, p. 63.
38. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 385-386.
39. Fausto Costa, Op. Cit. p. 152-153.
40. Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit. p. 63.
41. Fausto Costa, Op. Cit. p. 197.
42. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 385-386.
43. Fausto Costa, Op. Cit. p. 153.

bilidad física. También de esta concepción determinista deriva la responsabilidad social, base de la sanción para esta Escuela, pues el hombre es responsable de sus acciones delictivas por el sólo hecho de vivir en sociedad y — mientras vive en ella; habrá de aplicarse la segregación a quienes delinquen, sean imputables o inimputables, aunque estos últimos deben destinarse a lugares adecuados para enfermos (44).

3.- Teorías mixtas. Según lo hemos dicho, estas teorías legitiman la pena por ser remedio del mal pasado y por prevenir males futuros.

a).- Teoría de Carrara. Es mixta porque realiza la fusión de un principio absoluto con uno de carácter relativo. Quita al derecho penal la rigidez que se halla por ejemplo en la fórmula de Kant, sin caer en un empirismo-desorientado. Así, para Carrara, es erróneo fundar la pena en la justicia, — pues la pena, en manos del hombre, sólo puede fundarse en la necesidad de la defensa del Derecho; de otro modo, la aplicación del principio absoluto de la justicia llevaría la sanción a la esfera interna y moral. El fundamento de la pena tampoco se encuentra en la sola defensa, pues sería tanto como justificar la tiranía de la razón de Estado (45).

Así pues, para Carrara la pena se funda en la tutela jurídica, es decir, se castiga para proteger el Derecho, que debe ser soberano; el delito — niega el Derecho, la pena lo reafirma.

El Derecho es eterno y preexistente a la sociedad; la Ley natural le da al hombre los derechos que le son necesarios para cumplir su misión terrenal, y puesto que todo derecho implica necesariamente la facultad de defenderlo contra el ataque injusto, los hombres tienen el derecho de ejercer, aún co activamente, su tutela contra quienes los violen. Del ejercicio libre de esos derechos y de la obligación de respetarlos, "nace el orden moral externo que-

44. Francisco Pavón Macconcelos, Op. Cit. p. 63.

45. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 387-388.

rido por la Ley natural". La efectiva protección de los derechos humanos sólo se cumple en la sociedad civil, es decir, aquella en la cual "imperea sobre los asociados una autoridad protectora del orden externo". Esta autoridad debe estar provista de todas las fuerzas que requiere para lograr su fin. Luego entonces, la función punitiva no deriva de una necesidad política, pues el Estado no es el causa del derecho sino su primer efecto; la Ley jurídica crea al Estado como instrumento de su propia conservación. La justicia es el límite de la facultad punitiva, y la opinión pública, el instrumento moderador de su forma (46).

En cuanto al fin primordial de la pena, opina Carrara que es "el restablecimiento del orden externo en la sociedad". El daño material que se provoca con el delito no se repara con la pena; el daño moral, en cambio, que es aquel que se ocasiona a la sociedad al perturbarle su tranquilidad, sí se repara con la pena mediante el restablecimiento del orden alterado por el delito. La intimidación y la enmienda no son sino parte de la acción moral de la pena; si fuesen fines primarios de ésta, conducirían a consecuencia perniciosas; la intimidación provoca un aumento ilimitado de las penas; la enmienda, al contrario, conduce a la reducción del grado de las penas lo cual destruye su fuerza moral (47).

b).- Teoría de Merkel. Para este autor (48) lo que diferencia la pena de las demás especies de sanciones es el hecho de tratarse de un principio complementario; es necesaria cuando las demás sanciones reparatorias (restitución, indemnización, etc.) no son suficientes para mantener "el fundamento psicológico de la soberanía del derecho". La pena está determinada por el valor que se le atribuye, social y éticamente, al acto a que se vincula, y su fin es fortalecer la obligación violada y estorbar y debilitar las fuerzas enemigas que se ponen en juego en virtud del acto criminal.

46. Francisco Carrara, Op. Cit. p. 52-55.

47. Idem. p. 68-71.

48. Sebastian Soler, Op. Cit. p. 388-390.

Considera Merkel que siendo la pena reacción, también es retribuición, pues a ésta la define como "la reacción causada por un hecho y dirigida contra su autor, cuyo resultado sea compensar los malos efectos producidos". No hay contraponición, argumenta, entre retribución y prevención. El delito causa la pena, pero el que se deba retroceder para encontrar el fundamento en un hecho ya pasado, no excluye que se mire el futuro cuando se busca el fin. No se deben desoír, como lo hacen las teorías absolutas, los efectos y las consecuencias del delito, en cuanto éstas afecten intereses del presente y del porvenir; ni tampoco debe olvidarse, como es el caso de las teorías relativas, que la causa de la pena es siempre la ilicitud, "así como el pago tiene causa en una deuda anterior".

El Estado castiga tanto porque la Ley fue violada (quia peccatum est) como "para que en lo sucesivo se la respete y obedezca (ne peccetur)".

c).- Teoría de Binding. La norma es un principio que acuerda al Estado un derecho a exigir su observancia a los súbditos. La ilicitud es, por ello, un desprecio de esa obligación de obediencia; pero siendo ésta una obligación interna, no hay poder suficiente para constrañir a que la norma sea obedecida.

La pena es un mal para el delincuente; el Estado la adopta como norma necesaria para reafirmar el Derecho. A diferencia de los demás medios de reparación, la pena tiene por fin herir al condenado puesto que el mal causado por él es irreparable; los medios reparatorios diversos, pretenden en cambio reparar un estado anti-jurídico.

Es mixta esta doctrina porque, por una parte, el derecho penal se basa exclusivamente en el delito; por otra, el deber penal atiende a un tiempo, a la necesidad- subsistente o no- de reafirmar prácticamente la potencia del Derecho(49).

49. Idem. p. 391-392.

d).- Teoría de Manzini. El Derecho resulta del acuerdo entre lo justo y lo útil pues la personalidad humana es el principio y el fin del Derecho, y ésta consta de una doble naturaleza, moral y sensible. En consecuencia, el derecho de castigar, que es el derecho social de la fuerza, consta de dos elementos: el ético y el utilitario. "El principio de la utilidad coloca la fuerza a su servicio y el de la moralidad legitima su ejercicio" (50). De ahí que se requiera de una doble condición para legitimar la pena: "que el hecho viole el orden moral y que la sociedad tenga gran interés en castigarlo" (51); y de ahí también que el fin de la pena sea conjuntamente social e individual, preventivo y repressivo (52).

B) EL FUNDAMENTO, LOS FINES Y LA DEFINICIÓN DE LA PENA.

1.- Fundamento. De acuerdo a la concepción aristotélico-tomista del Derecho, el Creador le impuso al mundo una orientación que constituye el orden universal expresado en la Ley eterna; ésta asigna a cada ser su función y lugar propios, y abarca todas las leyes existentes, desde las cosmológicas — hasta las psicológicas (53). Ahora bien, la Ley eterna toma el nombre de Ley natural al referirse a los criterios y principios supremos de la conducta humana; y la Ley natural se subdivide en Moral propiamente dicha, cuando tales — criterios y principios supremos se refieren a la conducta humana individual, y en Derecho natural cuando se trata de la conducta humana socialmente considerada. El derecho positivo o ley humana es entonces aquella que elabora la autoridad social aplicando los principios del Derecho natural a una materia social determinada. De ahí que visto desde la concepción que comentamos, el Derecho comprenda dos aspectos: uno natural o racional, que deriva de la propia estructura ontológica del hombre, y através del cual queda vinculado al

50. Fausto Costa, Op. Cit. p. 167.

51. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 86.

52. Fausto Costa, Op. Cit. p. 274-275.

53. Las leyes cosmológicas regulan la materia en cualquiera de sus manifestaciones; así tenemos como especies de éstas, las leyes físicas, químicas, etc. Y las leyes psicológicas regulan el espíritu, siendo especies de estas leyes, las leyes lógicas, morales, históricas, etc. Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, UNAM, Méx., 1926, p. 67.

orden ético y, en consecuencia, al orden universal; y otro, positivo o técnico, producto de la voluntad humana pero no desligado del aspecto racional — (54).

Así pues, podemos definir el Derecho natural siguiendo al Lic. Rafael Preciado Hernández (55), como "el conjunto de criterios y principios racionales-supremos, evidentes, universales— que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad — necesaria de acuerdo a las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico". Y el derecho positivo, de acuerdo al mismo autor (56) consiste en la aplicación de los primeros principios del Derecho "a una materia social concreta mediante la intervención de la voluntad del legislador humano, ya realice esta función el gobierno o la sociedad misma (...)".

Ahora bien, en el capítulo anterior al hablar de la personalidad moral del hombre, hemos explicado que éste tiene una finalidad, que consiste en su realización plena o perfeccionamiento continuo. Esta finalidad impone al hombre deberes: realizar aquellos actos que lo perfeccionan porque están ordenados a su bien racional, y omitir aquellos otros que lo alejan de su perfeccionamiento. Pero también otorga derechos, la vida el primero de ellos, derivados de la Ley natural; y tales derechos implican necesariamente la facultad de defenderlos contra el ataque injusto, aún coactivamente. De esta necesidad de defensa nace la sociedad civil, que Carrara define como aquella en la que impera "sobre los asociados una autoridad protectora del orden externo", según vimos en el apartado anterior. La sociedad civil no es la causa del Derecho sino su primer efecto; es la Ley jurídica la que crea al Estado como instrumento de su propia conservación.

54. Idem. p. 244-246.

55. Idem. p. 235.

56. Idem. p. 151-152.

De lo anterior se desprende que el poder social tiene, entre otras funciones, la de asegurar el cumplimiento del Derecho por medios coercitivos, y que por tanto, el fundamento de la pena no puede ser otro que la tutela jurídica; se castiga para proteger el Derecho y conservarlo soberano. Y el fundamento de la pena es común a todas las sanciones jurídicas.

2.- Fines. La pena, al igual que todas las demás sanciones jurídicas tiene como fin restablecer el orden externo cuando éste ha sido alterado; pero lo restablece mediante la retribución, que es su forma específica de proteger el Derecho. La retribución es entonces la naturaleza de la pena.

En efecto, mientras las demás sanciones jurídicas pretenden reparar el mal causado, la pena retribuye ante la imposibilidad de reparar el daño — del delito, es decir, mediante la causación deliberada de un dolor, compensando de algún modo el mal ocasionado (57). "La pena hiere al delincuente (...) por que el delincuente ofendió algo más que un derecho subjetivo, privado e indemnizable" (58). Aristóteles explica la idea de retribución del siguiente modo: cuando "uno haya recibido golpes y otro los haya inferido, o bien cuando uno haya matado y el otro haya muerto, el daño y el derecho no tienen entre sí — una relación de igualdad, pero el juez intenta remediar esta desigualdad con la pena que inflige, reduciendo la ventaja obtenida" (59).

Ahora bien, la pena se opone a lo que provocó el delito, y además a la conciencia que del delito queda en el delincuente, al mal recuerdo que conserva la sociedad y al impulso de quienes se encuentran en el camino de cometerlo (60). Hemos visto que Merkel define la retribución como la "reacción — causada por un hecho y dirigida contra su autor cuyo resultado sea compensar los malos efectos producidos" (61). De ahí que la necesidad de reparación en-

57. Binding, comentado por Sebastián Soler, Op. Cit. p. 391-392.

58. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 402.

59. Citado por Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 876.

60. Fausto Costa, Op. Cit. p. 284-286.

61. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 388-390.

la sanción penal sea interna, formal y simbólica, en tanto que la sanción civil se apoya en una necesidad externa (62).

Así pues, restablecer el orden externo en la sociedad es un fin que la pena comparte con las demás sanciones jurídicas. Su fin específico es la prevención de los delitos, que se divide en dos: prevención general o intimidación en la medida de lo justo y prevención especial o enmienda en la medida de lo posible. Es preciso decir que no hay contraposición entre retribución y prevención, pues se castiga tanto porque la ley fue violada como para que ello sucesivo se lo respete y obedezca. De modo entonces que se deben tomar en cuenta, por una parte, los efectos del delito en cuanto éstos afectan los intereses del presente y del porvenir, y por la otra, no debe olvidarse que la pena es causada siempre por la ilicitud (63). Pues la pena es acuerdo entre lo útil y lo justo: "el principio de la utilidad le da fuerza y el de la moralidad legitima su ejercicio" (64).

Carrara solamente habla del restablecimiento del orden externo en la sociedad como fin de la pena; sin embargo, al reconocer que el daño material del delito no se repara y sí en cambio el daño moral que consiste en la intranquilidad que ocasiona a la sociedad (65), ¿no está reconociendo acaso que el fin específico de la pena es la prevención de los delitos?. En efecto, la intranquilidad social de que habla el tratadista italiano se debe no tanto al daño causado por el delito, que es irreparable, sino a la posibilidad de que el delito se repita; de ahí que a la sociedad le interesa que los delitos se prevengan mediante el debido castigo de los ya cometidos.

Por otra parte, a fin de comprender más claramente la naturaleza de la pena conviene contrastarla con las demás sanciones dividiéndola en dos momentos: el de la amenaza y el de la actuación del mal amenazado. La pena como

62. *Ibid.* p. 397-398.

63. *Ibid.* p. 388-390.

64. Manzini, citado por Fausto Costa, *Op. Cit.* p. 167.

65. Francisco Carrara, *Op. Cit.* p. 68-71.

amenaza no se diferencia de las otras sanciones jurídicas en virtud de que la coacción psicológica es un elemento común a todas ellas. La peculiaridad de la pena se encuentra en el momento de la actuación del mal amenazado, por dos motivos: porque es reacción represiva que hiere al culpable para compensar el mal ocasionado y está, como ya se explicó, por "encima de la simple ejecución del acto debido, de la restitución y de la reparación"; y porque el fin que persigue es prevenir los delitos dada la imposibilidad de anular el mal causado (66).

Recapitulando sobre el fundamento y los fines de la pena, diremos que se fundamenta en la tutela jurídica, tiene su naturaleza en la retribución y son sus fines el restablecimiento del orden externo y la prevención de los delitos.

3.- Definición. Existen tres significaciones de la palabra pena: — cualquier dolor o mal que cause dolor, en sentido general; en sentido especial, el mal sufrido por causa de un hecho propio, y en especialísimo sentido, el mal que la autoridad pública impone al culpable de un delito (67).

La significación que aquí nos interesa es la pena en sentido especialísimo.

Desde un punto de vista muy general, definir es delimitar, es decir, establecer los límites (conceptuales) de un ente respecto de los demás; esto se consigue —de acuerdo a gran parte de la tradición filosófica— mediante dos elementos de carácter lógico: el género próximo y la diferencia específica — (68).

