

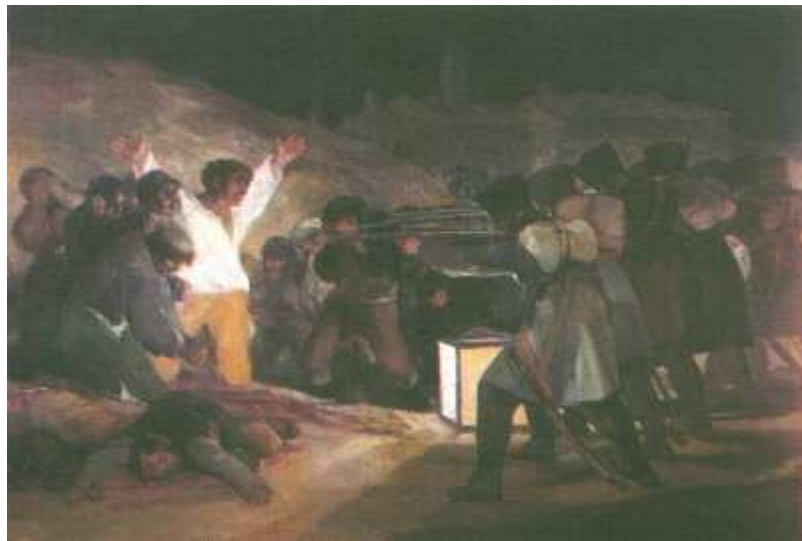
---

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPTO. CS. DEL DERECHO

**LA PENA DE MUERTE**  
**Y SU FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO JURIDICA**



*Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

**OSVALDO HÉCTOR OSSANDÓN SERMEÑO**

Profesor Guía **Prof. Dr. JAIME WILLIAMS BENAVENTE**

Santiago de Chile, 2001



---

## INDICE

<b>INTRODUCCION</b>	<b>1</b>
---------------------	----------

### **CAPITULO I**

#### **“LA PENA DE MUERTE EN EL TIEMPO”**

1.	EL MUNDO OCCIDENTAL	7
1.1.	NO MATARAS	7
1.2.	DE LA CICUTA AL CIRCO ROMANO	14
1.2.1.	EL MUNDO HELENICO	14
1.2.2.	EL MUNDO ROMANO	17
1.3.	DIOS GUARDE AL REY	28
1.3.1.	LA EUROPA ALTOMEDIEVAL	28
1.3.2.	ESPAÑA Y EUROPA EN LA BAJA EDAD MEDIA	36
1.4.	AD MAIOREM DEI GLORIAM	44
1.5.	POR ORDEN DEL REY	51
1.6.	LIBERTE, EGALITE E FRATERNITE	63
1.7.	POR LA RAZON O LA FUERZA	69
1.8.	NACIONES DEL MUNDO	74
2.	ESBOZO DE LA PENA DE MUERTE EN LA EPOCA CONTEMPORANEA	81

### **CAPITULO II**

#### **“LA FILOSOFIA Y LA PENA DE MUERTE”**

1.	LOS PRIMEROS FILOSOFOS	90
1.1.	TANATHOS	90
1.2.	ANUBIS	95
1.3.	SER O NO SER	99

---

2.	EL PERIODO SOCRATICO	104
2.1.	SOFISTAS	104
2.2.	LA APOLOGIA DE SOCRATES	108
2.3.	EL CARRO Y LA NAVE	113
2.4.	ZOON POLITIKON	117
2.5.	CINUS, STOA, HEDON	121
3.	LA FILOSOFIA CRISTIANA	126
3.1.	ID POR EL MUNDO	126
3.2.	CIVITAS DEI	128
3.3.	DOCTOR ANGELICUS	131
3.4.	OPUS OXONIENSE	136
3.5.	ROMANO PONTIFICE	139
4.	LA FILOSOFIA MODERNA	143
5.	LA ESCUELA DE VIENA	149
<b>CAPITULO III</b>		
<b>“LA PENA DE MUERTE EN CHILE”</b>		152
1.	LEGISLACION VIGENTE	152
2.	VISTOS Y CONSIDERANDO	173
<b>CONSIDERACIONES FINALES</b>		201
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		207

## **INTRODUCCION.-**

El derecho presupone al hombre. Sin el ser humano, sin hombres ni mujeres, sin personas, no concebimos la sociedad, pues no tendría sentido. Y si concebimos una sociedad, se nos hace necesario un orden estatutario, un marco de regulación de conductas, que, en definitiva, nos lleve a la sociedad organizada. Y ya sea este orden de carácter natural-sensitivo, consuetudinario, formal-positivo, divino-revelado, o cualesquiera categoría que se haya practicado en la historia de la humanidad, la necesaria y natural interdependencia de la dualidad sociedad-derecho, presupondrá siempre al ser humano.

Por ello, el cimiento mismo de la sociedad y del derecho no deja de estremecerse y probar sus bases ante la posibilidad teórica o práctica, impuesta o aceptada, meditada o inconsciente, de la negación del ser humano como sujeto de derecho: la muerte. Pues si requerimos de entes terrenales (entendiendo con ello cuerpo y espíritu) para conformar una sociedad que se organizará mediante el derecho, la desaparición del individuo implica que éste deja de formar parte de la sociedad, que, obviamente se compone de individuos vivos, y, por tanto, en una pequeña proporción, con la muerte del individuo muere una parte de la sociedad. Si extremamos el raciocinio, podríamos decir que la sociedad existe gracias a los

individuos sobrevivientes, o sea que el día en que sólo exista un solo ser humano en la tierra, se acabará la sociedad. El derecho es, por esencia, bilateral.

Ahora, la muerte natural es, como lo dice su nombre, natural al ser humano. “Cada día morimos un poco”, dice el antiguo proverbio. La muerte provocada, por su lado, podríamos decir que, lamentablemente, también se aparece como natural a la luz de los hechos históricos. “*Homo homini lupus*”, decía Horacio. El hombre ha matado a sus semejantes por desprecio, por crueldad, por ideologías, incluso para sobrevivir.

La muerte frente al derecho presenta, a lo menos, dos aspectos: por un lado, la del individuo genera una serie de efectos jurídicos, principalmente en materia civil y penal, y, por otro lado, está la reacción de la sociedad ante ella, y que tiene más que ver con el rol social del derecho.

Existe un porcentaje de muertes humanas naturales, y otro de muertes provocadas por otros humanos, que, a su vez, podríamos subdividir en muertes voluntarias e involuntarias. En éstas nos encontraríamos con la Teoría de la Culpa y el desarrollo del Cuasidelito de Homicidio, y en aquéllas con el Homicidio mismo. Pero el asunto se complica al encontrarnos con que no toda muerte voluntariamente provocada por el hombre es “delictiva”, pues hay conductas en tal sentido que no son antijurídicas, o sea que no contradicen al derecho. Caso típico es el de la

legítima defensa, pues quien se defiende de otro que lo va a matar, matando al ofensor, obra jurídicamente, ya que el derecho, tanto natural como positivo, contempla esa posibilidad como válida.

Pero también ocurre que el propio derecho puede haberla prescrito y ordenado al órgano estatal correspondiente.

Desde el mismísimo Sexto Mandamiento al artículo 391 del Código Penal Chileno, se prohíbe matar a otro. Pero tanto el Levita como el Gendarme han debido lapidar o fusilar al condenado a muerte por orden de Moisés o del Magistrado, y debemos suponer que tal muerte no puede reprochársele al autor, porque éste sólo ha cumplido la orden del superior válidamente competente para ordenar que lo haga. Y este superior válidamente competente (juez, por ejemplo) está autorizado por el propio ordenamiento para ordenar la ejecución. Hasta allí un problema de lógica formal y de derecho positivo, fácilmente superado.

Pero, ¿Puede el derecho ordenar que se mate a otro en determinadas circunstancias? ¿Puede el Estado –al servicio de la persona humana- ordenar se elimine a una persona humana, por muy vil que sea? En suma ¿Puede la sociedad eliminar a un individuo?

La respuesta no es prudente responderla *a priori*. Porque para algunos es muy fácil responder de acuerdo a sus propias convicciones religiosas, morales,

políticas, etc. sin necesariamente haber meditado la pregunta. Y porque la respuesta no admite grises, pues o existe legítimamente la posibilidad o no existe.

En este punto nos encontramos con el segundo aspecto de la muerte: el de la reacción social ante una muerte provocada. Pues ante el asesinato, existe un repudio generalizado, y natural, que afecta a todo miembro consciente de la sociedad. Y al llegar la hora de sugerir el castigo al homicida, la comunidad se inclina hacia distintos recovecos.

Así, las cosas, las razones para aceptar o rechazar la pena de muerte, en la conciencia popular, se alejan de los fundamentos filosófico-jurídicos que se requieren para obrar y actuar prudentemente, porque los argumentos populares, y no pocas veces de personas más instruidas, apuntan a la venganza, al escarmiento, o bien a la supremacía de toda vida humana, o a descalificar el poder del Estado como protector de la sociedad, etc. Un partidario de la pena de muerte puede convertirse en detractor si desconfía del Estado, y un detractor acérrimo puede llegar a ofrecerse de verdugo si la víctima asesinada es su pequeña hija. En fin, los argumentos populares le hacen flaco favor a cada postura, los argumentos jurídico-positivos parecen invitar a la revisión de fondo, y los argumentos “de conciencia” parecen ser emitidos con cierta ligereza estacional.



En estos tiempos de comienzos de siglo, donde la moda es repreguntarse el propio mundo, asistimos a una sociedad dividida respecto al tema, pero poco dispuesta a repreguntarse el propio fundamento de su postura. Y si consideramos que también asistimos ya al cambio de milenio, deberíamos aceptar que las grandes instituciones que han forjado el mundo occidental y que han formado nuestra base valórica, han pasado por etapas en las que, sólo a modo de ejemplo, se han prendido hogueras arrogándose el nombre de Dios, o se han guillotinado cabezas arrogándose el nombre del Pueblo.

En fin, en el presente estudio se invita a un recorrido, en lo posible didáctico, por el desarrollo mental del problema. Comenzaremos por un breve repaso de la historia de la Pena de Muerte a través del tiempo, con preeminencia del mundo occidental, con el objeto de conocer cuál era el sentido que se le asignaba en cada época. En esta parte se incluirá un esbozo sobre la situación mundial de la Pena de Muerte, respecto a qué países la contemplan en sus legislaciones, o la han abolido y en qué circunstancias. Luego, se intentará hacer un recorrido por los grandes sistemas y pensadores que han imperado en la filosofía jurídica, en busca de descubrir su posición respecto de la pena de muerte y de su fundamentación filosófica.

Para concluir se realizará un análisis de lo que ha sido y representado la Pena de Muerte en Chile, a través de los distintos períodos hasta el actual. En esta parte se incluirá un acápite sobre diversas fundamentaciones jurisprudenciales de las sentencias condenatorias y absolutorias en su caso, que tengan relación con la pena capital. El derecho presupone al hombre, y dependiendo de qué piense ese hombre sobre sí mismo, encontraremos el fundamento del derecho. A medida que ha cambiado la percepción del hombre sobre sí y el mundo, ha cambiado el derecho. Por ello es importante reflexionar sobre qué ha pensado el hombre en cada época y de qué modo influyó o influirá en el futuro esa cosmovisión en la sociedad misma y en su regulación.

## CAPITULO I

### “LA PENA DE MUERTE EN EL TIEMPO”

#### 1. EL MUNDO OCCIDENTAL.-

##### 1.1. NO MATARAS.-

*“Pero también reclamaré la sangre de ustedes como si fuera su alma.*

*Pediré cuenta de ella a cualquier animal.*

*Y también el hombre deberá responder de la sangre de cualquier hombre,*

*hermano suyo.”*

*(Génesis 9,5)*

La primera noción del delito, tanto en las sociedades politeístas como ya una vez asentada la creencia de un Dios único, fue la de ser éste una ofensa al orden, y por lo tanto a la divinidad. Quizás los pueblos primitivos vieron en la divina presencia una forma de explicar y ordenar su mundo de acuerdo a un criterio superior al mero apetito individual. De hecho, si consideramos los primeros pasos de la transición de la *vis* a la *litis*, o sea de la venganza privada como forma de

corrección de injusticias al litigio como forma de solucionar conflictos, apreciamos que los primeros intentos de establecer un orden para la convivencia humana en sociedad, se justifican y asientan en cierta revelación. Ya sea que un caudillo iluminado haya creado una organización férrea para su pueblo, o bien que desde tiempos inmemoriales se hayan practicado costumbres que son, por lo mismo, indiscutidas, siempre aparece la divinidad respaldando este mismo orden. El caudillo que vence en las batallas, vence con la ayuda de los dioses, y, por ello, convence. Las costumbres inmemoriales, por su lado, serán provenientes de los mismos dioses, y si siempre ha sido así, es porque ellos lo quieren.

Es así como, una vez que encontramos al hombre inmerso en una sociedad, se produce el fenómeno retroalimentador de la divinidad, de manera que, al romperse la paz social, por un hecho injusto por ejemplo, se tambalea la débil sociedad ante la fuerza, y por lo tanto, disminuye la esfera de protección que brinda al individuo. En síntesis, si se atenta contra la paz social, los dioses se enfadan y nos pueden llevar a la ruina. En general, entonces, se piensa que la ofensa social es a la vez una ofensa a los dioses.

Esta concepción trascenderá a la edad de bronce y llegará, evolucionada por cierto, a plena edad media. Pero siempre significará lo mismo: Si se ofende a Dios, éste castigará en respuesta. De aquí surgen a su vez dos caminos distintos sobre la

naturaleza de la pena en el mundo antiguo: una especie de retributividad, en la que el infractor es castigado por su delito, como forma de devolver el bien a la comunidad afectada, y aplacar la ira del dios ofendido. Y otra forma, más espiritual quizás, en la que el condenado sufre su pena como expiación de su “pecado”, y purificarse así de la mancillez de haber cometido un crimen.

Existieron varias civilizaciones con sistemas jurídicos formales, y prácticamente ninguna dejó de aplicar la pena de muerte. La diferencia está en la posibilidad de aplicarla, en su calificación para algún tipo especial de delitos, y en su ocurrencia o frecuencia, la mayoría de las veces regular. Esto es comprensible en principio, en la medida que era la época del más fuerte. A nivel estatal, el rey era el más fuerte, y el delinquir era oponerse al rey. Podríamos simplificar diciendo que, en el fondo, delito es oponerse a la voluntad del rey, de la comunidad, o de los dioses.

Dentro de estas primeras manifestaciones de una legalización de la pena de muerte, encontramos el Código de Hammurabi, que data de entre los años 3.300 a 2.500 a.C. en el cual se contaba con la pena de muerte como sanción a muchos delitos. Si bien es cierto, este cuerpo legal puede ser legítimamente reclamado en la historia del derecho oriental, juega un papel formador de la cultura occidental. De hecho, la cultura hebrea será la cuna del cristianismo, que, por las razones que

todos conocemos, es parte capital de occidente. Ahora bien, la característica principal de la mayoría de las legislaciones que establecen la pena de muerte como sanción, no es precisamente la pena misma, o el hecho de provocar la muerte de un infractor como respuesta del aparato estatal, sino el carácter calificado de la pena, o el carácter infamante que puede tomar ésta. Este carácter obedece a dos naturalezas, la disuasiva y la retributiva. Disuade a otros de delinquir, especialmente en los regímenes religiosos en los que de la forma de la muerte depende la vida en el más allá. Por ejemplo, el quedar sin sepultura, el morir desintegrado, etc. Por otro lado, es retributivo el carácter infamante, en la medida que satisface la “ira” del dios ofendido, o bien una suerte de atisbo de “talión”, como forma primitiva de justicia. Para ejemplo, en el Código de Hammurabi, que realmente era un bloque tallado en piedra, se condena al autor del delito de incendio voluntario a ser arrojado vivo a una hoguera <sup>1</sup>. Además el cuerpo legal en cuestión, contempla otra serie de formas de ejecución, no necesariamente correspondientes o proporcionales al tipo de delito.

El caso de Egipto, es mencionable en este capítulo sólo en la medida de su roce con el pueblo de Israel. En general, basta mencionar que la filosofía de la pena en el Egipto faraónico, tiene un carácter netamente religioso y hermético. Hermética como era la religión egipcia, la concepción del delito como ofensa a los

---

<sup>1</sup> Jiménez de Azúa. Tratado de Derecho Penal. Ed. Losada Buenos Aires, 1964; Págs. 260 y ss.

dioses dejaba un margen amplio para la aplicación de la pena de muerte. De hecho, la gran diferencia radica en la calificación de la pena, no en el caso infamante, sino en la de aumentar el dolor del condenado mediante tortura previa a la horca o decapitación. Esto sin perjuicio de formas más elaboradas de combinaciones de tortura y ejecución.

Cabe entonces entrar de lleno en el mundo pre-cristiano, con especial mención del pueblo de Israel. El que es notable por su cohesión religiosa en torno a un dios único y excluyente, y, por lo mismo, en él predominó el derecho de origen divino. El delito ofende a Dios, y la pena tiene el doble objetivo de intimidar y expiar. De esta cultura heredamos las formas más puras y simples de normas penales: la consuetudinaria Ley del Tali3n, con su sint3tico “ojo por ojo, diente por diente”, y el dec3logo, con el imperativo “No matar3s”.

La primera manifestaci3n que se encuentra en el Antiguo Testamento, que puede ser considerado como una norma penal, la encontramos en el G3nesis (9,6), a continuaci3n de la cita que da inicio a este cap3tulo: “Quien derrame sangre del hombre, su sangre ser3 tambi3n derramada por el hombre, porque Dios cre3 al hombre a imagen suya”. Esta afirmaci3n es una verdadera norma jur3dica, con todo su contenido l3gico. Dado un hecho condicionante (derramar sangre de otro) debe ser una sancion (derramar la sangre del infractor), seal3ndose incluso al sujeto

facultado para cumplir la pena (otro hombre). Esta especie de reciprocidad o retributividad de la pena de muerte, tiene asimismo la particularidad de fundarse en un criterio de valor: la venerabilidad que exige la sangre del hombre como manifestación del alma, y por lo tanto, imagen de Dios mismo. Matar, entonces es ofender a Dios, y el hombre, como imagen de Dios, debe sancionar al infractor. Sin embargo, esta disposición tan clara que prescribe la pena de muerte en la base misma del “nuevo orden del mundo”, inmediatamente post-diluvio universal, no indica la forma en que deberá ser ejecutado el condenado. Esta disposición, aún dentro del Génesis, aparecerá en virtud de una prohibición de traspasar cierto límite durante la alianza de Moisés, “Todo aquel que traspase el límite deberá morir. Que nadie ponga las manos sobre el culpable, sino que sea apedreado o flechado.”<sup>2</sup> Tenemos aquí una muestra que, si bien aparece como norma revelada, clarifica la forma del pueblo de Israel para ejecutar a los condenados a muerte: lapidación y “fusilamiento” con flechas. Lo importante de destacar es la prohibición (divina para este caso), de ajusticiar al condenado con las propias manos. Esto quiere decir que no es aceptable ya en la rudimentaria cultura de origen hebreo, que se mate a otro directamente, valga decir mediante cuchillo, garrote, etc. Que no exista contacto físico directo entre el ejecutado y el o los verdugos. La regla general, entonces, es

---

<sup>2</sup> Génesis 19,13



la Ley del Tali3n: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe<sup>3</sup>.

La regla es clara: El que hiera a otro y lo mate, morir3. Pero existen otras conductas sancionadas con la muerte, en las que la idea de proporcionalidad va por el lado m3s metaf3sico de la justicia, esto es, en raz3n de la gravedad del il3cito y de la ofensa a la sociedad y, por ende, a Dios mismo.

As3, son sancionadas con la muerte: Golpear al propio padre o madre, maldecir al padre<sup>4</sup>, blasfemar, raptar, cometer sodom3a, incesto<sup>5</sup>, etc. Menci3n especial requiere una de las pocas formas de ejecuci3n diferente a la tradicional piedra o flecha, y es el caso calificado del hombre que mantenga relaciones sexuales con una madre y su hija. La ejecuci3n ordenada en el Lev3tico 20,14, es ser quemado junto a las mujeres.

Estas son, en definitiva, las formas que adquiere la pena capital en el mundo pre-cristiano: Lapidaci3n, muerte por flecha, y en casos excepcionales y calificados, la hoguera. La raz3n va a ser siempre la ofensa a Dios, sin dudar que tras de ello existe un s3lido principio de justicia equiparadora y proporcional: la ley del tali3n.

---

<sup>3</sup> Exodo 21, 24 y Lev3tico 24,17-21

<sup>4</sup> Exodo 21,15

<sup>5</sup> Lev3tico 20

Por último, en relación a ciertos requisitos procesales de la condena a muerte, luz nos hacen las indicaciones descritas en el Deuteronomio, respecto del delito de idolatría de dioses paganos, las que indican que basta la declaración de testigos para condenar al acusado a muerte, pero de dos o tres. “Nadie será condenado a muerte por la acusación de un solo testigo”<sup>6</sup>. Esta precursora norma del debido proceso, indica además la forma de la ejecución de acuerdo a cierta formalidad, como es la que los testigos han de ser los primeros en tirar las piedras, para que luego todo el pueblo prosiga con la labor. Muchos siglos más tarde Jesús le añadirá un requisito de honorabilidad a los testigos, pues si deben comenzar la lapidación, no sólo deben ser hábiles para declarar, también han de estar “libres de pecado”.

## **1.2. DE LA CICUTA AL CIRCO ROMANO.-**

### **1.2.1. EL MUNDO HELENICO.**

*“Así como los tordos de anchas alas o las palomas que,  
al entrar en un seto, dan con una red tendida ante un matorral,  
encuentran en ella dichoso lecho,  
así las esclavas tenían sus cabezas en línea y sendos lazos en sus cuellos,  
para que muriesen del modo más deplorable”.*

*(La Odisea, Rapsodia XXII)*

---

<sup>6</sup> Deuteronomio 17,6

Durante el período formador de la cultura occidental, asistimos, al menos dentro de la materia que nos ocupa, a un increíble salto entre opuestos. Es decir, tenemos por un lado que la civilización Helénica avanza a pasos agigantados en su desarrollo, y que después su legado es tomado por Roma, la que será finalmente la cúspide del mundo antiguo. Sin embargo, como contrapartida, la forma de aplicación de la pena de muerte se va deshumanizando. Si bien no se puede afirmar que no existieran en ambos mundos variedades de ejecuciones similares, es patético observar que, conjuntamente con el desarrollo de la humanidad, la pena de muerte para un mismo tipo de delito (contra el Estado, por ejemplo) pasó de la privada e indolora cicuta, al espectáculo morbosamente público del Coliseo.

Ahora bien, en lo que respecta al mundo helénico, la mayor particularidad no fue precisamente la diversidad de formas de aplicación de la pena de muerte, sino el gran espectro de delitos penados capitalmente. Esta situación comenzará con el tristemente célebre legislador *Dracon*, quien estableció un derecho penal tan severo, que hoy se denomina a lo excesivamente riguroso como “draconiano”. Este legislador ateniense, del 625 a.C. quizás tuvo siempre el objetivo de civilizar a la fuerza a los ciudadanos. Según una cita de Plutarco: “Preguntado Dracon por qué había impuesto a casi todas las faltas la pena de muerte, había respondido que: las pequeñas (faltas) las había creído dignas de ese castigo, y ya no había encontrado

otro mayor (castigo) para las más graves”<sup>7</sup>. El homicidio, el incendio intencional, el robo y muchos delitos eran castigados con la muerte, y las sanciones más suaves, como por ejemplo para el no pago de las deudas, consistía en la esclavitud del deudor y el traspaso de sus bienes al acreedor.

La situación variará al siglo siguiente, con la legislatura de *Solón*. En definitiva, podemos mencionar que, a grandes rasgos, el sistema penal helénico presentaba los siguientes rasgos:

El delito de homicidio, secuestro de manceba, violación y robo con violencia eran de acción penal privada, y los titulares de la acción eran los parientes de la víctima, o el afectado pecuniariamente por el hecho. Además era factible la transacción entre querellantes y culpable, mediando la correspondiente transacción. Los delitos de acción pública, en los que el afectado era la comunidad, tipificaban la irreligiosidad, sacrilegio, traición a la patria y corrupción administrativa, entre otros. La condena a muerte quedó finalmente reservada para estos delitos, y los de homicidio e incendio.

La acusación a *Sócrates*, fue por *asebeia*, por irreligiosidad. Según relata *Diógenes Laercio*, el escrito de acusación rezaba: “Esto es lo que Meleto, hijo de Meleto de Pico, imputó deponiendo bajo juramento a Sócrates, hijo de Sofronisco de Alopeco : Sócrates es culpable de no creer en los dioses en que la ciudad cree y

---

<sup>7</sup> Soto Díaz, Eduardo. “La condena a muerte de Sócrates”; Memoria de Prueba U. De Chile. 1981; pág. 25.

de introducir otras demoniacas nuevas, y también es culpable de corromper a los jóvenes. Propuesta de pena, muerte”<sup>8</sup>.

El proceso fue de acción pública y, como todos sabemos, concluyó en la condena a muerte por envenenamiento. Se dice que la cicuta (*conium maculatum*), no produce dolor a quien la ingiere, sino tan sólo un aletargamiento, puesto que actúa sobre el sistema nervioso. Posiblemente, la muerte se producirá por asfixia, al paralizarse el sistema cardiorrespiratorio. Sócrates dió varias vueltas por su celda tras beber la cicuta, quizás para apurar el efecto del veneno, luego se acostó, se tapó la cara con las cubiertas, encargó el sacrificio de un gallo para el dios *Esculapio*, y expiró<sup>9</sup>. Su proceso va a convertirse en uno de aquellos pocos y significativos que van a marcar la historia del hombre, junto a las figuras de Tomás Moro, Giordano Bruno, y, guardando las proporciones, la del mismísimo Jesucristo.

### **1.2.2. EL MUNDO ROMANO.-**

*“Pilato quiso dar satisfacción al pueblo:  
dejó, pues en libertad a Barrabás y sentenció a muerte a Jesús.  
Lo hizo azotar, y después lo entregó para que fuera crucificado”.*  
*(Marcos 15,15)*

---

<sup>8</sup> Soto Díaz, Eduardo. Op. Cit; Pág. 60.

<sup>9</sup> Platón. “Diálogos: El Fedón”; Espasa-Calpe; Madrid, 1999; 37º Edición; Págs. 210-211.-

La historia romana nos presenta en su sistema jurídico una serie de divergencias que hoy nos parecen contradictorias. Para el sistema jurídico penal hoy imperante, aparece aberrante que se facultara la transacción pecuniaria para evitar la acción penal en los casos de homicidio. O bien la coexistencia de dos sistemas penales, el privado y el público, ambos, en un principio al menos, con capacidad de castigar. Además, resultan curiosas ciertas características de la pena capital a lo largo de la historia romana. Por ejemplo, en los inicios, el Estado no intervenía en las decisiones jurídicas tomadas por el *pater familias*. Luego, hasta después de la monarquía, el Estado regulaba penas en las sucesivas legislaciones. Durante el alto período de la república, quizás hasta César y el principado, la pena de muerte estuvo en la práctica abolida. Y luego, durante el imperio, la pena de muerte no sólo se hizo recurrente, sino que aumentó en sofisticación y espectacularidad circense. Pero toda esta variedad, es coincidente con el propio pueblo romano, que, según coinciden sus propios historiadores, a pesar de ser la luz del mundo antiguo, siempre llevó dentro el germen de su autodestrucción.

