

# LA PENA DE MUERTE Y LA NO-EXPERIENCIA DE LA MUERTE (\*)

MIGUEL REALE

Omnia mors poscit. Lex est,  
non poena perire.

SÉNECA

## I. EL PROBLEMA DE LA MUERTE EN LA CONCIENCIA CONTEMPORANEA

En el año 1935, en el período de pleno apogeo de la escuela técnico-jurídica, Vincenzo Manzini escribía: "La cuestión de la pena de muerte, polémica antigua, tediosa e interminable entre filósofos y hasta pseudojuristas, no es una cuestión ni filosófica ni jurídica. Los argumentos que se esgrimen en favor o en contra de esta pena capital no son ni racional ni jurídicamente decisivos, sea en un sentido o en otro; jurídicamente menos aún, incluso, ya que a este respecto desde luego que no hay otro Derecho que aquel constituido por y en el Estado. Así, la cuestión de la pena de muerte es meramente política, ya que puede decidirse solamente con criterios de *política*".

(\*) Capítulo de la obra *Il diritto come esperienza*, Dott. A. Giuffre Editore, Milán, 1973, ps. 473-486; la traducción al italiano fue hecha por Helda Barraco, y lleva un *Saggio introduttivo* de Domenico Coccopalmerio. Hemos preferido tomar la versión traducida al italiano y no la original en portugués (*O Direito como experiência*, Edic. Saraiva, San Pablo, 1968, ps. 277-287) por estar aquélla corregida y aumentada.

Enseguida, y luego de recordar la legislación del año 1926 que restableció la pena de muerte en Italia, el ilustre penalista agregaba: “El efecto fue en verdad maravilloso, y demostró la fatuidad de todos los sofismas que pretendían demostrar la inutilidad de la pena capital” (¹).

No obstante el relativamente breve tiempo transcurrido, estas palabras readquieren ahora una extraña y actual resonancia, pese a las profundas mutaciones que tuvo la humanidad —bien sabemos— a lo largo de las últimas tres décadas. El problema de la muerte se ha proyectado sobre el hospitalario plano de la Filosofía, e incluso a través de actividades del hombre como el arte y la literatura. Empero, pese a la solidaridad que gobierna el mundo de los valores culturales, no podemos afirmar todavía que la nueva problemática haya tenido la necesaria repercusión en el necesario campo del Derecho, poco favorable, a lo mejor, a las mutaciones que puedan provenir de los lineamientos tradicionales de la medida y de la prudencia. Sin embargo, sabemos que existen juristas —y no sólo iusfilósofos— conscientes de la irracionalidad de este desinterés, no pudiendo la ciencia del Derecho —como comprensión normativa de la experiencia social— desatender los nuevos aspectos de la vida humana que ese Derecho, precisamente, está llamado a regular.

Es así indudable que en el plano de los hechos la vigencia o no de la pena de muerte depende de criterios políticos; pero ello no implica, urge ahora aclarar, que el problema sea, y bien al unísono, filosófico y jurídico, tanto por su contenido como por las implicaciones que suscita en la experiencia social. El acto del legislador, instituyendo a la pena de muerte, no posee el efecto de *legitimarl*a. El legislador no puede ser indiferente a las “diatribas” de los filósofos, y relegar además al jurista al secundario trabajo de estudiar los procesos técnicos propios de su invencible de-

(¹) MANZINI, *Istituzioni di diritto penale italiano*, 5<sup>a</sup> edic., 1935, ps. 212 y sigtes.

terminación normativa; por lo contrario, la opción del órgano soberano del Estado, en el instante mismo en que instaura o restablece la pena de muerte, replantea el conflictivo problema de su legitimidad. Se puede allí decir, y parafraseando el conocido dicho de Rosmini, que es entonces cuando el problema brilla con “insolita luce”.

De todos modos, nos parece también que la nueva conciencia problemática acerca de la muerte, tan densa —y hasta desesperadamente— vivida en el seno de la filosofía existencial, no ha sido debidamente analizada por los iusfilósofos y juristas en relación a este particular tema de la pena capital.