66. Rocco, comentado por Fausto Costa, Op. Cit. p. 272.

67. Francisco Carrara, Op. Cit. p. 35.

68. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía de Bolalillo. Alianza Editorial, Tomo I, segunda reimpresión, Madrid, 1987, p. 174-179.

El género próximo de la pena es la sanción jurídica; ésta es definida por el Lic. Rafael Preciado Hernández como "la consecuencia que atribuye la norma a la observancia o inobservancia de lo preceptuado por ella" (69). Sin embargo, enseguida el propio autor citado aclara que en general por sanción jurídica se entiende la consecuencia atribuida a la inobservancia de lo preceptuado por la norma, consecuencia que es coercible (70) generalmente, y que mira al restablecimiento del orden jurídico alterado. Es precisamente este último sentido el que interesa a nuestro propósito: la pena es una sanción jurídica en tanto que conlleva una consecuencia atribuida a la inobservancia de lo establecido por una norma.

Por otra parte, la naturaleza retributiva y la prevención de los delitos, siendo las particularidades de la pena, según ha quedado expuesto, son también sus diferencias específicas respecto de las demás especies de sanciones jurídicas.

Así pues, podemos definir la pena como la sanción jurídica de naturaleza retributiva que tiene como fin propio la prevención de los delitos.

C) FUERZAS INHERENTES A LA PENA Y CONDICIONES DE LA MISMA.

1.- Fuerzas inherentes. Al hablar del fin de la pena dijimos —comentando a Carrara— que ésta no repara el daño material del delito pero sí en cambio el daño moral que consiste en la intranquilidad ocasionada a la sociedad, —reparación que se consigue en virtud de las fuerzas inherentes a la pena. Es—

69. Rafael Preciado Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho, p. 123.

70. "Coercibilidad. Propiedad del Derecho que permite hacerlo valer por la autoridad en los casos en que no es cumplido o respetado voluntariamente". — Rafael De Pina, Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, decimoprimer edición, México, 1983, p. 155.

tas son, de acuerdo a Carrara (71), la fuerza física y la fuerza moral. La primera se subdivide en dos, la subjetiva y la objetiva, siendo la subjetiva los actos materiales por medio de los que se impone al culpable el castigo, y la objetiva, el sufrimiento efectivo ocasionado al delincuente.

En cuanto a la fuerza moral, también se subdivide en dos: la subjetiva, que consiste en la voluntad racional del juez competente, y la objetiva, es decir, sus efectos sociales: la tranquilidad para la sociedad y el refreno para los delincuentes.

Así como de la fuerza moral del delito nace la ofensa a la sociedad—intranquilidad social— así también el restablecimiento del orden externo y la prevención de los delitos nacen de la fuerza moral de la pena, la cual existe aún antes de que ésta se imponga, esto es, cuando se encuentre en estado de amenaza, pero sólo adquiere toda su eficacia sobre los ánimos cuando es materialmente impuesta, pues el castigo real a los delitos cometidos, la amenaza cumplida, es precisamente lo que previene la comisión de los delitos futuros.

2.- Condiciones. Para exponer las condiciones de la pena nos ajustaremos, con ligeras variantes, a la clasificación propuesta por Carrara (72).— El maestro italiano las divide en dos clases; en primer lugar tenemos las condiciones mínimas derivadas del criterio positivo de la tutela del derecho. La pena debe ser:

a).— Aflictiva para el reo, física o moralmente. Se trata de la privación o restricción de bienes jurídicos, y en este sentido la pena es siempre un mal (73). Pero no es un mal en cuanto que es un justo dolor en virtud del injusto goce del delito (74).

71. Op. Cit. p. 75-78.

72. Idem. p. 83-90.

73. Eugenio Cuello Calón, La Moderna Penología. Bosch Casa Editorial, Tom: I, Barcelona, 1952, p. 16.

74. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 604.

b).- Ejemplar. Que la sociedad se persuada de que el reo ha sufrido un mal para que en lo sucesivo el Derecho sea respetado y obedecido, pero sin que en aras de la ejemplaridad se altere la medida de lo justo.

c).- Cierta, y por tanto irremisible. La Ley no admite medios para evitar la pena cuando se ha hecho acreedor a ella. A esta condición se opone el principio de la doctrina correccionalista que pretende que la pena debe cesar si el reo demuestra que se ha enmendado.

d).- Prompta, para evitar que se prolonguen los efectos de la fuerza moral del delito.

e).- Pública. Cualquier pena secreta sería un abuso ilegítimo de fuerza.

f).- Moral. Aunque la corrección interna del reo no es el fundamento de la pena, no se debe aplicar castigo que lo corrompa, como por ejemplo el encarcamiento promiscuo. Que la pena aspire a mejorar al individuo (75).

En segundo lugar, siguiendo a Carrara, tenemos las condiciones mínimas que derivan del criterio de la justicia, que son negativas en cuanto constituyen un límite para la pena. Son las siguientes:

a).- No debe ser ilegal. Ninguna pena sin ley; es ésta y no el hombre la que debe castigar.

b).- No debe ser aberrante. Nada legitima el mal que no impute a un inocente bajo apariencias de justicia. La pena sólo debe ser imputada al declarado culpable; de aquí surge el principio de la personalidad de la pena (76).- Esta limitación no es posible conseguirla absolutamente, pues toda pena produ-

75. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 408.

76. Eugenio Cuello Calón, Op. Cit. p. 17.

de efectos indirectos que recaen sobre inocentes (77).

c).- No debe ser excesiva. No debe ir más allá del mal causado por el delito. La pena no debe atacar la integridad de la personalidad humana pues se negaría a sí misma como institución jurídica y se convertiría en un acto de fuerza de la sociedad sobre el individuo; de ahí que los castigos corporales - que lesionan la integridad del organismo físico, la infamia que ataca la integridad moral de la persona, y la extinción de la vida individual, no pueden ser contenido de la pena (78).

d).- No debe ser desigual. La pena debe estar establecida en una ley igual para todos. El legislador debe obedecer al precepto de la igualdad, haciéndola en la fuerza física subjetiva de las penas que dicta. El juez, dentro de los límites legales, debe tomar en cuenta la fuerza física objetiva de la pena concreta.

e).- No debe ser indivisible. Debe corresponder a los distintos grados de imputación, de modo que se pueda adaptar perfectamente al caso, pues la imputación se modifica cuando cambian las circunstancias que acompañan al delito.

f).- No debe ser irreparable. Lo cual no significa que sea posible anular todas las consecuencias dañosas de la pena injustamente aplicada, sino que debe procurarse reparar los errores de la justicia humana (79). El respecto expresa Carrara: "La condena de un inocente es una inversión de ideas, que el instrumento de la justicia se convierte entonces en un factor de injusticia. Y es una verdadera calamidad social, por el espanto que produce en los ciudadanos, mucho mayor que el originado por muchos delitos impunes" (80).

77. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 606-607.

78. Idem. p. 605.

79. Idem. p. 607-608.

80. Op. Cit. p. 90.

D) PROPORCIÓN PENA-DELITO E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.

De acuerdo con la escuela clásica, los diversos delitos deben castigarse proporcionalmente; es decir, el Derecho debe reafirmarse en la medida en que es negado por el delito.

Algunos autores como Ferri y Bovio han criticado esta idea de proporción entre delito y pena; argumentan que siendo elementos heterogéneos, la pena y el delito no admiten comparación entre sí (81).

Es cierto que no es posible precisar en absoluto un criterio de proporcionalidad entre delito y pena, pero ello no indica que sea imposible comparar ambos elementos. No se están comparando cosas sino valores; se atribuye un valor al bien jurídico perjudicado y se pone en relación con el valor del mal amenazado (82). Además, existe un elemento común entre la pena y el delito: la actividad del hombre o su omisión, que es la que se ha de medir y castigar por haber sido la que negó el Derecho (83).

La proporción penal es sólo aproximación, no exactitud matemática. La pena se propone ante todo compensar, según lo hemos visto ya al exponer el fin que persigue, pues hablar de equidad en el caso de la pena sería hablar del clásico talión. Esto es inaceptable porque imita la perversidad del delincuente; y la pena debe negar el delito, no repetirlo. Además, como bien lo dice Bovio (84), el talión es un triple absurdo matemático, porque reduplica un mal; dinámico, en el sentido de que un delincuente que matase cien personas sólo pagaría con una vida, la suya; y ético, por conducir a consecuencias lógicas del tipo de estupro por estupro.

81. Fausto Costa, Op. Cit. p. 193-196.

82. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 401.

83. Enrique Pessina, Op. Cit. p. 605.

84. Comentario por Fausto Costa, Op. Cit. p. 194.

La proporcionalidad significa, pues, parte y simplemente, que los delitos de diversa naturaleza han de castigarse con penas diferentes, y que a cada delito se aplique la pena según todas las posibles graduaciones internas. Esto nos conduce a la cuestión de la individualización de la pena.

El principio de proporción penal y el de la individualización de la pena se concilian: la proporción penal es ya una manera de individualizar la pena (85).

En efecto, para que la pena sea justa debe adecuarse al grado de culpabilidad del delincuente, pues la pena es retribución, según lo hemos expuesto. Bovio (86) dice que en el fenómeno del delito es imposible separar la libertad de la necesidad. Con el mismo espíritu expresa Saleilles que se van a la investigación encomendada a determinar la existencia de una libertad mayor o menor para efectos de medir la pena (87). La afirmación de Bovio es parcialmente cierta: en forma absoluta es imposible tal separación, pero no relativamente. Siendo la pena retribución y estando fundada la responsabilidad penal en la libertad humana, como más adelante se verá, no es inútil investigar y determinar ésta, como lo pretende Saleilles.

También la pena debe adaptarse al carácter del delincuente, carácter que se manifiesta a través de la acción delictuosa principalmente, y mediante el conocimiento y violación de las condiciones biológicas, psíquicas y sociales del culpable. Ocuparse sólo de la peligrosidad del delincuente y olvidarse del delito cometido, como lo propone la escuela positiva, provocaría que los tribunales juzgaran vidas humanas, conductas, y no delitos; las normas legales serían superfluas y se abandonarían las garantías fundamentales de la persona (88). Al respecto, reconoce Saleilles, con la escuela clásica, que el

85. Fausto Costa, Op. Cit. p. 285.

86. Idem. p. 195-196.

87. Idem. p. 244.

88. Eugenio Cuello Calón, Op. Cit. p. 29-35.

derecho penal debe conservar íntegro su aspecto objetivo, que es la determinación legal de los delitos y la fijación legal de la pena entre un mínimo y un máximo; y agrega que ese aspecto objetivo se asocia con el subjetivo al individualizarse la pena según la personalidad del delincuente (89).

E) LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

En páginas anteriores hemos definido la pena como la sanción jurídica que se caracteriza por ser retributiva y por aspirar a la prevención de los delitos. Establecimos asimismo, que sus características específicas respecto de las demás sanciones son la retribución y la prevención de los delitos.

En un intento de delimitar aún más claramente la pena, procedamos a compararla con la medida de seguridad.

Existen dos teorías al respecto: la unitaria y la dualista. La primera, adoptada en particular por la escuela positivista, niega que existan diferencias esenciales entre ambas; para ella, tanto la una como la otra son sanciones, implican disminución de bienes jurídicos, presuponen la comisión de delito, son proporcionadas a la peligrosidad del agente, intimidan a la generalidad (prevención general), intentan readaptar al individuo (prevención especial) y son aplicadas por órganos de la jurisdicción penal (90).

Unificar la pena y la medida de seguridad es una consecuencia lógica de la doctrina de la escuela positivista; en efecto, para ésta el fundamento de la actividad penal del Estado es la defensa social, de modo que todos los autores de delito responden por el sólo hecho de cometerlo (91), sean imputables o inimputables.

89. Fausto Costa, Op. Cit. p. 245.

90. Eugenio Cuello Calón, Op. Cit. p. 97-98.

91. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 456-457.

La teoría dualista (92), a la cual nos afiliamos, afirma que la pena y la medida de seguridad son esencialmente diferentes. Las caracteriza del siguiente modo:

1.- La pena:

a).- Se impone como consecuencia de la comisión de un delito, pues - la pena es, antes que nada retribución, y antes que nada también busca la prevención general o indirecta, la cual no se consigue sino mediante el castigo real del delito cometido.

b).- Es un medio para causar sufrimiento. Al respecto afirma Quello Colón (93) que esta no es diferencia puesto que ambas, medida y pena, lo provocan; y de entre las medidas de seguridad, particularmente la privativa de libertad; sin embargo, creemos que si bien el sufrimiento no es una característica exclusiva de la pena, sí lo es el propósito deliberado de provocarlo a fin de compensar el mal ocasionado, propósito que no existe en el caso de la medida de seguridad, que se aplica no en base a la comisión del delito sino a la peligrosidad del delincuente.

c).- Se determina en base al valor del bien jurídico atacado, a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del agente. No pueden ser objeto de la pena los imputables y culpables pues ésta se mide por el grado de culpabilidad.

d).- Es propia del derecho penal.

2.- La medida de seguridad:

a).- Se impone para proteger a la sociedad de daños y perjuicios respecto de quienes han cometido delito; la prevención es, en este caso, espe-

92. Eugenio Quello Colón, Op. Cit. p. 95-96 y Sebastián Soler Op. Cit. p. 458.

93. Op. Cit. p. 458-459.

cial; actúa, sobre todo, ante un sujeto deficiente o inmaduro psicológicamente - para actuar conforme a la amenaza que implica la pena (prevención general) y para el cual representa una cierta restricción a su libertad. Al decir de Soler, las "medidas de seguridad propiamente dichas son medidas cuya acción se ejerce, sobre todo mediante la prevención específica, removiendo en el sujeto las causas que lo llevaron a delinquir" (94).

b).- No pretende imponer un sufrimiento, aunque de hecho lo ocasiona.

c).- Se basa en la peligrosidad del delincuente; de ésta depende el tipo y la duración de la medida de seguridad. Los tipos de medida de seguridad son según sea el fin perseguido respecto del delincuente; así, la medida es de educación, corrección o curación cuando se pretende readaptarlo a la vida social; y es de aseguramiento de delincuentes inadaptables cuando lo que se quiere es separarlos de la sociedad (95). En consecuencia, la medida de seguridad se aplica a los sujetos inimputables o de imputabilidad atenuada; de ahí que en general se admita que estamos ante medida de seguridad cuando la medida de corrección y de curación se refiere al tratamiento de jóvenes delincuentes, de delincuentes enfermos y de anormales mentales, y que en cambio, exista discordia respecto de los delincuentes habituales. La medida impuesta a estos últimos debe ser sin duda una pena, puesto que se trata de individuos imputables y culpables (96).

d).- Es estrictamente de carácter administrativo. De acuerdo a Von List y a Rocco, la pena y la medida de seguridad son concurrentes eventualmente pero distintas. Para Rocco la medida de seguridad es siempre administrativa pero es conveniente que la aplique el órgano jurisdiccional, "ya sea en razón de economía procesal, como de garantía debida a la libertad de los ciuda-

94. Op. Cit. p. 455.

95. Eugenio Cuello Calón, Op. Cit. p. 88.

96. Ídem. p. 102-103.

tanos, para los cuales las medidas de seguridad pueden representar una restricción, de hecho tanto o más severa que una pena" (97).