Autores como Mommsen explican que el paso de la venganza privada radicada en los *pater*, se entendió transmitida a los magistrados, ya que, dentro de la ciudad, éstos cuidaban de la cosa pública, como una gran familia de ciudadanos. Este mismo autor nos explica el carácter religioso que revistió la pena de muerte

para los romanos: “Primitivamente, la forma que revestía la penalidad impuesta, ora por la vía de la coercición, ora más tarde por vía de juicio, a los que cometieran alguna falta contra la comunidad, era la forma de la *sacratio*, siendo de advertir que, como el delito hace responsables a los hombres, todo culpable había de ser sacrificado, igual si fuese libre como si no lo fuera, igual si era ciudadano que si fuese extranjero. De la propia manera que para establecer la ley penal había sido necesario observar ciertas prácticas religiosas, así también era menester cumplirlas cuando se ejecutaban penas públicas. La sentencia penal personal era una consagración del condenado a una divinidad.(...) Confirma también el carácter fundamentalmente religioso de las penas personales la circunstancia de que,... la más antigua forma de ser ejecutada la pena de muerte responde al ritual empleado para los sacrificios, y además que dicha pena era concebida, sin duda alguna, en los primitivos tiempos, como un sacrificio humano.”<sup>10</sup>

Es entonces, según este autor, y conociendo el carácter pagano y politeísta que ostentó Roma hasta ya bien avanzado el imperio, que la pena de muerte, y en general todas las penas públicas, tenían la finalidad última de expiar la culpa que pesaba sobre la comunidad por la ofensa del delito, y la expiación se verificaba ofrendando en honor a los dioses, en nuestro caso, el bien más caro, la vida humana. De hecho, durante los períodos republicanos en que estuvo prácticamente

---

<sup>10</sup> Mommsen, Teodoro. “Derecho Penal Romano”. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991; Pág. 556.

abolida la pena de muerte, siempre se mantuvo la expiación por el agua o por el fuego, en las formas que a continuación veremos. El autor referido, menciona ocho tipos o categorías de formas de ejecución de la pena capital, diferenciando, en definitiva, en pena de muerte simple y pena de muerte calificada. El carácter de simple o de calificada, va a depender del tipo de delito, público o privado, y de la calidad del infractor. Así, algunas formas serán exclusivas para ciudadanos (decapitación), o bien para no-ciudadanos o esclavos (crucifixión). También, otras serán para determinados tipos de delitos, y otros de ordinaria aplicación. Incluso dependerá del lugar donde será aplicado el castigo, pues, fieles al “trauma monárquico” de los romanos tras la dominación etrusca, después de cierto período se desusó el hacha dentro de la ciudad, pero se continuó con la espada. En fin, no se puede decir que existió permanentemente una norma legal que determinara la forma de las ejecuciones, sino que los magistrados y funcionarios con imperio aplicaban una ley determinada, o bien se regían por los *mores maiorum*. Una cosa es recalable dentro del proceso de ejecución en Roma, y es la costumbre de flagelar al condenado a muerte antes de su ejecución. El mismo Cristo recibió treinta latigazos y luego fue crucificado. Esta usanza, no tenía por objeto propiamente tal el aumentar la ofensa o el dolor del sentenciado, sino más bien un carácter de expiación para el condenado, mezclado con un resabio de la antigua



consulta ciudadana o *provocatio ad populus*, quizás como forma de poner por medio la tácita reafirmación de la ciudadanía de la potestad de imperio.

Los tipos de aplicación de la pena de muerte en Roma fueron:

- a) **Decapitamiento por el hacha**: Este fue, quizás, el modo más antiguo de aplicación de la pena de muerte, y, además de ser quien le dio el nombre a la pena capital (*capitis*=cabeza), fue el que tuvo el carácter más marcadamente sagrado, ya que se confundía con los rituales de sacrificio de los animales a la divinidad. Según Mommsen “...se le ligaban al reo las manos atrás, se le ataba a un poste, se le desnudaba y flagelaba, y luego, tendido en tierra, se le decapitaba a golpes de segur. Este procedimiento respondía con toda exactitud al que se usaba para dar muerte a los animales destinados al sacrificio, lo cual era un efecto necesario del carácter sacral que, según hemos visto, tuvieron en la primera época las ejecuciones capitales”<sup>11</sup>. El hacha tenía además un doble significado: Era un símbolo del poder de imperio, ya que los *lictors* fueron los primeros encargados de aplicar la pena en los casos más importantes, y éstos llevaban el instrumento consistente en el haz de varas atadas y el hacha, que simbolizaban la unidad y el poder. Este procedimiento fue encargado después a los verdugos, y aplicado sólo fuera

---

<sup>11</sup> Ibid.; Pág. 566.

de la ciudad, ya que dentro de ella, sólo se permitiría el uso de la espada, alejando el instrumento del verdugo de los símbolos del Estado.

- b) **Crucifixión:** Es probable que esta forma no fuera más moderna que la del hacha, incluso se cree que hayan coexistido desde los primeros tiempos. Algunos historiadores consideran que su origen proviene del Asia Menor, y otros que viene desde el Oriente. Lo cierto es que para el mundo cristiano, la muerte en la cruz tiene un significado especial, muy distante del significado que tuvo durante su vigencia en el mundo romano. De hecho, su vigencia duró hasta la conquista cristiana de Roma, ya que fue en consideración de esta nueva religión, poco después de *Constantino*, que fue abolida y reemplazada por la horca. Curiosamente, este reemplazo va a ser el más perdurable hasta nuestros días. La crucifixión se practicaba en tres tipos de casos, a saber, en los primeros tiempos para los ciudadanos libres, aplicada en virtud de los *mores maiorum*; como pena aplicada por los pontífices a los varones culpables del delito de incesto; y, como forma de ejecución de los esclavos, situación que va a ser la tónica durante la mayor parte de la historia romana. Recordemos la muerte de *Espartaco*, y, por que no, de Jesús y Pedro, al no ser ciudadanos romanos. Según Teodoro Mommsen, al referirse a la crucifixión de hombres libres, “...se desnudaba al condenado y se le

cubría la cabeza, se le ponía la horca en la cerviz y se le ataban ambos brazos a los extremos de aquella; después, la horca, y con ella el cuerpo del reo, se colocaban en lo alto de un palo levantado en el lugar del suplicio, y a ese palo se ataban también los pies del criminal. Una vez así crucificado este, se le azotaba... En estas ejecuciones podía producirse la muerte por languidez y debilitación de fuerzas; pero también podía ser originada por los golpes que se daban al reo, y asimismo, se la podía precipitar despedazándole las piernas”<sup>12</sup>. Lo que si queda claro es que, a diferencia de la muerte por el hacha, y a diferencia del significado que tiene para nosotros hoy, para los romanos la crucifixión carecía de toda connotación religiosa, es más, tenía cierto carácter infamante y deshonroso que la hacía inadecuada para la ejecución de ciudadanos libres.

- c) **El saco (culleus)**: Era la forma de ejecución para el delito de parricidio. Se puede decir que tenía cierta injerencia religiosa en la medida que se le reconocía cierta virtud purificadora, tanto por el agua, como por el dejar sin sepultura al culpable. Hay que precisar que, en los primeros tiempos, el delito de parricidio tenía un alcance más amplio del que hoy día conocemos, ya que, dada la estructura familiar romana, extensa y no limitada a lazos sanguíneos, en la práctica se consideraba parricidio casi cualquier homicidio

---

<sup>12</sup> Ibid.; Pág. 567.-

de persona libre. Ya en el último siglo de la República, la pena para el homicidio no consideraba la muerte, por lo que el saco quedó exclusivo para el parricida-asesino-de-parientes. A fines de la República se abolió definitivamente el saco, y, cuando con el Principado se restableció la pena de muerte, el restablecimiento no alcanzó a esta particular forma de ejecución. Según el autor ya citado, “... lo primero que se hacía era azotar al condenado, y después se le cubría la cabeza con un gorro de piel de lobo, se le calzaban los pies con unos zapatos de madera, se le metía en un saco de cuero de vaca, juntamente con culebras y otros animales, se le conducía al río en un carruaje tirado por caballos negros y se le arrojaba al agua”<sup>13</sup>. Otros autores mencionan dentro de los animales incluidos en el saco a un mono y una cabra. Constantino la volvió a instaurar para el delito de parricidio.

- d) **Muerte por el fuego:** Ejecución, purificadora también, para el autor del delito de incendio. Aparte de la flagelación previa, el condenado era amarrado a un poste, y luego se le prendía fuego a la leña amontonada alrededor. Al igual que en lo referente al derecho de Moisés, ronda este tipo de ejecución pública, la idea de retribución.
- e) **Decapitación por la espada:** Vigente desde el Principado, vino a reemplazar al hacha en las ejecuciones dentro de la ciudad, primero, y en todo tipo

---

<sup>13</sup> Ibid.; Pág. 568.-

después. No podemos desmentir que en esto influyó la militarización de la sociedad, que implicó que los juicios penales contra los ciudadanos, quedaron sometidos al derecho de la guerra. De hecho, ya no serán *lictores* ni *carnifex*, los verdugos, sino que la orden es dada por el magistrado a un oficial militar o a un soldado en particular, o *speculator*, que procedía a ejecutar de esta forma simple de pena de muerte. Recordemos que San Pablo la padeció de esta forma por ser ciudadano romano.

- f) **La muerte en espectáculos públicos:** Fue la más controvertida, y polémica (para nosotros), forma de ejecución que usaron los romanos, y para muchos es una muestra de que la maravilla civilizada de Roma, sólo era una manifestación de poder y no de intelecto. En general, era una pena correspondiente al derecho de guerra, y era aplicada preferentemente a desertores y a prisioneros de guerra. Pero también, durante la República, se aplicaba como pena en los tribunales domésticos, de derecho penal privado, contra esclavos declarados culpables de crimen capital por un tribunal de esta clase, que podían ser entregados por el *pater familias* a quien diese una fiesta pública, generalmente sacerdotes o cónsules. Esta pena se empezó a aplicar cada vez más frecuentemente a medida que se avanzaba hacia el imperio. Incluso se acostumbró a trasladar desde las provincias a malhechores de

renombre para dar espectáculos. La muerte en espectáculos públicos podía consistir en ser arrojado como cebo en la lucha de fieras, luchas que continuaron hasta el mismo derecho de *Justiniano*; o bien eran entregados a las escuelas de esgrima para que combatieran como gladiadores.

g) **Ejecución de mujeres:** Era siempre sin publicidad, en virtud del mandato de un magistrado o de un sacerdote. Tampoco procedía la tradicional flagelación. La forma usual era la misma aplicada a las *vestales* condenadas, es decir muerte por inanición, al ser enterradas vivas en sepulturas utilizadas exclusivamente para ese efecto, en el caso de las vestales, o bien en celdas de las cárceles en el caso normal. Para el caso de las vestales, la condenada era acompañada en un cortejo, luego se le introducía en un sepulcro abierto para la ocasión, donde se depositaba una lámpara, aceite, pan, agua y leche. Luego se retiraba el cortejo con señales de duelo y se tapaba la sepultura. Ya una vez avanzada la República, esta pena fue aplicada a mujeres y a personas ilustres, pero así también fue siendo reemplazada por la estrangulación a manos del verdugo, o *carnifex*, dentro de la celda.

h) **Despeñamiento:** Esta fue la forma ordinaria para los casos en que no actuaba el magistrado, en los que las condenas eran impuestas y aplicadas por particulares, dado el sistema romano de aplicación de justicia. Se

flagelaba al condenado y se le precipitaba desde la roca *Tarpeya*, en el *Capitolio*. Este tipo de ejecución era impuesta por particulares en los tiempos de la venganza privada, y luego, más institucionalizada, por los Tribunos de la Plebe, que, siendo magistrados, imponían penas en su carácter de particulares.

Para terminar este segmento, podemos hacer notar especialmente la importancia de lo privado para los romanos. Maestros de la cosa pública, los ciudadanos siempre fueron la base del sistema, lo que se vio reflejado en dos aspectos de la pena de muerte: el derecho penal privado que nos muestra la Ley de las Doce Tablas, que si bien ponía límites a la pena de muerte, demuestra que la pena capital podía ser impuesta por tribunales domésticos; y, consecuente con todos los tipos de ejecuciones, en la forma de la flagelación, la convocatoria de los ciudadanos estuvo presente en todos los procesos públicos, como manifestación, por lo demás, del derecho del reo de apelar a la comunidad, que, en el acto presente, se hacía partícipe de la decisión del magistrado.

### **1.3. DIOS GUARDE AL REY.-**

*Si las cosas criminales non fueren meioradas por algún recabdo,  
la maldade de los pecadores non será refrenada”*

*Fuero Juzgo, Libro VI, Título I, número II.-*

#### **1.3.1. LA EUROPA ALTOMEDIEVAL.**

Es difícil definir el fenómeno romano dentro de un contexto territorial, toda vez que, una dividido el Imperio en Oriente y Occidente, los cursos políticos, y los cursos del derecho romano se dividieron. Si a eso le sumamos la división territorial producida por el factor musulmán que, desde el 711 d.C., dividió ambos mundos por más de siete siglos, tenemos, en consecuencia que la pervivencia del derecho romano tendrá corrientes y variantes distintas, influyendo, por lo mismo, en la materia en estudio.

Es así como Roma, que nació con un *Rómulo* (hermano de *Remo*, como sabemos), va a desaparecer con otro, *Rómulo Augusto*, último emperador de Occidente. Esta singular coincidencia cíclica, sin embargo, no puso fin a la



influencia romana en el derecho. Ya los pueblos germanos habían avanzado y asentado en las comarcas fronterizas del Imperio. Dentro de estos pueblos germanos, se encontraban los Visigodos, que desde su origen al norte del Danubio, se establecieron a orillas del Mar Negro cerca de los Balcanes, para luego atravesar el norte de Italia (no sin antes “visitar” Roma) hasta los Pirineos y establecerse en el sur de Francia en calidad de “federados” del Imperio, como especie de frontera viva para contener a los francos del norte. Estos visigodos, establecidos finalmente en Tolosa, tenían independencia en su derecho y en su religión arriana, ante un Imperio ya cristiano. Sin embargo no es indispensable tratar aquí respecto del derecho germánico puesto que, para la materia que nos interesa, sólo son rescatables ciertos aspectos de su sistema penal. *Tácito*, en su *Germania* (XII), citado por Barrientos nos cuenta: “Las penas son distintas, según los delitos. Ahorcan en los árboles a los traidores y a los desertores; a los cobardes y a los mancillados de torpeza (¿?) los hechan en el cieno de un pantano, con un zarzo encima. Esta diversidad de castigos tiende a mostrar que los crímenes deben ser expiados ostensiblemente, mientras que se debe ocultar la vileza”<sup>14</sup>.

Conocida es, además, la característica “mancomunidad penal” del derecho germánico primitivo, que implicaba como sujetos pasivos de la pena, a toda la

---

<sup>14</sup> Barrientos Grandón, Javier. “Introducción a la Historia del Derecho Chileno; I. Derechos propio y derecho común en Castilla”. Barroco Libreros, Santiago de Chile, 1994; p. 81.-

familia o clan del ofensor. Asimismo, surge en ellos el fenómeno de la proscripción social, en la que el delincuente se situaba al margen de la sociedad, y todo miembro de ella tenía el derecho, y el deber, de liquidarlo en cuanto lo encontrase.

Es así como, a pesar de que los cánones romanos van a ser adoptados por los visigodos, quienes se van a ir romanizando a medida que se establecen en los márgenes del imperio, subsisten aspectos germánicos que van a supervivir ya entrada la edad media, e incluso, posterior a ella. En efecto, creemos que algunos matices importantes que irá adquiriendo la pena de muerte en el transcurso de los siglos, van a reflejar éstas pervivencias. Por ejemplo, el carácter infamante de la pena ya no tendrá en lo futuro el efecto religioso de consagración y desagravio a la divinidad, sino más bien la razón de equiparar el daño mismo, entendido éste como: mientras más grande el daño, más grande o infamante la pena. Las ejecuciones, desde antiguo públicas, intentarán demostrar elocuentemente que el daño que el ofensor produce a la sociedad ha sido retribuido en su propia persona.

Respecto a las fuentes del derecho, debemos recordar que, una vez derrumbado el Imperio Romano de Occidente, los visigodos tolosanos se vieron liberados de la vigilancia que imponía el Prefecto de las Galias romano, especie de intendente del Imperio que dominaba la zona. Entonces, siendo estos federados, ya organizados en Reino, la única entidad políticamente organizada y fuerte capaz de

estabilizar el lugar, se arrogaron la sucesión de la autoridad romana, en especial, la de legislar. Los autores romanistas coinciden hoy en que las manifestaciones jurídicas de los visigodos tolosanos, así como las de la monarquía hispano-visigoda, que cruzó los Pirineos hasta Toledo empujados por la expansión de los Francos, son fuente de derecho romano vulgar, más que de derecho germánico. Por ejemplo, el *Breviario de Alarico II*, última obra jurídica antes del traslado a España, recogía constituciones imperiales (*leges*) compiladas ya en el *Código de Teodosio*, y obras de juristas romanos como *Gayo* y las sentencias de *Paulo*, entre otras<sup>15</sup>. Estas fuentes del derecho demuestran que la legislación romana se hizo extensiva y obligatoria para toda la provincia de *Hispania*, esta vez por mandato del rey visigodo.

Mención aparte merece la obra cumbre del derecho visigodo, el *Liber Iudiciorum*, promulgado por *Recesvinto* el año 654, medio siglo antes del fin del reino toledano en manos musulmanas. El *Liber Iudiciorum*, va a ser la fuente de derecho más importante en la Europa cristiana, y será recogida en la España de la baja edad media, en el *Fuero Juzgo*. Esta obra está dividida en doce libros, de las cuales, a pesar de no tratar la materia en una forma orgánica, nos interesa el que trata de algunos delitos y sus penas, y la aplicación de tormento.

---

<sup>15</sup> Merello Arecco, Italo. "Historia del Derecho" Tomo I; Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1989, 2ª edición; p. 96 y ss.

El libro sexto, *De sceleribus et tormentis*, estaba dividido en cinco títulos y constaba de cincuenta leyes. Nos dice Barrientos, “Su primer título, *De accusatoribus et criminorum*, tenía siete leyes, dos de ellas *antiquae*, relativas a las acusaciones y tormento. Su segundo título, *De maleficis et consulentibus eos atque veneficis*, reunía cuatro leyes que se ocupaban del envenenamiento y de la consulta a adivinos para causar mal. Su tercer título, *De excutientibus hominum partus*, constaba de siete leyes, seis de las cuales bajo el epígrafe de *antiquae*, que se referían al castigo del aborto y al infanticidio. Su cuarto título, *De contumelio, vulnere, et debilitatione hominum*, contenía once leyes, tres de ellas bajo el epígrafe de *antiquae*, que se ocupaban del delito de lesiones y otras violencias. Su quinto título, *De caede et morte hominum*, recogía veintiuna leyes, tres señaladas como *antiquae*, que trataban de los homicidios”<sup>16</sup>.

Revisando la versión castellana del *Liber Iudiciorum*, es decir el *Fuero Juzgo*, podemos advertir que no existe gran variación entre los métodos romanos y el tipo de pena reservado en este texto para los mismos delitos. En efecto, existen varias normas que prescriben pena de muerte para el infractor, sin especificar la forma de ejecución de ésta. Por ejemplo, en su Libro II, Título I, Número VI, dentro de normas que podríamos llamar de derecho público, se prescribe: “Si alguno provare de matar al príncipe, o del toller el regno, quinquier que pruebe

---

<sup>16</sup> Barrientos Grandón, Javier; Op. Cit; p. 109.-

estas cosas, ó alguna dellas, pues que fuera fallado, **reciba muerte**, e non sea lexado bévir. E si por aventura el príncipe por piadoso lo quisiere lexar bevir, non le dexe que nol saque los oios por tal que no vea el mal que cobdició fazer, e que aya siempre amargosa vida e penada.”<sup>17</sup> En cambio, en otras disposiciones, no sólo delimita el sujeto pasivo del infractor, sino que además determina la forma en que ha de ser ejecutado, por ejemplo en el Libro II, Título III, en el número VIII, sindicado como *antiquae*, y referido al delito de raptó y violación, dice: “Hy el siervo que se ayunta con la mugier que levó por fuerza, **debe ser descabezado**”. Ahora, si la decapitación será realizada por medio de hacha o espada, dependerá más de la costumbre medieval que del significado religioso de los romanos, pero debemos recordar que la costumbre romana legada a la alta edad media, era la decapitación por la espada, que ya imperaba en los últimos años del imperio.

Sin embargo, en general las penas para estos graves delitos, no se referían específicamente a la condena a muerte, sino que se limitaban a la usanza general del derecho “de prenda” del acreedor sobre la persona del deudor, así como de las

---

<sup>17</sup> Real Academia Española; “Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices”; Madrid, España, Ibarra, 1815.- (Nota del Autor: La presente cita, y las que siguientes del mismo texto, están escritas en castellano antiguo. El autor ha preferido transcribir la redacción original a fin de mantener la fidelidad a la edición que revisó personalmente en la Biblioteca “Marcial Martínez” de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile. Asimismo, cabe señalar que dicha edición no tiene numeración de páginas, por lo que las citas se indican de acuerdo al articulado de la obra en general. Lo ennegrecido es nuestro para resaltar alguna palabra).-

características de la esclavitud en la edad media. La mayoría de las veces las leyes prescribían que el condenado “sea metido en su poder”(del acreedor), para que “faga dél lo que quiere”. Es decir, que el acreedor de una indemnización por el homicidio, por ejemplo, puede, en compensación, disponer de la vida o persona del deudor. Así también delitos como el aborto son castigados, de acuerdo al criterio: “el que lo faze debe prender muerte”,<sup>18</sup> diferenciando si es un tercero el que lo provoca por “hierbas” o fuerza, o si es la propia mujer quien aborta culposamente; también son castigados con muerte el robo con homicidio, si por entrar en una casa para robar se termina matando a alguien. En cambio, en su versión más simple y según la raigambre germánica, el *omezillo* podía repararse con dinero y otras especies. Por ejemplo, nos dice *el Fuero Juzgo* en el Libro VI, Título V, Número XI: “Todo omne que mate á otro por su grado, e non por ocasión, debe ser penado por el omezillio”, sin especificar cuál es esa pena. Más adelante, respecto de otras normas particulares que se remiten a las leyes que regulan la materia, se detalla un largo catálogo de valores que debe pagar el culpable, de acuerdo a una jerarquización legal. Por ejemplo, a modo de síntesis, podemos mencionar que por matar a un hombre adulto en plena etapa productiva, se debían pagar “D sueldos”, por un menor “CCC sueldos”, y por una mujer “C o L sueldos”. La unidad de cuenta es, por supuesto, en números romanos, pero ignoramos el valor real de la

---

<sup>18</sup> Ibid.; Libro VI, Título IV, Número I.

unidad de pago. Por otro lado, reciben muerte el autor de parricidio, aborto e infanticidio. Persisten eso sí, ejecuciones especiales como: “Todo omne que encienda casa ajena en cibdat, o fuera, préndalo el iues, **é fágalo quemar**”... “E si el sennor non quisiere pagar enmienda por el siervo (culpable del incendio intencional), dé el siervo que lo **descabecen**”<sup>19</sup>. Sobrepasan, por su lado, las condiciones normales, los delitos de robo de tumbas, para el caso de que el culpable sea un siervo: “.. CC azotes, e sea cremado en fuego ardiente y entregue lo que tomó”<sup>20</sup>.

Respecto, ahora, de las formas usuales de la ejecución éstas serán explicitadas en la parte alusiva a las penas para los judíos que quebranten la ley: matar con sus manos, o apedrear o quemar en fuego. Pero también debe considerarse la decapitación, como para el caso del desertor que fuera comandante de cien hombres, o sea con cierto grado de oficial, y que deje a su hueste en campaña, el que debe ser “descabezado”. Una vez producida la caída del reino hispano-visigodo, tras la invasión islámica del 711, este derecho se siguió aplicando en los reductos cristianos dentro y fuera del dominio musulmán. Es así como los reinos del norte de la península, nuevamente considerándose sucesores del imperio caído, van a mantener el *Liber* como fuente principal del derecho. Sin

---

<sup>19</sup> Ibid.; Libro XI, Título II, Número I.

<sup>20</sup> Ibid.; Libro VIII, Título II, Número I.

embargo, existirán en la España de la reconquista, en especial en Castilla, tribunales que fallarán no de acuerdo al *Liber*, sino de acuerdo a su albedrío<sup>21</sup>, en una especie de fusión de costumbre y sana crítica. Este sistema nuevo, traducido en *fazañas*, será recogido por la nueva legislación bajomedieval.

### **1.3.2. ESPAÑA Y EUROPA EN LA BAJA EDAD MEDIA.**

La diversidad jurídica existente, no sólo en España sino en toda Europa, producto de los derechos propios de cada reino y ciudad, favorecieron el desarrollo del feudalismo. Pero con la entrada a escena de *Carlomagno*, el ideal de tener nuevamente la seguridad de un imperio único y omnipotente que, unido a la Iglesia, gobierne con justicia almas y cuerpos, implicó en el plano jurídico la adopción de un derecho, a su vez unificador: el *ius commune*. El Derecho Común hace revivir al Imperio Romano, esta vez de la mano de *Justiniano*, emperador romano oriental del siglo VI, de quien se “descubren” para Occidente sus obras *Instituta*, *Corpus Iuris Civilis* y *Digesta*, las que serán primero glosadas y luego comentadas en un proceso nacido en la Universidad de Bolonia, en el siglo XI.

---

<sup>21</sup> Barrientos Grandón, Javier; Op. Cit.; p. 125.-



Son estos comentaristas y glosadores quienes van a unificar los criterios jurídicos de toda la Europa cristiana. Hay que aclarar que lo que estos comentaristas hacen es trabajar sobre la base de la obra justiniana, es decir sobre derecho romano recogido esta vez no por la vía visigoda, fenómeno más bien español, sino por la vía del Imperio Romano de Oriente, el cual pervivirá hasta la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos en 1476 d.c. cerrando el gran capítulo de la Edad Media. Conjuntamente a estos sucesos, el fenómeno español, que gozaba de un sufrido aislamiento, también culminaba su lucha de reconquista, con los Reyes Católicos que conquistan Granada y se preparan para el salto a un nuevo mundo.

Entonces, revisando el panorama bajomedieval, nos encontramos con un ambiente profundamente romanizado, y, para la materia en estudio, no se nos presentan mayores variaciones respecto de lo ya analizado hasta el momento.

En definitiva, para la gran Europa, el Sacro Imperio Romano Germánico, y las posteriores repercusiones carolingias, el derecho aplicable para nuestro estudio es derecho romano. Y para el fenómeno español, el derecho en cuestión será derecho romano vulgar, recopilado por los visigodos.

Sin embargo, una obra española va a ser de vital importancia debido a su profusa extensión territorial y temporal, y será la que determinará el panorama que

nos interesa. A saber, las “Siete Partidas” de Alfonso X, el Sabio.

Este monarca nació en Toledo, España, en el 1221 d.C., hijo de Fernando III, el Santo. Fue rey de Asturias, León y Castilla entre los años 1252 y 1284. Murió en Sevilla el 1284, y fue sucedido por su hijo Sancho IV. Su pasaje a la historia no se debió precisamente a su labor gubernamental, pues, al contrario de lo que pensaría Platón, este monarca era un gran sabio, pero no necesariamente un gran gobernante. Su obra cultural, sin embargo, es extensa y variada, incluyendo obras literarias, jurídicas, históricas, científicas, y traducciones de diversos textos, entre los que se cuentan obras árabes, incluyendo al Talmud. Estamos ante un gran erudito de la época, en la posición clave para legislar y así dirigir el desarrollo de la sociedad española e incluso de la sociedad indiana, pues su obra se aplicará en los reinos de ultramar hasta después de la independencia americana, seis siglos más tarde. Pocas obras tienen el honor de tener una tan prolongada vigencia, sin embargo, hay que recalcar que ésta fue inspirada en el derecho romano.