Hay todavía una obra a desarrollar en cuanto a la definición de la pena de muerte a la luz de las reflexiones de Dilthey, Simmel, Max Scheler, Rilke, Heidegger, Jaspers, Ortega y Gasset y Gabriel Marcel, sobre el significado de la *muerte* en el plano existencial. Esa tarea, claro, resulta incompatible con la ambición de este ensayo, que se limitará a unas conclusiones personales referidas al problema en su relación con la experiencia jurídica.

Es esa la razón, por lo demás, por la cual en estas páginas nos limitaremos a tratar la cuestión desde el exclusivo enfoque de la *compatibilidad lógica* entre los conceptos de *pena* y de *muerte*. Desde ese enfoque interno, entonces, veremos de demostrar además la exageración de aquellos que han contrapuesto aquí, y de un modo absoluto, la filosofía analítica a la existencial.

## II. LA MUERTE Y EL CONCEPTO RACIONAL DE PENA

En este orden de ideas, la primera observación que se impone se refiere al concepto de *pena*; o, quizás mejor, a los conceptos fundamentales de pena que la doctrina ha preconizado en torno a su naturaleza y finalidad. Todas estas teorías acusan divergencias en muchos de sus aspectos; em-

pero, hay algo en ellas —hallamos— que bien puede hacer de denominador común.

Ante todo, tememos que todos los esfuerzos realizados en pro de demostrar una desvinculación entre la noción de *pena* y de aquella otra más genérica de *sanción* no han tenido mayor éxito; pese a los intentos, en ese sentido, de penalistas seducidos por la idea de fundar *a se* al Derecho penal: es decir, ajeno a la sanción común propia de todo el orden jurídico. En rigor, la pena es la forma propia de la sanción correspondiente a la violación de una norma penal, entendiéndose por *sanción* la consecuencia jurídica que sigue a toda regla de Derecho incumplida, prevista en salvaguarda de su efectividad; sea que se halle esa sanción para otorgar un beneficio o ventaja al destinatario (*sanción premial*), sea como privación de un bien material o personal, capaz de prevenir o de reprimir lesiones al Derecho (*sanción punitiva*, en el sentido lato del término).

Así las cosas, la sanción penal, genéricamente considerada, se clasifica en *sanción civil*, *sanción administrativa* y *sanción penal* stricto sensu, o bien “*pena*” propiamente dicha. No parece ahora necesario indicar las características de cada una de estas especies que hemos nombrado. Bastará subrayar aquí que la *pena* se distingue de las demás sanciones no sólo por motivos de índole formal sino también por su contenido; o sea, en virtud de los valores o intereses que tutela. Como “consecuencia jurídica” del delito (consecuencia que no se reduce a un simple nexo causal, *ad instar* de lo que ocurre en el plano de las relaciones naturales, sino que se constituye como momento del deber ser ético), la pena necesariamente presupone una acción axiológicamente regulada conforme un modelo racionalmente manifiesto en el precepto legal violado.

Pueden aquí variar las doctrinas en lo que atañe al concepto de pena; remarcando alguna su naturaleza *retributiva*, o bien su finalidad *preventiva*, o prefiriendo en cambio una

comprensión unitaria de los dos aspectos, concibiendo así a la pena como una “represión preventiva”. Empero, todas estas direcciones conllevan un mismo e inevitable propósito de fundamento racional de la pena en base a las lecciones de la experiencia. La pena es, en suma y a la fuerza, una *categoría racional*, tanto por su naturaleza como por su finalidad.

Sea que optemos por un concepto *naturalístico* de la pena, subordinándola al problema de la *peligrosidad* del delincuente, sea que la fundemos en la idea de un castigo o sufrimiento infligido al transgresor (*Malum passionis propter malum actionis*), el hecho es que el concepto de pena implica un proceso de racionalización de la experiencia: la *consecuencia jurídica* se dispone aquí como el resultado de una determinada forma de valorar al ilícito penal; resultado que, sabemos, corresponde a una correlación entre *medio y fin*.