Como conclusión a su estudio de las teorías unitaria y dualista, Soler expresa que la unificación de la pena y la medida de seguridad no será posible mientras se reconozca la necesidad "de prefigurar escalas penales proporcionadas a la distinta gravedad de los delitos (...)" (98).

F) RESPONSABILIDAD PENAL.

Una de las notas constantes de la conciencia es el sentimiento de que somos causa voluntaria de nuestros pensamientos, acciones y voliciones, y ese sentimiento culmina en la actividad voluntaria, según explicamos en el capítulo anterior. La persona además de tener el grado mayor de unidad ontológica, posee autoconciencia y autodominio; esta unidad completa en el ser de la persona origina la autonomía más perfecta en el obrar o libertad psicológica, que hemos definido como el poder de la voluntad para optar entre dos o más posibilidades, siguiendo al Lic. Preciado Hernández. De ahí que el hombre sea responsable de sus actos ante la Moral y el Derecho.

El hombre es responsable de sus actos en la medida en que actúa con conocimiento de causa y voluntad libre. De acuerdo al Lic. Preciado Hernández (99), el acto propio de la voluntad es el querer, y este es un elemento psíquico diferente al sentir, al entender y al sentimiento según explicamos al hablar de la personalidad psicológica. La voluntad es definida por Laburu como "la facultad inmaterial de apetición de los objetos intelectualmente conocidos" (100); esto es, se trata de una mezcla de apetito y razón: el apetito impulsa y la razón señala el objetivo.

97. Sebastián Soler, Op. Cit. p. 459.

98. Idem.

99. Lecciones de Filosofía del Derecho... p. 181-183.

100. Citado por Rafael Preciado Hernández, Idem.

Resulta más claro el funcionamiento de la voluntad si consideramos - el acto humano (101); éste se divide en tres etapas: la primera, llamada deliberativa, abarca la concepción de diversas posibilidades a la acción, el análisis de cada posibilidad respecto de los pro y los contra, la comparación de dichas posibilidades y el juicio enunciativo mediante el cual la razón concluye esta etapa; la segunda es la determinativa: en esta etapa el apetito volitivo acepta o rechaza el dictamen racional y elige alguna de las posibilidades. Luego viene la etapa final: la ejecución, en la cual la resolución tomada se traduce en acción.

La libertad psicológica interviene en la etapa determinativa, dado que, no siendo iguales las posibilidades ofrecidas a la acción, la voluntad tiene que elegir, y para elegir libremente debe determinarse por sí misma a querer o a no querer. Ahora bien, cuando por alguna razón la posibilidad es única, basta con que el sujeto la conozca intelectualmente para que su decisión o acto sea voluntario aunque no necesariamente libre pues, según lo expresa el maestro Preciado Hernández, "la voluntad del acto consiste en obrar con conocimiento de causa", en tanto que la libertad radica en poder elegir entre dos posibilidades". Así pues, todo acto libre es voluntario más no todo acto voluntario es libre.

La responsabilidad penal supone la imputabilidad, es decir, "el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como causa eficiente y libre" - (102); y la imputabilidad se funda en la libertad (103). Es responsable quien además de tener capacidad para sufrir las consecuencias del delito, ha delinquido con voluntad libre y es por tanto culpable. Schuster define la culpa como "la decisión libre y por lo mismo imputable, contraria a la Ley moral y al valor ético" (104).

101. Iden. p. 105-107.

102. Jerónimo Montes citado por Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito. Editorial Hermes-Sudamericana, primera edición, México, 1906, p. 126.

103. Fausto Costa, Op. Cit. 289.

104. Citado por Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. (Ensayos...) p. 153.

Por otra parte, la idea de responsabilidad de los actos en base a la libertad, es universal. Al respecto opina Saleilles: "La conciencia popular - sólo conoce una manera de representarse la responsabilidad, que es la idea de causa, y cuando se quiere analizar esta idea en sí misma se encuentra que su única justificación es la libertad"; esa conciencia "supone que la libertad - es real, no la libertad de cada acto particular, sino la libertad como principio, como estado normal, existente en cada hombre que se encuentre en posesión de sus facultades mentales" (105).

En la libertad de que hablamos resultaría absurdo el principio de imputabilidad, es decir, que el acto y sus consecuencias deban atribuirse a su autor; absurdo también, el principio de responsabilidad; el autor de un acto debe responder de éste y de sus consecuencias. Decir que el hombre es siempre responsable hacia la sociedad por el sólo hecho de vivir en ella, como lo hace Ferri, además de ser injusto no constituye una base sólida para la responsabilidad penal y es difícil de plasmar en leyes (106).

No se crea, sin embargo, que la autodeterminación que implica la libertad es absoluta. En el capítulo anterior hablamos de las perfecciones del hombre, que son la libertad de elección y el apetito natural que lo empuja irresistiblemente hacia su perfeccionamiento; pero también nos referimos a sus graves y radicales imperfecciones: por una parte, limitaciones intelectuales y debilidad de la voluntad derivadas en gran medida de la interacción del espíritu en la materia y del condicionamiento ontológico y psicológico; por otra, las deficiencias del propio espíritu y la indigencia social del hombre. La fuerza del espíritu no puede manifestarse plenamente durante la existencia humana, pues la materia la condiciona; si ésta se debilita y decae el espíritu lo acompaña.

La libertad se ejerce siempre dentro de una circunstancia, que repre

105. Citado por Eusto Corra, Op. Cit. p. 243-244.

106. Luis Jiménez de Asúa, Op. Cit. p. 52.

senta una limitación a la acción del hombre (107). Basave (108) nos habla a este respecto de dos especies de elementos condicionantes: los intrínsecos, es decir, la "modalidad propia de nuestra espiritualidad informando el organismo", dentro de los cuales podemos incluir las imperfecciones humanas que hemos mencionado, y a las que habría que agregar otros elementos condicionantes intrínsecos como la herencia y el mal hábito cuando se convierte en segunda naturaleza del hombre (109). Por otra parte, los elementos condicionantes extrínsecos o accidentales, que constituyen la circunstancia, son, entre otros, el tiempo, la edad, el sexo, el medio social.

Así pues, voluntad libre no significa voluntad que actúa al margen de todo influjo o motivo (110). Sobre la voluntad influyen el valor del motivo, el temperamento propio del sujeto, sus antecedentes psíquicos, educativos o religiosos, "el ambiente actual psicológico con sus pasiones afectivas y — con las sugerencias del ejemplo", etc. Por otra parte, la voluntad no siempre sigue el motivo mejor; el testimonio de la conciencia nos dice que frecuentemente hacemos lo peor no obstante que con nuestro entendimiento vemos con claridad lo que es objetivamente mejor. Puede suceder entonces que el sujeto solo vea un camino a seguir en su entendimiento, ya sea por un peligro inminente, por predisposiciones temperamentales o por otras circunstancias (111).

En este sentido, la libertad está delimitada por "el rango de las posibilidades objetivas que siempre son más o menos restringidas en número" y — por "el rango de los motivos de la elección que pueden restringir, aún hasta la unidad, el rango de posibilidades objetivas" (112), pues los hombres escogen "aquello que de ordinario responde a sus costumbres, inclinaciones estables o a su consideración de la situación, sobre todo si ésta no ofrece ningun

107. Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. (Lecciones...) p. 174.

108. Agustín Basave Fernández del Valle, Filosofía del Hombre. Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1957, p. 72.

109. Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. (Lecciones...) p. 175.

110. Idem. p. 177-178.

111. Idem. p. 183.

112. Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 744-745.

na ocasión especial para elección contraria (...)" (113). De ahí que ocasionalmente sea posible predecir las decisiones ulteriores de las personas.

Por otra parte, el grado de libertad en cada caso concreto es de difícil conocimiento; dada esa dificultad, al momento de medir la responsabilidad para la aplicación de la pena es preciso considerar además de la culpabilidad, el carácter del delincuente y la gravedad del delito cometido (114).

En conclusión, el hombre es responsable porque es libre, si bien esa libertad por regla general nunca es absoluta.

113. Walter Bruggen, Diccionario de Filosofía. Editorial Herder, 9a. edición - ampliada, Barcelona, 1978, p. 316.

114. Fausto Costa, Op. Cit. p. 289-290.

C A P I T U L O III

LA CONTROVERSIA DE LA PENA DE MUERTE

A) DEFINICION Y CARACTERISTICAS DE ESTA PENA.

Con el mismo procedimiento utilizado al definir la pena, definimos — ahora la pena de muerte. Comenzamos por establecer su género próximo, que es — sin duda la pena, definida ya como la sanción jurídica de naturaleza retributiva que tiene como fin propio la prevención de los delitos.

Su diferencia específica, aquello que la hace diferente de las demás — penas, es la eliminación de la vida del condenado, singularidad de la cual se — desprenden las siguientes características:

1.- Es destructiva (1). Al eliminar de modo radical e inmediato la ex — istencia humana, impide la enmienda del condenado, y con ello incumple una con — dición indispensable de las penas en general: la pena debe ser moral, según vi — mos en el capítulo anterior; es decir, aunque el fundamento de la pena no es — la enmienda del culpable, toda pena debe aspirar a ella en la medida de lo po — sible.

2.- Es de máxima gravedad. Priva del bien jurídico mayor: la vida hu — mana (2). Es cierto que una condición de las penas es que deben ser afflicti — vas, para lo cual es preciso privar de o restringir algún bien jurídico del — condenado. Pero otra condición no menos importante de las penas, según lo he — mos visto, es que no deben ser excesivas. Es decir, las penas tienen límites: — no deben atacar la integridad de la persona humana, y menos aún su vida.

-
1. Juan Carlos Smith en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1964, — p. 973.
 2. David Núñez, La Pena de Muerte Frente a la Iglesia y al Estado. Talleres — Gráficos ABECE, s/n de edición, Buenos Aires, 1966, p. 88.

3.- En opinión de David Núñez (3), esta pena es la más eficaz en --- en cuanto a ejemplaridad se refiere. Considera que es la más intensamente sentida por todas las personas.

En efecto, la pena debe ser ejemplar; pero tal ejemplaridad no debe alterar la medida de lo justo, según explicamos en el capítulo anterior. Ahórcase bien, ¿es justo privar de la vida a una persona mediante la pena de muerte?. Esto lo veremos al hablar de la ilegitimidad de esta pena.

Por otra parte, no creemos que la pena capital sea la pena más eficaz, y daremos nuestras razones al hablar de su innecesidad.

4.- Es la más cierta e irremisible de todas las penas, en opinión de David Núñez (4). Expresa que ninguna como la pena de muerte imposibilita la evasión del condenado.

Aun cuando esta característica fuese cierta, ella sola no podría justificar la pena capital. La Ley, en efecto, no admite medios para evadir la pena cuando se ha hecho acreedor a ella, por lo cual se ha de procurar, entre otras cosas, la mayor seguridad de las cárceles o centros de rehabilitación social. Sería absurdo y simplista que ante la posibilidad de evasión de los condenados a privación de libertad, se prefiriese condenarlos a la pena de muerte para que efectivamente pagaran sus culpas.

5.- Es la más trascendente de las penas. De acuerdo al principio de personalidad de la pena, ésta ha de imponerse solamente al declarado culpable, según ha quedado expuesto en el capítulo anterior. Sin embargo, toda pena trasciende más o menos a personas inocentes, lo cual es inevitable. ¿Cómo evitar, en efecto, el sufrimiento de la esposa y de los hijos del condenado?.

3. Idem. p. 90-91.

4. Idem. p. 92.

Pero ninguna como la pena de muerte produce efectos indirectos en personas que carecen de toda culpa; el sufrimiento ocasionado al culpable es intenso pero pasajero, no así el dolor y el estigma provocados a sus familiares y amigos, que se prolonga largamente en el tiempo.

6.- Es indivisible. Y lo es por su propia naturaleza; no admite graduación, condicionamiento o división alguna. No puede existir más o menos muerte, según sean las circunstancias que acompañaron al delito, pues la muerte es única e indivisible (5). Y con esto la pena de muerte incumple otra condición indispensable de las penas.

7.- Es irreparable. En el supuesto de injusticia, su aplicación impide toda posterior reparación (6). Aunque es imposible anular toda consecuencia dañosa de una pena injustamente aplicada, en ningún caso es tan imposible como en el de la pena de muerte. En este aspecto tendremos oportunidad de demorarnos más adelante.

8.- Es la más solemne y resonante de las penas, dadas las formalidades que la preceden, que la acompañan y que la siguen (7). Y no es para menos: se trata de la eliminación de una vida humana.

La pena de muerte es entonces aquella pena que consiste en la eliminación de la vida del condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye (8).

a) SU UTILIDAD.

1.- Consideraciones previas.

5. Juan Carlos Smith, Op. Cit. p. 973.

6. Idem.

7. David Núñez, Op. Cit. p. 90.

8. Juan Carlos Smith, Op. Cit. p. 973.

La primera idea que nos sugiere la palabra utilidad es la de un medio o instrumento. Cuando decimos "esto es útil", queremos decir "esto sirve para aquello". Así pues, podemos conceptualizar la utilidad en general como lo hace Jaime Balmes; es "el valor de un medio para lograr un fin" (9).

Ahora bien, ¿qué relaciones existen entre la moralidad y la utilidad? ¿Lo útil es inmoral? ¿Lo moral es inútil? ¿es posible conciliar ambos conceptos?

Estas preguntas quedan esclarecidas con las consideraciones que el maestro Preciado Hernández hace sobre las diversas especies del bien humano, basado en la doctrina jusanaturalista.

De acuerdo a nuestro autor, lo moral y lo útil son perfectamente conciliables. El bien humano se divide en tres especies: honesto, deleitable y útil. El bien honesto es el bien fundamental, y los otros son bienes por participación. Se entiende por bien honesto, "la cosa en sí misma hacia la cual tiende la voluntad, lo que se ofrece como término absoluto al movimiento de una facultad apetitiva, la realidad deseable por sí misma sin referencia a otra realidad ulterior, el término en que se acaba finalmente el movimiento apetitivo" (10).