Lo que no podemos negar es que el fortalecimiento del poder real, en especial en la España de la reconquista, fue eliminando el concepto tan vago que habíamos apreciado en el *Liber Iudiciorum* visigótico, el cual es el que la condena a muerte podía ser entregada al propio sujeto activo de la acción, principio plasmado en las expresiones ya vistas, como entregarle el reo “para que haga de él lo que

quisiere”.

Por otro lado, para este rey, al igual que para los godos, no toda muerte llevaba aparejada la condena a muerte del homicida. Por ejemplo, en el caso del homicidio culposo, es decir, sin intención expresa de matar o herir pero productor de muerte por el descuido inexcusable del homicida, la Séptima Partida, que se ocupa de la parte penal, en el título VIII, en su ley V, prescribe que la pena será el destierro en alguna isla por cinco años. Igual pena recibirá el que suplante la profesión de médico y por dicha causa muere el paciente. Sin embargo, más drástico es el castigo para el médico o cirujano que dolosamente ocupa su arte en matar a otro: merece la pena de muerte<sup>22</sup>. Interesante es el método infamante que se prescribe para el médico o farmacéutico que venda sustancias venenosas, o las administre a sabiendas con el fin de matar a alguien: “Et si por aventura matare con ellas, estonce el matador debe morir deshonoradamente, echándolo a los leones, o á canes ó á otras bestias que lo maten”<sup>23</sup>. Es claro el objeto infamante del castigo, inspirado en la gravedad del delito que no sólo atenta contra el bien jurídico vida, y contra la sociedad toda, sino también por el daño producido al lesionar y traicionar la fe pública y la confianza que se requiere en virtud del oficio que desempeña el homicida.

---

<sup>22</sup> Las Partidas de Alfonso X el Sabio; Partida VII, Título VIII, Ley VI; Real Academia Española, Ibarra, Madrid,

<sup>23</sup> Ibid.; Ley VI.-

Al igual que el *Liber*, la ley VIII de este título referente al homicidio, prescribe la muerte para aquella mujer que se provoca el aborto directamente bebiendo sustancias o autgolpeándose el vientre. Consumado el delito, **se presume que la criatura estaba viva antes de la pérdida**, lo que la hace homicida y acreedora de morir por ello. Dicha ley hace alusión a su vez a la ley XII que determina, para los autores intelectuales del delito, que la opción entre la muerte y el destierro por cinco años dependerá de si la criatura estaba viva o muerta antes de la acción dolosa. Es interesante la temprana consagración de la protección del que está por nacer en consideración a que es un ser viviente dentro del vientre y su muerte es homicida.

Tan cierta es la afirmación de la pervivencia del derecho romano en esta materia que, en la Ley VII, del Título VII, respecto al parricidio u homicidio de parientes, encontramos una normativa que ya nos es familiar: “...mandaron los emperadores y los sabios antiguos que esta persona mencionada que hizo esta maldad, sea azotado ante todos públicamente y, que lo metan en un saco de cuero y que encierren con él un perro, un gallo, una culebra y un simio; y después que él estuviera en el saco y lo echen al mar o río que estuviese mas cerca del lugar donde esto aconteciere”. Esta antiquísima forma de purgar el parricidio con el “saco” o *culleus* romano, es tristemente célebre por ser quizás la más grotesca, infamante y

alienante ejecución, que los antiguos reservaron para el delito más execrable a su entender, el homicidio de parientes, entendiendo a la familia como pilar de la sociedad y que la traición al interior de ésta tiene el mismo efecto que el ataque al Estado y la sociedad misma. El rey legislador, amplió el tipo penal incluso al parricidio frustrado mediante veneno. Este monarca tuvo en mucha estima lo ancestral de la práctica, y no dudó en revalidar esta forma específica apoyándose en la indiscutible sabiduría de aquellos romanos a los que todos tenían por ancestros. A nuestro parecer, las circunstancias de una y otra cultura eran radicalmente distintas, pues el poder del Estado como director de la sociedad en la persona del rey estaba en España, más que en ningún otro reino europeo, fortalecido. De hecho, quizás olvidó el rey sabio que en las épocas imperiales de Roma, donde los tiranos y emperadores tenían un poder similar al suyo, este tipo de ejecución había sido abolida.

Otro aspecto singular es el alcance de la omisión de la conducta debida para el siervo que no socorre a su señor que es atacado para matarlo, o que pretende suicidarse, a quien se le presume mala fe por ello y es, por tanto, merecedor de muerte.

Pero, por último, el aspecto más importante de la aplicación de la pena de muerte para el homicidio, es la prescrita para el que mata a otro con engaño: "...si

**el matador fuere caballero** u otro fidalgo, debe seer desterrado en alguna isla para siempre... débenlos heredar luego los más propincos dellos, bien asi como si el fuese muerto. Mas **si el matador fuese de vil lugar**, debe morir por ende, et sus bienes débenlos haber los parientes que han derecho de los heredar. Et tal pena como esta merecen todos aquellos de quien fablamos en las leyes deste título que deben haber pena de homecida”<sup>24</sup> . Esta discriminación tan capital en la aplicación de la pena de muerte, de acuerdo al criterio de nobleza del condenado, entendiendo como “de vil lugar” a aquel que no es noble, o sea un “villano” de las villas fuera de los feudos, es explicada en la misma ley por el rey sabio aduciendo que esto es según lo dispuesto por los emperadores, es decir por las antiguas fuentes romanas de la última época del imperio. Corrige inmediatamente, entonces su autor diciendo: “Pero según el fuero de España todo hombre que matara a otro a traición o con alevosía, sea o no caballero, debe morir por esto, según lo prescribe el título de las traiciones ”.

Tenemos entonces que, en general, la pena de muerte no se aplicará a todos los tipos penales sino sólo a los más graves, o bien a los agravados por alguna circunstancia. Por ejemplo el secuestro de niños unido a la condición de siervo del secuestrador, es penado con la muerte infamante de ser echado a las bestias. Asimismo ocurrirá en los casos del derecho militar, o de la guerra, para el desertor.

---

<sup>24</sup> Ibid.; Ley XV

Pero, al contrario de lo que pudiera pensarse en un régimen feudal, ni siquiera con respecto al homicidio puede decirse que la pena de muerte sea genérica. Sólo el homicidio calificado va a conllevar la condena a muerte. Y las calificantes van a ser variadas, dependiente de la víctima o de las circunstancias.

Respecto a la forma en que ha de llevarse a cabo, la ley 6ª del título 31 de esta Partida, prescribe que “...puede ser dada al que la mereciere, cortándole la cabeza con espada, o cuchillo, y no con segur, ni con hoz de segar; otrosí, pudiéndolo quemar, o ahorcar, o echar a las bestias bravas, que lo maten; pero los Jueces no pueden mandar apedrear ningún hombre, ni crucificarlo, ni despeñarlo de peña, ni de torre, ni de puente, ni de otro lugar.” Está derogando, en suma, las formas paganas de ejecución que prescribían las fuentes romanas, como el despeñamiento desde la roca Tarpeya, o la decapitación por el hacha u otro instrumento de trabajo, como la hoz campesina. Así mismo, evita la similitud religiosa en el caso del apedreamiento y crucifixión.

Desaparece para el rey sabio, por lo demás, la práctica romana de *manus iniectio*, en la que el infractor homicida veía sujeta su persona a la voluntad del ofendido.

Esta importante fuente del derecho va a ser usada por los jueces del viejo y nuevo mundo. Incluso será aplicada después de desaparecidas las colonias

americanas mientras los países recientemente independientes no se dicten sus propios ordenamientos penales y reciban el influjo de las corrientes racionalistas.

#### 1.4. AD MAIOREM DEI GLORIAM.-

*“Las llamas de uno a otro serpenteaban  
y en fuegos mas intensos abrasados,  
que los que el hierro funden se inflamaban.  
Los sepulcros estaban destapados,  
y del fondo salían clamorosos  
los lamentos de tristes torturados.  
Pregunté: “¿Quiénes son los dolorosos,  
Que sepultados en ardientes arcas,  
hacen oír gemidos tan penosos?”  
Y me dijo: “Ahí están los heresiarcas,  
y turba de secuaces blasfemante,  
y que son más de los que en mente abarcas.  
Ahí están semejante y semejante;  
Sus tumbas más o menos son ardientes”.  
Y girando a la diestra fue adelante  
entre muros y tristes penitentes.”*

*Dante Alighieri, “La Divina Comedia” El Infierno-Canto X Circulo Sexto:Herejía*

La Inquisición fue una institución generalmente identificada con la Edad



Media, que persistirá hasta la Edad Moderna. Sin embargo, éste es sólo el período más popular de su vigencia, ya que desde el siglo IV y V había sostenido la iglesia cristiana, apoyada en el Imperio Romano, algún tipo de combate a las herejías, por ejemplo la de los maniqueos.

Respecto del resurgimiento de esta herejía, en la alta edad media, un autor cita un informe de las Cortes de Cádiz de 1812, durante las discusiones respecto de la abolición del Tribunal del Santo Oficio en España: “La herejía de los maniqueos apareció en el siglo XII y se extendió y propagó bajo diversos aspectos y con diferentes nombres en el XIII y XIV. A esta secta pertenecían los albigenses, fraticellos, pobres de León, beguardos y beguinos, valdenses... Nacidas en Francia, se introdujeron en los países limítrofes de España, y fueron descubiertos sus sectarios y condenados en Aragón, Cataluña, Durango y Palencia. Entre otros errores enseñaban el de la comunidad de las mujeres, eran enemigos del matrimonio, del uso de los sacramentos y del culto público; y a pretexto de los defectos del clero, desobedecían a los pastores de la Iglesia, y con apariencias de humildad eran orgullosos, rebeldes y turbulentos... Dividíanse en dos clases, perfectos o consolados, como los llama la ley de Partida, y creyentes; corrían por todas partes sembrando sus errores, y seduciendo a los incautos; se retiraban de los templos, y en lugares ocultos celebraban sacrificios inmundos. No es extraño que

en la ley de Partida se asegure que de ellos venía gran daño a la tierra. Uniéronse para descubrirlos y exterminarlos las autoridades eclesiástica y civil, porque no eran menos perjudiciales a la Iglesia que al Estado; y en lugar de excitar el celo de los obispos y del clero, y especialmente la vigilancia de los magistrados y jueces, se tomó partido de enviar por todas las provincias comisionados eclesiásticos que inquiriesen y averiguasen quiénes eran los seductores y seducidos, y los entregasen a los jueces eclesiásticos y civiles para que los castigasen con las penas respectivas. A estos comisionados se llamó inquisidores. Inocencio III aprobó esta institución en el año 1204; en 1218 se extendió a Italia, Alemania e Inglaterra, y en 1232 se introdujo en el reino de Aragón. Fueron más o menos autorizados dichos comisionados o sea inquisidores; unos no opusieron a los herejes otras armas que la oración, la paciencia y la instrucción; otros fueron más ardientes y rigurosos; estos suscitaron las quejas de los pueblos, pasaron a conmociones, hízose gran mortandad de herejes, y de aquí provinieron las guerras civiles y religiosas”<sup>25</sup>.

Atendiendo al nacimiento oficial de la Inquisición, no se explica la razón de porqué se asocia en la mente popular a esta institución con la muerte en la hoguera. Lo que pasa es que la aplicación de derecho romano vulgar, así como el estudio del derecho justiniano durante el siglo XII, llevaba siempre a la misma conclusión: la pena tradicional para la herejía era la muerte por el fuego.

---

<sup>25</sup> Daniel Sueiro. “El Arte de Matar”; Alfaguara, Madrid, España, 1968; pág. 240

Asimismo se asocia con esta institución las agobiantes sesiones de tortura en contra de los inculpados, hasta llegar a confesiones que hoy nos parecen de dudosa legitimidad. Lo cierto es que ésta era la tónica usual en todos los procesos criminales de la época. Las propias Partidas regulan la pena de muerte junto a los tormentos judiciales, en el mismo cuerpo. En una época en la que apenas se vislumbraban los embriones de los derechos humanos que conocemos hoy en día, los procedimientos de la institución en cuestión no eran disímiles o extraordinarios para la sociedad de la época. Lo que si parece haber incitado a la fama de la inquisición, es la razón de que los delitos por los que se castigaban eran, de todas maneras, delitos de religión, en los que no se hacía distinción entre mujeres, niños, ancianos, animales o cosas. Pedro II de Aragón, en 1197, ordena : “Si algún hereje fuese hallado después del término señalado (el documento se refería al Domingo de Pasión de aquel año) será quemado vivo”<sup>26</sup>.

En definitiva, no fue el Inquisidor el que ordenaba la ejecución, ni menos el que ejecutaba. El inquisidor lo que hacía era investigar, apoyado por el brazo secular, y a éste se le entregaba el condenado para su ejecución con la pena correspondiente, que, como adelantamos, era la muerte por el fuego. Como ya vimos, el ser quemado vivo era también la pena impuesta para otros delitos distintos de la herejía, como por ejemplo, la falsificación de moneda, “pena que

---

<sup>26</sup> Ibid.; p. 246.-

reiteran las pragmáticas de 1658 y 1660 de Felipe IV con tal dureza, que hasta excluye la minoría de edad”<sup>27</sup>.

Pero fuera de ser la muerte en la hoguera una de las ejecuciones-tipo que facultaba el derecho de la época, es el carácter institucionalizado a nivel internacional de la persecución de la herejía, el que le da a la Inquisición su carácter, carácter que se formalizará por el Papa Alejandro III en el concilio de Letrán de 1179, cuando ordena a toda la cristiandad a proceder con energía a la represión de los nuevos herejes. Luego, Gregorio IX publica en 1232 la bula “Declinante”, dirigida al arzobispo español de Tarragona, ordenándole la búsqueda y castigo en la hoguera de los herejes de su diócesis. Por último, en 1478 los propios Reyes Católicos pidieron a Sixto IV que se estableciera la Inquisición en Castilla: “El 06 de febrero de 1478 tuvo lugar la primera ceremonia pública o auto de fe de la flamante Inquisición, y fueron quemadas en la hoguera seis personas... Empezaba el reino de Torquemada. Y el auge máximo de la Inquisición en España coincidía con su decadencia en casi todos los países europeos”<sup>28</sup>.

Carena, un inquisidor español del siglo XVI, opinaba que la muerte en la hoguera, por ser la más horrible de todas las muertes, era la merecida para el peor de los delitos: la herejía. Por ello, especialmente en España, el “Auto de Fe” es un

---

<sup>27</sup> Ibid.; p. 243.-

<sup>27</sup> Ibid.; p. 249-250.-

gran acontecimiento público, aunque esta es una constante de las ejecuciones públicas desde antes del mismo Imperio Romano. Respecto de la ejecución misma “...se empieza por plantar un madero de siete u ocho pies de altura, alrededor del cual, dejando espacio a la víctima, se construye una pira en cuadro, compuesta alternativamente de haces, troncos y paja. Antes de que llegue a la altura de un hombre, se hace entrar al reo, que, desnudo y cubierto únicamente con un camisa impregnada de azufre, es atado al poste por los pies, por el cuello y por medio del cuerpo; después se acaba de formar la pira y en seguida se le da fuego por todas partes”<sup>29</sup>. Otros autores cuentan que antes de proceder a la quema, se les permitía una oportunidad de arrepentirse, tras lo cual se aseguraban la muerte por estrangulamiento en vez del fuego. Los autos de fe se fueron haciendo cada vez más generales, y muchos, a la usanza romana, se hacían coincidir con fiestas populares, o bien se realizaban ante la presencia real. Se cuenta que a Felipe II, al asistir a un auto de fe, un condenado conocido por él le reclamó que dejare que lo quemaran, a lo que éste respondió: “Yo mismo traería leña para quemar a mi hijo si fuere tan malo como vos”.

Sin embargo, sorprende el carácter inexorable de la muerte en la hoguera para aquel no confeso y arrepentido, que de hacerlo podía ser estrangulado, o, con

---

<sup>29</sup> Ibid.; p. 250.-

mucha suerte, ser encerrado de por vida. Aunque esta última opción no era tan válida, si consideramos el estado de una calabozo de la época.

“Pues por estas burlas y las que se han referido, condenó la Santa Inquisición en Logroño a 53 personas, a 5 estatuas y a 5 esqueletos. Y por estas burlas hubo prisión, tormento, sambenito, corozas, sogas, velas verdes, burro, azotes, multas, confiscación de bienes, destierro, cárcel perpetua, afrenta pública, pena capital, garrote y brasero; y eso que perdonó o alivió el castigo a 18, porque fueron buenos confidentes”<sup>30</sup>. Esto ocurría en noviembre del 1600, y nos muestra no sólo las conmutaciones de pena para los arrepentidos, sino la curiosa condena de “estatuas” y “esqueletos”, lo que era producto de que muchos de los acusados, y finalmente condenados en los procesos inquisitoriales, morían en las cárceles y calabozos antes de ejecutarse la sentencia, o bien por el tormento mismo aplicado durante el proceso inquisitorial. Por ello, finalmente se quemaba su estatua, al igual que como ocurrirá en algunos casos de delitos comunes penados con la hoguera durante los últimos años de la legislación española en América.

Con todo, si se hace un recuento de los condenados por la Inquisición Española, apreciamos que éstos fueron en descenso, ya que el último Inquisidor General, Ramón José de Arce, que ejerció entre 1798 y 1808, condenó a sólo 20 personas, en tanto el primero de todos, Torquemada, en sus dieciocho años de

---

<sup>29</sup> Ibid.; p. 255.-

Inquisidor, de 1480 a 1498, condenó a 105.304, entre los quemados en persona y en estatua. Se puede afirmar que el promedio de la cuarentena de inquisidores generales de España, en poco más de trescientos años, fue la condena a muerte de unas cuatro mil personas cada uno, escapando notoriamente de este promedio Torquemada y sus primeros sucesores, que tuvieron a su haber a varias decenas de miles. Ahora bien, es de justicia señalar que dicen los historiadores que estas cifras no son nada comparadas con la obra del propio Enrique VIII de Inglaterra.

### 1.5. POR ORDEN DEL REY.-

*“Rey: ...¿Por qué como a capitán  
y caballero, no hicísteis  
degollarle?  
Crespo: ¿Eso dudais?  
Señor, como los hidalgos  
viven bien por acá,  
el verdugo que tenemos,  
no ha aprendido a degollar.  
Y esa es querella del muerto,  
que toca a su autoridad,  
y hasta que el mismo se queje,  
no les toca a los demás.”*

*Calderón de la Barca, “El Alcalde de Zalamea”*

El Derecho de Indias, tiene la particularidad de ser, en su origen, un derecho europeo que en el transcurso de su aplicación va cobrando vida propia. Prueba de ello es que los grandes textos legislativos españoles, vale decir Las Partidas y las leyes dictadas por los monarcas siguientes, van a aplicarse en América durante la conquista y colonia, a la par de los cuerpos legales que recogen el derecho indiano, como las Recopilaciones de Leyes. En estos textos legales, así como en los del resto de los reinos de la Edad Moderna, la pena de muerte ocupó un lugar de importancia, sino de presidencia, dentro del esquema de las penas aplicables a los delitos más graves. Sin embargo, no todos los autores piensan así, pues los más, consideraron que se hizo abuso de su aplicación. Por ejemplo, Tomás y Valiente escribe respecto del derecho penal durante el imperio español, que se aplicaba, en su opinión, una misma pena para casi todos los delitos, desde el hurto hasta el robo con violencia, desde el sodomita hasta el traidor al rey, y que esta pena siempre era la de muerte. Considera este autor que el espíritu del legislador era castigar más duramente los delitos más graves así como los más frecuentes, con lo que terminaba en preceptuar la pena capital y “...se llega paralelamente a su abuso y a su empleo cruel”<sup>31</sup>.

Nos dice, en cambio, el iushistoriador argentino Abelardo Levaggi, “La

---

<sup>31</sup> Tomás y Valiente. “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVII); Tecnos, Madrid, España, 1969; p.359.-



legislación española adoptó la pena capital para diversos delitos. Así, repasando la Séptima VII, encontramos, por ejemplo, que estaba prevista para los crímenes de lesa majestad o traición (tit.2, ley 2); de falsificación de moneda y documento público (7; 6 y 9); de homicidio (8; 2, 8, 9 y 12); de fuerza con incendio, cometido por plebeyo (10; 9); de hurto por ladrón consuetudinario, o en lugar sagrado, o por recaudador real, o de ganado de diez o más cabezas (14; 18 y 19); de adulterio (17; 13 y 14); de incesto (18; 3); de corrupción (19; 2); de violación o raptó de mujer honesta (20; 3); de bestialidad (21; 2) de herejía (26; 1 y 2), sin que quede agotada la lista. Sin embargo, sin salirnos del terreno de la ley, debemos notar la existencia, en este y en posteriores textos, de disposiciones encaminadas a limitar las posibilidades de aplicación de la pena. Y en tal sentido tenemos ya presente a la ley 8, tít. 11, lib. VIII de la Recopilación Castellana, que atenuó la severidad de la mayor parte de las antiguas penas, Al conmutar en vergüenza pública y galeras las correspondientes a hurtos calificados, robos, salteamiento en caminos y otros delitos similares o mayores”<sup>32</sup>.

Nos cuenta este mismo autor, respecto de la aplicación del derecho indiano en nuestros territorios: “En el Río de la Plata, la casi unanimidad de las causas criminales que terminaron con condenas capitales fueron por muertes, incluyendo

---

<sup>32</sup> Levaggi, Abelardo. “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense” Primera Parte; en Revista de historia del derecho N° 3; Inst. de Investigaciones de Historia del Derecho; Bs. Aires, Argentina, 1975; p. 88-89.-

muertes en tumultos. Sólo por excepción se aplicó en cambio pena de muerte a ladrones y a nefandistas. Con referencia a Chile, asienta Avila Martel no haber encontrado una caso de aplicación de sentencia capital por delitos contra las personas”<sup>33</sup>.

Concuerdan estos últimos autores sudamericanos, que la pena de muerte en América no fue tan difundida durante la administración española, como parece hacer creer cierta interpretación parcializada de la historia. De hecho, algunos propios criollos se quejaban de esta indulgencia según cita Levaggi el periódico El Telégrafo Mercantil de Buenos Aires, que en su edición del 13 de Diciembre de 1801, contenía un artículo que decía: “No hay sin castigo monarquía firme: la impunidad de los delitos facilita las culpas, aplaude, y alienta al delincuente, y aún engendra traidores, usurpa cetros, y pisa Coronas. Sin castigo pocos se abstienen de lo malo; sólo el temor reprime a los perversos”<sup>34</sup>.

Esta aparente ambivalencia de la aplicación de la pena de muerte, es paradójica de acuerdo a la filosofía que hay detrás de ella, y que se analizará en el capítulo pertinente, pues aparece que, durante la Edad Media, la pena de muerte se aplicaba a no tantos delitos, pero se cumplía, y en la Edad Moderna, prescribiendo su posibilidad con mayor frecuencia, discrecionalmente los tribunales dejaban de

---

<sup>33</sup> Ibid.; p. 90.-

<sup>34</sup> Ibid.; p. 94.-

aplicarla. La principal muestra de esta benignidad de los tribunales, se explica claramente a la luz de textos legales, para el caso de los pueblos originarios. Al contrario de los que muchos creen, la posición oficial de la Corona fue de protección para éstos. Por ejemplo, una norma legal bajomedieval, en la Partida VII, título 31, ley 8ª, se prescribía que se debe castigar más duramente al esclavo o siervo que al hombre libre. Esto lo apreciamos para algunos delitos cometidos por villanos, en beneficio de los hidalgos. En cambio, Felipe II, en 1593, mandó, según la Recopilación de Leyes de Indias VI, 10, 21, que “sean castigados con mayor rigor los españoles, que injuriaren, u ofendieren, o maltrataren a indios, que si los mismos delitos se cometiesen contra españoles”. Existió durante el periodo indiano, a favor de esta morigeración de condenas, una serie de factores y recursos que utilizaba no sólo la defensa del acusado, sino los mismos jueces para cancelar o por lo menos demorar las ejecuciones. Por ejemplo la razón del desempeño del oficio del condenado, la preñez y otros entre los cuales estaba la obligación de consultar las sentencias, y otros requisitos especiales. En efecto, la Ley 8ª del título 17 de la Recopilación de Leyes de Indias imponía “...sin embargo de lo que está dispuesto para las Audiencias de nuestras Indias, cerca de que si en la causa criminal tuviere el reo pena corporal, o de muerte,...hacen sentencia dos jueces, de tres que hayan visto la causa...: Mandamos que los Alcaldes del Crimen de Lima y México

guarden la ley de estos Reinos de Castilla, por la cual se dispone, que en los dichos casos hayan de ser, y sean tres votos conformes en uno, y no menos, y así se guarde en todas las audiencias”<sup>35</sup>.

Curiosa es la posibilidad de conmutar la pena de muerte por la del ejercicio vitalicio del oficio de verdugo del lugar<sup>36</sup>. Esta posibilidad se explica de acuerdo al carácter de la época en la que el verdugo era un personaje odiado e infame ante los ojos del vulgo, que muchas veces perdió la vida o fue maltratado a raíz de la ira popular. Se señala por algunos autores que incluso los “favorecidos” con esta oferta a veces la denegaban prefiriendo morir antes que desempeñar este ignominioso oficio. Fue Carlos V quien instruyó la protección legal a estos funcionarios auxiliares, amenazando con la pena de muerte misma a quien los atacase durante el desempeño de su encargo. Esta generó una falta de personal que no era una cuestión irrisoria en los tiempos de la colonia española, pues no existían los recursos o los medios en todos los puntos del reino, que sufrieron muchas veces de extrema pobreza. Nos comenta Levaggi: “Mas menesterosa era aún la situación de la ciudad de Santiago del Estero, cuyo Cabildo, en reunión del día 21 de Julio de 1803, dispuso oficiar al Gobernador en procura de remedio, pues careciendo de horca y verdugo estaba imposibilitada de ajusticiar a los reos condenados a

---

<sup>35</sup> “Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias”; versión de Antonio Belbes, Madrid, España; 1756.

<sup>36</sup> Levaggi, Abelardo; Op. Cit.; p.110.-

muerte”<sup>37</sup>.

Por último, dentro de los recursos para evitar la ejecución estaba el procedimiento de “quintado”, por el cual, en los casos de los delitos de “multitud”, especie de “riña” actual y revuelta, en vez de castigarse a todos los participantes, se sacaba al azar a uno de cada cinco a efecto de someterlo a la pena que correspondiere.

Una vez sentenciada la condena a muerte, se procedía a preparar la ejecución. Lo primero era preparar espiritualmente al reo, por lo que se le alojaba en una capilla destinada al efecto. De ahí la expresión popular “poner en capilla”, o “entrar en capilla”, que se usa para la situación en la que a alguien se le amonesta mediante advertencias o amenazas. Durante esta velada, que podía durar tres días, se le ofrecía al reo la tradicional “última cena”, la que era sustancialmente diferente al rancho usual en prisiones. Y es cosa de imaginar cómo se comería en una prisión del siglo XVII. A modo de ejemplo, Levaggi señala los items de la cuenta de los gastos de la puesta en capilla de un reo de principios del siglo diecinueve que incluía: chocolate y biscochuelos, pan, fruta, cigarros de papel y hoja, velas, café, vino blanco, papel de escribir y carbón.

