

CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE

Jaime Náquira Riveros

Abogado, Psicólogo, Profesor de Derecho Penal, Criminología y Psiquiatría Forense
Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile

Hoy el Derecho Penal Chileno contempla como pena máxima para reprimir ciertos delitos la pena de muerte. La Ley N° 17.266, de 6 de enero de 1970, que modificó el Código Penal, suprimió la pena capital como pena única que se establecía en los Arts. 91, inc. 2°, 106, 109 y 390, permaneciendo como pena alternativa (Arts. 91 y 142) o como grado superior de una pena compuesta (Arts. 107, 326, 433 N° 1, 434 y 474).

La justicia, conveniencia o efectividad de la pena de muerte ha sido y es objeto de una ardua polémica entre los estudiosos no sólo del Derecho, sino también de la Moral o la Religión. Al autor de este artículo, y situado dentro del campo de las ciencias penales, las consideraciones que a continuación expone lo han llevado a la convicción que en un futuro el Derecho Nacional debería, para una situación normal de vida, abolir la pena de muerte (en circunstancias de guerra, la Nación puede encontrarse en un estado de necesidad tal que a la autoridad no le quede otra posibilidad que hacer uso de la pena capital).

1. *La función del Derecho Penal.* El hombre para vivir en sociedad requiere de un orden dentro del cual se reconozca un conjunto de valores o derechos fundamentales tales como la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el honor, la propiedad, etc., el cual, es condición básica y necesaria para que pueda desarrollarse y autorrealizarse como persona en un plano individual y social. De no ser así, imperaría una situación de caos y anarquía que haría imposible la convivencia, condición de coexistencia que, en un futuro, llevaría al hombre a una total y completa aniquilación. Lo anterior no es sino expresión o explicitación de una conciencia ético-social viva que configura una especie de mínimum ético indispensable para una coexistencia libre, justa, segura, pacífica y ordenada.

El hombre es un ser portador de cualidades y defectos, por ende, imperfecto y limitado; cuyo comportamiento se encuentra condicionado o influenciado por factores hereditarios, constitucionales, psicosociales, políticos, económicos, religiosos, alguno de los cuales son discutibles y de difícil o imposible comprobación. En consecuencia, es esperable —aunque no deseable— que en alguna oportunidad de su vida rompa o viole normas, ocasionando con ello un daño, o bien ponga en peligro algunos de aquellos valores o bienes jurídicos vitales. La sociedad está consciente que en su

seno es imposible evitar la perpetración de delitos mediante la simple dictación de una ley, al igual que es absurdo pensar la utopía de una sociedad donde el hombre no se enferme, sufra o muera. Ahora bien, la sociedad debe protegerse y velar que el orden jurídico establecido en función del hombre sea respetado, y para ello, hace uso del Derecho Penal en orden a reprimir —mediante la amenaza e imposición de una pena y/o medida de seguridad— sólo aquellas conductas ilícitas que contra- viene los mandatos o prohibiciones y que, a juicio social, sean estimadas de mayor gravedad. Tratándose de un enajenado o un menor de edad incapaz de discriminar lo justo de lo injusto o de autodeterminarse conforme a las exigencias de la conciencia ético-social antes aludida, el Derecho Penal puede recurrir a una medida de seguridad o correccional.

En relación a este tópico —función del Derecho Penal—, es preciso advertir que ciertos autores le asignan la misión de la seguridad jurídica (entendida como protección de bienes jurídicos, o bien, de valores ético-sociales), y otros, en cambio, la de protección de la sociedad o defensa social. No obstante, dichas expresiones, aunque distintas, pueden ser estimadas coincidentes de una misma idea en la medida en que la voz 'sociedad' sea entendida como sinónimo de coexistencia y no como un ente superior a los hombres, del cual, éstos no serían nada más que simples células o miembros en función de aquélla.

En todo caso, el Derecho Penal no debe olvidar nunca un valor fundamental que reclama un reconocimiento de supremacía máxima, cual es, que el hombre es poseedor de una dignidad, la que se eleva como barrera limitante absoluta de la potestad legislativa (punitiva) del Estado. Expresión clara, firme e indubitable de esto es que tanto la Sociedad como el Derecho son para el hombre y no el hombre para la Sociedad o el Derecho, por ser éstos un medio o instrumento y aquél un fin en sí mismo¹. Por ello, si el legislador estableciera para el delito de hurto la amputación de una mano como sanción, o bien la castración para los delitos sexuales, surgiría un sentimiento nacional de repudio, y ello, porque se considera, acertadamente, que todo hombre, bueno o malo, santo o delincuente, nunca pierde su condición de persona y aquel tipo de sanciones atenta gravemente contra ella. Por esto, y con mayor razón, la

¹ En este sentido G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (Ed. Bosch, Barcelano, 1963), pp. 492 y 493; H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (Ed. Ariel, Barcelona, 1961), pp. 150 y 151; L. LEGAZ y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (Ed. Bosch, Barcelona, 1961), p. 302; H. WELZEL, "Derecho Natural y Positivismo Jurídico", en *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*, versión de E. GARZÓN (Universidad Nacional de Córdoba, 1962). Lo anterior es sin perjuicio de reconocer la existencia (no su validez) de una concepción totalitaria, según la cual, la persona debe sumisión total por ser aquélla el fin de ésta.

eliminación del sujeto portador de dicha dignidad es en sí más grave que su simple alteración o menoscabo.