Partiendo de estos presupuestos teóricos el penalista procura ahora medir o graduar la pena en función de la naturaleza del bien lesionado por el agente, considerando también la personalidad del mismo y la reacción individual y colectiva del caso. En este delicado cómputo de adecuación de la regla de Derecho a la tipicidad del delito, la razón y la experiencia van armonizadas, verificando, a la luz de los datos estadísticos y de las investigaciones psicológicas, etcétera, la exactitud de la medida adoptada; sea por la defensa social, sea por la recuperación del condenado. Se podrá también afirmar que en términos de “racionalización concreta”, según principios teóricos controlados por la experiencia (que debe desarrollar toda política criminal), sólo así se podrá atender al verdadero problema ético de la pena.

Podemos concluir aquí, en este orden de ideas, que en ningún otro campo del Derecho como en este que gobierna la pena y su aplicación, razón y experiencia en tan íntima y evidente correlación.

### III. LA MUERTE SEGUN LA FILOSOFIA EXISTENCIAL: SENECA, SAN AGUSTIN, HEIDEGGER Y SARTRE

Una vez establecido el concepto de pena en base a las coordenadas de la razón y de la experiencia, nos parece que tanto desde el punto de vista de la lógica como desde el ontológico ese concepto es radicalmente *incompatible* con el concepto de muerte. Así las cosas, la expresión “pena de muerte” es un enunciado que sólo formalmente hablando es unitario, dada la discrepancia sustancial que hay en su seno interno: considerar a la muerte como una pena. Ello ya ha sido señalado por la filosofía contemporánea, prosiguiendo de esa manera una línea de pensamiento que se remonta incluso a Séneca y San Agustín.

En el Libro XIII, capítulos 9 - 11 de *De Civitate Dei*, se pueden releer meditaciones sobre este problema de una francamente impresionante actualidad, especialmente a poco que las cotejemos con las reflexiones de Heidegger en los capítulos 46 - 53 de su *Sein und Zeit*, y también de Sartre en *L'Etre e le Néant*.

Advierte San Agustín que cuando examinamos de cerca a esta cuestión, no podemos, en rigor de verdad, hablar de “experiencia de la muerte”, ya que los angustiosos padecimientos del moribundo por cierto no son la muerte misma; si ese moribundo continúa teniendo sensaciones, es que está vivo; y si aún vive, debe predicarse que se encuentra en un estado anterior a la muerte, no todavía *in articulo mortis*. Es que resulta difícil aquí el determinar cuándo se deja de vivir y se *muere*. El hombre no muere, en realidad, cuando la muerte arriba, sino luego. ¿Quién puede entonces —pregunta San Agustín— determinar cuándo es que el hombre “está” en la muerte?

A su modo de ver, se vive y se muere al mismo tiempo, ya que cuando el hombre nace de alguna manera empieza a morir, no habiendo hombre “antes” o “después” de la muerte sino siempre “muriendo”, conforme la figura des-

pués repetida por tantos otros, y que tantas resonancias tuviera en la cultura de la segunda postguerra (²).

En esa misma línea de pensamiento, pero en un sentido diametralmente opuesto, Heidegger, por su lado, dirá que la muerte de otro no representa para nosotros ninguna experiencia, ya que la muerte es en sí *absurda*, dado que si el hombre es un ser destinado a la muerte ésta no es sino “la posibilidad de la imposibilidad” misma de la existencia; no otorga a la realidad humana nada de realización, de tal suerte que la existencia se reduce a una aventura de su propia imposibilidad (³).

Es indudable que como observan Gabriel Marcel, Roger Mehl y Ferrater Mora, la experiencia de la muerte ajena, especialmente cuando participamos de la pérdida de una persona amada, no resulta algo extraño a nosotros mismos, sino que se trata de un hecho que se inserta en la intimidad de nuestro propio ser; de alguna manera, así, encarna a “nuestra experiencia de la muerte” (⁴). De todos modos, claro, se trata siempre de una experiencia *refleja*, que nos hace colocar, por una indirecta simpatía, “en la situación del otro”, para emplear una expresión usual en los moralistas ingleses de la escuela de Adam Smith. Esta, que podemos llamar “experiencia por participación”, demuestra también que la muerte como tal no es directamente susceptible de la experiencia mediante la percepción o comunicación intersubjetiva.