El bien deleitable por otra parte, se conceptualiza como "el reposo del apetito en la posesión del bien" (11); y, finalmente el bien útil no es otro que el "medio adecuado para alcanzar (...) un fin valioso en sí mismo; de tal suerte que el objeto útil es de suyo indiferente, y es el objetivo ulterior el que proyecta sobre él su propia bondad" (12). De ahí que una caracterización —

9. Jaime Balmes, *Filosofía Elemental*. Editorial Porrúa, tercera edición, México, 1981, p. 79.

10. Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 193.

11. *Idem*.

12. *Idem*.

esencial de la utilidad sea, al decir de Jaime Balmes, su relatividad: "lo que es útil para una cosa es inútil para otra" (13).

Estrictamente hablando, el bien honesto sólo puede ser Dios, que es el bien por excelencia; sin embargo, al consideramos exclusivamente el mundo visible, la persona humana es igualmente un bien en sí; no existe un ser más perfecto que ella, pues además de poseer el mayor grado de unidad ontológica, tiene autoconciencia y autodominio y es libre en su obrar. De ahí que los otros seres estén a su servicio. Y en cuanto a la sociedad, ésta tiene su razón de ser en las personas que la constituyen, al punto de que se justifica sólo en la medida en que les ayuda a éstas en la consecución de su último fin. Los demás seres y la sociedad no son sino bienes útiles que están supeditados al perfeccionamiento de la persona humana.

La doctrina del bien racional, en palabras del maestro Preciado Hernández, "afirma la primacía del bien honesto sobre los bienes de utilidad y de deleite, sin excluirlos" (14). Dicho de otro modo, siguiendo esta vez a Jaime Balmes (15), la moralidad no excluye la utilidad, ni viceversa, de tal forma que la moral también es útil. Esto no significa, agrega el filósofo español, que la razón constitutiva de la moralidad sea la utilidad, sino que siendo diferentes no necesariamente están reñidas; muchas veces incluso la utilidad es una condición necesaria para la moralidad.

Es el caso por ejemplo de las penas, para entablar ya una relación más directa con nuestro tema. Las penas, sin duda, deben ser útiles para prevenir los delitos; de otro modo no estarían justificadas ni serían morales. Ahora bien, la prevención de los delitos es igualmente un bien útil en relación a los fines que el Derecho persigue, que son la justicia, el bien común y la seguridad jurídica; y estos bienes a su vez son bienes útiles para el desarrollo integral de la persona humana, que es finalmente el bien honesto perseguido —

13. Op. Cit. p. 79.

14. Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. p. 194.

15. Op. Cit. p. 84-85.

por los demás bienes referidos.

Así pues, las penas serán útiles y morales si contribuyan al bien de la persona humana, y sólo así quedarán conciliadas las penas (bienes útiles) y la persona humana (bien honesto).

En este apartado nos limitaremos a analizar la utilidad de la pena de muerte y dejaremos para los siguientes las cuestiones relativas a su innecesidad y a su ilegitimidad.

2.- Selección artificial y economía.

Se ha dicho que la pena de muerte constituye un medio idóneo para llevar a cabo la selección artificial de la sociedad en tanto que elimina a los individuos inadaptables y antisociales; que esta pena, como ninguna otra, permite verificar tal eliminación, pues no se puede esperar lo mismo, por ejemplo, de la prisión, aún si es perpetua, al existir siempre el riesgo de evasión, o de revolución que abra las puertas de las cárceles (16).

Es inaceptable este argumento a favor de la utilidad de la pena de muerte. Si lo que se persigue con las penas en general es el bien de la persona humana, la selección artificial repugna a la acción y carece por lo tanto de sentido. Incluso en el supuesto caso de aceptar la pena de muerte como medio de selección artificial, habría que cuestionar su utilidad, pues ¿quién garantizaría que sólo los individuos irremediables serían eliminados? ¿Existen criterios precisos e infalibles para determinar quiénes son los inadaptables y antisociales y quiénes no? Por otra parte, la pena capital contemplada de este modo, ¿no constituye una fuerte tentación como arma política para los hombres en el poder?.

16. Opinión de Garófalo citada por Eugenio Cuello C. Ión, Derecho Penal, Tomo I Parte General, Editora Nacional, S.A., 2a. edición, México, 1951, p.681.

Parece evidente que de utilizarse la pena de muerte como medio de selección artificial, los totalitarismos no se harían esperar. De hecho es lo que ha ocurrido más de una vez al margen de la ley y sigue ocurriendo, si por inadaptables traducimos enemigos políticos; y si ocurre así de hecho, ¿qué ocurriría si la pena de muerte como medio de selección artificial estuviese amparada por la ley? No es desoñada la objeción que se ha hecho a Gerónimo en el sentido de que ocurrirían verdaderas hecatombes (17).

Por otra parte, se ha visto en la pena de muerte una medida económica; resulta mucho más barato, dicen, eliminar definitivamente al criminal que sostenerlo por el resto de su vida (18).

Prescindiendo por lo pronto de la ilegitimidad de la pena capital y ocupándonos tan sólo de su utilidad, diremos que es más exacto lo argumentado por Voltaire: es mayormente útil a la sociedad la condena de los delinuentes a trabajos en obras públicas, que imponerles la pena de muerte; ésta sólo es útil al verdugo que cobra por matar (19).

Bentham enriquece este argumento con las siguientes consideraciones:

"1o. La pena capital no es convertible en provecho porque nada compensa a la parte perjudicada, y aún destruye el poder de la compensación, que es el delincuente, quien por su trabajo podría reparar una parte del mal que hizo, y con su muerte nada repara".

"2o. Lejos de ser convertible en provechoso, es una pérdida, porque es un gasto de lo que constituye la fuerza y la riqueza de una Nación, que es el número de los que la componen" (20).

17. *Idea.*

18. Gerardo Landrove Díaz, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Bosch Censorial, Barcelona, 1980, p. 31.

19. Voltaire, *Comentario sobre el libro de los Delitos y de las Penas*, incluido en el *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Ed. Porrúa, 2a. ed. Méx., 1985, p. 278. de César Becerra.

20. David Kúñez, *Op. Cit.* p. 175-177.

La pena de muerte es entonces económicamente menos útil que la condena a trabajos en obras públicas; cierto que no basta con tal consideración para objetar esta pena; es preciso además preguntarse sobre su legitimidad o su ilegitimidad, cosa que haremos en su momento. Pero no podemos prescindir de las cuestiones relativas a la utilidad de la pena de muerte, pues en el apartado anterior concluimos que una condición de la moralidad de las penas en general es su utilidad. Y utilidad no sólo en relación a la prevención de los delitos, de la cual nos ocuparemos enseguida, sino respecto de cualquier otra utilidad que pueda conciliarse con la moralidad, como es el caso de la economía.

No creemos que lo dicho contradiga la verdad expresada por Concepción Arenas: el orden moral perturbado está por encima del interés pecuniario que pudiera perjudicarse (21).

3.- Poder intimidatorio.

Sobre el poder intimidatorio de la pena de muerte se han expresado los argumentos más disímiles.

Si la pena de muerte no intimida, argumentan los defensores de su poder intimidatorio, cómo explicar entonces el empuje de los condenados a ella por conservar la vida, ya sea embrollando el proceso, implorando indulto o suplicando la pena de prisión. ¿No es acaso porque la pena de muerte es intensamente sentida por todas las personas, en tanto que las demás penas producen molestias desiguales en los que las sufren? (22). ¿O será porque esta pena no les parece a los condenados suficiente castigo para su delito y prefieren que se les aplique la pena de prisión como la más grave? (23).

21. Citada por David Núñez, Op. Cit. p. 177.

22. David Núñez, Op. Cit. p. 89-91.

23. Antonio Martínez de Castro, La Pena de Muerte. El Foro, Quinta Época, No.-32, oct.-dic. 1973, México, p. 72.

Este argumento es válido relativamente para el común de las personas, responden los impugnadores del poder intimidatorio de esta pena, pero no así para los criminales profesionales, que la admiten como un simple riesgo profesional. Ni tampoco para los delincuentes políticos o anarquistas, para los cuales muy por el contrario, la pena de muerte tiene un efecto glorificador: les permite morir por las ideologías que defienden (24). Y se trata precisamente de que se intimide a los criminales profesionales, que son los que más daño ocultan a la sociedad.

Bell Escalona entra a la defensiva con este argumento obviamente ex vivo: "Si un sólo criminal detuviera su brazo ante el tenor de la muerte, ya estaría justificada la última pena como agente intimidatorio; y nos parece que hay más de uno" (25).

Se debe considerar -continúan sus defensores- que la pena de muerte, siendo el mayor de todos los males, necesariamente constituye el máximo de los contra-estímulos; además es perfectamente comprensible para todas las inteligencias sin importar incluso el estado de ánimo en que las personas se encuentran. No así la pena de prisión por ejemplo, que no es claramente comprendida por quienes nunca la han sentido antes.

Por otro lado, afirman, la pena capital es inquebrantable por parte del reo e irrenunciable por parte del Estado. En cambio las demás penas admiten: indulto, fuga, motín, etc. (26).

Baumann argumenta que en opinión de los verdaderamente entendidos, un

24. Argumento citado por Gerardo Díaz Landrove, Op. Cit. p. 30.

25. Eduardo Bell Escalona, La Pena de Muerte. El Foro, Sexta. Época, No. 15, -- oct.-diciembre. 1979, México, p. 71.

26. David Hájuez, Op. Cit. p. 88-92.

efecto general preventivo de esta pena no puede ser probado racional o estadísticamente; que en el mejor de los casos, tal efecto general sólo puede ser presuntivo (27).

Otros autores contestan la dificultad planteada por los defensores — del poder intimidatorio de esta pena, diciendo que no es la intensidad lo que hace mayor efecto sobre los hombres, sino la extensión. Nuestra sensibilidad — estiman — se mueve más fácilmente con las impresiones continuas, aunque sean pequeñas, que con las pasajeras, aunque sean fuertes. Y concluyen: frena más la comisión de los delitos la privación de libertad que la pena de muerte (28); y si no más, cuando menos en igual medida. A fin de cuentas, lo que de verdad frena la comisión de los delitos es el hecho de que los culpables no — queden impunes, aunque las penas no sean tan rigurosas (29).

Por otra parte, existen autores que le atribuyen a la pena de muerte — no sólo poder intimidatorio sino también un efecto moralizador en quienes presencian la ejecución.

En efecto, David Núñez afirma que esta pena engendra un saludable efecto en quienes son testigos de ella, apartándolos del camino del crimen y corrigiendo las malas costumbres. Con la sola excepción de los depravados, que — ya de por sí no tienen remedio. Y concluye: la pena de muerte es altamente moralizadora (30).

En contra de este argumento se alza Boisaymé; el horror y la repugnancia por la muerte de sus semejantes — afirma — son innatos incluso en los animales; y el espectáculo de la pena de muerte no hace otra cosa que debilitar —

-
27. Baumann Jürgen, La Pena de Muerte Dentro del Sistema de Sanciones del Estado de Derecho. Universitäts, Vol. VI, No. 3, dic. 1968, Alemania, p. 241.
 28. Cesar Beccaria, Op. Cit. p. 120.
 29. Conde Roederer, Consideraciones Sobre la Pena de Muerte, incluídas en Op. Cit. de Cesar Beccaria, p. 140.
 30. David Núñez, Op. Cit. p. 171-174.

ese horror (31). El profesor Livi va más allá; argumenta que siendo el hombre un animal imitador por excelencia, la pena de muerte multiplica necesariamente los delitos de sangre (32). Con el mismo espíritu, Ignacio L. Wallarta pregunta: "¿Es humano, es compasivo el pueblo que gusta ver morir entre convulsiones sangrientas a un hombre que no puede defenderse?" (33). No se puede negar, — afirma Meoacci (34), que en última instancia entre la gente de inteligencia y sentimiento, el condenado a muerte no sólo despierta piedad sino que pone en — el aprieto de preguntar si no merecería algún atenuante.

Los defensores de la pena de muerte expresan que tales sentimientos — de horror, repugnancia o compasión no existen en los que presencian la ejecución, cuando los condenados han cometido delitos cuya gravedad exige, según el común sentir de los pueblos, precisamente esta pena. Y que siendo universal — esa creencia es objetivamente verdadera: se trata nada menos que de la luz natural de la razón, que percibe la evidencia misma de las cosas (35).

Jaime Náquira responde (36) que se trata de reacciones puramente emocionales de los pueblos y que en consecuencia no pueden ser el fundamento de — la difícil tarea de hacer justicia. Es la razón fundamento más seguro.

Por nuestra parte, y en un afán de evitar excesos para aproximarnos —

-
31. Citado por Francisco Carrara, Programa de Derecho Criminal. Parte General, Volumen II, Editorial Temis, 2a. ed., Bogotá, 1973, p.111.
 32. Idem.
 33. Citado por Luis Rodríguez Manzanera, De Nuevo La Pena de Muerte. Revista — Jurídica Veracruzana, Tomo XXVIII, No. 3 (10), jul.-sep. 1977, Xalapa, Ver. México, p. 23.
 34. Citado por David Núñez, Op. Cit. p. 170.
 35. David Núñez, Op. Cit. p. 27-33, y Argumento Citado por Raúl Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Editorial Porrúa, 15a. ed. — México, 1986, p. 728.
 36. Consideraciones Sobre la Pena de Muerte. Revista Chilena de Derecho, Vol. — 9, No. 3, sep-dic. 1982, Santiago, Chile, p. 545.

el silencio de las pasiones" (37). ¿Y en qué cuestión las pasiones de los pueblos están menos silenciadas que en sus opiniones sobre la pena de muerte?

Finalmente, no creemos que sea seguro que la intensidad de la pena - haga menor efecto que su extensión; más bien ello varía de persona a persona. En todo caso, es más exacto atribuirles igual eficacia. En última instancia, - más que el rigor en las penas, lo que frena efectivamente el delito es el castigo real a la delincuencia, el hecho de que los culpables no queden impunes. Pero este es ya tema del siguiente apartado.

C) SU INNECESIDAD.

Ferrater Mora explica que "es necesario lo que no puede ser de otro modo y lo que, por consiguiente, existe solamente de un modo" (38). El problema a resolver ahora, quedaría planteado de la siguiente manera: ¿es necesaria la pena de muerte?, o en otras palabras, ¿es insustituible?

Exponemos nuestra posición primero y luego pasamos a explicarla: la pena capital es innecesaria como medio de prevención de los delitos y como medida de restablecimiento del orden externo en la sociedad.

Hemos visto ya la imposibilidad de determinar con perfecta exactitud cuál pena intimida más, si la de muerte o la de privación de libertad. Ambas, por sus peculiares características, tienen poder intimidatorio: la primera - por su intensidad, pues consiste en la eliminación de la vida, nuestro mayor bien; la segunda, por su extensión, que puede prolongarse más o menos en el tiempo. De ahí que hayamos concluido que dada esa dificultad, lo más indicado sea atribuirles a ambas penas un igual poder de intimidación.