2. *La sanción penal.* Sobre esta materia, la evolución de la ciencia penal ha desarrollado tres grandes posiciones². La primera, configurada por las teorías absolutas que consideran que la retribución justa es la única finalidad de la sanción penal toda vez que debe su existencia a una necesidad ética. La sociedad castiga "por la razón de que se pecó" (*quia peccatur*), e inflige un mal al delincuente para compensar o retribuir el mal que éste ha ocasionado a aquélla, y de esta forma permitirle una "justa expiación por su culpa". Si con ocasión de ello existen otros efectos colaterales de tipo intimidativo o correccional, son a lo más, consecuencias positivas adyacentes. La segunda posición está representada por las teorías relativas para las cuales la pena tiene por objeto evitar o impedir la perpetración de delitos, la sociedad pena para que en el futuro no se vuelva a pecar (*no peccatur*). Dentro de este enfoque la pena puede asumir dos efectos, a saber: la prevención general y/o la prevención especial. Por último, existen teorías mixtas o intermedias que pretenden conciliar los enfoques anteriores, los cuales, a su juicio, implican falsos dilemas, fruto de visiones parcializadas del problema y consideradas entre sí como excluyentes.

No cabe duda que la sanción penal en sí misma es un mal, importa un dolor, un sufrimiento o menoscabo para el condenado, es decir, posee una naturaleza retributiva. No obstante, no debe confundirse la naturaleza de la pena con los fines que ella persigue.

Si se considera que no es misión del Derecho Penal asumir el rol de la Moral o la Religión, se entenderá que la tendencia moderna ha sido negar a la retribución la posibilidad de agotar por sí sola la naturaleza y sentido de la sanción penal. Desde esta perspectiva, y si se persiste en que la retribución constituye uno de los objetivos de la sanción, dos son los fines que el Derecho Penal puede atribuir, además, a la pena. El primero, consiste en advertir a la comunidad toda que si alguno de sus miembros viola la ley atentando contra alguno de los derechos fundamentales que la convivencia reclama, recibirá a cambio, la sanción legal

² Una visión amplia sobre el tema en L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires, 1950, Tomo II), pp. 478 y sigts.; M. RUIZ FUNES, *El delito y la pena en la historia de la filosofía* (México, 1953); además, C. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976); C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal* (traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Ed. Reus, Madrid, 1981); S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Ed. Bosch, Barcelona, 1976), pp. 60 y 109; E. CURY, "La Naturaleza y fin de la Pena", *Revista Universitaria* N° 4 de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1980. Coloquio Internacional de Derecho Penal sobre la Pena en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXXII N° 1, Santiago de Chile, 1973.

más drástica, cual es la sanción penal. Esta finalidad de intimidación o amedrentamiento se denomina 'prevención general'.

Por otro lado, diversos estudios criminológicos realizados con motivo de haberse abolido la pena de muerte en países tales como Inglaterra, Canadá, Alemania, Austria, Noruega, Suecia, Venezuela, Bolivia, Argentina, Uruguay, Colombia o Brasil, han demostrado que no se aprecia un incremento significativo de los delitos capitales, e incluso, en algunos casos se ha constatado una disminución de los mismos. Este hecho sorprendente, a juicio de los estudiosos, se podría explicar, entre otras razones, debido a que en muchos casos el autor de un delito capital en los momentos en que lo ejecuta, no se representa —si es que en esas circunstancias piensa en algo—, que su conducta será descubierta o que se encuentra sancionada con pena de muerte. Esto tiene apoyo real toda vez que es sabido que no todo delito es descubierto y sancionado, lo cual, contribuye a mantener aquella confianza. Además, ningún juez o abogado —menos aún el delincuente— puede anticipar con certeza que la comisión de un delito capital traerá, necesaria y obligadamente, la pena máxima, ya que su aplicación dependerá de una serie de consideraciones jurídicas (causales de justificación o exculpación, atenuantes, concurrencia de agravantes, posibilidad de un indulto, etc.).

A la luz de los antecedentes criminológicos expuestos, es posible concluir que la pena de muerte no contribuye en nada a la eficacia de la prevención general. En cambio, dicha sanción atenta contra el derecho a la vida, soporte esencial de los demás derechos fundamentales y en torno al cual se estructura el concepto de dignidad de la persona humana.