(²) Cfrar. San Agustín, *De civitate Dei*, XIII, 9-12. Se recuerda también aquí al “quotidie morimur” de Séneca: “Quotidie morimur, quotidie enim demitit aliqua pars vitae: et tunc quoque, cum crescimus, vita decrescit” (*Epistolas*, XXIV. *De futuri metu: de morte*). Para el concepto de muerte como “posibilidad existencial” y como “situación-límite”, urge recordar este pasaje de Séneca: “Vivere noluit, qui mori non vult. Vita enim, cum exceptione mortis data est; at hanc itur. Quam ideo timere dementis est; quia certa exspectantur, dubia metuuntur. Mors necessitatem habet aequam et invictam” (*Ep.*, XXX). Respecto ya de la *inexperiencia* de la muerte, cabe apuntar el radical aserto de Wittgenstein: “Death is not a event of life. Death is not lived through” (*Tractatus Logico-Philosophicus*, 6.431).

(³) HEIDEGGER, *op. cit.*, caps. 47 y sigtes.

(⁴) Cfrar. FERRATER MORA, *El ser y la muerte*, Madrid, 1962, p. 197.

Todos estos aspectos esenciales suelen olvidarse cuando se trata de la pena de muerte. Esta es tomada como un simple *hecho*, desprovisto de toda su dramática y enigmática significación; recalándose solamente en la separación y eliminación de un individuo, como unidad orgánica diferenciada, calificada como “indeseable” para todo el cuerpo social. La ejecución de la pena de muerte se reduce así a algo exterior, que se concluye y satisface con el exterminio de un cuerpo, cuya cesación es la cesación de una posibilidad existencial. La muerte es, de ese modo, apenas un *fin*, el término de un proceso biológico, y también, claro, el punto *final* en la secuencia de los actos de un proceso judicial.

Empero, y tal como observa Heidegger, si el morir puede de ser tomado desde el punto de vista biológico - fisiológico, “el concepto médico de *exitus* no coincide, sabemos, con aquel de *finalización*”; ni la muerte puede ser considerada —según Sartre— como el término de una vida, como una nota final, pero interna a ella, de una melodía<sup>(5)</sup>.

Aun sin compartir las conclusiones radicales de Heidegger o de Sartre en cuanto al “absurdo” de la muerte, considerada en términos de pura “posibilidad existencial”, o bien que se reputa a la muerte un momento en la economía general de la naturaleza (Weismann llegó a decir, recordamos, que la muerte fue “inventada” por los seres orgánicos para asegurar la vida de las especies), lo que nos parece innegable es el absurdo de destinar la muerte a un ser humano, *hic et nunc* y sin explicar el misterio de esa decisión querida, mientras tanto, como resultado final de una razón cuya racionalidad intrínseca y concreta se proclama.

Por otro lado, si todos estamos “destinados a la muerte” (y empleamos estas palabras sin las angustiosas implicancias que les insufla Heidegger), la pena de muerte equivale a una prematura “anticipación de esa muerte”.

(5) HEIDEGGER, *op. cit.*, cap. 47 *in fine*, y Sartre, *op. cit.*, p. 615.

Y es exactamente en este punto que se revela más crudamente la contradicción de aquellos que pretenden convertir a la muerte en un instrumento de sanción.

Si se pueden aducir razones plausibles para explicar la muerte como fenómeno biológico, y hasta para juzgar racional a la muerte en cuanto necesaria para la existencia en general del orden universal, no por eso puede ser olvidado que la muerte no puede ser sino “mi muerte”. Escribe Sartre al respecto que la muerte, “interiorizándose, se individualiza; no es más lo grandemente incognoscible que limita a lo humano sino un fenómeno de *mi* vida personal, que hace de esa vida una vida única; es decir, una vida que no recomienza jamás, para la cual no será ya dable repetir las chances. De ese modo, yo me月orno responsable de *mi* muerte tal como de *mi* vida. No del fenómeno empírico y contingente de mi fallecimiento, sino de ese carácter de finitud que hace que tanto mi vida como mi muerte sean, repito, *mías*. En ese sentido, Rilke se esfuerza por demostrar que el fin de cada hombre se asemeja a su vida, en cuanto toda la vida individual es precisamente la preparación para ese fin” (º).