El segundo preparativo de la ejecución era la publicidad de ésta. Ya establecían las partidas (VII, 31, 11) que “públicamente debe ser hecha la justicia

---

<sup>37</sup> Ibid.; p. 114.-

de aquellos que hubieren hecho porque deban morir, para que los otros que lo vieren, y lo oyeren, reciban ende miedo, y escarmiento; diciendo el alcalde, o el pregonero ante las gentes, los yerros porque los matan”. Esta ley originó la práctica de los pregoneros que precedían cual desfile al reo condenado.

Excepciones, eso sí, se hicieron en virtud de la dignidad de los condenados y de las circunstancias del momento. Por ejemplo, a nuestro descubridor, el Adelantado Don Diego de Almagro, quien fue mandado ejecutar por Francisco Pizarro tras vencerle en 1540, según se relata por López de Gomara, citado por Levaggi: “...ahogáronle, por muchos ruego, en la cárcel, y después lo degollaron públicamente en la plaza”. Cita este autor, por otro lado, que la Audiencia de Buenos Aires, en 1790, dirigió una carta al Gobernador del Paraguay, a fin de que expusiera sobre la posibilidad de ejecutar la pena de muerte respecto de dos indios reos por homicidio “...sin recelo alguno de que la nación Payagua unida con otras, o sola pueda causar daños, o perjuicios en aquella jurisdicción”.

La conducción al patíbulo requería la organización de una procesión compuesta por el pregonero, sacerdotes, escribano, alguaciles, tropa, y, por supuesto, el reo. Generalmente iría montado en una bestia de carga, o, en el peor de los casos, arrastrado dentro de un saco o de un cuero. Reza una sentencia del 7 de noviembre de 1787, en Córdoba, citada por Levaggi: “...se le extraerá de la cárcel

aprisionado de pies, y manos siendo conducido al lugar del suplicio arrastrado sentado en un pellejo, y sogas al cuello, tirado de la cola de un jumento, y a voz de pregonero que publique a trechos esta sentencia”.

Los tres métodos habituales en los siglos XVI a XVIII de ejecutar la pena de muerte eran la horca, la decapitación y el garrote. La primera para los villanos, la segunda para los nobles, y la tercera como fórmula intermedia. Los tipos de ejecución especial, prescritas por la partidas, se aplicaban sólo simbólicamente, como en el caso de la pena por parricidio, que, como vimos anteriormente, se hacía mediante la técnica romana de introducir al condenado en un saco o tonel con cuatro animales y echarlo al río más cercano. Según cuentan algunos cronistas de la época, se procedió primero a introducir al condenado ya muerto dentro del saco, y, por último, a colocar el cadáver ya ajusticiado en un tonel con pinturas de los animales reglamentarios, para sumergirlo en el agua y luego enterrar el cuerpo.

En los primeros años de la colonia española, la mayoría de ejecuciones eran decapitaciones, pero ya a finales de esta, progresivamente, la horca fue el medio más difundido, en concordancia con el origen plebeyo de la mayoría de los ciudadanos. Además, la decapitación al estilo del siglo XVI no era, como para los franceses revolucionarios, garantía de una muerte más rápida y piadosa, pues dependía de la destreza del verdugo, quien, de no manejar bien la espada, podía

prolongar la agonía del reo tanto como el estar colgado del cuello en la horca. En efecto, lo ignominioso de la horca era que la muerte no se producía necesariamente por la rotura del cuello al dejársele caer de cierta altura, como se aprecia en las películas del oeste, sino que eran simplemente suspendidos en el aire de una soga al cuello hasta que la asfixia los matara, o el cuello cediera. A esto súmese el pataleo y el quedar suspendido a la vista del público. De más está decir que, a pesar del sentir del pueblo que muchas veces se dirigía a favor del reo, las órdenes reales preceptuaban que a pesar de que se cortara la cuerda de la horca, el suplicio debía llevarse a efecto de todas maneras.

Más popular fue el uso del garrote, que, como se podría pensar en el lenguaje actual, no se refiere a matar a golpes al sentenciado sino que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el garrote “...es el instrumento para ejecutar a los condenados a muerte, que consiste en un aro de hierro con que se sujeta, contra un pie derecho, la garganta del sentenciado, oprimiéndola enseguida por medio de un tornillo de paso muy largo hasta conseguir la estrangulación”. El espectáculo, menos oprobioso y grotesco que la muerte en la horca, conjuntamente con la disminución de la población noble, hizo de este instrumento el adecuado para aquellos sentenciados menos viles. No obstante, al igual que en la decapitación por espada, dependía de la maestría del verdugo su utilización, si bien



la mayoría de ellos parecía inclinarse por el instrumento llegando a utilizarlo previamente a cumplir las condenas indicativas de otra forma, como la horca.

Señalaremos además que, aparece en esta etapa de manera excepcional para los reos militares, en las ocasiones que no hay verdugo que proceda a su ejecución, el fusilamiento, o arcabuceamiento, de acuerdo al arma de fuego recién aparecida e incorporada a los ejércitos.

Por último, cabe mencionar, como caso especialísimo, la muerte por descuartizamiento que se le aplicó a ciertos personajes de la colonia, debido a la publicidad de su proceso y de los delitos de que fue acusado. Es el caso de la muerte de los líderes de la revolución peruana de 1780, especialmente de José Gabriel Condorcanqui, más conocido como *Tupac Amaru*. Se les acusó de los más graves crímenes de lesa majestad divina y humana, lo que conllevó a una ejecución plagada de tormentos, que incluyeron que fuera testigo presencial de las ejecuciones en la horca y el garrote de su tío, mujer e hijos. Al caudillo le fue sentenciado la muerte por descuartizamiento, mediante el amarre de sus extremidades a cuatro caballos que corrieran en diferentes direcciones luego de espantarlos. De acuerdo a un documento citado por Levaggi, consistente en una carta anónima fechada en Lima el 15 de abril de 1781, "...cerró la función el rebelde José Gabriel, a quien lo sacaron a media plaza, allí le cortó la lengua el

verdugo, y despojado de los grillos, y esposas le pusieron boca abajo en el suelo, atáronle a manos y pies cuatro lazos, y asidos éstos a las cinchas de cuatro caballos que gobernaban cuatro mestizos, a cuatro distintas partes, espectáculo que jamás se ha visto en esta ciudad, no sé si porque los caballos no fuesen muy fuertes, o porque el indio fuese en realidad de hierro, no pudieron absolutamente dividirlo después que por un largo rato lo estuvieron tironeando de modo que lo tenían en el aire en estado que parecía una araña, tanto que el Señor Visitador movido de compasión porque no padeciera más aquel infeliz, despachó desde la Compañía una ordenanza mandando que le cortase el verdugo la cabeza como se ejecutó<sup>38</sup>. Por curiosa ironía, aquél a quien por ser de los primeros sublevados contra la corona española, se le reservó la muerte más indigna y brutal que se ha practicado en la América hispana, gracias a su fuerza o a la simple fortuna, terminó recibiendo la muerte reservada a la nobleza.

---

<sup>38</sup> Ibid.; p.163.-

## 1.6. LIBERTÉ, EGALITÉ Y FRATERNITÉ.-

*“¡Ah, ya vendrá, ya vendrá, ya vendrá!*

*Los aristócratas a ser colgados en una farola*

*¡Ah, ya vendrá, ya vendrá, ya vendrá!*

*A los aristócratas vamos a colgarlos.”*

*“Ça ira”, Canción de Guerra durante la Revolución Francesa, 1792*

El sistema medieval y monárquico va a decaer finalmente con la Revolución Francesa, que, como toda revolución que se precie, cometió excesos sólo valorables por quienes veían en la instauración definitiva de su ideología la justificación de todos los medios para lograrlo. Durante la revolución francesa se condenó a muerte a presos políticos, y a presos por delitos “comunes”, si podemos pensar que un preso político comete delito sólo por ser un detractor político (como ocurrió en esta revolución), y no por haber cometido algún delito motivado por razón política. Entre éstos cayeron nobles y vulgares que tuvieron desde siempre, como ya hemos visto anteriormente, un trato diferente a la hora de ser ejecutado. Diferencias romanas entre hacha y cruz y diferencias medievales entre espada y horca, por ejemplo, fueron niveladas por la Revolución Francesa que, como se dice por muchos autores, conjuntamente con hacer a todos los ciudadanos iguales ante la ley, los hizo iguales ante la muerte. Hablar de la pena de muerte en la Revolución

Francesa, es hablar de la Guillotina, que debe su nombre a Joseph Ignace Guillotin, ex novicio jesuita y luego Médico que fue diputado de los Estados Generales, quien en 1789 propuso abolir los tormentos que eran aplicados a los condenados. Conocida es la ironía de que Guillotin fue candidato a su propio instrumento, pero el no murió sino hasta 1814. Además, la Guillotina no fue su invento, y tampoco llevó su nombre hasta mucho después, pues en un comienzo se le bautizó popularmente como “Louissette” o “Petit Louison”. La guillotina fue adoptada después de los debates ante la Convención Nacional, respecto de la necesidad de evitar el exceso de sufrimiento en las decapitaciones de los condenados a muerte. Ya comentamos en el título anterior que dependía de la destreza del verdugo el que el corte sea limpio y la muerte instantánea. Y no podemos esperar mucho de la psicomotricidad fina y gruesa de un europeo analfabeto que no pudo encontrar otra ocupación más decente que el oficio más indigno de su época. Por ello, algunos autores dicen que fue un decreto del 21 de enero de 1790 en París el que dictaminó: “En todos los casos en que la Ley pronunciare la pena de muerte contra un acusado, el suplicio será el mismo cualquiera sea el delito: el criminal será decapitado, y lo será por medio de una máquina”. Otros autores fijan la implantación de la guillotina en un acuerdo de la Asamblea Legislativa de 1792 que adopta la máquina tras un informe científico y garantizador realizado por el doctor Louis, Secretario

Perpetuo de la Academia Francesa de Cirugía. Quizás de allí el nombre con que fue conocida popularmente en un comienzo. Pero también es un Luis el más ilustre de sus “usuarios”, el Rey Luis XVI de Francia, y su familia. Maximiliano Robespierre, en un discurso en la Convención Nacional del 13 de Noviembre de 1792, dice “Yo, personalmente, detesto la pena de muerte y con respecto a Luis no siento ni odio ni afecto; sólo odio sus crímenes. Pero un Rey destituido en el seno de una Revolución que dista lejos de estar firmemente anclada por medio de leyes justas; un rey cuyo solo nombre provoca el flagelo de la guerra: ni la prisión ni la relegación pueden hacer que la existencia de este Rey sea indiferente para el bien público. Con profundo dolor expreso la fatal verdad: es mejor que muera Luis y no que pierdan la vida cien mil ciudadanos virtuosos; Luis debe morir, porque la Patria debe vivir”<sup>39</sup>. Al término del proceso, se declaró lo siguiente: “1. - La Convención Nacional declara que Luis Capeto es culpable de haber conspirado contra la libertad de la Nación y de haber atentado contra la seguridad pública del Estado. 2.- La Convención resuelve que Luis Capeto ha de sufrir la pena capital. 3.- La Convención rechaza la solicitud de Luis Capeto de someter la sentencia de la Convención a una consulta popular. 4.- El Comité Ejecutivo comunicará esta resolución a Luis Capeto en el mismo día de hoy, tomará las necesarias medidas de

---

<sup>39</sup> VV.AA. “La Revolución Francesa en sus documentos”; Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1990; p. 129.-

seguridad para que la resolución sea hecha efectiva dentro de veinticuatro horas e informará inmediatamente a la Convención de la ejecución”<sup>40</sup>. En todo caso, se dice que la primera ejecución en la guillotina se llevó a efecto el 25 de abril de 1792, a Jacques Pelletier, un reo condenado como “salteador de caminos”, o sea robo con violencia en la vía pública. La máquina había sido encargada por la Convención a un mecánico alemán constructor de clavicordios llamado Schmidt, que adoptó los bosquejos que hizo Guillotin basándose en las experiencias medievales de Milán, la “Patente Ranza” italiana, y de algunos inventos parecidos en Irlanda. Dos siglos antes, el célebre Alberto Durero, al decorar en 1521 el Gran Salón del Ayuntamiento de Nuremberg, representa en uno de los frescos del techo una versión de la ejecución romana del hijo de *Tito Manlius* por medio de una especie de guillotina muy perfeccionada.

Mucho se discutió, y eso es lo importante para nuestro estudio, sobre el efecto real de la decapitación por guillotina. No olvidemos que el espíritu de este aparato era el evitar el sufrimiento al condenado, lo que sería una verdadera revolución en la aplicación de la pena capital en la historia, pues rompe con la tradición de querer “recompensar” la gravedad del delito con el dolor o el carácter infamante de la ejecución. Ahora bien, es cierto que se llegó a ciertos extremos apasionados con tal de defender el proyecto, como el decir de Guillotin que el

---

<sup>40</sup> Ibid.; p. 131.-

decapitado de esta forma “no sentiría más que un ligero frescor en el cuello”. La opinión más autorizada de la época fue la del doctor Louis, quien dijo en su informe: “La experiencia y la razón nos demuestran que el sistema empleado anteriormente para cortar la cabeza a un criminal le expone a un suplicio más horrible que la simple privación de la vida, que es el objeto formal de la Ley. Para conseguirlo, es preciso que la ejecución sea instantánea y de un golpe; los ejemplos prueban cuan difícil es lograrlo. Nadie ignora que los instrumentos cortantes producen poco o ningún efecto cuando hieren perpendicularmente. Examinándolos con el microscopio, se ve que son sierras más o menos finas, que hay que hacer actuar sobre los cuerpos que se quiere dividir. Considerando la estructura del cuello, cuyo centro es la columna vertebral, compuesta de varios huesos encajados unos en otros de modo que no dejan junturas, no puede haber una seguridad de una pronta y perfecta separación, confiándola a un agente que puede variar de dirección por causas morales o físicas; es indispensable, para la seguridad del procedimiento, que dependa de medios necesarios invariables, cuya fuerza y efecto puedan igualmente determinarse”<sup>41</sup>.

Patéticos deben haber sido los rostros de los presos en la prisión de Bitreces, el día 17 de abril de 1792, cuando en su patio se practicó el ensayo general de la máquina probando la cuchilla recta italiana y la oblicua de Guillotin, sobre tres

---

<sup>41</sup> Sueiro, Daniel; Op. Cit.; p. 384.-

cadáveres facilitados al efecto por los hospicios de la ciudad.

Sin embargo, como todo artefacto humano, se está expuesto al error. Ya sea por defectos de fabricación o por fallas en su mantención u operación, se provocaron grotescos espectáculos en las ejecuciones de condenados. Si las cuchillas no estaban bien afiladas, o si se desviaban del cauce que debía otorgarle las canaletas verticales, o, incluso, si el condenado tenía la voluminosidad o musculatura que impidiera el corte rápido del común, se provocaba un sufrimiento al ejecutado que desvirtuaba el propósito mismo del aparato. Y siguiendo la costumbre de que si fallaba la cuerda se traía otra para colgar, las crónicas cuentan de ejecuciones en que se realizaron varios intentos fallidos antes de que resultara, o, incluso, de condenados que tuvieron que esperar que la guillotina fuese reparada antes de volver a usarla. Con todo, debemos recalcar que, en porcentaje de efectividad, superó con creces a los más diestros verdugos medievales y posteriores con hachas y espadas.



## 1.8. POR LA RAZON O LA FUERZA.-

*“El General Carrera se mantenía gallardo y sereno, como si estuviera presidiendo una asamblea popular y no esperando la muerte...*

*...En seguida, cuando ya los cañones de los fusiles se enfocaban sobre su cuerpo, el general chileno levantó la mirada hacia las lejanas cumbres de los Andes, se irguió con majestad y, poniéndose la mano sobre el corazón, gritó a plena voz: ¡Muero por la libertad de América! No terminaban los ecos de repetir su frase cuando resonó la estruendosa descarga. El caudillo quedó un segundo con los brazos alzados al cielo, después pareció empinarsse como si fuera a volar, y terminó por desplomarse de frente, hundiendo la cara en el polvo.”*

*Jorge Inostrosa, “Los Húsares Trágicos”, Capítulo XII, Tomo IV*

Las ideas revolucionarias y libertarias surgidas a raíz de la Revolución Francesa, así como la rebelión norteamericana iniciada en 1776, influyeron en la causa independentista que germinaba en latinoamérica. Es entonces que en el Chile

colonial, así como en otras colonias españolas, van a coexistir dos sistemas jurídicos, cuales son el de la antigua legislación española, que incluía desde las Partidas a las recopilaciones modernas, junto con el de los primeros ordenamientos nacionales emancipados. Vinieron a coexistir ambos órdenes normativos, por lo demás excluyentes uno del otro, con la alternancia que merezca la estabilidad republicana de cada país en cuestión. Sin embargo, los ideales franceses y norteamericanos van a prender incluso en España, que modificará asimismo sus códigos penales y de procedimiento, más o menos en las mismas fechas que esto ocurre en América, de acuerdo al criterio codificador que surge en el mundo del derecho durante el siglo XIX.

Surgen pronto los primeros atisbos del debido proceso, tal como en la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de Junio de 1776, que en su número 8 dice: “Que en los procesos criminales o de pena capital el acusado tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación a ser confrontado con acusadores y testigos, a aducir testimonios en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo unánime consentimiento no podrá ser considerado como culpable;”.

Mientras tanto, en Chile, la Real Audiencia, constituida por tres oidores, se mantuvo vigente aplicando ley española desde 1609 hasta 1811, en la que fue

suprimida tras el “Motín de los Figueroa”, para luego reaparecer durante la Reconquista, desde fines de 1814 hasta 1817. La Real Audiencia aplicó diversas fuentes, las cuales muchas se han revisado ya en los capítulos tratados sobre el periodo medieval (alto y bajo) y el derecho indiano. Estas fuentes son el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, Leyes de Estilo, Fuero Real, Las Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas Reales de Castilla, Recopilación y Novísima Recopilación, y Leyes de Indias. Estas fuentes van a ser la base o fuente más o menos mediata de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, por lo mismo mantendrán en general la prescripción de pena capital para los más graves delitos contemplados en estos cuerpos. Lo que si va a variar, definitivamente desde la Revolución Francesa, es el modo igualitario de aplicar la pena de muerte, variando entre el fusilamiento a la horca según la colonia emancipada.

En Europa, fuera del fenómeno francés y español indefectiblemente unidos a principios del siglo XIX por la espada de Napoleón y el pincel de Goya, en los países anglosajones se mantenía un estricto rigor penal, donde, como nos relata Daniel Sueiro: “En 1800 todavía se castigaban con la muerte en Inglaterra más de 200 delitos, entre los que se encontraban el robo de nabos, la asociación con gitanos, los daños causados a los peces de los estanques, enviar cartas amenazadoras, cazar o pescar en vedado, cortar árbol ajeno, ser hallado armado o

disfrazado en un bosque... Un viajero llamado George Curikshank ve en 1818 “diversos seres humanos ahorcados delante de Newgate y con gran horror comprobé que eran mujeres. Me informé y supe que era porque habían puesto en circulación billetes falsos de libra esterlina”<sup>42</sup>.

En un país latinoamericano distinto de la tradición hispánica, como lo es Brasil, tras su independencia *sui generis* en 1822, la pena capital era contemplada para unos 50 delitos. El primer Código Penal Brasileño, de 1830, incluía la pena de muerte en la horca para crímenes como la insurrección de esclavos y el homicidio calificado. En todo caso, dice la tradición jurídica brasileña que la pena de muerte, si bien no ha sido nunca abolida, en los hechos no se aplica desde 1855, oportunidad en que fue ejecutado Manuel Mota Coqueiro, de quien se comprobó su inocencia posteriormente a su ejecución, con lo que se impuso consuetudinariamente que ningún juez volviera a atreverse a condenar en tal sentido, por lo menos para delitos comunes.

Bolivia, mientras tanto, se regula extensamente, más de lo acostumbrado en la época, en el Código Penal de 1834, que en sus artículos 50 a 57 detalla la manera de ejecución y las figuras a las que se aplicaba.

México, como la más española de las nuevas repúblicas, mantuvo desde el comienzo la pena capital, pero con la particularidad de que desde 1823, por medio

---

<sup>42</sup> Op. Cit.; p.17 y 18.-

de una serie de leyes especiales, se aplicó a los asaltantes de caminos, convirtiéndose en la forma de eliminar a muchos enemigos políticos.

En Chile, el primer y único Código Penal entra en vigencia en 1875, manteniéndose hasta esa fecha la regulación de materias penales de acuerdo a la normativa española-indiana y sólo algunas pocas leyes republicanas. En 1846 se constituyó una primera comisión de cuatro juristas a los que se le encargó la redacción de un Código Penal y uno de Procedimiento Penal. El orden gubernamental que les encomienda dicha misión, le encarece a la comisión que no se extremen en la prodigalidad de la pena de muerte. La comisión terminó por disolverse sin terminar su cometido. Situación similar resultó el encargo en 1852 al jurista Antonio García Reyes y en 1856 a don Manuel Carvallo. Este último, ministro embajador de Chile en Bélgica, eso sí, despachó un proyecto fuertemente influenciado por el Código Penal de dicho país. Es en 1870 que se crea la comisión que finalmente tendrá éxito. En el mensaje con que el Ejecutivo envía el proyecto al Congreso para su aprobación, se dice: “Ha creído la Comisión Redactora, que debía conservar la pena de muerte, limitándola sólo a aquellos delitos que, como la traición, el parricidio, convierten al delincuente en un enemigo declarado y en un peligro para el orden social. La agravación de otros delitos a los cuales debe corresponder en casos ordinarios la mayor pena fuera de la muerte, hace

indispensable también la aplicación de ésta última, para que la ley tenga alguna sanción en esos casos especiales de depravación”.

Por último, en este Código, se mantiene la tendencia de apartarse de sus fuentes inspiradoras, como el derecho español y francés, al instaurar como forma de ejecución el fusilamiento, en vez del estrangulamiento y la decapitación, respectivamente. Se termina finalmente con los adicionantes disuasivos e infamantes, consistentes en el descuartizamiento y exposición pública del cadáver. Recordemos que el propio José Miguel Carrera y sus hermanos, fusilados en Mendoza, Argentina, una vez consolidada la independencia, fueron expuestos de esa manera, no sin dejar de mandarle la cuenta de los gastos de ejecución a su padre, el anciano don Ignacio de la Carrera.

## **1.9. NACIONES DEL MUNDO.-**

No cabe duda que el panorama civil, militar, político y jurídico, va a variar en forma sustancial, durante el siglo XX. Quizás, en este siglo se han roto patrones que durante siglos se mantuvieron inalterables en su esencia, debido no sólo a la globalización económica, y al aumento de tecnologías que hacen más rápidas las comunicaciones y los transportes, sino que también por la existencia de los dos

grandes hitos bélicos de la era contemporánea, la primera y segunda guerra mundial. Quizás podríamos decir que la primera fue un alerta del principio del quiebre del sistema mundial, y que, unida a la conflagración económica de los años veinte, provocó el quiebre definitivo en su segunda versión.

Es por estos singulares acontecimientos que se va consagrando la doctrina de los derechos humanos que se fue gestando desde la revolución francesa en adelante. La patética matanza de miles de soldados en inútiles trincheras, la muerte de civiles en las calles hambrientas, y las masacre de miles de judíos y minorías étnicas después, vinieron a repensar el otrora indiscutido poder del Estado sobre la vida y la muerte de los ciudadanos. Salvo en los regímenes comunistas y otros gobiernos totalitarios, como el fascismo italiano y el nacionalsocialismo, el Estado no será ya el órgano supremo e infalible. Es más, aparece por sobre el Estado un orden supranacional.

La principal fuente de este nuevo orden es la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, firmada por muchos países, entre ellos Chile, con ocasión de la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Pero antes de esta magna carta, tuvo ocurrencia el proceso judicial quizás más discutible, pero a la vez el más alabado, de la historia: El Juicio de Nuremberg a los criminales de guerra nazis, que se llevó a cabo ante un Tribunal Militar

Internacional (compuesto sólo por la alianza vencedora), entre el 14 de Noviembre de 1945 y el 01 de Octubre de 1946, en la localidad de Nuremberg, contra 22 acusados, los que en su mayoría terminaron en la horca.

En definitiva, ya no cabe hablar ahora de la pena de muerte como parte de un sistema mundial, pues en el mundo actual se han consolidado dos grandes tendencias, la de mantener la pena de muerte en los ordenamientos jurídicos, y la abolicionista, que busca su total extirpación.

La política de promoción de los Derechos Humanos de la Unión Europea, como caso emblemático de una tendencia que busca imponerse en el mundo, se basa en el principio de la coherencia de los derechos fundamentales (es decir, no existirían supuestas incompatibilidades entre derechos fundamentales de igual jerarquía) entendiendo como el pilar de éstos el Derecho a la Vida. La pena de muerte, por su parte, es entendida como contraria al Derecho a la Vida, y por tanto la Unión Europea promueve la abolición de la pena capital como un criterio político vigorosamente sustentado y aprobado por todos sus Estados miembros.

Además de los Estados miembros, todos los estados asociados de Europa Central y oriental y los Estados asociados de Chipre y Malta han abolido ya la pena de muerte para delitos comunes, y la mayor parte de ellos para todo tipo de delitos. Pero la Unión Europea pretende ir más allá, en lo que podría considerarse una



política intervencionista, preocupándose de la situación fuera de las fronteras europeas.-

El Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó, en junio de 1998, directrices para la política de ésta respecto de los países no miembros, sobre la cuestión de la pena capital. Mientras alcanza su objetivo último de abolir definitivamente la pena máxima de manera universal, la Unión Europea se propone que se reduzca progresivamente su aplicación, y promueve una serie de salvaguardias y restricciones para los casos en que ésta se aplique.

La Unión Europea ha invitado constantemente a los Estados que todavía no lo han hecho, a firmar los dos instrumentos que importan la prohibición de la pena capital; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en su caso, el Protocolo N° 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Desde que se aprobaron las Directrices, el número de gestiones ante gobiernos de países no miembros ha aumentado considerablemente. Si bien no le ha sido posible intervenir en todos los casos de eventual aplicación de la capital, sobre la base de las Directrices, la Unión Europea ha intervenido en una serie de ellos cuanto, por ejemplo, mediaban especiales consideraciones humanitarias, entre

ellas la aplicación de la pena de muerte a menores, a discapacitados mentales o casos de delitos sin violencia.

En ese contexto, ha puesto de relieve la oposición a la pena capital, sea cual sea el Estado que la pretende aplicar (Especialmente complicado resulta el diálogo con países como China y Estados Unidos quienes, aplicando a gran escala la pena de muerte, tienen mucho peso en el concierto internacional).

El 29 de junio de 1999, la Presidencia de la Unión Europea reiteró, a raíz de la pena de muerte dictada en Turquía contra *Abdullah Ocalan*, su oposición como cuestión de principio a la pena capital, con independencia de quién sea el acusado y cuál el delito que se le imputa.

La abolición universal de la pena de muerte es también un objetivo del Consejo de Europa, donde supone un criterio de adhesión importante. La pena capital ha sido también uno de los temas seleccionados para el mecanismo de control del Comité de Ministros. Los nuevos Estados miembros asumen la obligación de suspender la aplicación de la pena de muerte desde el momento de su adhesión al Consejo de Europa y abolirla en un plazo determinado, La Unión Europea, que sigue atentamente el cumplimiento de esos compromisos, no ha dejado pasar desapercibidos los avances abolicionistas. Por ejemplo, cuando

Estonia abolió la pena capital en 1998, la Unión Europea emitió una declaración donde celebraba ese acontecimiento.