-
37. Ramón Xirau, Introducción a la Historia de la Filosofía. UNAM, 9a. ed., - México, 1983, p. 263-264.
38. Diccionario de Filosofía. Tomo III, Alianza Editorial, 3a. ed, Madrid, - 1981, p. 2320.

Así pues, la pena de muerte es innecesaria para la prevención general ya que puede sustituirse, como agente intimidatorio, por la privación de libertad.

Por otra parte, esta pena es igualmente innecesaria para la prevención especial; la privación de libertad al igual que la pena de muerte coloca al criminal en imposibilidad de seguir causando daño (39), con la ventaja sobre aquella de que permite además, dentro de un marco razonable y posible, la enmienda del condenado (40). Es cierto, como lo expusimos en el capítulo anterior al hablar de las críticas hechas por Carrara y Pessina a la teoría correccionalista, que la pena no se funda en la necesidad de enmienda. Sin embargo, no debemos desentendernos de la corrección del culpable, pues una de las condiciones esenciales de las penas es procurar la mejora del individuo en la medida de lo posible. No hablamos aquí, desde luego, de la enmienda moral, que rebasa los límites del Derecho, sino de la enmienda jurídica o prevención especial. No estamos de acuerdo con David Núñez (41), quien expresa que la pena de muerte, más que ninguna otra pena, mueve al arrepentimiento por estar próximo el reo a comparecer ante la presencia divina. Por una parte, porque la pena de prisión es seguramente más propicia para arrepentirse dado el tiempo de sobra con el que para ello se dispone; por otra, porque el arrepentimiento es una enmienda moral, y por lo mismo no puede fundarse en él la imposición de las penas.

Además, la pena de muerte representa una solución simplista al problema de la delincuencia; los delitos no se previenen por el sólo hecho de que las penas sean rigurosas sino más bien procurando que los culpables no queden impunes, para lo cual se requiere, entre otras cosas, instrumentar una eficiente administración de justicia. Hace falta también, si se quiere de verdad re-

39. Argumento de Carrara Citado por David Núñez, Op. Cit. p. 141.

40. Jaime Niquira, Op. Cit. p. 544-545.

41. Op. Cit. p. 102-103.

solver el problema, ocuparse de los factores sociales (42) que sin duda influyen fuertemente en la conducta de los individuos; combatir la miseria, impulsar la educación, crear fuentes de empleo, redistribuir justamente la riqueza, etc. La "pena de muerte no impide el crimen cuando las costumbres o las circunstancias inclinan a él" (43).

Algunos autores hablan de la necesidad de la pena de muerte en casos excepcionales. Beccaria opina que esta pena debe imponerse sólo cuando un ciudadano, aún privado de su libertad, tenga tal poder y relaciones que ponga en peligro la seguridad de la Nación; y cuando la muerte de un ciudadano sea el único freno que contenga a otros respecto del delito (44). Roederer, por su parte, señala un sólo caso y lo considera muy accidental: cuando el conspirador tiene poder bastante para alterar la tranquilidad pública y provocar una revolución (45). Así pues, se refieren estos autores fundamentalmente a delitos de tipo político.

Donoso Cortés es de opinión semejante, y la defiende así: si "la supresión de la pena de muerte en los delitos políticos se funda en la negación del delito político, y si esta negación se basa de la falibilidad del Estado - en estas materias, es claro que todo sistema de penalidad se viene al suelo; - porque la falibilidad en las cosas políticas supone la falibilidad en todas - las cosas mortales, y la falibilidad en las unas y en las otras lleva consigo la incompetencia radical del Estado para calificar ninguna acción humana de delito. Ahora bien: como esa falibilidad es un hecho, síguese de ahí que en esta materia de la penalidad todos los gobiernos son incompetentes, porque son falibles" (46).

42. Raúl Carranca y Trujillo, Op. Cit. p. 728-729.

43. Conde Roederer, Op. Cit. p. 139-140.

44. César Beccaria, Op. Cit. p. 118-119.

45. Op. Cit. p. 145.

46. Juan Donoso Cortés, Sobre la Última Pena. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año IV, No. 14, may.-jun. 1949, Argentina, p. 595.

El hecho de que se castiguen con la pena de muerte los llamados delitos políticos, no creemos que obedezca a la necesidad; es sólo muestra de que se trata de regímenes políticos débiles, dictatoriales o políticamente inestables que recurren a esa pena para sostenerse mediante el terror (47). En relación al ciudadano de que habla Beccaria, que aún privado de su libertad tenga tal poder y relaciones como para hacer peligrar la seguridad de la Nación, Guizot opina que cuando los individuos dejan de ser potencias se convierten en símbolos, y que no se puede abolir en su persona lo que representan puesto que su suerte repercute "en el vasto conjunto al cual están ligados" (48). Carrara, por su parte, afirma que en caso de alta traición, la muerte del vencido sólo encuentra su razón en los temores del vencedor y en la conciencia de su propia debilidad (49). Y con el mismo espíritu, Sousa Santos afirma: la época que castiga el crimen político es aquella que lo fomenta (50).

Consideremos ahora el argumento de Donoso Cortés: esencialmente afirma que si la supresión de la pena de muerte en materia política se funda en la falibilidad del Estado, se viene abajo todo sistema penal pues siendo el Estado falible, no podría entonces calificar ninguna acción de delito ni en consecuencia, imponer pena alguna.

No creemos que el argumento de la falibilidad del Estado eche por tierra todo el sistema penal; es obvio que la pena debe aplicarse a pesar de la posibilidad de error, puesto que es impresindible para castigar y prevenir el delito; pero la excepción es cuando la pena consiste en la pérdida de la vida, como es el caso de la pena de muerte, porque ésta es irreparable y porque lo que se pierde es nuestro mayor bien, que es absoluto en cuanto que de él dependen nuestros demás derechos, como veremos en la última parte del presente capí

47. Argumento de Quiroz Cuarón Citado por Luis Rodríguez Manzanera, Op. Cit. p. 29

48. *Ibid.* p. 30.

49. Op. Cit. p. 102.

50. Raúl Carranca y Rivas, Enfoques Sobre La Pena de Muerte. Criminología, Año - XXXIX, Nos. 7-8, jul.-agos., 1973, México, p. 202.

tulo.

Finalmente, ¿por qué consideramos que la pena de muerte es innecesaria como medida de restablecimiento del orden externo en la sociedad?

El restablecimiento del orden externo en la sociedad es un fin común a todas las sanciones jurídicas. Pero en el caso de la pena, según concluimos en el capítulo anterior, tal restablecimiento no significa reparación sino compensación: el mal ocasionado por el delito es generalmente irreparable. La pena no pretende devolver las cosas al estado que tenían antes del delito ni aspira a la igualdad matemática o ley del talión; lo que hace es compensar la ventaja obtenida o, al decir de Aristóteles, busca la proporción que da coherencia a la justicia. Tratándose de la pena, restablecer el orden externo no es otra cosa que poner al culpable en situación de no continuar causando daño o imponerle un sufrimiento proporcional al perjuicio ocasionado.

Ahora bien, en este aspecto la pena de muerte es igualmente innecesaria. La pena de privación de la libertad pone también al culpable en situación de no seguir causando daño, con dos ventajas sobre aquella: en caso de error es posible la reparación, así sea relativamente; y el culpable se encuentra en posibilidad de enmienda.

Y en cuanto al dolor, ambas penas lo provocan, una por su intensidad y otra por su extensión; pero la pena de privación de libertad no atenta contra el Derecho como lo hace la pena que consiste en privar de la vida, según expendremos en el siguiente apartado.

D) SU ILEGITIMIDAD.

En general, se entiende por legítimo lo que está "conforme a la ley,-

al derecho, o más bien al sentimiento de la justicia" (51). Así, legítimo dice más que legal, pues la legalidad se conceptúa como el carácter "del acto conforme (...) a las prescripciones del derecho positivo". En este sentido, puede decirse que es legal, pero no legítimo, aquello que constituye un abuso del Derecho (52).

En este apartado nos proponemos analizar la pena de muerte a la luz - del Derecho, cuya tutela es el fundamento de las penas, con el objeto de probar en la medida de nuestras posibilidades, su ilegitimidad.

1.- Pena de muerte y retribución.

a).- La imposibilidad humana de justicia absoluta. Debemos partir de una certeza que nos proporciona la historia y el conocimiento más elemental de nuestra naturaleza: no nos es dado conseguir la justicia absoluta, entendida - ésta como la restauración del orden originario mediante la corrección y el castigo de la desmesura (53).

Tal imposibilidad humana existe a nivel material y a nivel cognoscitivo: materialmente es imposible para el hombre reparar el daño causado por el delito, y cognoscitivamente, no le es dado determinar con toda certeza las magnitudes de las culpas de cada quien.

Heos visto que la retribución consiste en el sufrimiento que deliberadamente se impone al culpable en proporción al delito cometido, y que de esta manera el juez, al decir de Aristóteles, intenta remediar la desigualdad - ocasionada reduciendo la ventaja obtenida, dada la imposibilidad de reparación material. La proporción entre delito y pena no en sí pueda ser matemática, -

51. Paul Foulquié, Diccionario del Lenguaje Filosófico. Editorial Labor, S.A. - s/n ed., España, 1967, p. 591.

52. Idem.

53. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía de Bolso. Tomo II, Alianza Editorial, 2a. reimpresión, Madrid, 1987, p. 419.

pues el fundamento de la pena es la tutela del Derecho y no la justicia absoluta; a lo más que puede aspirarse es al restablecimiento del orden externo y — con él a la proporción que da coherencia a la justicia.

La pena hiera al delincuente porque éste ofendió algo más que un derecho subjetivo e indemnizable; su naturaleza es compensatoria, no reparadora. — Restablecer la justicia absoluta en el sentido de reparar materialmente el mal provocado por el delito, es una labor imposible para el ser humano. De ahí que las "sanciones terrenas, ora consideradas cada una en particular, o tomadas en su conjunto, son incapaces de establecer el equilibrio perfecto entre la felicidad y la virtud y entre la desgracia y el vicio (...)" (54).

Querer fundar la pena en la justicia absoluta conduce, como en el caso de Kant, a la estricta aplicación de una fórmula talional: el que mata debe morir. Sin embargo, según lo vimos en el capítulo anterior, el filósofo alemán por no separar el Derecho de la Moral, se vió obligado a establecer distinciones capriciosas para mantener su principio talional sin caer en absurdos del tipo de estupro por estupro, o familia asesinada por familia asesinada. Y es que la ley del talión ve entre el delito y la pena una relación de igualdad y no de proporcionalidad.

Si fuera cierto que conforme a la justicia humana, el que mata debe morir, también debería serlo que a quien hace el bien se le debe hacer el bien. ¿Pero qué ley nuestra podría eficazmente imponer tal obligación?

Por otra parte, en relación a la imposibilidad cognoscitiva mencionada para deslindar con exacta precisión las culpas de cada quien, para determinar el grado de libertad en cada caso concreto, habría que ser capaz de ver con claridad perfecta el fondo del corazón humano. Saber qué aspecto del acto en —

54. Samuel Vargas Montoya, *Ética o Filosofía Moral*. Editorial Porrúa, 14a. ed. 1980, México, p. 151.

concreto se origina de la voluntad libre de su autor y qué aspectos, de su temperamento, de su herencia, de sus limitaciones intelectuales, de las debilidades de su voluntad, de los malos hábitos que son como una segunda naturaleza humana, de las pasiones, de las sugerencias del ejemplo, etc. Es sabido que "la responsabilidad varía de acuerdo con el grado de conocimiento y libertad moral. De manera que todo cuanto perfecciona el conocimiento del acto, de su valor moral y de la libertad de realizarlo, como la premeditación, la plena posesión de sí mismo, la intensidad en la malicia o en la estima del acto, aumenta la responsabilidad del mismo. De idéntica manera, cuanto contribuye a disminuir esos factores, atenúa en el mismo grado la responsabilidad" (55).

Así pues, no estamos negando aquí que deben imponerse penas a los culpables ni que el hombre sea responsable de sus actos; lo que negamos es que humanamente se pueda alcanzar la justicia absoluta, pues ésta implica, entre otras cosas, conocer claramente las culpas derivadas de la conducta humana individual y socialmente considerada, conocimiento imposible para el hombre. De ahí que en la justicia humana, la bondad o maldad intrínseca de las acciones no pueda ser objeto de las leyes (56) sino en la medida en que trasciendan al orden externo de la sociedad.

Los límites cognoscitivos del hombre se reflejan en su falibilidad; la justicia humana ha llegado a condenar a personas inocentes. Y es que, como bien lo expresa el maestro Preciado Hernández al comentar a Dabin, a medida que se desciende en la aplicación de los principios morales de la vida social, que son invariables, "acercándose a lo concreto individual, que es complejo por naturaleza, las conclusiones pierden precisión y resultan solememente aproximadas" (57); la razón práctica por ocuparse "de realidades contingentes y particularmente de las acciones humanas", encuentra mayor número de excepciones a -

55. Samuel Vargas Montoya, Op. Cit. p. 143.

56. Conde Roederer, Op. Cit. p. 132-133.

57. Rafael Preciado Hernández, Op. Cit. p. 239.

los principios universales a medida que se acerca más a las cosas particulares (58).

Nuestra capacidad cognoscitiva entonces, no autoriza sino penas de magnitudes relativas para el castigo de los delitos, penas que cumplan con las condiciones indispensables a que nos hemos referido en el capítulo anterior; - particularmente, con las condiciones de reparabilidad y de aspiración a la enmienda del culpable.

Por otra parte, tal relatividad en las magnitudes de las penas queda confirmada con la relatividad de la gran mayoría de las culpas humanas. No "somos sino parcialmente responsables de buen número de nuestras acciones" (59).

En efecto, en el capítulo anterior, al hablar de la responsabilidad penal, concluimos que el hombre es responsable porque es libre, pero que esa libertad por regla general nunca es absoluta. Ahora bien, si la libertad no es absoluta tampoco puede serlo la responsabilidad. En consecuencia, ninguna pena puede tener el carácter de absoluto, pues aún en el supuesto caso de que llegase a existir un acto humano plenamente deliberado y totalmente libre, nuestra capacidad cognoscitiva nos impide tener al respecto absoluta certeza, y por lo mismo somos incompetentes para imponer una pena de tal magnitud. Y la pena de muerte es una pena absoluta.

b).- Invalidez de esta pena como retribución. La irreparabilidad es una de las características que hacen de la pena de muerte una pena absoluta.