La segunda finalidad de la pena es la llamada prevención especial, la cual encierra dos ideas. Una es la de proteger a la sociedad del delincuente a fin de que en un futuro aquélla no se vea expuesta a sufrir un nuevo ataque por parte de éste. Si bien la pena de muerte da plena y total seguridad en relación a esta idea, no es menos cierto que una pena perpetua también puede obtener igual ventaja. Sobre este punto se suele repetir el razonamiento formulado por Santo Tomás, en el sentido que así como el médico con el fin de salvar la vida de un ser humano puede amputar un miembro gangrenado, de igual manera, la autoridad podría privar de la vida al delincuente para salvar a la sociedad. Este razonamiento es un caso de analogía impropia, que no es válido ni justo. Ello porque todo miembro del cuerpo humano cobra sentido en la medida en que presta un servicio a una estructura o totalidad que es fin, y respecto de la cual aquél es simplemente una parte sin fin en sí mismo. En cambio, y repitámoslo una vez más, el hombre siempre es fin en sí mismo y nunca un mero medio para algo.

La segunda idea es que la sociedad, y como una forma complementaria a la idea anterior, busca a través de la sanción desarrollar, dentro de un marco razonable, posible y respetando la dignidad del hombre, la resocialización del condenado. Con este fin la sociedad puede hacer uso de métodos y técnicas educativas o de capacitación laboral, e incluso, puede brindar un tratamiento médico y psicológico que capacite al penado para reintegrarse en la mejor forma en un futuro a la sociedad.

A las ideas anteriores se podría agregar que, teniendo presente que el hombre es un ser limitado, que trata de conocer la verdad y trata de hacer justicia, siempre existe un margen de error judicial, el cual, tratándose de la pena capital transforma dicha equivocación en irreparable.

Es posible que algún lector piense que las ideas aquí expuestas no son el reflejo del sentimiento social de rechazo y condenación que surge espontáneamente en la opinión pública al conocer de un hecho atroz, sentimiento que, en un primer momento, la mueve a pedir la muerte de los inculpados del delito. Esto es un hecho cierto. Se trata de una reacción normal de carácter emocional. No obstante, todos hemos vivido la experiencia de arrepentirnos más de una vez cuando hemos decidido algo importante, apoyándonos, exclusivamente, en nuestra pasión, sin haber escuchado la voz de nuestra razón, facultad esta última, que es justamente la que nos permite diferenciarnos de los animales. En consecuencia, cuando el hombre se aboca a la difícil y noble tarea de hacer justicia y desea que su trabajo se califique de razonable, debe, necesariamente, apoyarse en su razón y no en la pasión, la cual, por ser cambiante, fugaz y a veces caprichosa, lo lleva, la mayor parte de las veces, a soluciones extremas o desequilibradas y, por ende, injustas.

Finalmente, si bien la religión ha tolerado la aplicación de la pena de muerte, no es posible olvidar que S. S. Paulo VI, en 1975, solicitó clemencia para condenados a muerte en España. Además, dentro de los teólogos católicos, Duns Escoto, afirmó la vigencia absoluta del 'no matarás' y San Agustín sostuvo que el gobierno es siempre de cosas temporales y espaciales y no tiene derecho a sacar al hombre del tiempo y del espacio. "Es una soberbia absolutamente intolerable que el hombre constituido en autoridad disponga de la vida de sus semejantes" (San Agustín, Obras, XV, 87).

En resumen:

1) La misión del Derecho Penal en última instancia se limita a evitar o controlar, dentro de un marco razonable, la aparición de conductas delictivas que atenten contra los intereses, derechos o valores fundamentales y necesarios para una convivencia social justa, libre y pacífica, respecto de la cual existe un sentimiento público y general de adhesión que es preciso respetar, apoyar y fortalecer. No es tarea del

Derecho Penal impedir o eliminar del todo la criminalidad, ni reglamentar la primitiva ley del Tali3n ('ojo por ojo, diente por diente'), principio basado en un sentimiento de venganza que pretende reducir la Justicia a una f3rmula matem3tica. De igual modo, no es funci3n del Derecho Penal asumir el rol de la Religi3n, la Moral o la Psicoterapia, tratando de 'perdonar' mediante la pena un pecado o una falta moral, o bien, poner t3rmino a una angustia o sentimiento de culpa. M3s a3n, si se pretendiera que aqu3l adoptara un papel que no le corresponde, en una sociedad pluralista donde coexisten diversas creencias, cabr3a preguntarse ¿qu3 Religi3n, Moral o Psicoterapia deber3a inspirarlo?; y

2) La pena de muerte es injusta, ya que atenta contra la dignidad de la persona humana; es in3til, ineficaz y cruel desde el punto de vista de las finalidades posibles de la pena y, cuando la sociedad la aplica, 'no borra el crimen, sino que lo repite'.