Por ello, la situación actual de los países puede ser: la de mantener la pena de muerte para todo tipo de delitos, la de mantener la pena capital sólo en caso de delitos especiales (estado de guerra, traición a la patria, etc.), o la de abolir definitivamente la pena de muerte. Intermedia es la posición *de facto* de algunos países, como Brasil por ejemplo, que no obstante mantener vigente la pena capital, no la ha vuelto a aplicar desde el siglo pasado, según lo indicamos. Situación similar es la que se mantuvo en Chile en la última década del siglo XX.

En el resto del mundo, respecto de la forma de aplicación de la pena de muerte, existen unos cuatro métodos comunes, que son el fusilamiento, la horca, la silla eléctrica y la decapitación. A esto hay que sumar el sistema de la cámara de gases e inyección letal, inventos más modernos que siguen la huella de Guillotin, procurando hacer más rápida e indolora la muerte del ejecutado. A saber, en la cámara de gases, el condenado es obligado a permanecer, y respirar, atado a una silla dentro de una cámara sellada donde se dejan caer píldoras de cianuro dentro de baldes de ácido sulfúrico, provocando la rápida evaporación de los componentes en ácido cianhídrico, que provoca un paro generalizado de todos los sistemas al ser inspirado.

La silla eléctrica, la cámara de gases, la inyección letal y la horca, son las formas usuales en los estados norteamericanos. La decapitación por espada fue la forma típica en China y otros países del sudeste asiático, hoy es el fusilamiento. En América del sur se prefiere también el fusilamiento. En los países de raigambre islámica, así como en los de tradición británica, se prefiere la horca. En Francia y su ex - colonias se usaba la guillotina, y en España el garrote, etc. Por último, concluiremos este capítulo sobre la pena de muerte en la historia, con un anexo que representa un cuadro resumen del estado actual de la pena capital en el mundo. Cabe destacar, que muchos países han abolido la pena capital para el sólo efecto de delitos comunes, diferenciando éstos de los cometidos en tiempos de guerra, u otra categoría especial propia de cada Estado. En el cuadro pertinente se señala la indicación correspondiente según cada país.

**2. ESBOZO DE LA PENA DE MUERTE EN LA EPOCA  
CONTEMPORANEA.**

**I. ESTADOS QUE CONTEMPLAN LA PENA DE MUERTE EN SUS  
LEGISLACIONES PARA DELITOS COMUNES Y/O ESPECIALES.-**

<b><u>ESTADO</u></b>	<b><u>TIPO DE EJECUCION</u></b>
Afganistan	HORCA
Albania	FUSILAMIENTO
Arabia Saudita	DECAPITACION
Argelia	FUSILAMIENTO
Armenia	FUSILAMIENTO
Bahamas	HORCA
Bermudas	FUSILAMIENTO
Brunei	HORCA
Butan	HORCA
Camerun	GUILLOTINA
Corea Del Norte	FUSILAMIENTO

Corea Del Sur	HORCA
Costa De Marfil	FUSILAMIENTO
Cuba	FUSILAMIENTO
Chad	FUSILAMIENTO
China	FUSILAMIENTO
Egipto	HORCA
Emiratos Arabes	DECAPITACION
Estados Unidos	SILLA ELECTRICA, CAMARA DE GASES
Etiopia	HORCA
Gambia	FUSILAMIENTO
Ghana	HORCA
Granada	FUSILAMIENTO
Guatemala	FUSILAMIENTO
Guinea	FUSILAMIENTO
Guyana	HORCA
India	HORCA
Indonesia	FUSILAMIENTO
Irak	HORCA

Iran	FUSILAMIENTO
Jamaica	HORCA
	HORCA
Jordania	HORCA
Kenya	HORCA
Kuwait	HORCA
Laos	DECAPITACION
Libano	HORCA
Liberia	HORCA
Libia	HORCA
Madagascar	GUILLOTINA
Malasia	HORCA
Mali	FUSILAMIENTO
Marruecos	FUSILAMIENTO
Mauritania	FUSILAMIENTO
Mongolia	FUSILAMIENTO
Niger	FUSILAMIENTO
Nigeria	HORCA
Nueva Guinea	FUSILAMIENTO

Oman	HORCA
Pakistan	HORCA
Palestina	HORCA
Rep. Centroafricana	FUSILAMIENTO
Rep. Del Congo	HORCA
Rep. Dominicana	FUSILAMIENTO
Rusia	FUSILAMIENTO
Senegal	FUSILAMIENTO
Sierra Leona	HORCA
Siria	HORCA
Somalia	HORCA
Sri Lanka	HORCA
Sudán	HORCA
Surinam	HORCA
Swazilandia	HORCA
Tailandia	FUSILAMIENTO
Taiwan	SILLA ELECTRICA, HORCA, FUSILAMIENTO
Tanzania	HORCA
Togo	FUSILAMIENTO



Trinidad Y Tobago	HORCA
Turquia	HORCA
Ucrania	FUSILAMIENTO
Uganda	HORCA
Vietnam	GUILLOTINA
Yemen	DECAPITACION
Yugoeslavia	FUSILAMIENTO

II. ESTADOS QUE HAN ABOLIDO LA PENA DE MUERTE PARA  
DELITOS COMUNES Y/O DE TODO TIPO.-

<b><u>ESTADO</u></b>	<b><u>FECHA</u></b>	<b><u>DELITOS</u></b>	<b><u>TIPO DE EJECUCION</u></b>
Alemania	1987	TODOS	GUILLOTINA
Andorra	1990	TODOS	FUSILAMIENTO
Angola	1992	TODOS	HORCA
Argentina	1984	COMUNES	FUSILAMIENTO
Australia	1985	TODOS	HORCA
Austria	1968	TODOS	FUSILAMIENTO
Azerbaijan	1998	TODOS	FUSILAMIENTO

Belgica	1996	TODOS	GUILLOTINA
Bolivia	1997	COMUNES	FUSILAMIENTO
Bosnia-Herzegovina	1997	COMUNES	FUSILAMIENTO
Brasil	1979	COMUNES	FUSILAMIENTO
Bulgaria	1998	TODOS	FUSILAMIENTO
Cabo Verde	1981	TODOS	FUSILAMIENTO
Camboya	1989	TODOS	FUSILAMIENTO
Canada	1998	TODOS	FUSILAMIENTO
Colombia	1910	TODOS	FUSILAMIENTO
Costa Rica	1877	TODOS	SIN ANTECEDENTES
Croacia	1990	TODOS	FUSILAMIENTO
Chipre	1983	COMUNES	FUSILAMIENTO
Chile	2001	COMUNES	FUSILAMIENTO
Dinamarca	1978	TODOS	HORCA
Ecuador	1906	TODOS	FUSILAMIENTO
El Salvador	1983	COMUNES	FUSILAMIENTO
Eslovaquia	1990	TODOS	HORCA
Eslovenia	1989	TODOS	FUSILAMIENTO
España	1995	TODOS	GARROTE

Estonia	1998	TODOS	FUSILAMIENTO
Fiji	1979	COMUNES	SIN ANTECEDENTES
Finlandia	1972	TODOS	FUSILAMIENTO
Francia	1981	TODOS	GUILLOTINA
Georgia	1997	TODOS	FUSILAMIENTO
Grecia	1993	TODOS	FUSILAMIENTO
Guinea-Bissau	1993	TODOS	FUSILAMIENTO
Haiti	1987	TODOS	FUSILAMIENTO
Holanda	1982	TODOS	HORCA
Honduras	1956	TODOS	FUSILAMIENTO
Hungria	1990	TODOS	HORCA
Irlanda	1990	TODOS	HORCA
Islandia	1928	TODOS	SIN ANTECEDENTES
Islas Mauricio	1995	TODOS	HORCA
Islas Salomon	1966	TODOS	HORCA
Israel	1954	COMUNES	HORCA
Italia	1994	TODOS	HORCA
Japon	1975	TODOS	HORCA
Letonia	1999	COMUNES	FUSILAMIENTO

Liechtenstein	1987	TODOS	FUSILAMIENTO
Lituania	1998	TODOS	SIN ANTECEDENTES
Luxemburgo	1979	TODOS	FUSILAMIENTO
Malta	1971	COMUNES	SIN ANTECEDENTES
Mexico	1937	COMUNES	FUSILAMIENTO
Moldavia	1995	TODOS	SIN ANTECEDENTES
Monaco	1962	TODOS	FUSILAMIENTO
Mozambique	1990	TODOS	HORCA
Namibia	1990	TODOS	HORCA
Nepal	1997	TODOS	HORCA
Nicaragua	1979	TODOS	FUSILAMIENTO
Noruega	1979	TODOS	HORCA
Nueva Zelandia	1989	TODOS	HORCA
Panama	1903	TODOS	FUSILAMIENTO
Paraguay	1992	TODOS	FUSILAMIENTO
Peru	1979	COMUNES	FUSILAMIENTO
Polonia	1997	TODOS	HORCA
Portugal	1976	TODOS	GARROTE
Reino Unido	1998	TODOS	HORCA

Republica Checa	1990	TODOS	HORCA
Rep. Dominicana	1966	TODOS	FUSILAMIENTO
Rumania	1989	TODOS	FUSILAMIENTO
Sudafrica	1997	TODOS	HORCA
Suecia	1972	TODOS	HORCA
Suiza	1992	TODOS	HORCA
Uruguay	1907	TODOS	FUSILAMIENTO
Venezuela	1863	TODOS	FUSILAMIENTO

## CAPITULO II

### “LA FILOSOFIA Y LA PENA DE MUERTE”

#### 1. LOS PRIMEROS FILOSOFOS.-

##### 1.1. TANATHOS.-

La filosofía occidental tiene su punto de partida en Grecia, pero la propia “filosofía griega” no constituyó un solo episodio. Grecia resultó ser un fenómeno sólo comprensible conociendo la serie de etapas que llevó a lo que, finalmente, conoceremos como el “mundo helénico”.

Mucho antes, incluso, de que habláramos de griegos, se hablaba de aqueos, dorios, y especialmente de jonios. No porque estos jonios fueran los héroes célebres que fueron los anteriores, sino porque estos jonios, mercaderes instalados en sus puertos mediterráneos, fueron los difusores de la cultura griega que se formaba, así como los canales de introducción en la península de las ideas foráneas provenientes del mundo mediorienta, y de los “vecinos de enfrente”, Egipto.

Las primeras ideas prefilosóficas provienen de la cultura popular, traspasadas en forma oral como poemas épicos. Dichos poemas no sólo entretenían a los

oyentes, contándoles las hazañas de los héroes, sino que, además de fomentar el ánimo patriótico y la idea de una sola nación griega, transmitían en sus pasajes enseñanzas morales y, desde ahí, filosóficas.

Nos cabe hablar aquí, entonces, de la importancia del poeta jonio Homero para la filosofía del derecho, y sus ideas de justicia extraíbles de sus dos grandes obras la *Ilíada* y la *Odisea*. En ellas se observan las primeras nociones iusfilosóficas, como el principio reparador de la justicia al ver a la guerra de Troya como una forma de vengar el ilícito cometido por *Paris* al raptar a *Helena*, representante del Estado. También observamos en su obra las nociones de justicia distributiva, como en los episodios entre *Aquiles* y *Agamenón*, y sus disputas por el correcto reparto del botín, etc.

En la *Odisea*, por su lado, se habla de la justicia conmutativa, o sinalagmática, de los contratos, al observar el respeto de *Penépole* por la promesa hecha a su esposo antes de partir, así como la fidelidad por el compromiso del matrimonio (aunque de Odiseo no podemos decir lo mismo).

Sin embargo, estas obras nos muestran el claro principio que regirá durante todo el período presocrático del derecho occidental: el delito es una ofensa a los dioses.

En efecto, existe un cierto fatalismo en la percepción de la conducta del hombre. Los dioses gobiernan el destino humano, y por tanto, su conducta actual. Si el héroe se rebela a la voluntad de los dioses, es castigado con duras pruebas que finalmente terminan demostrando su heroísmo, concluyendo que esa superación del ser humano era el propósito inicial de los dioses. Sin embargo, tras toda esa gloria, todos terminan cruzando la *estigia* rumbo a *Tanathos*, la morada de los muertos. Es una verdadera lástima que los griegos no creyeran en la dicotomía de un cielo y de un infierno, pues *Tanathos* será finalmente la morada de todo hombre, sea héroe o vil. Y tampoco se tenía entonces la visión de un mundo ultraterreno paradisiaco, ajeno de las necesidades humanas, como el *walhalla* germano. Se consideraba al *Tanathos* como un lugar repleto de descarnados añorando las delicias carnales. Así lo puso Homero en boca del mismísimo Aquiles, quien fuera el protagonista de su primera obra, cuando Odiseo visita el reino de los muertos en busca de quien le indique el camino de vuelta a Itaca, encuentra al espíritu del héroe quien le dice: “No intentes consolarme de la muerte, esclarecido Odiseo: preferiría ser labrador y servir a otro,... a reinar sobre todos los muertos”<sup>43</sup>.

Ante esta visión ultraterrena, se desdibuja un tanto la posibilidad de la “justicia divina” para los hombres. Si bien *Minos* es el encargado de dictar sentencia en el otro mundo, generalmente los condenados a castigos eternos son los

---

<sup>43</sup> Homero. “La Odisea”; Editorial Alba, Madrid, España, 1998; p. 188.-



mismos dioses o semidioses. El mismísimo *Prometeo*, nos cuenta *Hesíodo*, es condenado al flagelo de un águila que le devora el hígado, regenerado diariamente. Pero no muere.

La muerte, por cierto, es un castigo para el hombre, que ha de despedirse de las delicias terrenas. Pero a la vez es un destino inexorable. Ahí entonces aparece el sentido religioso de la pena de muerte helénica, que similar a lo que comentamos al comienzo de esta obra respecto de la pena de muerte para los romanos, el sentido de ejecutar al condenado no es el de mandar al reo a un juicio ultraterreno. Y tampoco es el de ser una forma de extirpar el elemento insano de la sociedad. Ese será un concepto tardíamente más elaborado. Existe el propósito, entonces, de expiar la ofensa a los dioses, privando al ofendido del bien máspreciado, la vida.

Recordemos que en el mundo antiguo existían instituciones como la esclavitud, incluso por deudas. Y dentro de la estratificada sociedad griega, el ciudadano, siendo el escalón más alto de la pirámide, podía perder desde bienes individuales, la totalidad de sus bienes, su libertad, y, por último, su vida. Por ello, los delitos más graves eran castigados con la muerte, porque sólo ofreciendo el bien máspreciado a los dioses, estos aplacarían su ira sin desencadenarla contra toda la ciudad.

Cuando *Hesíodo* nos habla en su *Teogonía* del árbol genealógico de los dioses, nos demuestra la concepción de orden universal que ostentaban los griegos. El caos, el tiempo y otros conceptos, son personificados en los dioses que dan origen al mundo. Sólo los dioses más humanizados son los que sobrevivirán durante la “edad de bronce” que actualmente vivimos. Zeus y sus hijos, tienen pasiones humanas y misiones determinadas hacia los humanos. Pero en el panteón griego encontramos conceptos filosóficos personificados como son la Justicia (*Dike*), la fuerza (*Bia*), y la madre de ambas *Themis*, el orden universal.

La justicia necesita de su hermana la fuerza para ser efectiva, pero la fuerza sin justicia es sólo fuerza bruta. La desproporción entre ambas ofende a *Themis*. El delito ofende a los dioses. Los dioses requieren en compensación de la vida del ofensor.

En el fondo, este raciocinio es el mismo que autores posteriores desarrollarán diciendo que el delito ofende a la polis, para terminar concluyendo que existen delitos que atentan contra la sociedad de tal manera, que ésta requiere autodefenderse extirpando al culpable de ella. Por esto los griegos inventaron la pena del ostracismo, que era una particular forma de pena de muerte, que implicaba la expulsión de la polis quedando el condenado a merced de un vasto mundo donde sólo se reconocían los derechos a los ciudadanos dentro de sus propias ciudades.

## 1.2. ANUBIS.-

Al decir de los mismos autores griegos, *Tales de Mileto* fue el primer filósofo, porque fue el primero en preguntarse el porqué de algo, buscando el fundamento último de las cosas. Ya con Tales empezamos a hablar de una “escuela filosófica”, o, a lo menos de una “corriente”. Precisamente llamamos *milesios*, o bien “filósofos físicos”, a Tales y sus discípulos consecutivos *Anaximandro*, *Anaxímenes* y *Anaxágoras*, quienes buscaron el fin último de las cosas, encontrándolo en fenómenos físicos. Para Tales será el agua, para Anaximandro “lo indeterminado”, para Anaxímenes será el aire, y para Anaxágoras serán los elementos.

Quizás la causa de esta “filosofía-científico-física”, sea la primera respuesta a la búsqueda de la explicación de los fenómenos, tratando de darle un sentido no mitológico, sino racional. Dentro de su época, sus observaciones no aparecen como lo primitivas que nos parecen hoy al lado de la ciencia moderna. Sin embargo, el carácter físico de su filosofía tiene sus repercusiones en el ámbito de la filosofía del derecho, y, dentro de ella, en el tema del delito y la pena.

Existe para la naturaleza, un “orden legal”. Ya habían advertido los primeros filósofos el principio “causa-efecto”, o sea, si pasa algo (nubes oscuras) pasa otra

cosa (lluvia). Ahora van más allá llegando a concluir cual es el elemento fundante de todas las cosas, y, de acuerdo a las reglas de ese elemento, se puede conocer la relación causa-efecto sobre las cosas (lo líquido al calentarse se hace aire, y al enfriarse piedra). Ya de alguna manera se va advirtiendo que la trasgresión cometida por el ser humano no necesariamente es dirigida por un dios, sin perjuicio de que ésta se ordene dentro de un marco de conducta escrito por divinidades.

Ahora bien, interesante es el aporte de Anaximandro, quien fundamenta las cosas no en un sólo elemento, sino en la indeterminada mezcla de éstos. Es importante puesto que, para él, la preeminencia de tal o cual elemento en determinadas circunstancias, es atribuible a la imposición de uno sobre otro, lo que a su vez será recompensado por la ley de “lo indeterminado-sin límites”<sup>44</sup>. Nos referimos a que para este autor “el elemento cálido comete una injusticia en verano, y el elemento frío en invierno”<sup>45</sup>. Es, por tanto, esencia misma de la ley universal el reparar las injusticias cometidas por cada elemento en cada estación del año, y la injusticia es reparada con la imposición equivalente del elemento contrario. Quizás estamos ante una versión filosófico-metafísica de la ley del talión pero es válido suponer que dicha conclusión es extensible también a las leyes humanas, siendo de su esencia reparar la injusticia del individuo, con la imposición del otro (víctima).

---

<sup>44</sup> Copleston, Frederick. “Historia de la Filosofía” Tomo I; Ed. Ariel, Barcelona, España, 1969; p.40.-

<sup>45</sup> Ibid.; p. 40.-

De esta manera, la vulneración del derecho sobre los bienes de propiedad de una parte, puede llevar a la pérdida de todos los bienes, incluyendo la libertad, de la otra parte. Y de esta manera, la imposición de la vida de uno al matar a otro, terminará con la imposición de la muerte en la persona del ofensor. Para que hablar de cuando se vulneran los derechos de toda la polis, pues estará claro que la imposición de los derechos comunes es la vía contra el ofensor público. En el fondo, el delito atenta contra toda la polis, y toda la polis tiene derecho a autodefenderse. Recordemos eso sí que la idea, de acuerdo a esta etapa de filosofía física, es la de restablecer una suerte de equilibrio con la imposición de un elemento sobre el otro.

Por otro lado, ya abandonando la escuela milésica, tenemos el surgimiento de una nueva corriente de pensamiento, esta vez basado en principios más rigurosos. Mileto va a caer a comienzos del siglo V a.c., mientras, las colonias jónicas de la Magna Grecia, en el sur de la bota itálica, daban sus frutos con la escuela fundada por *Pitágoras de Samos*, en *Crotone*, en la segunda mitad del siglo VI a.c.

Pitágoras, formará no sólo la corriente de filósofos itálicos, sino que establecerá toda una escuela de carácter filosófico y religiosa, que tendrá como principal motor de desarrollo el estudio de las matemáticas. En lo religioso, creían

firmemente en la transmigración del alma, y concebían el mundo de acuerdo a un orden universal. Todo esto representable en números.

Vuelve aquí la idea de mantener un orden, y que este orden debe alcanzar a las acciones humanas. Esta vez no será la dicotomía de ir de la injusticia de un elemento a la injusticia de otro para llegar al equilibrio. Sino, que las cosas necesariamente guardan sus proporción.

Por ejemplo, para Pitágoras, la justicia puede graficarse con el número cuatro. Porque existe una parte (comprador, por ejemplo) que frente a otra parte (vendedor) hace algo (paga precio) y recibe algo (la cosa comprada) existiendo igualdad entre las partes e igualdad entre lo que hace y recibe.

Si trasladamos este orden racional de la justicia al ámbito que nos ocupa, tenemos que la pena de muerte es la consecuencia lógica de la relación numérica para un caso de homicidio, por ejemplo. Para el caso de que un hombre mate a otro, se presupone que ambos tienen los mismos derechos y, si uno quita el bien jurídico vida al otro, sólo queda a éste retribuir con su propia vida para mantener la proporción y el orden expresado con el número cuatro. Lo mismo puede extrapolarse, para casos en que se cometen delitos contra el Estado, pero deberíamos hacer una abstracción para establecer como se acataría ese orden en el

caso de delitos castigados con pena capital, si el bien jurídico no era la vida, o bien el ofendido era la sociedad toda.

En fin, todos estos filósofos tempranos formaron lo que puede concebirse como la idea de un orden universal, independiente de la existencia o intervención de sus dioses. Y, por corolario, el delito es la imposición de un desequilibrio, de una transgresión a ese orden que deberá ser reparado por las leyes humanas. Si el delito es de la magnitud que rompe el orden poniendo en peligro a la sociedad, o bien ha atentado directamente contra la vida de otro, procederá, como correctivo del desequilibrio, la ejecución del infractor condenado.

### 1.3. SER O NO SER.-

Ya finalizando el s.VI a.C., aparece en *Efeso* un filósofo que insiste en esta idea de unidad de las cosas. *Heráclito* escribirá una serie de sentencias sabias, a veces irónicas e hirientes, en las que postulará los primeros esbozos de la unidad del ser, como institución filosófica que pasará a ser el centro de atención de las filosofías posteriores.

Según Copleston, “Para Heráclito, pues, la realidad es una; pero, al mismo tiempo, es múltiple, y esto no de un modo meramente accidental, sino

esencialmente. Para que exista el uno, es esencial que sea a la vez uno y múltiple, identidad en la diferencia”<sup>46</sup>. Podemos decir que es un avance respecto de lo expuesto por Anaximandro, y, sobre ello, extraer nuevamente la idea de los elementos opuestos en la filosofía de la pena capital.

Sin embargo, no estamos ahora en un simple “talión” en el que un elemento se superpone al que acaba de “injustamente” imponérsele. Tenemos ahora, un fundamento sutil pero inmensamente diferenciador: la pugna de los elementos es parte de la misma unidad de la realidad.

Heráclito dice que el conflicto entre los contrarios es necesario para la existencia de la unidad, y lo expresa en frases como : “Conviene saber que la guerra es común a todas las cosas y lucha es la justicia, y que todo se engendra y se muere mediante la lucha”. Esta especie de motor dialéctico de la unidad es la que contiene la esencia de las cosas.

Ante este pensamiento, nos alejamos del carácter más individual de la superposición de elementos que pagan sus pecados con la imposición del contrario, sino que nos adentramos en la visualización de que la lucha de contrarios es esencial al ser, e inevitable. Cabe preguntarse, entonces, ¿Qué papel cumple la polis y su ordenamiento jurídico ante una realidad constantemente en lucha? No podemos pedirle al estado que elimine la pugna. Ya se burlaba Heráclito del propio

---

<sup>46</sup>Ibid.; p.53.-



Homero, según Copleston, cuando decía: “Homero se equivocaba al decir: ‘¡Ojalá se extinguiese la discordia entre los dioses y los hombres!’: no veía que estaba pidiendo la destrucción del universo, puesto que, si su deseo fuese atendido, todas las cosas perecerían”<sup>47</sup>.

Con Anaximandro, para quien la lucha de contrarios era algo desordenado, el Estado vendría a cumplir la función ordenadora de ese caos en la medida de permitir el correcto cumplimiento del turno de castigo para cada uno. Trasladado al ámbito humano, el Estado debía garantizar que cada quien pudiera cobrar sus deudas o venganzas, de acuerdo a cierto orden. En cambio, para Heráclito, la lucha de contrarios es parte de la unidad en forma esencial. Podemos imaginar, entonces, que la función de la polis sería precisamente mantener la unidad, o sea, permitiendo y encauzando la lucha de los contrarios.

Trasladados a un ejemplo humano, es inevitable que los hombres infrinjan las leyes, pues esa infracción es esencial para la existencia del mismo Estado. Si no hubiera ciudadanos de quien protegernos, ¿para qué organizarnos? Esto concuerda tanto con la sociabilidad natural aristotélica, hasta con la positividad kelseniana, pasando sin problemas por el contractualismo rousseauiano. La lucha de los intereses contrarios, y sus consecuencias físicas, como el homicidio, deberán ser normados y castigados con el objeto no de satisfacer el interés individual

---

<sup>47</sup> Ibid.; p.53.-

menoscabado, sino con el fin de mantener la vigencia del mismísimo orden social. Si la polis no se preocupa de ordenar la contienda de ciudadanos, desaparecerá. Si un ciudadano atenta contra el orden establecido, atenta contra la polis. Si el grado delictivo es de tal índole que amenaza a la sociedad, el ofensor deberá ser eliminado.

Poco a poco, la pena de muerte se va perfilando como un medio de autodefensa de la sociedad ante el individuo que la hace peligrar. En términos más primitivos, para el hombre común del período presocrático, si se infringe la ley, las *erínias* desencadenarán la furia de los dioses sobre el infractor, y si la polis no castiga al ofensor, los dioses se vengarán contra toda la polis. Es una forma mítica de ver la consecuencia jurídica, y la necesidad del Estado de autodefenderse de quien pone en riesgo su existencia.

Pero hasta el momento hemos visto la lucha de intereses contrarios, primero como desorden, y después como necesaria. Con *Parménides de Elea*, se fortalecerá la idea de la unidad del ser. El ser es uno, infinito, indivisible, inmutable. Ya nos dice Copleston que no hay que, por esto, considerar a Parménides como un “idealista platónico”, sino que sigue siendo filósofo materialista. Sin embargo ¿Cómo podemos entender que, si el Ser existe en forma única, infinita, inmutable e indivisible, los seres humanos se autodestruyan ? Y no nos referimos aquí al tema

de las guerras entre los hombres, pues esas se consideraban “lícitas” dentro del derecho internacional de la época. Sino más bien nos referimos a la autodestrucción que implica el rompimiento del orden legal establecido, a la infracción que no sólo conlleva la infracción de una norma estatal, sino que tiene la consecuencia material de, por ejemplo, destruir a otro ser humano en pro de los propios mezquinos intereses. ¿Por qué existen los homicidios, si todo es parte del Ser? O bien ¿Por qué hay que ejecutar al homicida, al traidor a la patria, o al blasfemo, si nada puede realmente afectar al Ser infinito? Estas preguntas son quizás las mismas que se efectuaron los primeros teólogos, pero estamos hablando aquí de una filosofía en una sociedad “pagana y politeísta”. Estas preguntas no hacen más que evidenciar los puntos oscuros del Ser parmenídeo, que más tarde deberá perfeccionar Aristóteles. Podemos, eso sí, concluir, que la concepción del delincuente se ha perfeccionado al punto de considerarlo como un enemigo de la unidad, y, en consecuencia, peligroso para el ser de la polis, para el Estado, para la sociedad, y, en definitiva, para cada individuo. Por ello, la polis deberá restablecer el equilibrio dañado en proporción. Ya vimos en el capítulo anterior, que para Solón todas las faltas merecerían la pena de muerte, incluso las más leves. Esa es la materialización normativa de esta concepción. Todo infracción al orden, atenta contra el orden mismo.