En efecto, Ferrater Mora distingue dos tipos de absolutos: el absoluto puro y el simple, es decir, el absoluto en sí y aquello que es absoluto por referencia a otro. El absoluto en sí es Dios, el Ser, la Causa, etc. (60). La pe

58. Idem. p. 241.

59. Manuel Vargas Montoya, Op. Cit. p. 143.

60. José Ferrater Mora, Op. Cit. (Dic. de Fil. de Bolívar), Tom. I, p. 14.

na de muerte es un absoluto por referencia a la irreparabilidad: es absolutamente irreparable.

Para poder aplicarla, el hombre tendría que ser cuando menos, infalible. Sin embargo, no solo es incapaz de determinar con toda certeza las culpas de cada uno, según ha quedado expuesto, sino que ni siquiera es infalible en la determinación mediana de tales culpas, al grado de haber llegado a condenar a inocentes a la pena de muerte. Ellero ha dicho al respecto:

"Es propio de los hombres el error, pues muy a menudo cree verdadero lo que después aparece falso... los jueces humanos desempeñan un oficio casi divino; pero sin medios para ello, pues no pueden como Dios escrutar lo profundo del corazón.

Es verdad que castigan sólo cuando tienen la certeza de la culpabilidad del reo; pero, esta certeza, ¿está conforme a la verdad? ¿Corresponde exactamente el conocimiento subjetivo al hecho realizado? (61).

Algunas personas son de la opinión de que en nuestros días los errores judiciales son imposibles.

¿Con qué valor, pregunta Carrara, puede hacerse tal afirmación?. Y el mismo responde con fina ironía: pues "con el que tienen todos los enamorados, -ya que el amor por el verdugo es un amor como cualquier otro" (62).

Por otra parte, se ha argumentado "que los errores judiciales que llevan al cadalso a un inocente son mucho menos numerosos que los errores de médicos o quirúrgicos, sin que a nadie se le haya ocurrido prohibir las intervenciones quirúrgicas o los procedimientos terapéuticos, porque la posibilidad de error se encuentra en toda institución humana" (63). A lo que agrega David N6-

61. Citado por David N6ñez, Op. Cit. p. 156.

62. Francisco Carrara, Op. Cit. p. 93.

63. Argumento de Tarde citado por Eugenio Cuello Galón, Op. Cit. p. 680 (n.14).

ñes: no se diga que la medicina es necesaria y la pena de muerte no, pues ésta también lo es: el criminal es un miembro gangrenado de la sociedad (64).

Se trata de una comparación desafortunada. Es cierto que el error se encuentra en toda institución humana, pero hay de errores a errores. Es incomparablemente más grave el error de condenar a muerte a un inocente que el error del médico de causar la muerte de un enfermo. En el caso del médico se tiene la intención de curar, y se falla; en el caso de la pena de muerte se tiene la intención de matar, que es algo ya de por sí malo, y se mata a un inocente en lugar de a un culpable, lo cual agrava hasta lo indecible la maldad del acto.

Esta comparación de los errores de la medicina con los errores de la pena de muerte, se basa en la famosa analogía de Santo Tomás en favor de esta pena, que más adelante comentaremos.

Asimismo, las imperfecciones de la justicia humana hacen necesario — que las penas aplicadas aspiren a la enmienda del culpable; y la pena de muerte niega tal posibilidad. "El proceso de distanciamiento interno del hecho, — que a menudo ha de ser largo y penoso, es cortado así repentinamente; y la reconciliación paulatina del autor del delito con el orden jurídico lesionado y con la comunidad jurídica, se interrumpe violentamente. Queda la venganza desnuda, que al transgresor del orden jurídico le ha de parecer con frecuencia un acto de violencia equiparable a su hecho y que lo justifica a posteriori" (65).

Por otra parte, lejos de compensar el daño causado por el delito, la pena de muerte lo multiplica. En este sentido, se ha dicho muy bien que "el homicidio y la pena de muerte no son contrarios que se neutralizan, sino semejantes que se reproducen" (66); o dicho en otras palabras, la sociedad al aplicar

64. David Núñez, Op. Cit. p. 157-162.

65. Baumann Jürgen, Op. Cit. p. 243.

66. Argumento de Bernard Shaw citado por Luis Rodríguez Mansanera, Op. Cit. p. 23

esta pena, repite el crimen en lugar de borrarlo (67). Y es un absurdo que las leyes que castigan el homicidio lo cometan ellas mismas (68).

Incluso, cabría preguntarse, si no es más grave la pena de muerte que el delito que se castiga, cuando se trata por ejemplo de un asesinato, "en el paroxismo de una pasión"; dice Rodier que tal delito es cosa que se comprende, pero que hacer matar a un hombre "por otro en la calma de una meditación seria y bajo el pretexto de un ministerio honorable, eso no se comprende" (69).

Finalmente, habría que agregar que la pena de muerte es la más trascendente de las penas. Hemos hablado en el capítulo anterior del principio de la personalidad de la pena que consiste en el deber de castigar únicamente al culpable del delito. Ciertamente no puede observarse tal principio, porque toda pena produce efectos indirectos que recaen sobre inocentes. Sin embargo, en el caso de la pena capital, paradójicamente, el condenado sufre en forma intensa pero fugaz, en tanto que el sufrimiento de familiares y amigos se prolonga en el tiempo, pues lo saben definitivamente perdido, y se saben, además, estigmatizados. Y nada legitima el mal que se irroga a un inocente bajo apariencias de justicia.

La pena de muerte entonces, es inválida como retribución, y por tanto ilegítima: rebasa las posibilidades y la competencia del ser humano.

c).- La integridad y la vida humana como límites de la pena. El hecho de consistir en la eliminación de la vida, nuestro mayor bien, es otra de las características que hacen de la pena de muerte una pena absoluta.

67. Jaime Náquira, Op. Cit. p. 546.

68. César Beccaris, Op. Cit. p. 126.

69. Citado por Albert Camus, El Hombre Rebelde. Editoriales Losada y Alianza, - la. reimpresión, España, 1986, p. 53.

En el capítulo anterior hemos señalado que la pena debe ser aflictiva para el reo, sin ser excesiva. No debe atacar la integridad de la persona humana. De ahí que sean inaceptables los castigos corporales que lesionan la integridad del organismo físico y las infamias que atacan la integridad moral de la persona. Respecto de la integridad moral, es incluso una condición indispensable de la pena aspirar al mejoramiento del individuo culpable en la medida de lo posible.

El hombre no deja de ser persona aún siendo un delincuente, y sus "derechos originarios son inalienables mientras su enajenación vaya en menoscabo de la personalidad humana" (70). Ahora bien, la privación de libertad no es una pena que atente contra la persona, pues consiste en restringir la libertad no en eliminarla. Tampoco impide ni obstaculiza el fin del hombre, por el contrario, le da la oportunidad de enmendarse y de continuar con su perfeccionamiento indefinido.

En cambio, la pena de muerte sí atenta contra la persona humana. En primer lugar, contra la persona del verdugo. En efecto, si el verdugo elegido es una persona honrada y útil, se transformará en degenerada y peligrosa. ¿O es que —pregunta Almengor— suprimir la vida humana constituye un pasatiempo inocente? Si por el contrario se escoge a un individuo ya peligroso por sus manifestaciones anteriores, ¿qué derecho tiene la sociedad de corromperlo aún más? (71). ¿O acaso de esta manera la sociedad favorece la realización del verdugo como persona humana?. El verdugo inspira horror y desprecio y es una creatura siniestra que históricamente ha vivido estigmatizada (72).

Pero sobre todo la pena de muerte atenta contra la persona porque pri

70. Francisco Carrara, Op. Cit. p. 104.

71. Adolfo Almengor Rodríguez, Pena de Muerte. Algo más sobre su Abolición. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Época IV, Nos. 4 y 5, jul.-dic. 1949, Guatemala, p.16-18.

72. Argumento citado por Gerardo Díaz Landrove, Op. Cit. p. 31.

va de la vida al condenado, y el derecho a la vida es el más fundamental de los derechos, en "torno al cual se estructura el concepto de la dignidad de la persona humana" (73). Así como el individuo no puede dejar de ser voluntariamente persona, tampoco la sociedad puede destruir deliberadamente la vida de un hombre (74).

No es válido el argumento de que en los tiempos actuales suena a para doja regatear "la vida del asesino o del parricida cuando la Humanidad padece hecatómbes bélicas y represiones revolucionarias o contrarrevolucionarias que sacrifican a millones de inocentes" (75).

No se trata aquí de regatear la vida del asesino o la del parricida y despreciar la vida del inocente. Se trata nada menos que de defender la vida humana como derecho absoluto, sin excepción de persona alguna.

En efecto, la vida humana es un derecho absoluto. Todo individuo posee por naturaleza derechos más o menos fundamentales y por tanto, relativos: los llamados derechos naturales. Y son relativos porque se relacionan a algún derecho que es de por sí absoluto, como lo más y lo menos son relativos en relación a lo máximo en su mismo género. Existe pues, un derecho fundamental absoluto. Siendo absoluto es "indiviso, intangible e inviolable"; siendo humano se identifica con la vida humana integral, "pues lo máximo en el ser del hombre es su vida en plenitud". Y la pena de muerte destruye totalmente la vida del individuo humano, es decir, "el fundamento mismo de todos los demás derechos" que "solo tienen sentido y efectividad real desde la vida y para la vida" (76).

73. Jaime Niquira, Op. Cit. p. 544.

74. Francisco Carrara, Op. Cit. p. 105-106.

75. Argumento citado por Gerardo Díaz Landrove, Op. Cit. p. 31.

76. Niceto Eláquez, O.P., La Pena de Muerte Según Santo Tomás y El Abolicionismo Moderno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 10, No. 2, may.-agost. — 1983, Chile, p. 315-316.

Así pues, una sociedad más humana sólo se podrá construir con la lealtad absoluta al primer bien común, que es "la vida en su integridad total". — Pues "el fuego de la violencia sólo será de alguna manera mitigado refrescando la convivencia humana y social con el agua de la vida, aunque a veces ésta esté contaminada por las debilidades humanas, por la tiranía de las pasiones y — hasta por la maldad del corazón" (77).

Finalmente, por relacionarse con el derecho a la vida, nos ocuparemos del argumento de legítima defensa en favor de la pena de muerte.

Se dice que el derecho de legítima defensa rige no solo para el individuo sino también para la sociedad, y que por tanto, la pena de muerte es válida porque mediante ella se defiende la vida y la seguridad sociales.

Técnicamente, la legítima defensa se define como "la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho" (78).

La repulsa de la legítima defensa debe tener entonces, las condiciones de inmediatez, necesidad y proporcionalidad; y la agresión debe ser actual, injusta y causa de un peligro inminente.

Ahora bien, la pena de muerte no es una repulsa inmediata pues se dicta después de un necesario juicio, más o menos prolongado. Tampoco es necesaria; el delincuente está detenido, y por tanto se encuentra ya en situación de no causar daño. Y en cuanto a la proporcionalidad, ésta no puede existir pues la agresión a la cual debe ir relacionada, ha quedado atrás, es decir, ha dejado de existir en el tiempo. Por otra parte, aunque la agresión haya sido injusta, ya no es actual ni causa de un peligro inminente; el daño está consumado —

77. *Ibid.* p. 316.

78. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa, 5a. ed., 1982, México, p. 309.

y el culpable se haya en situación de no delinquir más.

En definitiva, al ser la pena de muerte una reacción contra un mal ya consumado, no puede tener en su favor la justificación de la legítima defensa; se trata, pura y simplemente, de una venganza.

2.- Comentarios a la argumentación de Santo Tomás.

No todo lo que escribió Santo Tomás es igualmente válido. Así pues, - con el debido respeto atrevemos los siguientes comentarios.

El argumento principal de Santo Tomás en favor de la pena de muerte - es de carácter analógico.

Ferrater Mora explica que analogía "es, en términos muy generales, la correlación entre los términos de dos o varios sistemas u órdenes, es decir, - la existencia de una relación entre cada uno de los términos de un sistema y - cada uno de los términos de otro" (79). La analogía -dice nuestro autor- equi- vale a la proporción, "a la expresión de una similitud de relaciones".

Por su parte, M. Dorolle (80), opina que la "conclusión analógica per manece siempre dudosa desde el punto de vista de una lógica rigurosa (...)". - "Por lo tanto -continúa en el mismo sentido Ferrater Mora al comentar a Stuart Mill- aunque puede usarse el razonamiento por analogía, hay que hacerlo solamente cuando se dan ciertas condiciones; junto a semejanzas, hay que investigar diferencias y ver la relación entre ambas dentro de un conocimiento 'tolerablemente extenso' de la materia. Sólo cuando la semejanza es muy grande y la diferencia muy pequeña, sostiene J. S. Mill, puede aproximarse el razonamiento por analogía a una inducción válida" (81).

79. Diccionario de Filosofía (Op. Cit.), p. 147.

80. Citado por Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 71.

81. José Ferrater Mora, Op. Cit. (Dico. de Filosofía) p. 149-150.

Este modo de argumentar —opina Stuart Mill— "solo puede aumentar, en grado no determinable, pero en todo caso muy modesto, la probabilidad de la — conclusión; mas en compensación puede dar lugar a muchas falacias" (82).

Finalmente, agrega Semmat (83) que de un grado a otro en la jerarquía de los seres puede existir analogía pero no semejanza perfecta; de manera que no se puede hablar, por ejemplo, "de la estructura de un viviente como se habla de la estructura de un mineral, ni (...) explicar ambas por la misma fórmula".

Veamos ahora lo que dice Santo Tomás. Textualmente argumenta:

"Como se ha dicho, es lícito matar a los brutos animales en cuanto es tán ordenados al bien común del hombre, por su naturaleza, porque lo imperfecto está ordenado a lo perfecto. Pues toda parte está ordenada naturalmente al bien de la totalidad. Por ello, cuando lo requiere la salud del cuerpo humano, es necesario amputar un miembro canceroso que puede corromper los otros miembros, lo cual consideramos saludable y digno de alabanza. Y cada miembro guarda con la comunidad la misma proporción que un miembro con todo el cuerpo. Por tanto, si algún hombre es peligroso y corruptor de la comunidad por su culpa, puede matarse laudablemente para la salud y el bien común de todo el cuerpo co munitario. Pues, como dice la primera carta a los Corintios: 'Un poco de fermento corrompe toda la masa'" (84).

Santo Tomás propone pues una analogía entre el cuerpo humano y el — cuerpo social, y nos dice que en ambos casos, la parte está ordenada al todo, — que cada miembro guarda con la comunidad la misma proporción que un miembro — con todo el cuerpo. Y concluye que a un hombre peligroso y corruptor de la comunidad por su culpa, se le puede laudablemente matar para la salud del cuerpo

82. Citado por Nicola Abbagnano, Op. Cit. p. 71.

83. Citado por Paul Foulquié, Op. Cit. p. 48.

84. Santo Tomás de Aquino, Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo Sobre el Gobierno de los Príncipes. Porrúa, 2a. ed., Méx., 1981, p.168-169.

comunitario.