Esta noción inseparable del concepto de muerte como “fin” de la existencia humana singular convierte al tema de la *pena de muerte* en un círculo vicioso y aporético. En primer lugar, porque torna inexplicable la invasión del Estado en la esfera de lo que es más íntimo e intocable para la persona humana, que es “su” muerte, como elemento esencial de “su” vida; y más todavía, de “su” hora para morir.

Ya enseñaba Séneca: *nemo moritur nisi sua morte*, y *nemo nisi suo die moritur* (Ep., LXIX). En realidad, estos dos asertos de alguna manera se confunden, en cuanto mi muerte es mi día de morir. De donde se concluye que la condena a muerte decidida por el juez equivale a una violenta

(º) SARTRE, *op. cit.*, p. 616. En la misma dirección de pensamiento, Frater Mora subraya el carácter de “mismidad” y de “propiedad” de la muerte (*op. cit.*, ps. 170 y sigtes.).

sustitución del delincuente en cuanto *persona*; equivale a su “muerte ética” antes de ser llevada a cabo su “muerte biológica”; ello conduce a que Carnelutti, por ejemplo, y con toda ironía, equiparara a la pena de muerte con la expropiación por utilidad pública...<sup>(7)</sup>.

Podrá aquí decirse que la muerte en la horca o en la cámara de gas en la fecha señalada por la sentencia condenatoria a la pena capital es la muerte del criminal forjada por él mismo como expresión de “su” vida; pero si se admite que a cada vida corresponde “su” muerte, una inexplicable sombra cubre la decisión judicial; como si el juzgador, convenido de estar obrando según criterios objetivos de la más estricta racionalidad, ¡hubiese sido instrumento de insondables designios!

La inseparabilidad del concepto de muerte del concepto de *persona*, así, pone en evidencia que la muerte no puede ser materia de la pena, puesto que en el acto de su aplicación elimina aquello mismo a que se destina. En último análisis, con la pena de muerte la persona es negada como tal, convertida en una *cosa*. Lleva entonces razón Gustav Radbruch cuando apunta que sólo una concepción supra-individualista del Derecho puede admitir la pena de muerte, porque solamente una concepción de esa naturaleza puede reconocer al Estado un derecho a la vida y a la muerte de los individuos<sup>(8)</sup>. Esa negación absoluta del ser personal en el acto de decretarle jurídicamente el fin, por la misión de un orden superior e incontrastable de valores, personificada en el Estado, corresponde —por ejemplo— a la posición *hegeliana*; conforme la cual la vida no constituye algo exterior a la personalidad, razón por la cual sólo tiene derecho sobre ella una idea ética que se absorba en sí; lo cual redunda en tornar a la persona es “algo subordinado, que debe dedicarse a la totalidad ética”<sup>(9)</sup>.

(7) Cfme. BETTIOL, *Diritto penale*, 7<sup>a</sup> edic., Padova, 1969, p. 684.

(8) RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 2<sup>a</sup> edic., San Pablo, 1957, p. 343.

(9) Cfme. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht* (cap. 70), y *Zusatz zu*, cap. 70. No se debe olvidar aquí que para Hegel “la inadecuación del

Es en el acto de la aplicación de la pena de muerte que se ilumina la reflexión de Sartre: aniquilamiento del ser humano en todas sus posibilidades y dimensiones; no únicamente el proyecto que destruye todos los proyectos y que se destruye a sí mismo, sino además el triunfo del punto de vista de *otro* sobre el punto de vista que yo tengo de mí mismo (¹⁰).