## 2. EL PERIODO SOCRATICO.-

### 2.1. SOFISTAS.-

Ya no es el tiempo de los héroes cantados por Homero. En la guerra contra *Ilión*, la estirpe de los *aqueos* y otros pueblos guerreros que poblaban *Esparta*, *Atenas*, *Itaca* y otras polis, habían mostrado al mundo los más grandes ejemplos de héroes que ha tenido la historia. *Aquiles*, *Ajax*, y el mismísimo troyano *Héctor*, combatieron al frente de sus hombres. Y los hombres los seguían porque eran caudillos. Y como buenos caudillos peleaban de una manera individualista, héroe contra héroe. El valor del individuo fue la cuna de la política helénica, cantada en largos poemas por episodios, en aquellas obras homéricas que eran utilizadas como enseñanza de moral, virtud y patriotismo.

Pero ya por el siglo V a.C., los tiempos habían cambiado. Los *Medos* combatían a caballo y los famosos arcos persas podían barrer con todo a gran distancia. Las armas ya no eran de bronce, y, con las nuevas tecnologías, grandes armadas amenazaron el *Peloponeso*, y grandes contingentes cruzaban los llanos. La respuesta dejó de ser el individualismo caudillista del héroe.

*Pericles* venció a los persas gracias a una institución, la *falange*. Y este nuevo sistema de estrategia militar se basaba en una unidad, el *hoplita*, cuya mayor fuerza

residía en el conjunto. En la *falange*, largas líneas paralelas de *hoplitas* eran desplegadas, formando erizadas murallas (ya sea en línea recta o en cuña) de escudos y lanzas. En este sistema, cada soldado caído era reemplazado por el que venía atrás, con lo que el muro era siempre perfecto, como la dentadura regenerable de un tiburón. La falange imperará durante siglos en el mundo occidental, sólo siendo finalmente superada por la *Legión* romana.

Lo interesante de este sistema es la valorización de la sociedad como conjunto de individuos. Cada individuo sirve a la sociedad, en cuanto cumple su rol. Pericles entendió esto como modelo político, y de esa manera practicó la *Democracia*. Por lo demás, una vez terminadas las Guerras Médicas y después de la Guerra del Peloponeso, muchos hoplitas eran licenciados, y así como servían en la guerra, debían servir en la sociedad civil.

Pero para que cada ex-hoplita, ahora ciudadano, sirviera en forma igual de efectiva a la sociedad civil, se requería de un entrenamiento. De esa manera, analógicamente hablando, el entrenamiento básico militar se transpoló en educación cívica para el pueblo.

Aquí, entonces, entran en escena los *Sofistas*, que podían ser traducidos como “sabedores”, más o menos literalmente. Su intención no es encontrar la causa última de las cosas, sino enseñar lo que saben. Y no enseñan moral, tradición o

filosofía siquiera, sino aquello que es útil a la polis: leyes, oratoria, educación cívica. Para Pericles, enseñar al pueblo a ser ciudadano era lo que necesitaba para organizar el período quizás más dorado del mundo helénico. No por nada se le llamó a ese período “El Siglo de Pericles”. Ahora bien, la importancia de los sofistas, que, recordémoslo bien, no es una escuela filosófica sino más bien una tendencia, o estilo de método de enseñanza y materia a enseñar, radica en su particular concepción de la ley frente al Estado y al individuo. *Protágoras de Abdera*, fue un tracio que, de analfabeto leñador que surtía de madera al primer postulador del átomo: *Demócrito*, terminó por convertirse en un cercano colaborador de Pericles, en su campaña formativa de la ciudadanía. Su frase más célebre, citado por Copleston, fue : “*El hombre es la medida de todas las cosas*”<sup>48</sup>, aunque según este autor no debe entenderse por esto un relativismo al estilo moderno, sino que más bien referido a que el criterio de verdad reside en la comunidad. Concordamos con este autor porque, si bien es tentador hacer analogía de su postura con el positivismo filosófico y jurídico, su pensamiento no parte de la base de una negación o limitación del conocimiento.

Copleston nos dice: “Al parecer, lo que Protágoras quería a dar a entender es lo siguiente: que la Ley se basa, por lo general, en ciertas tendencias éticas implantadas en todos los hombres, pero que las variedades individuales de la Ley,

---

<sup>48</sup> Ibid.; p.100.-

tal como se las encuentra en los diversos Estados, son relativas, y la ley de un Estado concreto no es ‘más verdadera’ que la de otro Estado, aunque quizás sea ‘más sensata’, más adecuada, en el sentido de más útil o más ventajosa...En cuanto se refiere al ciudadano en particular, éste debe atenerse a la tradición, al código aceptado por la comunidad; ... y si no participa de estos dones de los dioses y rehusa a prestar oído al Estado, éste deberá desembarazarse de ese tal”<sup>49</sup>.

Jurídicamente hablando, la norma de conducta es la ley que está vigente en la polis. Y si no siempre la ley vigente consiste en la tradición, el derecho será aquel que dicte el gobernante. Podemos entender el extremismo de *Trasímaco de Calcedonia* cuando dice “El derecho es la fuerza”, si consideramos el célebre Episodio de la Jabalina, que se relata sobre Pericles y Protágoras observando una competencia olímpica de jabalina, en la que el atleta hiere con su lanzamiento a un transeúnte. En este episodio, el gobernante se pregunta quién debe hacerse responsable, si el atleta, el transeúnte o el Estado, y Protágoras responde afirmativamente a todas las alternativas, de acuerdo a diferentes razones, dando a entender finalmente que lo único que importa es que él, como gobernante, imponga la decisión. Trasímaco reduce la ecuación a la frase antedicha, pero es necesario implicar en la reducción que el derecho sería la ley de la polis, que es dictada por el

---

<sup>49</sup> Ibid.; p. 101-102.-

gobierno de la polis, que es, en definitiva el que se ha impuesto por la fuerza de las tradiciones, de las urnas electorales, o bien por las armas.

Ante este panorama, podemos concluir que la pena de muerte tiene su fundamentación en dos aspectos, tan necesarios el uno para con el otro, como son: primero, aquel derecho de autodefensa de la polis, que ya se venía germinando desde las generaciones anteriores de filósofos, por el cual el Estado puede y debe, deshacerse del individuo que no es útil para la polis y su misión general de vida. Segundo, la pena capital deberá aplicarse por el simple fundamento de que es ley del Estado, porque, si bien puede usarse el ostracismo, la reclusión total u otro medio alternativo a la ejecución del “mal elemento”, el que se aplique o no depende de la voluntad de la autoridad que mantenga o no vigente la pena de muerte como sanción para tal o cual delito.

## **2.2. LA APOLOGIA DE SOCRATES.-**

*Sócrates* (470-399 a.C.), fue el primer filósofo ateniense, que, desde sus inicios sofistas, incursionó en el campo dominado hasta el momento por “extranjeros”. Pero podríamos decir que, más que un gran filósofo, fue un gran soldado. Sócrates no sólo batalló por Atenas como un hoplita más, sino que lo hizo



con el agrado de cumplir un deber ético. Asimismo, defendió su postulado moral a ultranza, con las armas de su *mayéutica* en vez del hierro. Los sofistas usaban la dialéctica beligerante para dialogar, en cambio, la *mayéutica* socrática, como su nombre griego lo indica, buscaba “dar a luz” las ideas en el interlocutor.

Sócrates fue, en definitiva, un moralista, lo que lo hizo entrar en pugna con los sofistas y los políticos. Para él, saber y virtud van de la mano, por lo que no sólo se requiere saber lo que es bueno, sino que se debe actuar de acuerdo a ello. “Según él, es recta aquella acción que se ordena a la verdadera utilidad del hombre, en el sentido de que contribuye a que éste logre su felicidad verdadera”<sup>50</sup>. De tal manera, el obedecimiento de las leyes es inexcusable. Tanto así que muchos autores concuerdan en argüir que, para Sócrates, en los delincuentes hay más ignorancia y locura que maldad. A un hombre que tiene todas sus facultades mentales funcionando le debiera ser imposible actuar en forma inmoral.

El mismo fue una prueba viviente de su filosofía ética. Siempre predicó y practicó con supremo heroísmo una absoluta obediencia a las leyes. Escritas o no, positivas o naturales, todas las leyes derivaban, para él, de un principio divino. “Nadie puede ordenar cosas justas que no se armonicen con la ley divina, puesto que es gusto de los dioses que sea una sola cosa lo justo y lo legítimo”<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Ibid.; p.121.-

<sup>51</sup> Jenofonte; “Apología de Sócrates”; IV, 4; Ed. J.B. Bergua, Madrid, España, 1954.-

Es paradójico que Sócrates no pueda darnos una conclusión de fondo sobre la pena de muerte, en circunstancias que, debido a su irrestricto apego a su filosofía moral, sufrió en carne propia la condena y la ejecución. Podríamos extraer que la pena de muerte es justificada en la medida que el delincuente al delinquir atenta contra la ley humana, y por consecuencia divina. Que al delinquir se actúa inmoralmente, y esa inmoralidad es acreedora del castigo que las mismas leyes prescriben. Pero esa es una virtud de apego a lo correcto que no se adentra en si es realmente correcto el castigo. Sócrates acepta como hechos consumados que, si es ley, debe respetarse. Así lo hizo en el proceso en su contra.

Ya en el 406 a.C. Sócrates se había negado a prestar apoyo al juicio colectivo a los generales que habían negligentemente perdido en la batalla de las *Arginusas*, puesto que consideraba que la culpa es siempre individual. Luego, en el 403 a.C., desobedeció, poniendo en riesgo su seguridad, la orden de los tiranos de colaborar en la trampa tendida a *León de Salamina*, para que fuera arrestado, condenado a muerte y confiscados sus bienes. Finalmente, las antipatías que colectó en vida gracias a su férrea rectitud, se materializó en el 400 a.C., cuando los dirigentes de la democracia recientemente restaurada iniciaron un juicio, instigado por *Anito* y accionado por *Melito*, quien acusa a Sócrates de no honrar los dioses que honra la ciudad, introduciendo nuevas divinidades, y de corromper a la juventud.

Las razones políticas de este juicio fue la vinculación que tuvo Sócrates con *Alcibiades* (político que se pasó al bando de Esparta) y *Critias* (el más violento de los Oligarcas), ya que ambos frecuentaban sus enseñanzas. Las razones filosóficas de los cargos, no fueron más que introducir la supremacía de la sabiduría como virtud, y fomentar en la juventud el espíritu crítico hacia la idolatrada democracia ateniense. Copleston cree que los acusadores esperaban que Sócrates marchase al destierro, o que en la etapa procesal correspondiente, él mismo sugiriera la conmutación de la pena capital por el ostracismo<sup>52</sup>. Sin embargo, ya en el juicio ocurrido el 399 a.C., el acusado optó por una de las posturas más discutidas y controversiales de la historia de la filosofía: no refutó los cargos, sino que hizo una exposición pública de su vida de rectitud. Y, para rematar, en la etapa procesal en la que, condenado ya por el jurado, debía sugerir él mismo la pena (puesto que el jurado sólo podía aplicar por sí mismo la pena solicitada en la acusación de *Melito*), Sócrates se atrevió a sugerir un premio para él, en vez de castigo alguno. Más adelante, ya condenado a muerte, sus amigos prepararon la fuga, pero la rechazó terminantemente.

¿Qué intentaba Sócrates? Para algunos fue un error, para alguno cobardía, y para otros una soberbia mayúscula. Para nosotros, creemos que dicho comportamiento debe ser analizado en forma distinta, pero todo dentro del contexto

---

<sup>52</sup> Copleston, Frederick; Op. Cit.; p. 126.-

general de la ética de vida socrática. Sócrates no se autoexilió, pues debía enfrentar públicamente a sus acusadores. No usó los artilugios de implorar lástima con su mujer e hijos, porque sería inmoral vencer un juicio con pasiones humanas. Y creemos que no se defendió refutando los cargos porque, con su sola mayéutica, intentaba hacer nacer en los oyentes la luz del entendimiento, puesto que la razón de haber llevado una vida de permanente virtud, debería haber demostrado que los cargos eran infundados. No sabemos si Sócrates realmente creía que el jurado entendería tan subliminal mensaje, o algo de mártir había en su objetivo, pero lo más importante para nuestro estudio actual es la actitud del que una vez condenado tiene los medios y recursos para evitar el fatal destino y huir, no haciéndolo, y así esperar templadamente la ejecución. Sólo algunos héroes románticos y personajes de revolución han optado por tan serena vía. Pero Sócrates, con ello, nos demostró la principal fundamentación de su doctrina para la pena de muerte: Es una pena impuesta por la ley de la polis, y como ley de la polis debe ser respetada si así ha sido decretada, no sólo porque no respetar las leyes es una injusticia, sino que, si es ley, es legítima y justa, y desobedecer es un mal mayor que padecerla.

Por esta razón formal, que se confunde con el trasfondo material, bebió la cicuta aquel hombre, “el más sabio y el más justo”, según los dichos de Platón.

### 2.3. EL CARRO Y LA NAVE.-

*Platón*, como buen discípulo de Sócrates, insistió en su legado, y lo expandió. Pone a su maestro como el protagonista de sus célebres diálogos, y, aún hoy, los eruditos discuten si en ellos hay más de filosofía platónica que socrática. Sus principales aportes respecto de la justicia, el delito y la pena, los encontramos en *La República*, *Las Leyes*, y el *Gorgias*.

Respecto al tema que hoy nos ocupa, existen entre maestro y discípulo coincidencias respecto de un tema principal: el respeto irrestricto a la ley. Ya lo ha demostrado Platón al narrar las enseñanzas de Sócrates, y lo sigue haciendo en *La República*, al idealizar también la concepción de ley.

Ahora bien, de su teoría del Estado, que expone pedagógicamente en su “Alegoría de la Nave”, podemos anticipar que a Platón ni siquiera se le cruzó por la cabeza la idea de que el Estado no tuviera el poder y la legitimidad de castigar y privar de la vida al delincuente condenado a tal castigo. En su concepción del Estado es muy importante la función que cumple cada estrato social, que, independientemente de la movilidad entre cada estamento, ordena que cada quien cumpla su papel para con la sociedad, toda vez que de ese cumplimiento depende la sociedad misma. De hecho, en Platón la justicia no cumple el papel de virtud ética

que veremos más adelante en Aristóteles, sino que cumple la función de “armonizadora” de las distintas virtudes. Es la justicia la que hace que cada estamento social cumpla su deber. A saber, que los remeros (productores, agricultores, etc.) muevan la nave; que los guardianes (soldados, funcionarios públicos, etc.) mantengan el orden establecido; y que los sabios-capitanes (gobernantes) dirijan la nave-Estado hacia el horizonte común. La importancia dentro de la nave es entonces que cada quién cumpla con su función, puesto que la falla de alguno de ellos, ya sea como individuo o como grupo, perjudica el curso de toda la embarcación.

¿Pero qué castigo es el adecuado al infractor? Como esbozamos, el derecho a castigar era indubitado para Platón, pero lo que no queda claro es la función de ese castigo, a objeto de considerar la posibilidad capital como pena.

La respuesta la encontramos no en la teoría del Estado, sino que en la concepción misma del hombre que postula Platón, y de su posibilidad de conocimiento. Sabemos, según su “Alegoría de la Caverna”, que los hombres estamos amarrados dentro de este mundo-caverna, condenados a conocer sólo “sombras” de las cosas ideales, y a eso llamamos “realidad”. Este cierto fatalismo no es tal, pues postula que, no obstante esta mísera condición de esclavos, podemos empinarnos a conocer parte del mundo de las ideas que está afuera a nuestras

espaldas. De hecho, esa es la función de los sabios, y ésta la cualidad que los hace dignos de gobernar al pueblo. Tenemos así que Platón, a pesar de considerar la idea de las cosas como trascendente a este mundo, no niega la posibilidad de conocimiento íntimo de las cosas, como postulará la filosofía moderna. Esto quiere decir que el ser humano, capaz de conocer, es capaz de perfeccionarse y aprender. “También él, como Sócrates, no se cansa de corregir las costumbres, de educar a sus conciudadanos y de estimularlos hacia la perfección moral; esto, que evidentemente implica la fe en un resultado, no podría ser defendido si los hombres estuviesen predestinados a la virtud o al vicio por una necesidad inherente a su naturaleza”<sup>53</sup>. Lo que hará a cada hombre variar su conducta y caer en la infracción de lo moral-legal, será la medida de sus propias facultades. Recordemos que, en su “Alegoría del Carro Alado”, Platón nos muestra el alma humana de forma tripartita, como un carro guiado por el alma intelectual que lleva las riendas de dos caballos, el alma de la voluntad y aquella de los sentidos. Si un caballo se desboca por sobre el otro, o el jinete no es diestro, o, en fin, cualesquiera combinación, el carro se saldrá del camino.

Tenemos así que el alma es libre y el sujeto puede conocer las cosas, pero, fiel a su formación aristocrática, el alma sólo es perfecta en los sabios, el estamento menos numeroso. La mayoría de los hombres son susceptibles de

---

<sup>53</sup> Costa, Fausto; “El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía”; UTEHA, México, 1953; p.11.

educación, instrucción, y, por lo tanto, de perfección, y nada obstaculiza que se equivoquen en su camino, o que el equivocado se regenere. Tal es el sentido del castigo penal. ¡Qué lejos estamos del castigo para aplacar a los dioses! La libertad es inmanente al hombre como inmanente es su alma. Pero así como las almas perfectas de los sabios no pueden dejar de hacer lo justo, la gran masa podrá descontrolar sus caballos regularmente y se les castigará para hacerlos volver a la senda del bien. Tendremos que aceptar, así las cosas, que existen sujetos en el otro extremo, en aquél que se deja llevar por el elemento irracional, y, en consecuencia, está impedido de hacer el bien, y sólo dispuesto a lo injusto.

Es en el libro IX de Las Leyes, que Platón nos revela su posición frente a la pena capital. A saber, en él, Platón elabora una suerte de Código Penal, en el que podemos mencionar la pena capital considerada en los supuestos de: La reincidencia en la herejía, el iniciar pleitos fraudulentos con ánimo de lucro, y la apropiación fraudulenta de fondos públicos por parte de un ciudadano.

Propugna que se “inmunice definitivamente” a la sociedad contra una clase determinada de delincuentes. Hay naturalezas humanas, afirma, que no soportan correcciones exteriores: éstos deben ser alejados de la república o sometidos a la pena capital. La piedad y la debilidad hacia ellos equivaldría a culpa, de parte de los encargados de cuidar de la polis. En estos casos, concluye, no procede el



carácter de “medicina del alma” que se le asigna a la pena para aquellos casos en que la corrección es posible.

En la pena capital, el castigo es un acto de justicia en la medida que permite mantener el orden armonioso del cumplimiento de las funciones que hacen posible la sociedad.

#### **2.4. ZOON POLITIKON.**

*Aristóteles*, proveniente de Estagira en la Tracia macedónica, a los diecisiete años marchó a Atenas a estudiar y en el 368 a.C. llegó a formar parte de la Academia de Platón, donde estuvo veinte años hasta la muerte de su maestro.

Sus principales enseñanzas en torno a nuestro tema, y al derecho en general, son extraíbles de la *Política* y de la *Ética a Nicómaco*. De ellas podemos obtener que, también para él, la obediencia a la ley es una necesidad a la vez que un deber. No olvidemos que el fin último del hombre, para el filósofo, es la felicidad, y, entendiendo ésta como el desarrollo de la actividad virtuosa, la mejor polis será aquella en la que el individuo pueda alcanzar la mayor felicidad posible. El

hombre, por naturaleza sociable, necesita del Estado, y es su deber el servir al Estado, con lo que contribuye al bien común, que, en definitiva, será el bien de todos y cada uno de los individuos.

Una polis ideal, por tanto, sólo puede fundarse sobre la norma del respeto a estos valores absolutos y necesarios. La punición de las acciones malvadas será en esta polis un acto de justicia, a la vez que un acto necesario. La impunidad es imposible, injusta, y atentatoria contra la naturaleza misma del hombre.

Este es un punto interesante respecto de la posición aristotélica frente a la delictualidad humana, pues, como se observa, siendo la felicidad el fin último del hombre, y, siendo esto un bien, deberíamos concluir que el alma humana es propensa al bien. Pero la experiencia, tan cara a ojos del Estagirita quien es un filósofo realista, demuestra que los hombres actúan mediante acciones buenas y malas. Parece que debiera concluirse que el hombre “tiende necesariamente al bien”, pero que esta inclinación puede ser ejercida o no, de acuerdo a la combinación de los principios racional y sensible que componen el alma humana. El hombre podrá ser libre en la medida que someta sus sentidos a la razón, haciendo que el elemento racional domine al sensible a través de la facultad volitiva o irascible.

Lo justo y lo injusto, en cuanto actos humanos, pertenecen a posibilidades tan voluntarias una como la otra. El sistema de premios y castigos, como dice en el libro III de la Etica, sería tan inútil sin la libertad, como lo sería intentar persuadir a alguien de que no sintiera frío, hambre o angustia, cosas que es preciso sufrir por fuerza. Por tanto, no basta para conseguir la actividad virtuosa de los ciudadanos la mera función contemplativa de los gobernantes. El Estado debe ponerse de antemano en la posibilidad del delincuente, no sólo como rigurosidad científica, sino porque, interpretando a Aristóteles, en la realidad: “Las multitudes, que viven en continua perturbación y apenas tienen ocasiones de gustar de las alegrías sublimes de lo verdadero y de lo honesto, no pueden tampoco apreciar la virtud. Dominadas por los afectos, se limitan a seguir el placer y a huir del dolor y no obedecen a la palabra, sino solamente a la fuerza”<sup>54</sup>. Las leyes son, por ende, necesarias, presentándose así la pena como un medio idóneo para conseguir el fin moral que se propone la convivencia civil.

Teniendo claro el objeto de la función penal, queda por discernir si el “tamaño” de la pena es el justo para caso concreto. Recordemos que para Aristóteles, la justicia es el acto de dar a cada cual lo suyo. Parafraseando, la pena sería “lo suyo” del delincuente. La labor del juez será, entonces, descubrir que es lo

---

<sup>54</sup> Costa, Fausto; Op. Cit.; p. 17.-

que, de acuerdo a la naturaleza del caso, le corresponde como “suyo” al delincuente.

En el Libro V de la Etica a Nicómaco, el filósofo nos refiere su teoría sobre la justicia, materializando para la posteridad los conceptos básicos, abstractos, que dominarán el lenguaje de los juristas más modernos. Es más, durante siglos, algunos iusfilósofos discutieron sobre si la institución de la pena debiera ubicarse dentro de la llamada “justicia sinalagmática”, como hace Aristóteles, o en la “justicia distributiva”, como dice más tarde Santo Tomás de Aquino. Sin embargo, en el filósofo prevalece cierto legado pitagórico pues contempla una especie de “talión” para el caso de administrar delito y pena. No se aplica una cierta proporcionalidad, como lo hará la filosofía tardía, sino una cierta igualdad, más sin aplicar el “talión” en su sentido riguroso. Devolver mal por mal no es un criterio suficiente, pues el Estagirita pone el ejemplo de que si un magistrado golpea a un simple ciudadano, es excesivo castigar a este magistrado con lesiones de igual magnitud, en cambio, si un ciudadano común golpea a un magistrado, los golpes de igual gravedad no serán suficientes para integrar la medida de la pena. Aristóteles, pese a mantener el criterio de considerar la pena dentro de lo sinalagmático, corrige la falta con su idea de “equidad”, en el sentido que, cual “regla de Lesbos”, se aplique justicia y adecúe la norma al caso concreto.

En consecuencia, para Aristóteles la pena de muerte se justifica en la medida que la entidad del delito lo merezca. Es decir, se han de sopesar los valores absolutos de la felicidad, con los valores de la justicia, dejando al magistrado en el caso concreto, o al legislador previo, la tarea de determinar si la muerte del culpable es lo justo que le pertenece a la sociedad, a la víctima, y, por que no, al condenado mismo. Porque la función de la justicia, trasciende al mero ejecutante, para hacer compartir el bien a todos los involucrados.

## **2.5. CINUS, STOA, HEDON.-**

La decadencia griega iniciada tras la muerte de Alejandro Magno, llevó a los pensadores de la época a preocuparse de problemas más personales que buscar la razón del ser. Sin quererlo quizás, en busca de una ética personal formaron escuelas de pensamiento que influyeron no sólo en el parecer de su tiempo, sino que muchas de sus prerrogativas parecen aún hoy mover las voluntades de los seres humanos. De ahí la importancia que damos a sus sencillas pero fundamentales concepciones del mundo.

Las llamadas escuelas éticas comprenden a: los *cínicos*, llamados así por deambular por el gimnasio *cinus* (perro), y tal vez como ironía a su modo de vida;

los *epicúreos*, también denominados *hedonistas* por reunirse en los jardines (*hedon*) de la casa de Epicuro; y los *estoicos*, que deben su nombre a que se reunían a dialogar en las *stoa* (puertas) de la ciudad.

Los cínicos, primero con *Antístenes*, contemporáneo y seguidor de Sócrates, y luego con *Diógenes*, contemporáneo de Aristóteles, mantuvieron un total desapego a las instituciones humanas por considerarlas alienantes, ya que la virtud se conseguía a través de la total libertad e independencia del individuo para con el resto. De ellos poco podemos extraer respeto de la pena capital, toda vez que incluso le negaban autoridad al propio Estado y a toda dependencia interhumana.

Por otro lado, los epicúreos fundarán en el placer, y en el rechazo al dolor, el móvil de toda acción humana. De esta concepción nace un utilitarismo digno de cualquier sociedad postmoderna. Para esta escuela, la ética es una cuestión personal, no en el sentido de que cada cual deba descubrir su propia moral a la manera de Kant, sino que la medida de las cosas será la del propio hombre. El hombre rehúye el dolor y busca el placer, y éste es el fundamento de todo el comportamiento humano. Si algo produce placer al hombre, es bueno, si le produce dolor, es malo. Esto es muy parecido a la “moral” moderna de “si me conviene lo hago”, “si me gusta lo permito”, “si me desagrada lo rechazo”. En el fondo, la sociedad deja de ser algo natural al ser humano, pues sólo es un acuerdo tácito

entre los hombres de no herirse entre todos, pues eso causa dolor. Otro acierto contractualista.

Se determina así una ética de lo útil, entendiendo la utilidad en el sentido economicista de la palabra: aquello que produce un bien al hombre. Realmente, la escuela epicúrea es de corte económico, pues postula que toda acción envuelve una parte de placer y otra de dolor, estribando la cuestión en decidir de acuerdo a la ganancia de placer que se produzca con el menor costo de dolor.

Si es útil es bueno, y, como la sociedad debe mantenerse para no provocar mayor dolor, lo que sirva a la mantención del orden es bueno y debe respetarse. El problema siguiente es decidir quien determina qué es lo útil, y la respuesta la encuentran en el sofismo del “derecho es fuerza”. O sea que el Estado determinará que es lo útil, y, si no me gusta, debo elegir entre obedecer o soportar el dolor de la pena impuesta a la infracción. De tal manera las leyes no son más que un escriturado sistema de premios y castigos con los que dirigir el comportamiento de la sociedad hacia lo más conveniente para todos.