Nos preguntamos: ¿es propiamente una analogía aplicar en el mismo sentido, como lo hace el Doctor Angélico, los términos de parte y todo al cuerpo humano y a la sociedad? Si la analogía equivale a proporción o a expresión de una similitud de relaciones, ¿no existe en este caso un deslizamiento hacia la univocación de los términos de parte y todo? (85). Pues aunque establece -- una semejanza entre los cuerpos humano y social, no investiga las diferencias entre ellos ni menos aún analiza la relación entre aquella y éstas. Lo cual -- nos mueve a creer que Santo Tomás les da calidad de unívocos a los términos -- analogados de parte y todo, puesto que les atribuye una significación idéntica; y los términos analogados son por definición a la vez iguales y diferentes. Parafraseando las palabras ya citadas de Semat, podríamos decir al respecto que no se puede hablar de la estructura de la sociedad como se habla de la estructura del cuerpo humano, ni explicar ambas por la misma fórmula; y de hacerse -- así, el resultado no podría ser una inducción válida.

Así pues, no se salva suficientemente la analogía usada por Santo Tomás: un brazo no es de la misma manera parte de una persona humana, como lo es ésta respecto del todo social al que pertenece. La persona no se ordena como -- a su fin último a la sociedad (86), sino que la trasciende; su último fin está en Dios según expusimos en el capítulo primero del presente trabajo.

Es cierto que lo imperfecto está ordenado a lo perfecto. Pero, ¿acaso lo imperfecto es la persona humana y lo perfecto la sociedad? La persona humana es un ente sustancial en tanto que la sociedad es solo un ente accidental; -- aquella es el origen y fundamento de ésta. La sociedad esencialmente no es -- sino la unión moral de personas humanas para el bien común, y éste, el conjunto de bienes y servicios que la colectividad social pone a disposición de sus

85. "Unívoco: se dice del término o concepto aplicado en el mismo sentido a cosas diferentes". Paul Foulquié, Op. Cit. p. 1046.

86. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 287.

miembros para que alcancen su pleno desarrollo. Así pues, el hombre como persona individual, es un valor absoluto (87).

La sociedad no es lo perfecto en relación al hombre porque no es un fin en sí; más bien la sociedad existe para los hombres, y se justifica en la medida en que les ayuda a lograr su último fin (88). Y si bien el individuo — por su dimensión social tiene deberes fundamentales para con la sociedad, ésta, en caso de incumplimiento, no está facultada para eliminar la vida, que es el mayor bien de cuantos componen el bien común. La tensión entre persona y sociedad, como lo hemos expresado ya en el capítulo primero, ha de resolverse mediante una fórmula de equilibrio y ponderación, de modo que se respete a la vez la dignidad y libertad de la persona humana y se promueva eficazmente el bien común (89). La pena de muerte, en este sentido, es una renuncia al esfuerzo que esa fórmula implica; es una medida desesperada y simplista que no toma en cuenta la complejidad de los problemas humanos, una medida que se olvida de la obligación de conciliar bienes fundamentales como son la vida humana y la seguridad social, sin sacrificar ninguno.

No obstante, Santo Tomás afirma sin atenuantes que la persona particular es a la comunidad lo que la parte al todo. Esta afirmación puede degenerar en una mentalidad totalitaria, literalmente hablando, en el caso del todo social con desventaja de sus partes integrantes (90).

Por otra parte, Niceto Blázquez opina que la conclusión de Santo Tomás no se dedujo de la antropología evangélica ni de la tradición más constante de la Iglesia hasta el siglo XII, sino del principio aristotélico del todo y de las partes, aplicando a las relaciones sociales un criterio meramente ra-

87. Héctor González Uribe, Teoría Política. Editorial Porrúa, 4a. ed., México, 1982, p. 543-545.

88. *Idem.* p. 551-552.

89. *Idem.* p. 552-553.

90. Niceto Blázquez, *Op. Cit.* p. 286.

sional y propenso al totalitarismo (91).

Otra objeción a la analogía del Doctor Angélico es la sugerida por el autor citado, en el sentido de que "el fin bueno en la intención no justifica el mal objetivo en la ejecución" (92).

Ahora bien, si de lo que se trata es de la salud y del bien común del cuerpo comunitario, tal como lo expresa Santo Tomás, que se elimine entonces - el miembro nocivo, pero ¿por qué quitándole la vida, y no solamente privándole de su libertad? (93).

En fin, en palabras de Niceto Blázquez, Santo Tomás se expresa sobre el problema de la pena de muerte, "más con la mentalidad de un filósofo aristotélico, preocupado por el todo social, que como teólogo cristiano (...)" (94).

Abunda Santo Tomás en su argumentación:

"Las penas en la vida presente son medicinales. Por lo cual, cuando una pena no basta para corregir, se añade otra, al igual que el médico receta distintas medicinas de no ser una eficaz. También la Iglesia, cuando algunos no cesan por excomunión, se aplica la corrección del brazo secular. Pero, si una es suficiente, no se debe imponer otra" (95).

Establece pues un límite para las penas: la corrección del culpable.- Si una no basta se aplica otra, y si no otra, hasta llegar a la más extrema: - la pena de muerte.

91. Idem. p. 287.

92. Idem. p. 286.

93. Eduardo Bell Escalona, Op. Cit. p. 70.

94. Op. Cit. p. 284.

95. Citado por Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 278.

En primer término es preciso recordar que el fundamento de la pena, según lo hemos visto, es la tutela del Derecho y no la enmienda del culpable. El principio de la enmienda carece de límites propios, y sin éstos, la autoridad degenera en tiranía.

En efecto, si fundáramos la pena en la enmienda del culpable, ¿cuáles serían los límites del derecho de corrección de la autoridad? ¿se podría matar incluso al delincente si no se corrigiese? Por otra parte, ¿cómo tener la certeza de que la enmienda ha tenido lugar? La enmienda del delincente es algo deseable y se debe aspirar a ella en la medida de lo posible, pero no es el fundamento de la pena.

Además, como ya lo hemos indicado, la pena no debe atacar la integridad de la persona humana, menos aún su vida, pues se negaría a sí misma como institución jurídica y se convertiría en un acto de fuerza de la sociedad sobre el individuo.

Por otra parte, la comparación de la pena de muerte con la medicina es inexacta; la pena de muerte no es otra cosa que la negación de la enmienda del culpable. En otras palabras, esta pena no es ninguna medicina: lejos de curar, mata. Lo dice muy bien Niceto Blázquez: si "la medicina mata al enfermo - deja de ser medicina, al menos para el enfermo que es víctima de ella" (96).

En efecto, la medicina es para curar, mientras que la pena de muerte - aunque se aplique con la intención de proteger el bien común, "su efecto inmediato objetivo es producir la muerte del reo" (97). Por otra parte, siendo la vida de las personas, incluidos los delincentes, el bien más común de la sociedad, ¿cómo pretender la protección del bien común valiéndose de la pena de muerte, que es la eliminación de la vida?.

96. Op. Cit. p. 285.

97. Idem.

Como remate del primer argumento de Santo Tomás que hemos citado textualmente, aparecen las siguientes palabras de San Pablo: "un poco de fermento corrompe toda la masa".

Si leemos el contexto en que tales palabras están insertadas en la primera carta a los Corintios (5,1-8), habremos de darle la razón a Niceto Blázquez, que le niega a esa cita validez probatoria, pues se refiere a la pena de excomunión y no a la pena de muerte.

Carecen de valor probatorio también las citas del Antiguo Testamento usadas por Santo Tomás en su argumentación en favor de la pena de muerte, algunas de las cuales transcribiremos más adelante; y carecen de valor probatorio porque la Ley nueva o Nuevo Testamento, ha suprimido tal pena (98).

En otro orden de ideas, dice Santo Tomás: "...el mismo Señor algunas veces en el orden de su sabiduría ha matado a los malos para la liberación de los justos, una vez que se les ha concedido tiempo suficiente de arrepentimiento, cuando ello ha sido necesario para el bien de los elegidos. Y esto puede imitar la justicia humana, matando a los perniciosos; mas cuando hubiese alguno que pecare gravemente, pero sin daño grave para el resto de la comunidad, más bien tendrá que moverlo al arrepentimiento" (99).

Es cierto que la justicia humana debe imitar a la divina; pero, ¿hasta el punto de disponer de la vida de los hombres cuando se consideran perniciosos? ¿Puede el Estado por imitación de la justicia divina pronunciar una sentencia condenatoria de la magnitud de la pena de muerte?

El bien supremo de la persona humana se ubica en el más alto lugar de la jerarquía de los valores intramundanos (100); por lo mismo, el Estado "al -

98. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 286-287.

99. Santo Tomás de Aquino, Op. Cit. p. 169.

100. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 543.

privar de la vida a un hombre, que no deja de serlo aunque sea un criminal, - desborda el límite de su poder" (101). Además, el homicidio cometido de este modo resulta más grave que el castigado, puesto que el Estado reflexiona largamente a través de sus órganos judiciales, prepara mediante sus órganos ejecutivos y finalmente ejecuta por vía del verdugo (102). Y por estar consumado ya el daño que causó el delito, la pena de muerte constituye un acto de venganza.

Asimismo, como lo señalamos en el capítulo primero, el fin de la sociedad es el bien de las personas que la constituyen colectivamente, es decir el bien común; y el más común y más grande de los bienes sociales es la vida humana. "La sociedad (...) nace de la persona y existe para la persona, y el bien común sólo tiene una categoría instrumental e intermediaria, al servicio del bien supremo total del hombre" (103).

Dios es el dador de la vida, y como tal puede quitarla. Pero la pena de muerte, "objetivamente hablando, tiene más de usurpación por parte del hombre de los poderes de Dios que de imitación ejemplar de su justicia" (104).

Dice Santo Tomás:

"Por dos razones no es lícito a los clérigos el matar a los malhechores: primera, porque han sido elegidos para el ministerio del altar, en el cual se representa el misterio de la muerte de Cristo, quien 'cuando era herido, no hería' (1 Pet. 2,23). Por tanto no es propio de los clérigos el herir o el matar, más bien deben como ministros de Dios imitarlo, como dice el Eclesiástico: 'como sean los jueces del pueblo, así serán sus ministros' (10,2). Segunda, porque a los clérigos se les ha encomendado el ministerio de la Ley-

101. Argumento citado por Raúl Carrancá y Trujillo, Op. Cit. p. 728-729.

102. *Idem*.

103. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 552-553.

104. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 288.

nueva, en la cual no se ha determinado ningún castigo de muerte o de mutilación corporal. Por tanto deben abstenerse de las mismas para ser dignos ministros del Nuevo Testamento" (105).

Según lo anterior, la pena de muerte es incompatible con los ministros del altar. Y lo es porque deben imitar a Cristo, quien "cuando era herido no hería". Nos preguntamos: ¿es coherente que por una parte Santo Tomás apoye la pena de muerte como imitación de la justicia divina, y por otra parte, al hablar de los clérigos diga que deben abstenerse de sentenciar a muerte para imitar de esa manera a Cristo, quien nunca causó daño? ¿No significa esa distinción más un afán preconcebido de justificar la pena de muerte, que un argumento sólido y consecuente?. Si es éticamente buena, no hay razón válida para excluir a los eclesiásticos de la imposición de esta pena; y si es mala conforme a la moral y a la doctrina de Jesús, no sólo no pueden imponerla los sacerdotes sino tampoco las autoridades civiles. "Lo que objetivamente es bueno no parece que haya de ser objeto de discriminación, como no lo ha de ser de preferencias lo que es de por sí malo" (106).

Como razón segunda, Santo Tomás refiere que siendo los clérigos ministros de la Ley nueva y no habiendo ésta determinado castigo de muerte ni de mutilación corporal, no deben ellos imponer tal tipo de castigos, para ser dignos ministros del Nuevo Testamento.

Lo cual nos da a entender que la Ley nueva sólo deben observarla los eclesiásticos, y no las autoridades civiles que, según se concluye de las palabras de Santo Tomás, pueden continuar con las prácticas del Antiguo Testamento, esto es, castigando con la muerte y la mutilación corporal.

Como bien lo señala Niceto Blázquez, la distinción de Santo Tomás peca de escolasticismo, pues el Evangelio es válido y obligatorio tanto para las

105. Santo Tomás de Aquino, Op. Cit. p. 171.

106. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 288.

autoridades civiles como para las eclesiásticas (107).

El Doctor Angélico señala otra distinción:

"El hombre ha de considerarse bajo dos aspectos: en sí mismo, y comparativamente con la comunidad. Considerado en sí mismo el hombre, no es lícito matar a nadie, puesto que debemos amar aún a los pecadores por la naturaleza creada por Dios, que se destruye por la muerte. Pero respecto a la comunidad, puede ser lícito matar al malhechor en vista del bien común que el malhechor destruye" (108).

En el orden del pensamiento es válida la distinción de las dimensiones del hombre. Pero en la realidad no puede partirse en dos (su individualidad y su sociabilidad), pensando que de este modo "se salva el respeto a su realidad individual destruyendo su ser integral con la pena de muerte por razones intencionales de orden social" (109). Esencial y existencialmente el hombre es un todo unitario.

Más aún, la consecuencia que saca Santo Tomás de la distinción que — lleva a cabo, en nuestra opinión no es válida ni siquiera en el orden del pensamiento.

En efecto, según vimos en el capítulo primero, se distinguen dos planos en los fines existenciales del hombre: el plano de los fines temporales o immanentes y el plano de los fines espirituales o trascendentes. En el primero el hombre está subordinado a la sociedad, y el bien común tiene la primacía, — pues persona y sociedad se encuentran en el mismo orden de entes y valores. Pero en el segundo plano, es la persona la que prima sobre la sociedad, pues su naturaleza y valores son más altos y trascienden la esfera de la vida intramun-

107. Idem. p. 288-289.

108. Santo Tomás de Aquino, Op. Cit. p. 173.

109. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 289-290.

dans, colocándole por encima de cualquier otra realidad creada (110).

Y sin embargo, el hombre real es uno. ¿Cómo conciliar entonces ambos planos, las dos dimensiones de que habla Santo Tomás?

Es obvio que la deuda de la persona hacia la sociedad en el plano de los fines temporales, en cuanto a la energía, capacidad y esfuerzo que se requieren para que ésta subsista y cumpla sus fines, tiene necesariamente un límite; y éste no es otro que el plano de los fines espirituales o, en palabras de Santo Tomás, el hombre considerado en sí mismo.

De ahí que la conciliación de que hablamos no pueda lograrse mas que respetando al hombre en sí mismo y no obstaculizando el logro de sus fines ultramundanos, los cuales, como su nombre lo indica, trascienden la sociedad.