El desapoderamiento, la “desapropiación” de la persona; el hombre que cesa de ser *proyecto* para pasar a ser mera *proyección*; es decir, el juicio es la imagen que de él se hace en el proceso penal; el absoluto prevalecer del *otro* sobre uno mismo, es aquello a que se reduce la pena de muerte. Bien vista, la trágica comprensión *sartreana* de la muerte, como “el triunfo de otro” (*Etre mort, c'etre en proie aux vivants*) corresponde a la prospectiva del condenado a muerte acerca de su existencia personal vaciada de contenido ético, de su “trascenderse”, sin el cual la muerte, insoluble como problema, se reduce a un absurdo (¹¹).

No creemos tampoco que la muerte se pueda tratar, razonablemente hablando, como un problema. Si hay una exageración en explicar a la vida como simple destinación hacia la muerte, sería también incomprensible comprenderla sin ese fin, siempre con un halo de misterio que, más allá ahora de todo el misterio que circunda a la vida humana: línea trazada entre el misterio de nacer y el misterio de morir.

No se trata, pues, de proclamar la *impiedad* de la pena de muerte, alegándose aquí que la justicia humana no puede arrogarse el dictar juicios en rigor reservados a la omnipo-

animal a la universalidad es su patología original y el germen innato de la muerte” (*Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, trad. de B. Croce, cap. 374).

(¹⁰) SARTRE, *op. cit.*, p. 624.

(¹¹) Es el propio Sartre el que configura a la muerte como pena, pero como condena o “pena absurda”, dada la irrealizabilidad paradojal de su “fin”. Afirma que cada uno de nosotros asiste diariamente a la ejecución de nuestros compañeros de prisión, preparándonos con coraje al último suplicio y a hacer una bella figura sobre el patíbulo, aunque hagamos todo lo posible para evitarlo (*op. cit.*, p. 617).

tencia divina; sino de colocar a la cuestión en términos radicales, verificando así la imposibilidad lógica de considerar a la pena capital como un acto racionalmente fundado; y, como consecuencia, como "especie de pena".

#### IV. EL ABSURDO DE LA MUERTE EN LA GRADUACION DE LAS PENAS

Cabe ahora incursionar en otros aspectos del asunto, y no de menor importancia.

Al comienzo de este artículo habíamos visto como todas las penas determinadas por el legislador constituyen una serie de sanciones, distribuidas conforme una graduación racional que procura tener en cuenta una larga serie de factores peculiares a cada hipótesis de ilícito penal, bien como a la personalidad del delincuente.

El poder-deber de punir, que compete al Estado, se abre así en un abanico de figuras o "medidas", conforme soluciones escalonadas, mensurables en dinero o en cantidades de tiempo. Esa graduación, esa ordenación cuantitativa, es de la esencia misma de la justicia penal, pues ésta no se realizaría si un criterio superior de igualdad o de proporción no presidiese la distribución de las penas, dando a cada infractor más de lo que él merece.

Pues bien: cuando se decreta la pena de muerte, abrupta y violentamente se quiebra la apuntada armonía gradual, dándose un salto del plano temporal hacia el "no tiempo" de la muerte.

Con qué criterio objetivo o con qué medida racional (puesto que *ratio* significa, recordamos, *razón* o *medida*) se pasa de la pena de treinta años de prisión o de prisión perpetua a la pena capital? ¿Cuál es la escala que verdaderamente asegura la proporcionalidad?

Se dirá que también hay una diferencia cualitativa entre la pena de multa y la de reclusión; empero, el cálculo

de aquélla es reductible a criterios cronológicos, pudiendo ser fijada, por ejemplo, conforme lo que representará en términos de jornadas de trabajo perdido, cosa de que signifique privación y sanción al infractor, en función de su situación patrimonial. De cualquier modo, son criterios racionales de convivencia, susceptibles de referencia a la experiencia, que gobierna el pasaje de uno a otro tipo de pena. Pero toda idea de *proporcionalidad*, insistimos, desaparece en cuanto nos encontramos con la perspectiva de la muerte.