Entonces, la pena capital, siendo el máximo dolor posible aplicable al ser humano, ya que implica la privación total y permanente del máspreciado de sus bienes, es fundamentada en el criterio de utilidad para la sociedad. En la medida que es útil para eliminar a aquel elemento indeseable, debe ser prescrita y aplicada.

Será impuesta, naturalmente, en la medida que el gobernante lo estime conveniente. Pero surge aquí un nuevo elemento a considerar, que ya había sido esbozado por Aristóteles al hablar de aquellas masas que finalmente se dejaban guiar por el temor de ser castigados, y ahora es reafirmado por esta teoría del sistema de premios y castigos para dirigir el accionar social. El elemento de que hablamos es la circunstancia de que la pena de muerte ya no sólo es una forma de autodefensa de la sociedad, sino que cumple también un rol educativo, o, por lo menos, disuasivo de conductas gravosas.

No podemos esperar que el delincuente entienda que no debe matar porque es tan malo que se contempla como castigo la muerte del homicida. Es más, de acuerdo al criterio hedonista, si al homicida le produce placer el matar podría hacerlo sin remordimientos. Pero sí se puede esperar que aquel criminal en potencia no mate, o se aguante las ganas a lo menos, por temor al castigo, rehuyendo el dolor que le causará la pena consecuente con su acción.

Esta escuela ética es muy básica en sus planteamientos, pero es innegable que ha podido retratar una naturaleza humana de patente actualidad, 2.300 años después.

Los Estoicos, en cambio, desde *Zenón de Citium*, hasta su versión romana, establecen una ética basada en el cumplimiento del deber. Son los primeros en



hablar de una ley natural, y de una razón universal que atañe tanto a dioses como a humanos. Este *logos* universal, racional por cierto, nos indica lo bueno y lo malo, y, ante la imposibilidad del ideal platónico de que un ser humano sea totalmente sabio-bueno o estúpido-malo, dan un importante paso hacia las concepciones modernas de la responsabilidad penal. Aunque hay que mencionar que ellos “viendo en el pecado una intención contraria al deber, no distinguían entre uno y otro pecado y sostenían que todos eran iguales”<sup>55</sup>, con lo que el castigo de todo pecado debiera ser igual. Varios siglos antes, como vimos en el capítulo anterior, el legislador Dracón, había llegado a la misma conclusión decretando la pena de muerte para casi toda infracción a la ley. Para el Estoicismo, entonces, la pena capital tendrá su fundamento en que tanto el ánimo de delinquir como el acto infractor, es de tal gravedad, irracional y culpable, que merece la pena máxima establecida en la legislación, que, al caso, es la de muerte.

Siglos después, en Roma, autores como *Cicerón* y *Séneca* tomarán parte de los fundamentos de estas escuelas éticas. La posición de estos autores, matizada con lo que veremos a continuación, recoge lo ya conversado, en especial respecto de la función educadora de la pena.

La pena de muerte tendrá ahora un carácter disuasivo del delito, el que se manifestará en los tipos infamantes de ejecución. También tendrá un efecto

---

<sup>55</sup> Costa, Fausto; Op. Cit.; p. 22.-

correctivo, para el caso de delincuentes incorregibles. Por último, asistiremos a una vuelta al efecto expiator de la pena capital, que se acentuará durante el cristianismo, en la medida que el delincuente “cumple su deber” al sufrir la pena, quiéralo o no.

### **3. LA FILOSOFIA CRISTIANA.**

#### **3.1. ID POR EL MUNDO.**

El paso del mundo grecorromano al medieval fue catalizado por la iglesia cristiana, que, desde las sombras del temprano imperio, surgió de la mano de los últimos emperadores, en una especie de trueque de legitimidad de la corona a cambio de la fuerza del aparato estatal.

Como ya sabemos, la primera iglesia, si bien no fue propiamente proscrita, fue de carácter privado y, digámoslo, sectario. Comienza valientemente conquistando corazón tras corazón, y, como consecuencia, razón tras razón con una filosofía de vida basada en la ética del amor a Dios y al prójimo.

El mismo Cristo despacha a sus discípulos a pregonar su buena nueva, y, de esta manera, se crea una nueva religión, fundida con un concepto de la sociedad que irá transformando el dicotomizado mundo romano – bárbaro. Tanto las

provincias romanas como la misma Roma estaban llenas de extranjeros o no-romanos que acataban sus leyes, pero en su privacidad mantenían las propias costumbres. En principio, esta nueva religión prenderá en las colonias judías del mundo romano, para luego formar un común denominador entre todas las culturas. De esa misma manera, se recogerá en las nuevas enseñanzas conceptos de la antigua filosofía. Se cuenta, por ejemplo, que el mismísimo San Pablo Apóstol, en uno de sus peregrinajes, conversó con los Estoicos en Atenas. Estos contactos son patentes en la teoría de la ley divina. “La ley suprema era para los antiguos una fuerza mediante la cual las varias partes del cosmos se mantenían unidas en una bella armonía: frente a esa fuerza el hombre era un simple espectador. Su único deber consistía en no estorbar su actividad para evitar que, por la violación de sus preceptos, surgiesen rupturas o transformaciones en la obra que se realizaba”<sup>56</sup>. Pero en cambio, para la filosofía judeocristiana, la ley suprema emana directamente de Dios, y la violación de ésta pone en directa confrontación al individuo con su Dios.

En resumen, sólo hay dos caminos, salvación o condenación eterna. Surge así, ya desde los Padres Apostólicos, la llamada “delegación divina del poder”, que en nuestro campo implica la delegación del poder de castigar. La pena cumple varios efectos simultáneamente, a saber: primero, induce a través del sufrimiento a

---

<sup>56</sup> Ibid.; p. 39.-

la expiación del pecado por el delincuente; y segundo, impide que el resto de la sociedad tome contacto con el ser impuro. Por otro lado, Dios no quiere administrar justicia directamente sobre la tierra, por lo que son necesarios los gobernantes, quienes, a su vez, han de aplicar las penas a los delitos. San Pablo nos dice respecto de éstos en la carta a los Romanos<sup>57</sup>: “Han recibido de Dios la misión de llevarte al bien. Y si te portas mal, témelas, pues no tienen las armas sin razón. También tienen misión de Dios para castigar a los malhechores. Así, pues, hay que obedecer, pero no solamente por miedo al castigo, sino por deber de conciencia”.

Estos fueron los primeros pasos para la formación de la llamada filosofía cristiana, que, durante los próximos siglos, dominó el escenario del derecho.

En esta primera etapa de la filosofía cristiana, entonces, la pena de muerte era aceptada por ser una orden de autoridad, y, mediatamente divina. No osaría cuestionar su legitimidad un cristiano, pues, como sabemos, fueron capaces de marchar alegremente al martirio antes que rebelarse al César.

### **3.2. CIVITAS DEI.**

*San Agustín de Hipona* es el principal autor de la llamada Patrística, y su filosofía se enseñará durante toda la Edad Media. De inspiración neoplatónica,

---

<sup>57</sup> Vid. Romanos 13, 4.-

concibe al mundo formado por dos partes, la Ciudad Divina y la Ciudad Terrena. En ellas, divide las cosas eternas de las temporales, pero siempre lo temporal estará influido por lo divino.

Profundo defensor del libre albedrío contra las corrientes deterministas, postula que la libertad del hombre le permite elegir entre el bien y el mal, pero para alcanzar la libertad absoluta, que sólo quiere el bien, se requiere de la gracia o intervención divina.

Adán pudo distinguir el bien del mal, y eligió pecar. El pecado original fue juzgado por Dios, y sentenciado con la condenación. Nos dice en *“La Ciudad de Dios”*, Capítulo I, Libro XX, que Dios es, esencialmente, juez. Dictó el fallo de Adán y continúa enjuiciando las obras de los hombres a través de generaciones, y así juzgará las almas el día del juicio final.

San Agustín distingue tres clases de penas: la Condenación, la Purgación y la Corrección. “La Condenación es la retribución de un mal eterno. Fue aplicada la primera vez por el pecado original y extendida, después, a toda la descendencia del hombre, exceptuados, antes de la venida del Salvador, los elegidos, y después todos aquellos que supieron o sabrán salvarse. Su última aplicación se hará en el juicio universal. Las penas purgatorias son la retribución de un mal transitorio. Se aplican en esta vida y después de la muerte. Su principio está inspirado en el sacrificio de

Cristo, el Verbo que se encarnó para actuar de mediador entre nosotros y el juez, y merced al cual se purga el alma, atormentada por el dolor”<sup>58</sup>.

La doctrina agustiniana será la que formalice el carácter penitente de la pena de muerte, según la cual, el dolor del condenado contribuye a purgar su alma. Con ello, se idearán tormentos que no tendrán el carácter infamante y estigmatizador que tenían en la época romana, sino se caracterizarán como formas, más o menos perfectas, de “ayudar” al delincuente a salvar su alma. Con ello se cumple el doble propósito de la pena de muerte bajo esta doctrina: el perfeccionamiento espiritual del condenado, y la retribución del mal causado.

Es más, se considera en la filosofía agustiniana a la pena como “retribución divina”. Dios es quien retribuye lo injusto con el mal de la pena. Pero, por lo mismo, para que la pena sea justa, debe ser proporcional al delito. Claro que esa proporcionalidad no implica necesariamente una correspondencia cuantitativa o cualitativa. De hecho, al referirse específicamente a la pena de muerte, se preocupa de señalar una característica propia de ésta, consistente en que su ejecución irrevocable, aunque el delito que la origina haya sido perpetrado temporalmente.

Gran importancia ha de tener la pena de muerte para el debate filosófico cristiano, pues, por la propia naturaleza de esta filosofía, la aplicación capital no termina en la simple ejecución del condenado. Ha de preocuparse no sólo del plano

---

<sup>58</sup> Costa, Fausto; Op. Cit.; p.43.-

terrenal, sino del destino del alma del condenado. De ahí el ímpetu en asegurar el arrepentimiento del reo antes de que pierda la vida, y la fórmula rebuscada era por medio del dolor.

### **3.3. DOCTOR ANGELICUS.**

Desviándose de la corriente neoplatónica, *Santo Tomás de Aquino* (1225-1274) se sitúa en la senda aristotélica para explicarnos el porqué justifica la aplicación de una pena de carácter irrevocable, a modo de retribución de un mal temporal. Podemos entender el porqué se castigue muerte con muerte, pues son dos realidades irreversibles para víctima y homicida, al modo sinalagmático que veía la filosofía más antigua a la pena. Sin embargo, una serie de delitos son castigados capitalmente durante la Edad Media, entre los cuales muchos eran de carácter meramente pecuniario.

Hay que comenzar explicando que el mundo terreno no es un mero tránsito doliente para el Doctor Angélico. Santo Tomás considera al mundo presente como un precioso y necesario escalón para alcanzar la gracia. De ahí la importancia del recto actuar moral, pues el pecador en esta vida, se condena en la otra. Toda esta teoría no se justificaría si no existiera el libre albedrío en la persona humana. Los

seres predeterminados son inocentes pecadores, pues la culpa está en su propia condición fatalista. Sin embargo, siendo el hombre libre es responsable de sus actos.

Santo Tomás, de corte intelectualista, no niega la voluntad y su papel en la conducta final del hombre. La voluntad es la inclinación a un bien conocido por la inteligencia, que puede elegir una cosa y rechazar otra.

Ahora bien, qué elegir en cada caso, es el problema. Para Santo Tomás, se debe elegir siempre lo correcto, y se sabe lo correcto obedeciendo la ley correspondiente. La ley tomista no consiste necesariamente en un mandato determinado oficialmente, pero si es una ordenación del cosmos. La ley se presenta bajo tres aspectos diferentes, profundizando de lo superior a lo terreno: como la razón ordenadora de Dios que dirige todo lo creado (*lex aeterna*); como la participación de esta razón en la criatura (*lex naturalis*); y la ley positiva que se refiere a las condiciones particulares de tiempo y espacio (*lex humana*), que a su vez se dividirá en la ley eclesiástica y civil, dependiendo de cuál autoridad regula positivamente cada realidad. La ley natural es la que determina nuestras tendencias naturales, y basta la razón para poder descubrir sus mandatos cuando no sean evidentes. Como seres materiales, tendemos a permanecer en el tiempo y en el espacio, y al igual que el resto de los seres sensibles, rechazamos nuestra



destrucción. De ahí que tan legítimo como comer o saciar la sed, sea defenderse de quien a uno lo agrede. Sin embargo como seres racionales, tenemos la obligación de conocer y usar nuestra razón. No somos un animal que responda con un zarpazo a un empujón. Volvemos así al punto de partida de la retribución de la pena.

Sobre la ley se funda el derecho a castigar. En la *Summa Teológica* I-II q.60, Santo Tomás nos señala que Dios decretó que la violación del orden divino fuese sancionado con una pena divina, la violación del orden natural castigada con sanciones naturales, y la violación del orden humano llegase a ser reprimida por obra de los poderes temporales. La autoridad civil, por tanto, debe considerarse investida por Dios para castigar, pero en su ejercicio debe ajustarse lo más posible al modelo divino.

Para Santo Tomás, a su vez, la justicia es un hábito: aquél de dar a cada uno lo suyo. Qué es lo “suyo de cada cual” se determinará racionalmente considerando, por un lado, a qué tipo de justicia nos estamos refiriendo. Al igual que Aristóteles, Santo Tomás distingue tres clases de justicia: una legal, una conmutativa, y una distributiva. La pena estaría considerada en la justicia distributiva, pues es el Estado quien debe distribuir los bienes y males que les corresponden a las personas de acuerdo a sus méritos o defectos temporales. De esta manera, la pena tiene el

carácter retributivo que le es propio. Pero a la vez, su carácter intimidante la hace de servir de eficaz medio de promover una finalidad moral, el bien común.

El príncipe debe cuidar de la comunidad, y para ello no sólo debe instaurar la paz social, debe proveer también el conservarlo mediante la remoción de los obstáculos que se oponen al orden. En este sentido, instituye el príncipe el sistema de premios y penas para inducirlos a la virtud, y separarlos de la iniquidad.

Este sistema penal, requiere de cierta racionalidad para cumplir un objetivo, no sólo útil intimidador, sino que, a la vez, justo. En busca de una muestra de la clasificación de penas y delincuentes en la Edad Media, algunos autores encuentran en la Divina Comedia de Dante Alighieri, una impresionante muestra que se ajusta al modelo tomista. Para Dante, la gradación de los delitos es, a la vez, una gradación de los pecados. En su viaje desde el infierno hasta el cielo, recorre, purgatorio mediante, todas las variantes del alma humana. Diferencia los hábitos perversos de las personas que se alejan del bien de aquellos que se inclinan derechamente al mal. Los primeros son pecadores por no resistir su propia conspicuescencia, pero los segundos, que pecan con violencia o fraude por medio, son los más culpables. A los condenados en el purgatorio se les brinda cierta vaga esperanza lejana de salvarse, pero para ello se requiere de la función purificadora de la pena, que limpie el alma de su mancillez. “Así, las penas eternas, como el

purgatorio, se sujetan a la ley de la retribución; el que ha hecho sufrir un mal, sufra a su vez un mal. Concepto general que se expresa de varias maneras en La Divina Comedia. El mal de la pena puede ser igual, cualitativa y cuantitativamente, al producido por el delito, y entonces tenemos el talión en sentido estricto. También el mal de la pena puede ser lo opuesto al placer que el reo trató de procurarse con su mala acción; o la privación del bien que el pecador atacó; o un sufrimiento que reproduzca, mediante cualquier analogía, el recuerdo del delito. En todos los casos, cualquiera que sea el género de aflicción impuesto al paciente, se percibe el esfuerzo del poeta para aproximar la pena a su causa, para estrecharla en unidad equivalente al yerro cometido”<sup>59</sup>.

Sin embargo, a los condenados al infierno, no les conforta jamás esperanza alguna, y sus suplicios no hacen más que mantener viva la culpa. “Abandone, el que entre aquí, toda esperanza” reza la leyenda en la entrada al Hades. El modelo divino, condena eternamente a ciertos pecadores, a aquellos cuyo grado de iniquidad e inclinación al mal no les merece perdón. De esta manera, se acepta que la pena no tiene exclusivamente su carácter purgatorio, sino que su retributividad puede llegar a eliminar toda capacidad de rehabilitación.

Si hacemos una analogía libre del modelo divino, la cárcel y los flagelos medievales son la imagen del purgatorio, que no sólo retribuye el mal, sino que

---

<sup>59</sup> Costa, Fausto; Op. Cit; p. 56.-

posibilita la redención del condenado. El dolor purifica. Pero en el caso de la pena de muerte, aunque sea una muerte rápida y no dolorosa, como una limpia y eficiente decapitación, o bien sea una sufriente quema en hoguera, estrangulamiento por garrote u otro método, el objetivo temporal es la mera retribución del mal causado.

Quizás al poder eclesástico, que dirigía al secular durante la Inquisición, le haya efectivamente interesado que el dolor de ser quemado vivo purifique el alma del hereje. Pero al poder secular, el arrepentimiento del culpable le es indiferente, pues su objetivo es castigar, con el máximo mal, aquella trasgresión que, por su execrable envergadura, merezca el máximo rigor.

Tenemos aquí la más pura de las fundamentaciones de la pena de muerte, pues prescinde, sin negarlo, del carácter preventivo o intimidatorio que pueda tener la pena. Y no necesita hacerse cargo, además, del argumento clásico de la legítima defensa de la sociedad ante el criminal, sin perjuicio de que es labor del Estado velar por el bien común, siendo éste un medio para ello.

### **3.4. OPUS OXONIENSE.**

Mientras Santo Tomás enseñaba en París, en Oxford se concentraba una nueva forma de filosofía, nacida de la disputa teológica sobre la preminencia de la

voluntad o de la razón en Dios mismo. Santo Tomás se inclinaba por la razón ordenadora de Dios, en tanto el franciscano Scotto, reinterpretaba a Platón a través de Plotino, concluyendo que Dios es voluntad pura.

El resultado de esta discusión fue el advenimiento del nominalismo, que postulará que todo lo que conocemos por realidad tiene un trasfondo consensuado en cuanto a la identificación de las cosas, más no un conocimiento pleno de la esencia. Con nuestra voluntad ponemos nombres a las cosas, y, en la medida del acuerdo, el nombre de cada una se tiene por realidad. Entiéndase nombre en el sentido de “concepto”.

De esta manera, el derecho cumple el papel de ordenar la convivencia humana, con el objeto de preservar el orden consensuado. Así las cosas, el delito viene a ser la trasgresión del orden, y, por ende, doblemente peligroso pues no sólo atenta contra un determinado bien jurídico, sino que su tolerancia pondría en riesgo toda la existencia de lo que “nos hemos puesto de acuerdo” que “es” la realidad.

Vuelve entonces, conjugado con los argumentos vistos en el acápite anterior, que la pena capital se justifica, bajo ésta concepción, no sólo por el hecho mismo del crimen, que ha de ser compensado de manera equivalente, sino que, además, la pena de muerte sigue siendo una suerte de autodefensa de la sociedad en contra de aquéllos que pretenden destruirla con su actitud. El grado de transgresión es tal, que

la única forma de revertir el daño social producido es con la eliminación del delincuente, pues sólo extirpando el cáncer se evitará la ruina del todo.

Por otro lado, siendo, según esta filosofía, preeminente la voluntad por sobre lo racional, la pena cumple, además, el papel de redimir al delincuente. Pues bien, ese papel es imposible en el caso capital, ya que éste, por naturaleza, niega toda posibilidad de redención.

Sin embargo, la consecuencia más jurídica de esta variante voluntarista de la escolástica, es el advenimiento del positivismo jurídico. Al igual que, como adelantamos en el punto sobre el sofismo, se termina aquí por dar preeminencia al derecho positivamente establecido por el Estado. Esto es claro si, como se concibe la realidad de las cosas, es imposible conocerlas objetivamente en su esencia, y, por ello, se requiere de un cierto consenso, a lo menos nominal, para ponernos de acuerdo en el orden de la realidad.

El positivismo jurídico, preocupado del purismo científico del derecho, establece normas obligatorias que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado basando su obligatoriedad en el ordenamiento mismo. El Estado se organiza jurídicamente, y cada norma superior fundamenta a la norma inferior.

Nada implica, eso sí, que esta postura tenga los caracteres de arbitrariedad que tenía la concepción sofista del Estado, en la época de Protágoras y Pericles. A

pesar de que el Estado sigue siendo dominado por aquel que tenga la fuerza (electoral, de las armas, etc.), los rigurosos requisitos lógicos del positivismo debieran alejar el problema. En todo caso, lo que queremos recalcar aquí es que, independiente o conjuntamente con los valores mencionados anteriormente, se añada con fuerza otro aspecto dañino en el delito, ahora elevado a valor jurídico, cual es la transgresión de la norma jurídica misma. En efecto, el sólo hecho de desobedecer el ordenamiento jurídico, implica un disvalor, que llevará como consecuencia jurídica aquella contemplada en la misma norma. Es decir, si en el ordenamiento jurídico se encuentra contemplada la pena de muerte como consecuencia jurídica para determinado delito, el juez ha de aplicarla necesariamente, debiendo bastar la operación lógica como fundamento. Todo ello, por supuesto, no es excluyente de otros fundamentos, aunque para el positivismo jurídico riguroso, todo otro valor debe ser excluido, por considerarse extrajurídico.

### **3.5. ROMANO PONTIFICE.**

Para terminar el acápite sobre la filosofía cristiana, corresponde ahora hablar de la postura de la Iglesia Católica frente a la Pena de Muerte.

Cabe destacar que ésta ha variado sensiblemente a través de la historia, sin dejar nunca, eso sí, de fundamentarse en la posición de los grandes filósofos y teólogos cristiano - católicos.

Sin ánimo de realizar un estudio definitivo sobre el tema, podemos adelantar que durante mucho tiempo prevaleció la postura que admitía la pena de muerte sólo en aquellos casos extraordinarios, manteniendo la línea trazada por Santo Tomás de Aquino.

De más está decir que la misma Iglesia admitió e incitó al poder temporal a aplicar la pena capital, por lo menos hasta los últimos vestigios inquisitoriales del siglo XVIII. Sin embargo, en los últimos siglos, la Iglesia moderó tal postura para terminar en el siglo XX admitiendo la posibilidad de la pena capital sólo en aquellos casos que, por su gravedad, lo merecieran. Ese estilo restrictivo de la pena máxima se acompañó siempre, y progresivamente, de un llamado a los Estados a la piedad, abogando permanentemente por evitar sufrimientos innecesarios al reo condenado.

A medida que se fue desarrollando la doctrina de los derechos humanos, desde fines del siglo XIX hasta nuestros días, el valor de la vida e integridad humana fue ganando fuerza por sobre otros valores, tenidos antes como intransables. De esa manera se fueron suprimiendo, por innegable mediación de la



Iglesia, accesorios de la pena máxima como fueron las torturas y otros matices infamantes.

La mejor forma de conocer la posición de la Iglesia respecto al tema, la encontramos en la voz de los Papas de los últimos siglos, que, a través de las Enclílicas, fueron delineando el camino que culmina más recientemente en la inigualable obra de S.S. Juan Pablo II.

Promediando la última década del siglo XX, el Papa nos dice: “En este horizonte se sitúa también el problema de la pena de muerte, respecto de la cual hay, tanto en la Iglesia como en la sociedad civil, una tendencia progresiva a pedir una aplicación muy limitada e, incluso, su total abolición. El problema se enmarca en la óptica de una justicia penal que sea cada vez más conforme con la dignidad del hombre y por tanto, en último término, con el designio de Dios sobre el hombre y la sociedad. En efecto, la pena que la sociedad impone ‘tiene como primer efecto el de compensar el desorden introducido por la falta’. La autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para que sea readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse. Es evidente

que, precisamente para conseguir todas esas finalidades, la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes”<sup>60</sup>.

Juan Pablo II no se refiere como “raros” a los casos en que se condena a muerte a alguien, sino como extraños aquellos casos en que la seguridad de la sociedad merece como última alternativa válida la eliminación del infractor.

Esta postura, pragmática en cierto modo, pavimentó el camino para que en los últimos documentos pontificios se hiciera un llamado definitivo a no aplicar la pena capital. En definitiva, tras veinte siglos cristianos, el Estado está en condiciones, a juicio papal, de defender al individuo sin contemplar su eliminación, cosa que no era supuestamente factible en épocas anteriores. Se desprende de toda esta argumentación el carácter disuasivo de la pena capital, pero no podemos concluir que se aleja del sentido retributivo de la pena, pues claramente sigue considerando la retribución como la principal causa de la pena. Sin embargo, esta retribución ha de supeditarse al valor absoluto de la vida humana, inviolable hasta para el propio garante de la sociedad.

---

<sup>60</sup> S.S. Juan Pablo II; “*Evangelium Vitae*”; Ed. San Pablo, Santiago, Chile, 1995; p. 100-101.-

#### **4. LA FILOSOFIA MODERNA.**

Volviendo al desarrollo de la filosofía occidental y su repercusión en el tema que nos ocupa, debemos situarnos en el siglo XVII y la explosión racionalista que detonaron autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, y otros.

Éstos, considerados como parte de un movimiento naturalista, humanista y racional, forman lo que hoy es conocido como el contractualismo, el cual, científicamente hablando, se opone a la posición aristotélica que sostiene que el origen de la sociedad se encuentra en la naturaleza del hombre. En general, podemos decir que todos ellos concuerdan en que la sociedad surge como respuesta a una necesidad de protección del hombre, en una suerte de “pacto social” en el cual los individuos le entregan parte de su libertad, en pro de que el Estado proteja a sus ciudadanos.

Poco antes de estos autores, Hugo Grocio, con un punto de vista racional y a la vez naturalista, desde lo que él llama sociabilidad, funda el derecho en un principio inmanente al hombre. Establece, como deducción racional, que el derecho ha de fundarse en principios básicos como el respeto de lo ajeno, restitución de lo debido, cumplimiento de los contratos, reparación del daño causado, y la retribución penal. El hombre, para castigar, debe proponerse objetivos o

fundamentos de la pena misma, como son “la corrección del culpable, la satisfacción y seguridad del ofendido y la satisfacción y seguridad de los terceros... El principio que la rige es la retribución, igualdad entre el mal de la pena y el mal producido por el delito”<sup>61</sup>. En el caso de la pena capital, los principios son satisfechos, excepto en cuanto la corrección del culpable.

Para Hobbes, un poco más tarde, inspirado en Horacio y Ovidio, dice que el hombre es el lobo del hombre. El Estado surge como consecuencia de nuestra necesidad de protegernos de nosotros mismo. Los hombres, libres e iguales, van apoderándose de las cosas movidos por su instinto de conservación, hasta que llega un momento en que, para seguir avanzando, terminan pasando unos sobre otros. Como todos tenemos los mismos intereses, luchamos entre nosotros, con lo que termina conculcándose el propio fin de conservación del hombre. Surge, entonces, el contrato social, como forma de autoconstricción, situación que marca el fin de la justicia natural como medida de lo bueno y lo malo, pasando la medida de lo justo y lo injusto a las leyes formuladas por el Estado. La pena viene a ser un mal infligido por la autoridad pública al trasgresor de las leyes. Interesante es la fundamentación a la pena de muerte en el caso de delitos de lesa majestad, puesto que, según él, no corresponden al carácter típico penal, sino que, por el contrario, corresponde a un retroceso al “estado natural de guerra”, pues al ofender al príncipe

---

<sup>61</sup> Costa, Fausto; Op. Cit.; p. 69.-

se está voluntariamente renunciando a la protección estatal, con lo que se reinicia, para el delincuente, el estado de guerra permanente, en la cual, por supuesto, es vencido por el Estado.