Y no existe mayor obstáculo ni peor violación al hombre en sí mismo - considerado que quitarle la vida, aún cuando sea un criminal. Decir que matando al culpable se le ayuda precisamente a conseguir sus fines espirituales, no es mas que pretender usurparle facultades a Dios, quien exclusivamente sabe cuándo conviene que la persona muera.

En definitiva, "es imposible compaginar el respeto incondicional a la vida de todo individuo humano, con la destrucción efectiva de la misma mediante la pena de muerte" (111).

Al respecto, San Agustín era de la idea de que se debía reprimir el pecado, que es obra del hombre, pero respetando la vida del pecador, que es obra divina. Traducido en otras palabras esto significa que se puede y se debe castigar al culpable por su acto, pero sin llegar jamás a destruir legalmente su vida, que es la obra específica de Dios (112).

110. Héctor González Uribe, Op. Cit. p. 558-559.

111. Niceto Blázquez, Op. Cit. p. 260.

112. Idem. p. 289.

El mismo Santo Tomás era consciente del problema grave de la pena de muerte. Afirma por ello que toda muerte de un hombre por otro hombre, aunque sea en nombre de la justicia y aún sin culpa subjetiva en legítima defensa, — lleva consigo una irregularidad incompensable. He aquí sus propias palabras:

"...se sigue cierta irregularidad legal por el acto de homicidio, aún cuando no hubiese pecado, como sucede también con un juez que justamente condena a otro a muerte. Por ello el clérigo, aún cuando hubiese matado en defensa propia queda irregular; y esto aunque no haya intentado matar, sino sólo defenderse" (113).

113. Santo Tomás de Aquino, Op. Cit. p. 175.

CONCLUSION

La persona humana es el hombre considerado en sus relaciones con el mundo, consigo mismo y con el Absoluto. Tiene el grado mayor de unidad ontológica y posee autoconciencia y autodominio. De esta unidad completa en su ser se desprende la autonomía más perfecta en el obrar, que es la libertad de elección. Si a esto agregamos que existe en la persona un apetito natural que la empuja hacia su finalidad, tendremos el conjunto de sus perfecciones.

Sin embargo, el hombre también adolece de graves imperfecciones que provienen tanto de su condición de creatura como de la perversión de sus tendencias naturales. La suma de tales perfecciones e imperfecciones constituye su tragedia immanente, la cual se explica por la contingencia humana: el hombre no tiene en sí la razón suficiente de su existencia.

Ahora bien, la conducta humana es moralmente buena o mala según se ajuste o no a la necesidad moral, que es la exigencia racional de perfeccionamiento. Y es que la finalidad del hombre es precisamente su perfeccionamiento indefinido.

Por otra parte, siendo el hombre contingente no puede dejar de ser social. Surge entonces el problema de las relaciones entre personas y sociedad.

La sociedad es un ente accidental y su fin propio es el bien común, es decir, el conjunto de bienes y servicios que pone a disposición de sus miembros para que alcancen su íntegro desarrollo. La persona en cambio, es un ente sustancial y su finalidad está en perfeccionarse continuamente; tal finalidad constituye la cúspide de los valores intramundanos. De ahí que la persona tenga primacía sobre la sociedad.

El hombre es acreedor de la sociedad en relación a los medios necesarios para su perfeccionamiento, y deudor de la capacidad y esfuerzo que la sociedad requiera para subsistir y florecer. Pero la sociedad es absolutamente para los individuos en tanto que éstos sólo son relativamente para la sociedad; y si lo son relativamente, lo son entonces con límites: las exigencias de

la sociedad sobre los derechos naturales de las personas no pueden ser absolutas.

Así pues, el conflicto entre persona y sociedad ha de resolverse mediante una fórmula de ponderación, que exige un enorme esfuerzo: buscar el equilibrio dinámico que respete la vida, la dignidad y la libertad humanas y a la vez promueva activa y eficazmente el bien común.

Esta fórmula debe tenerse presente, quizá más que en ningún otro caso, en la imposición de las penas.

Las penas se fundan en la tutela jurídica y buscan la prevención de los delitos mediante la retribución. Ahora bien, como las exigencias de la sociedad sobre las personas no pueden ser absolutas, las penas deben cumplir necesariamente con una serie de condiciones. Deben ser aflictivas, ejemplares, ciertas, prontas, públicas y morales; y no deben ser ilegales, aberrantes, excesivas, desiguales, indivisibles e irreparables.

Además, la justicia humana sólo puede imponer penas sujetas a las condiciones que hemos mencionado, debido a su imposibilidad de alcanzar la justicia absoluta.

En efecto, materialmente está imposibilitada para lograr la justicia absoluta porque no puede reparar el daño ocasionado por el delito; y cognitivamente porque es incapaz de determinar con total certeza las magnitudes de las culpas derivadas de la conducta humana, individual y socialmente considerada, al grado de que la condena de personas inocentes es la manifestación más extrema de esa incapacidad. Esta necesaria relatividad de las penas queda confirmada por la relatividad de la mayoría de las culpas humanas: si la libertad del hombre por regla general nunca es absoluta, tampoco puede serlo su responsabilidad. En consecuencia, es inaceptable la imposición de una pena de carácter absoluto.

Y la pena de muerte es innecesaria y absoluta. Y siendo absoluta, es también ilegítima, ya que rebasa las posibilidades y la competencia del ser humano.

Como prevención de los delitos esta pena es útil pero innecesaria. - La privación de libertad tiene igual eficacia intimidatoria y pone al delincuente en situación de no causar daño, con doble ventaja; en caso de error es posible la reparación, así sea relativamente, y el culpable se encuentra en posibilidad de enmienda. Es igualmente innecesaria porque no ataca de raíz el problema de la delincuencia. Más eficaz que la imposición de una pena tan rigurosa como la pena de muerte, es evitar que los delincuentes queden impunes, y ocuparse de los factores sociales que influyen fuertemente en las conductas delictivas.

En cuanto al carácter absoluto de la pena de muerte, éste se desprende de sus propias características. Esta pena es destructiva, excesiva, trascendente como ninguna otra, indivisible e irreparable.

Destructiva y excesiva porque consiste en la eliminación de la vida, que es el mayor bien humano y del cual dependen todos nuestros demás derechos naturales. En este sentido, el derecho a la vida es un derecho absoluto, como lo máximo lo es en relación a lo más y a lo menos en un mismo género. Y no es válido argumentar que la pena de muerte es un acto de legítima defensa en favor de la vida social. Esta pena no es una repulsa inmediata a la agresión actual e injusta, ni es necesaria porque para cuando se dicta, el mal provocado por el delito está ya consumado y el delincuente se encuentra en situación de no causar daño. La pena de muerte es pura y simplemente una venganza.

Es trascendente como ninguna otra; contrariamente al principio de -- personalidad que rige en todas las penas, la pena de muerte más que ninguna -- otra produce efectos indirectos en personas que carecen de toda culpa: el sufrimiento ocasionado al culpable es intenso pero pasajero; no así el dolor y el estigma provocados a sus familiares y amigos, que se prolonga largamente -- en el tiempo.

Y es indivisible porque dada su propia naturaleza no admite graduación, condicionamiento o división alguna. E irreparable: su aplicación impide toda posterior reparación en caso de error, posibilidad siempre presente debida a la falibilidad humana.

Por otra parte, la argumentación esencial de Santo Tomás en favor de

la pena de muerte se basa en dos analogías desafortunadas. Una consiste en la comparación del cuerpo humano con el cuerpo social, y no se salva suficientemente porque en ella se le da la calidad de unívocos a los términos analogados de parte y todo, siendo que los términos de una analogía son por definición, - iguales y diferentes.

Un brazo no es de la misma manera parte de una persona como lo es ésta respecto del todo social a que pertenece. La persona no se ordena como a su fin último a la sociedad; al contrario, el fin de ésta es precisamente auxiliar a la persona en su perfeccionamiento continuo. El fin último de la persona trasciende la sociedad; está en Dios.

La analogía de la pena de muerte y la medicina también es inaceptable. El fin de la medicina es curar, y esta pena lejos de curar, mata.

No obstante lo anterior, estamos convencidos de no habernos alejado - demasiado del pensamiento de Santo Tomás. El mismo escribió que toda muerte de un hombre por otro hombre, incluyendo el caso del juez que condena a la pena - capital, lleva consigo, sin excepción, una irregularidad incompensable.

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

- 1.- ABEAGNANC, NICOLA, Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica, 6a. reimprisión, México, 1987.
- 2.- ALMENGOR RODRIGUEZ, ADOLFO, Pena de Muerte. Algo más sobre su Abolición. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Época IV, nos. 4 y 5, jul.-dic. 1949, Guatemala.
- 3.- AQUINO, SANTO TOMAS, Tratado de la Ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes. Editorial Porrúa, 2a. edición, México, 1981.
- 4.- BALKES, JAIME, Filosofía Elemental. Editorial Porrúa, 3a. edición, México, 1981.
- 5.- BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, AGUSTIN, Filosofía del Hombre. Fondo de Cultura Económica, 1a. edición, México, 1957.
- 6.- BAUMANN, JURGEN, La Pena de Muerte Dentro del Sistema de Sanciones del Estado de Derecho. Universitas, Vol. VI, No. 3, Dic. 1968, Stuttgart, — Alemania.
- 7.- BECCARIA, CESAR, Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Porrúa, 2a. edición, México, 1985.
- 8.- BELL ESCALONA, EDUARDO, La Pena de Muerte. El Foro, 6a. Época, No. 15, — oct.-dic. 1979, México.
- 9.- BLAZQUEZ, NICETO, O.P., La Pena de Muerte Según Santo Tomás y El Abolicionismo Moderno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 10, No. 2, may.-agost.-1983, Chile.
- 10.- BRUGGER, WALTER, Diccionario de Filosofía. Editorial Herder, 9a. edición ampliada, Barcelona, 1978.
- 11.- CAMUS, ALBERT, El Hombre Rebelde. Alianza Losada, 1a. reimprisión, España, 1986.
- 12.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL, Enfoques Sobre la Pena de Muerte. Criminalia, — Año XXXIX, Nos. 7-8, jul.-agost. 1973, México.
- 13.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, 15a. edición, México, 1986.
- 14.- CARRERA, FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal. Parte General, Vol. 2, — Editorial Temis, 2a. edición revisada, Bogotá, 1973.

- 15.- CASO, ANTONIO, La Persona Humana y El Estado Totalitario. Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma, s/n edición, México, 1941.
- 16.- CORT GRAU, JOSE, Curso de Derecho Natural. Editora Nacional, 5a. edición, Madrid, 1974.
- 17.- COSTA, FAUSTO, El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Editorial U.T.E.H.A., s/n edición, México, 1953.
- 18.- CUELLO CALON, EUGENIO, La Moderna Penología. Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958.
- 19.- CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Editora Nacional, 9a. edición, México, 1951.
- 20.- DELAYE Y OTROS, Persona y Sociedad. Editorial Jus, s/n edición, México, - 1947.
- 21.- DE PINA, RAFAEL, Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, 11a. edición, - México, 1983.
- 22.- DONOSO CORTES, JUAN, Sobre la Ultima Pena. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año IV, No.14, may.-jun. 1949, Argentina.
- 23.- FERRATER MORA, JOSE, Diccionario de Filosofía. Alianza Editorial, 3a. edición, Madrid, 1981.
- 24.- FERRATER MORA, JOSE, Diccionario de Filosofía de Bolsillo. Alianza Editorial, 2a. reimpresión, Madrid, 1987.
- 25.- FOULQUIE, PAUL, Diccionario del Lenguaje Filosófico. Editorial Labor, s/n edición, España, 1967.
- 26.- GARCIA VALDEZ, CARLOS, No a la Pena de Muerte. Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975.
- 27.- GONZALEZ URIBE, HECTOR, Teoría Política. Editorial Porrúa, 4a. edición, - México, 1982.
- 28.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS, La Ley y el Delito. Editorial Hermes/Sudamericana, 1a. edición, México, 1986.
- 29.- JOLIVET, REGIS, Tratado de Filosofía. Tomo II, Psicología. Ediciones Carlos Lohlé, 5a. edición francesa, Buenos Aires, 1964.
- 30.- LALANDE, ANDRE, Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía. Editorial-El Ateneo, 2a. edición, Argentina, 1966.

- 31.- LANDROVE DIAZ, GERARDO, Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980.
- 32.- MARTILLA PINEDA, B., Kant contra Beccaria. Estudios de Derecho, Vol. --- XXIII, No. 66, sep. 1964, Colombia.
- 33.- MARTINEZ DE CASTRO, ANTONIO, La Pena de Muerte. El Foro, Quinta Epoca, -- No.32, oct.-dic. 1973, México.
- 34.- NAQUIRA RIVEROS, JAIME, Consideraciones sobre la Pena de Muerte. Revista Chilena de Derecho, Vol. 9, No.3, sept.-dic. 1982, Chile.
- 35.- NUÑEZ, DAVID, La Pena de Muerte Frente a la Iglesia y al Estado. Talleres Gráficos ABECE, s/n edición, Buenos Aires, 1956.
- 36.- PALMES, FERNANDO MARIA, S.I., Psicología Experimental y Filosófica. Editorial Atlántida, 4a. edición ampliada, Barcelona, 1948.
- 37.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, 5a. edición, México, 1982.
- 38.- PESSINA, ENRIQUE, Elementos de Derecho Penal. Editorial Reus (SA), Madrid, 1936.
- 39.- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL, Lecciones de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- 40.- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL, Ensayos Filosófico-Jurídicos y Políticos. Editorial Jus, 1a. edición, México, 1977.
- 41.- QUILES, ISMAEL, La Persona Humana. Espasa-Calpe, s/n edición, Argentina, - 1942.
- 42.- RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS, De Nuevo la Pena de Muerte. Revista Jurídica Vg zacruzana, Tomo XXVIII, No.3 (10), jul.-sept. 1977, Xalapa, Ver., México.
- 43.- ROMERO, FRANCISCO, Filosofía de la Persona y Otros Ensayos de Filosofía. - Editorial Losada, 3a. edición ampliada, Buenos Aires, 1961.
- 44.- SOLER, SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino. Tomo II. Editorial Tipográfica-Editores, 3a. reimpresión, Argentina, 1956.
- 45.- TARDE, G., Filosofía Penal. Editorial La España Moderna, Tomo II, Madrid,- sin fecha.
- 46.- VAJGAS MCINTOYA, SAMUEL, Etica o Filosofía Moral. Editorial Porrúa, 14a. -- edición, México, 1980.

47.- XI-BAU, RAMON, Introduccion a la Historia de la Filosofia. Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 9a. edicion, Mexico, 1983.

OTROS:

1.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Buenos Aires, 1964.

2.- DICCIONARIO LEXICO HISPANO, W.M. Jackson, Inc., editores, 11a. edicion, - Mexico, 1983.