En tales términos, quienes propugnan la pena capital silencian o esquivan el problema, contentándose así con una opinión de índole puramente subjetiva. Obsérvese, por ejemplo, cómo la fluida colocación del problema en la obra de un penalista de reconocida sensibilidad filosófica, como es Giusseppe Bettiol. Bettiol afirma, ante todo, que “es en base a la idea de la *retribución* que, en el Derecho penal, ha hecho su ingreso el criterio de *proporcionalidad*, ya que la pena *retributiva* debe estar estrictamente proporcionada al comportamiento precedente. Dice bien Beling que la reacción desproporcionada no sólo deja de ser *retribución* sino que, por infilir un mal *supra modum* bajo ese nombre de *retribución* el Estado conspira contra su propia autoridad, puesto que la comunidad pública verá en su gestión un simple capricho arbitrario. La fuerza moral de la pena, en cambio, está precisamente en su justicia; es decir, en su *proporcionalidad*. Si nos apartamos de tales directivas, se separa al Derecho penal de su base ética, y se niegan garantías sustanciales para la libertad del imputado”. De todos modos Bettiol, declarando que la necesidad de la pena de muerte es una consecuencia de su carácter *retributivo*, y no viceversa, la juzga admisible en determinadas hipótesis, tales como el homicidio premeditado hacia ascendientes o descendientes, o el cometido por violencia carnal; ello así ya que tales casos son tan graves que “el desequilibrio por ellos producido es para el seno de la comunidad de tanta magnitud moral que no puede ser compensado si no es con

la aplicación de la pena capital; ya que esta pena es la única que, en la circunstancia, aparece como verdaderamente retributiva y proporcional al mal causado" (12).

De todos modos nos parece que en este juicio lo que prevalece no son criterios objetivos, conforme los cuales se pueda establecer una "verdadera proporción", prefiriéndose la pena de muerte al máximo de pena temporal, por falta de un denominador común de referencia. Bajo la apariencia de una solución en términos retributivos se oculta una opción dictada por la presunta necesidad de recomponer el equilibrio ético de la sociedad; lo cual equivale a decir, en términos de defensa de los valores de "conciencia moral de la sociedad". En realidad, disentimos: en el orden social de las sanciones penales, la pena de muerte representa, en rigor, un *plus*, insusceptible de graduación objetiva y racional.

Por otro lado, si enfocamos el asunto desde el punto de vista de la defensa o de la prevención sociales, prefiriendo así al *punitur quia peccatum est* o al *punitur ne peccetur*, no será menos evidente el salto que la pena capital representa en el escalonamiento de las sanciones infligidas por la Justicia. Si el objetivo es apartar al delincuente de la comunidad, la pena máxima de reclusión o la prisión perpetua se ofrecen como soluciones de tipo racional, de igual naturaleza; ello así sin necesidad de hablar ahora de la pena de duración indeterminada, con la cual se pretende atender, en funcionalidad concreta, a la pena, la personalidad del reo y los valores sociales de convivencia. La opción por la pena de muerte, en ese orden de ideas, no asoma como directa por motivos de orden racional; jugándose con el "terror de la muerte" como posible instrumento de prevención criminalógica pero haciéndose abstracción de reclamos como los postulados en esta nota.

El concepto de muerte, en suma, es de tal característica que, como afirma Simmel, matiza a todos los contenidos

(12) BETTIOL, *op. cit.*, ps. 663 y 687.

de la vida humana, pudiéndose decir que es inseparable de un halo de misterio y sombras que la luz de la razón no puede disipar; así, querer instituir a la pena de muerte en un instrumento de sanción penal implica despojar a la muerte de ese significado esencial, y reducirla a la violenta destrucción física de un cuerpo.

Cuando los antiguos decían “murió de muerte natural en la horca”, quizás ya intuían que había un *hecho* de muerte, no una *pena* de muerte.

En definitiva, y analizada a la luz de sus valores semánticos, los conceptos de *pena* y de *muerte* son ontológica y lógicamente inconciliables entre sí; de allí que la expresión “pena de muerte” conlleve una *contradictio in terminis*, una noción insusceptible de ser admitida por una ciencia fundada en la experiencia.