Puffendorf rehace las teorías de Grocio y Hobbes, pero desde un punto de vista naturalista. Deduce de los principios del derecho natural que el autor de un delito no sólo debe resarcir, sino que debe asegurar no producirlo de nuevo. En el estado natural de guerra, el ofendido deberá disponer las providencias necesarias, pero en el estado social, esta garantía ha de provenir de la pena legal. Este es el objeto de la pena y, por ello, el castigar exige que se produzca alguna utilidad con la punición.

El objeto último de la pena es prevenir las injurias que los hombres puedan inferir a sus semejantes, ya sea a través de la corrección del delincuente, la ejemplaridad o disuación, o, por último, mediante la eliminación del peligro social encarnado en el delincuente.

Prescinde de todo concepto de expiación del pecado, alejándose, a su vez, del principio de satisfacción del mal causado. Independientemente de todo otro fin accesorio, la pena se justifica en la medida que se previene el delito, y, para el caso que nos ocupa, la pena de muerte es la más irreversible y absoluta de todo el aparato penal de una sociedad.

En efecto, con la aplicación de la pena capital se elimina toda posibilidad de que el delincuente pueda volver a cometer el delito. De esta manera, por lo menos en el caso individual, la pena subjetivamente cumple su función principal. Ahora bien, surge obviamente la reserva natural respecto del resto de los caracteres de la pena, o bien por aquellas funciones tan apreciadas por autores anteriores como, principalmente, la corrección del sujeto.

Esta serie de factores son los que cuestionarán el fundamento de la pena de muerte basado en la idoneidad o eficacia. Si existen otros métodos factibles de eliminar efectivamente el riesgo del delito, ¿Es correcto eliminar al delincuente?. Esos son los riesgos de fundamentar el objeto de la pena de muerte en su eficacia para evitar delitos, y, correlativamente, disuadir a otros de delinquir.

Kant, en las postrimetrías del siglo XVIII, vivió y enseñó en la prusiana Koennisberg, desde donde se convirtió en uno de los autores más influyentes para las generaciones futuras, siendo para la filosofía moderna, lo que la trilogía helena de Sócrates, Platón y Aristóteles fue para la filosofía occidental.

Sostiene que sólo se conoce el fenómeno, o apariencia de las cosas, y distingue entre la razón pura del ser y la razón práctica. El derecho de castigar sería uno de esos conocimientos que pertenecen a la razón práctica.

La razón práctica tiene como principio supremo el imperativo categórico. Una especie de ordenación: “tú debes”. Es un imperativo categórico y sin condicionamientos, que se deriva directamente de la ley e impone una conducta determinada. Ante él sólo pueden observarse dos actitudes: obedecer o no. Cumplir la ley, o infringirla.

En caso de optar por observar la ley, si esto se hace en pro de un sentimiento del deber, estamos ante la moralidad del acto. En cambio, si se acata movido por otro motivo, como puede ser el evitar la sanción simplemente, estamos ante la mera legalidad. En ambos casos, con todo, el derecho se ve satisfecho, toda vez que el imperativo categórico es mera forma, absolutamente objetivo, y satisface a la justicia en la medida que se cumple.

Ahora bien, en caso de optar por desobedecer y no acatar el imperativo legal, se produce la transgresión y, como consecuencia indefectible, el castigo o sanción. Por eso, ser culpable y merecedor de castigo implica un concepto de justicia absoluta, excluyendo todo elemento “extraño”, como el bienestar de la sociedad, la redención del culpable o la prevención del delito. Nada impide, eso sí, al legislador, fijarse otros fines coetáneos a la pena, pero no debe olvidarse que la justificación del castigo se encuentra en sí mismo, como justa e indefectible retribución de la infracción.

La verdadera razón para aplicar la pena es el delito cometido. Antes de pensar en obtener de la pena cualquier utilidad particular, debe encontrarse un sujeto merecedor de la punición. Lo que importa es la justicia, y lo demás no cuenta.

De esta manera, la pena deriva directamente de la transgresión de las leyes, y puede ser definida como el efecto jurídico de la culpa. Está regida por un principio exclusivo, el de la igualdad, concebida como una especie de “talión ideal”. Kant piensa que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, pero esta igualdad debe ser bien comprendida para determinar la justa calidad y cantidad de la pena. En su “Metafísica de las Costumbres”, Kant demuestra mediante el ejemplo de la pena capital el absurdo de la opinión según la cual el principio de la igualdad de los dos males (crimen y pena) contrastaría con el que quiere que los criminales sean castigados con penas proporcionales a su maldad interna (intención). Supóngase, observa, que siguiendo el criterio del talión la pena de muerte resulte aplicada, indistintamente, a todos los culpables del mismo delito. Por ejemplo, nos dice, a un hombre de honor, impulsado a la acción criminal por pasiones políticas, o a un hombre vulgar, inducido a ella por motivos egoístas. Pues bien, concluye, a pesar de la apariencia en contrario, la misma pena castiga justamente a uno y a otro, porque el primero preferirá siempre la muerte a la pena



de trabajos forzados y el segundo no sería suficientemente castigado con la sanción menos grave. La pena capital es siempre una buena compensadora de las culpas de cada uno<sup>62</sup>.

## **5. LA ESCUELA DE VIENA.**

Ya entrando en el siglo XX, surge una escuela jurídica que deriva de la corriente del positivismo.

Efectivamente, se considera al jurista austríaco Hans Kelsen, como uno de los grandes exponentes del positivismo jurídico, quien tuvo el propósito de estructurar un conocimiento jurídico de rango científico. Su teoría pura del derecho racionaliza el fenómeno jurídico, y reduce la estructura lógica para la norma jurídica al siguiente juicio hipotético: Si A debe ser P, si No-P, debe ser S.

De esta manera, la pena es la sanción penal para la infracción de la ley, la consecuencia lógica, y, a la vez, el imperativo del juez impuesto por el legislador. Ante este panorama, si está contemplada la pena de muerte en el ordenamiento jurídico de un Estado, el juez deberá aplicarla de darse los supuestos.

---

<sup>62</sup> Kant, Emanuel; “Metafísica de las Costumbres”; Parte I, Capítulo II, Sección I; Ed. Tecnos, Madrid, 1989.-

El ordenamiento jurídico, en sí mismo, es pleno, coherente y poseedor de una serie de atributos que le impiden, casi por dogma, que se cometan arbitrariedades o irracionalidades. Señalemos que para Kelsen el ordenamiento jurídico se grafica en la forma de una pirámide invertida en su vértice. Cada norma se fundamenta en la norma superior. De esta manera, la base triangular de la pirámide es la norma fundamental, que podemos identificar con la Constitución Política de la República. Ahora bien, la primera norma tiene su fundamento a su vez, en la llamada “Norma Fundamental”, que es el único componente no escrito que Kelsen requiere para su teoría: “Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma de derecho positivo; dicha norma no es puesta, sino supuesta”<sup>63</sup>.

Kelsen basa la especificidad del deber jurídico en la coactividad, esto es, en la posibilidad de exigir su cumplimiento mediante la fuerza. Este autor vincula en tal grado el derecho y la coacción, que indica: “Consideramos al derecho una forma de organizar la fuerza”<sup>64</sup>.

Así las cosas, la fundamentación de la pena de muerte se basa, en cuanto sanción jurídica, en el propio ordenamiento jurídico que la contempla. Por ejemplo, el Código Penal establece la pena de muerte para cierto tipo de homicidio, con ciertas características. Si se aplica o no, dependerá del juicio lógico que realice el

---

<sup>63</sup> Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho”; EUDEBA, Bs. Aires, Argentina, 1960; p. 139.-

<sup>64</sup> Ibidem; p. 143.-

juez, para recorrer la gama de penalidades posibles. El Código Penal, por su parte, es ley de la República que fue aprobada y legitimada de acuerdo al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si la pena de muerte ha de ser abolida o instaurada para otro tipo de delitos, se deberá decidir de acuerdo al procedimiento legal establecido. O sea, las consideraciones que el Presidente de la República, o el Congreso y los parlamentarios aduzcan para abolir o establecer la pena capital, no afectan su fundamentación, la que no es otra que la misma norma que la establece como pena.

Este criterio pragmático, y científicamente puro, es el que predomina, en mayor o menor grado, en la mayoría de los sistemas jurídicos actuales.

Sin embargo, como veremos a continuación, la filosofía del derecho tiene mucho que aportar para la comprensión de las instituciones jurídicas actuales, que, como sabemos, son las mismas de antes, sólo que miradas desde distintos prismas a lo largo de la historia.

## CAPITULO III

### LA PENA DE MUERTE EN CHILE

#### 1. LEGISLACION VIGENTE.-

Expondremos a continuación, a modo meramente enunciativo, las normativas vigentes que trataron sobre la pena de muerte en Chile, hasta antes de su reciente eliminación mediante la LEY 19.734, publicada en el Diario Oficial del 05 de Junio del año 2001.

Con todo, creemos conveniente citar aquí, el mensaje del Presidente de la República, don Federico Errázuriz Zañartu, que en 1874 acompañó el proyecto de Código Penal al Congreso, en la parte que se señala la posición oficial respecto de la pena de muerte, toda vez que este punto es parte integrante de la historia de la ley que estuvo vigente en Chile, por 125 años:

“Ha creído la Comisión redactora, que debía conservar la pena de muerte, limitándola sólo a aquellos delitos que, como la traición, el parricidio, convierten al delincuente en un enemigo declarado y en un peligro cierto para el orden social. La agravación de otros delitos a los cuales debe corresponder en casos ordinarios la

mayor pena fuera de la muerte, hace indispensable también la aplicación de esta última, para que la ley tenga alguna en esos casos excepcionales de depravación.

Entre la pena de muerte y las penas temporales se han introducido los castigos perpetuos como un grado intermedio necesario para mantener la progresión de la escala general. Preferible a la muerte es, sin duda, la prisión perpetua, tanto porque ella conserva nuestro más precioso bien aunque sea limitado y sujeto a privaciones, cuanto porque deja esperanza de obtener por indulto la terminación o la atenuación del castigo.”

En esta lista, señalamos todas las coincidencias respecto del tema en cuestión, ya sea que la normaticen expresamente, o la traten sólo tangencialmente.

Los cuerpos legales que trataban la materia son:

- a) Constitución Política del Estado de 1980
- b) Código Penal
- c) Código de Procedimiento Penal
- d) Código de Justicia Militar
- e) Código Orgánico de Tribunales
- f) Ley de Seguridad Interior del Estado N° 12.927
- g) Ley de Conductas Terroristas N° 18.314
- h) Ley sobre Control de Armas y Explosivos N° 17.798

Más en detalle, expondremos estas normas legales señalando entre paréntesis la parte derogada modificada por la Ley 19.734:

a) Constitución Política de la República de Chile 1980.

“**Art. 9.** El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos... Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la **pena de muerte** por la de presidio perpetuo.”

“**Art. 19.** La Constitución asegura a todas las personas:

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La **pena de muerte** sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

## **Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo;”**

### b) Código Penal:

- Libro I, Título III, Párrafo 3 “De los límites, naturaleza y efectos de las penas”.

**Art. 27.** (La **pena de muerte**, siempre que no se ejecute al condenado, y las...) –modificado por: *Las penas* de presidio, reclusión y relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece este Código.

- Libro I, Título III, Párrafo 4 “De la aplicación de las penas”.

**Art. 66.** Si la ley señala una pena compuesta de dos indivisibles y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados.

Cuando sólo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. (-eliminado: Si en este último caso el

grado máximo de los designados estuviere constituido por la **pena de muerte**, el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente.)

(Asimismo se han eliminado en el inciso cuarto del artículo 68, la frase ", a menos que dicha pena fuere la de muerte, en cuyo caso el tribunal no estará obligado a imponerla necesariamente".

En el inciso segundo del artículo 75, la frase "Si dicha pena fuere la de muerte, podrá imponerse, en vez de ella, la de presidio perpetuo."

Se modifica el inciso segundo del artículo 77 suprimiendo la frase "o la pena superior fuere la de muerte", y se derogan los artículos 82 a 85.

Elimínase en el artículo 94 la frase "muerte o de".

Elimínase en el artículo 97 la frase "muerte y la de".)

- Libro I, Título IV, Párrafo 2 “De las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo”.

**Art. 91.** Los que después de haber sido condenados...

( Cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusión perpetuos y el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, podrá imponerse al procesado la **pena de muerte**, o bien gravarse la pena perpetua con las de encierro en celda solitaria hasta por un año e



incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal hasta por seis años, que podrán aplicarse separada o conjuntamente) Reemplazado por: Cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusión perpetuos y el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, podrá imponérsele la de presidio perpetuo calificado. Si el nuevo crimen o simple delito tuviere señalada una pena menor, se agravará la pena perpetua con una o más de las penas accesorias indicadas, a arbitrio del tribunal, que podrán imponerse hasta por el máximo del tiempo que permite el artículo 25.

En el caso de que el nuevo crimen deba penarse con relegación perpetua y el delincuente se halle cumpliendo la misma pena, se le impondrá la de presidio mayor en su grado medio, dándose por terminada la de relegación.

Cuando la pena que mereciere el nuevo crimen o simple delito fuere otra menor, se observará lo prescrito en el acápite primero del presente artículo.

- Libro I, Título V “De la extinción de la responsabilidad penal”.

**Art. 94.** La acción penal prescribe:

Respecto de los crímenes a que la ley impone **pena ( eliminado: de muerte** o) de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.

Respecto de los demás crímenes, en diez años.

Respecto de los simples delitos, en cinco años.

Respecto de las faltas, en seis meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieren penas privativas de libertad, se estará a la mayor.

( También se sustituye en el inciso primero del artículo 106 la frase "la de muerte" por la frase "el presidio perpetuo calificado"; en el inciso segundo del artículo 372 bis la expresión "a muerte" por "a presidio perpetuo calificado"; y en el inciso quinto del artículo 141, artículo 390 y numeral 1º del artículo 433, sustitúyese la expresión "a muerte" por "a presidio perpetuo calificado".)

c) Código de Procedimiento Penal:

- Libro II, Título IV, Párrafo 5 “De las medidas que agravan la detención y la prisión”.

**Art. 296 (318).** No se pondrán prisiones al detenido o preso, ni se adoptará contra él ninguna otra medida extraordinaria de seguridad, sino en los casos de desobediencia, violencia o rebelión, o cuando esta medida parezca necesaria para la

seguridad de los demás detenidos o para evitar el suicidio o la evasión, intentados de alguna manera (eliminado: ,o si, versando el proceso sobre delito que merezca **pena de muerte**, el juez lo estimare conveniente para asegurar la persona del procesado).

- Libro II, Segunda Parte, Título VII “De la sentencia”.

**Art. 502 (530).** Si la prueba con que se hubiere acreditado la culpabilidad del procesado consiste únicamente en presunciones, la sentencia las expondrá una a una. (Eliminado: La **pena de muerte** no podrá imponerse en mérito de la sola prueba de presunciones; y el procesado o procesados contra quienes obrare dicha prueba, serán en ese caso condenados a la pena inmediatamente inferior).

(Se deroga, asimismo el artículo 531, el inciso cuarto del 526 y el tercero del artículo 532)

- d) Código Orgánico de Tribunales:

Se suprime el artículo 20, y el siguiente: (**Art. 73.** La **pena de muerte** no puede ser acordada en segunda instancia sino por el voto unánime del tribunal. Cuando para imponerla, resulte simple mayoría, se aplicará la pena inmediatamente inferior en grado.

Si el tribunal de alzada pronunciare una condenación a muerte, procederá inmediatamente a deliberar sobre si el condenado parece digno de indulgencia y sobre qué pena proporcionada a su culpabilidad podrá sustituirse a la de muerte. El resultado de esta deliberación será consignado en un oficio que la Corte remitirá oportunamente al Ministerio de Justicia, junto con una copia de las sentencias de primera y de segunda instancia. El Ministerio hará llegar los antecedentes al Presidente de la República a fin de que resuelva si ha o no lugar a la conmutación de la pena o al indulto.)

e) Código de Justicia Militar:

- Título I “Reglas generales”.

**Art. 222.** La **pena de muerte** y las de presidio y de reclusión perpetuas llevan consigo la degradación.

Las penas de crimen, no comprendidas en el inciso anterior, llevan consigo la destitución.

Las penas de simples delitos que tienen el carácter de aflictivas, llevan como accesoria la separación del servicio.

Las penas de simples delitos de duración superior a un año y que no tienen el carácter de aflictivas, llevan consigo la pérdida del estado militar.

Las penas de simples delitos de duración hasta de un año, llevan como accesoria la suspensión del empleo militar.

- Libro III Título I “Reglas generales”.

**Art. 240.** La **pena de muerte** se ejecutará ordinariamente de día, con la publicidad y en la forma que determinen los reglamentos que dicte el Presidente de la República, y al día siguiente de notificado el condenado del "cúmplase" de la respectiva sentencia.

Pero, en tiempo de guerra, se procederá a la ejecución inmediata de las sentencias de muerte, cuando el delito exija un pronto y ejemplar castigo a juicio del General en Jefe del Ejército o Comandante de la plaza sitiada o bloqueada por el enemigo.”

( En este Código solo se sustituyen, en el artículo 351, la frase "la de muerte" por "el presidio perpetuo calificado"; y en el numeral 1º del artículo 416, la frase "a muerte" por "a presidio perpetuo calificado").

f) Código de Derecho Internacional Privado:

- Libro IV, Título III “De la Extradición”.

**Art. 378.** En ningún caso se impondrá o ejecutará la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de la extradición.”

g) Convenciones Internacionales : (indicados de acuerdo a su publicación en el Diario Oficial de la República de Chile (DO)).

- DO 29.04.89 TEXTO DECRETO 778 1989 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 6.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la **pena de muerte** por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los

Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

- DO 05.01.91 TEXTO DECRETO 873 1991 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

#### Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de

tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

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

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

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

- DO 28.10.91 TEXTO DECRETO 752 1991 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 76.- Protección de las mujeres



1. Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor.

2. Serán atendidos con prioridad absoluta los casos de mujeres encintas y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado.

3. En toda la medida de lo posible, las Partes en conflicto procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encintas o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado. No se ejecutará la pena de muerte impuesta a esas mujeres por tales delitos.

• DO 28.10.91 TEXTO DECRETO 752 1991 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 77.- Protección de los niños

1. Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades,

especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

4. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75.

5. No se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de dieciocho años.

- DO 28.10.91 TEXTO DECRETO 752 1991 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 6.- Diligencias penales

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. 2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:

a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encintas ni en las madres de niños de corta edad.

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

- DO 30.11.93 TEXTO DECRETO 1.009 1993 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 10.

Si el delito que se imputa al reclamado es sancionado según la legislación de la Parte requirente con la pena capital o con la pena mayor al máximo establecido para la privación de la libertad en la legislación del país requerido, la extradición no se concederá a menos que el Estado requerido obtuviera garantía previa suficiente de que no se impondrá al extraditado la pena de muerte, o la pena mayor, sino la de prisión que no exceda la máxima prescrita en la Parte requerida.

- DO 11.04.95 TEXTO DECRETO 31 1995 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

Art. 10

Pena de muerte y penas privativas de libertad a perpetuidad

Cuando los hechos que originen una solicitud de extradición estuviesen castigados con la pena de muerte o con una pena privativa de libertad a perpetuidad, ella será concedida, sólo si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad.

- DO 20.02.96 TEXTO DECRETO 1.844 1996 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

## VII. PENAS EXCLUIDAS

Ninguna persona entregada según las disposiciones de este Tratado podrá sufrir la pena de muerte o ser sometida a tortura o un castigo cruel, inhumano o degradante.

- DO 23.10.97 TEXTO DECRETO 1.417 1997 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

### Artículo 4

#### Rechazo Discrecional de la Extradición

La extradición podrá ser negada en virtud del presente Tratado en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. cuando, en virtud de la ley de la Parte Requerida, el delito por el cual se pretende la extradición se considera que ha sido cometido, en su totalidad o en parte, dentro de su territorio;

2. cuando el delito está castigado con la pena de muerte en virtud de la ley de la Parte Requirente, salvo que esa parte se comprometa a que no se aplicará la pena de muerte, o a que si se dictare una sentencia de muerte, ésta no se llevará a cabo;

3. cuando la persona cuya extradición se pretende ha sido finalmente absuelta o declarada culpable en un tercer Estado por el mismo delito por el que se pretende la extradición y, si hubiera sido declarada culpable, la sentencia impuesta hubiera sido cumplida plenamente o ya no fuere factible de ser cumplida; y

4. cuando, en casos excepcionales, la Parte Requerida, a pesar de considerar la seriedad del delito y los intereses de la Parte Requirente, determinare que, dadas las circunstancias personales de la persona cuya extradición se pretende, la extradición sería incompatible con consideraciones humanitarias.

- DO 02.02.99 TEXTO DECRETO 1.859 1999 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES SUBSECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES

#### Artículo III - CONDICIONES PARA LA APLICACION DE LA CONVENCION

La presente Convención se aplicará únicamente bajo las siguientes condiciones:

1. Que exista sentencia firme y definitiva como ha sido definida en el Artículo I, ordinal 3, de la presente Convención.

2. Que la persona sentenciada otorgue expresamente su consentimiento al traslado, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del mismo.

3. Que el hecho por el que la persona haya sido condenada configure también delito en el Estado receptor. A tal efecto, no se tendrán en cuenta las diferencias de denominación o las que no afecten la naturaleza del delito.

4. Que la persona sentenciada sea nacional del Estado receptor.

5. Que la condena a cumplirse no sea pena de muerte.

6. Que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de por lo menos seis meses.

7. Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor.



## 2. VISTOS Y CONSIDERANDO

A modo meramente ejemplar, se insertan a continuación los extractos de algunos fallos correspondientes a diversas épocas del siglo XX, recién pasado. En ellos, se observa que la mayoría de los argumentos considerados en la parte expositivas de la sentencias son de orden meramente legalista.

Es decir, son pocas las veces en la que los ministros han dejado expresado sus propias convicciones respecto del tema, salvo cuando la aplicación de la pena de muerte ha sido indiscutida para ellos. No hemos encontrado, por el contrario, algún voto disidente que alegue la no correspondencia de la pena de muerte como institución, sólo su no procedencia respecto del mérito de autos.

De esta manera, se puede establecer que, mientras estuvo la pena de muerte vigente en Chile, las cortes aplicaron o no la pena máxima de acuerdo a si se dan los antecedentes formales que los facultaban para sentenciarla, haciendo gala, eso sí, de una rigurosidad propia de sus altos cargos en la magistratura, a la hora de sopesar los antecedentes y probanzas.

## **FALLO N° 1**

TRIBUNAL : Corte Suprema de Justicia

FECHA : 11.12.1998

NORMA : Art. 66 CP, 372 bis CP; 546 No. 2 CPP; 785 CPC

TOPICOS : Casación en el Fondo de Oficio, Requisitos. Violación con Resultado de Muerte, Hechos Constitutivos. Violación con Resultado de Muerte, Penalidad. Pena de Muerte, Procedencia. Pena de Muerte, Requisitos

EXTRACTO : Para proceder al estudio de una posible casación en el fondo de oficio, es necesario que se satisfagan diferentes supuestos de procedencia, esto es, estar conociendo de un recurso de casación en el fondo; que este recurso de casación sea rechazado y su rechazo responda a defectos en su interposición, presupuestos que en el caso de autos se cumplen a totalidad. Corresponde precisar si concurren los requisitos para que esta Corte Suprema haga uso de la atribución mencionada.

Se desprende claramente que la acción del autor de los hechos estaba encaminada principalmente a obtener la satisfacción de sus deseos sexuales, para lo cual llevo a la menor a su domicilio, en donde procedió a mantener relaciones sexuales por vía vaginal y anal, y con motivo u ocasión de tales actos le causó la muerte. En efecto, el sujeto teniendo en consideración en forma determinante,

estando movido o impulsado, por un objetivo específico realizó otra acción secundaria a la luz de dicha causa o fin.

De lo recién expuesto se sigue que el hecho principal y determinante de la acción fue mantener las relaciones sexuales por vía vaginal con la menor, y que al realizar tal acción, además, fue objeto de penetración anal y se le causó la muerte por asfixia por sofocación.

Debe tenerse presente que la muerte de la menor por asfixia por sofocación es un hecho producido a lo menos con posterioridad a las lesiones genitales y anales, sin que consten objetivamente las circunstancias específicas como ella fue causada y, aun cuando en esta parte el procesado hace referencia a las situaciones especiales en que se habría producido, lo cierto es que tales declaraciones no pueden ser consideradas, a la hora de establecer los hechos, correspondiéndole a su parte probar las particularidades en que basa su calificación, las que en el proceso no resultan establecidas, por lo que debe tenerse como un suceso cierto, preciso y no discutido solamente que a la menor se le ocasionó la muerte con posterioridad a la relación sexual y a la relación impropia anal.

Conforme a las precisiones fácticas realizadas, corresponde calificar jurídicamente los acontecimientos a la luz de la terminología empleada por nuestro

legislador. Es así como se puede concluir que la menor fue objeto de violación, abusos deshonestos y de homicidio.

De acuerdo a tal calificación jurídica, y precisando el carácter legal de estas acciones, teniendo en consideración el principio de la especialidad de las figuras típicas, ellas encuentran su correcta determinación en el delito de violación seguido de homicidio de la víctima y, además, de abusos deshonestos.

Esta calificación jurídica de los hechos y la determinación de su carácter legal llevan a encuadrarlos en las figuras típicas de los artículos 372 bis y 366 del Código Penal, respectivamente.

Si bien los jueces de la instancia efectuaron una correcta labor de tipificación de la conducta delictiva en lo relativo al delito de abusos deshonestos, no ocurre lo mismo con la violación con homicidio y tal errada determinación constituye la causal de casación prevista en el artículo 546 número 2 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la aplicación de la ley penal con error de derecho llevó a los sentenciadores a calificar equivocadamente el delito, aplicando la pena conforme a esa calificación.

El error de derecho antes indicado tiene influencia substancial en lo dispositivo del fallo, desde que el autor y procesado deberá ser castigado por un ilícito distinto y de mayor gravedad que aquel por el cual los magistrados de la

instancia le impusieron la sanción. En tal caso la labor del máximo tribunal debe aplicarse en la búsqueda de la correcta tipificación de los hechos pues sólo así orientará y unificará la jurisprudencia para que pueda obtenerse el respeto de la soberanía en base a la cual se dictó la ley, obteniéndose una igualdad ante la ley y la justicia.

Los hechos establecidos en el fallo de primera instancia permiten ser calificados como constitutivos de los delitos de violación con homicidio, y de abusos deshonestos, ilícitos éstos que se encuentran previstos y sancionados en los artículos 372 bis y 366 del Código Penal, respectivamente. Con esta conclusión, estos jueces alteran, de este modo, la calificación del auto acusatorio, la sentencia de primera instancia y desechan lo solicitado por la acusación particular. Al no estar obligado el tribunal a imponer el máximo de la pena cuando ésta fuera la de muerte, ha conferido al juez no sólo la facultad, sino que ha dejado en sus manos radicada esta decisión., la que debe ser adoptada en conciencia, de acuerdo a los dictados de la prudencia y ponderando las circunstancias del caso. De este modo al aplicar la sanción debe tenerse en consideración a la víctima y al victimario, como también el carácter ejemplarizador de aquella, permitiendo que se cumplan los fines de prevención de nuevas conductas delictivas del mismo tipo, retribución por el mal causado y la reforma del procesado. Tales aspectos llevan a la conclusión

que si bien en el caso de autos debe adoptarse una decisión severa, dada la extrema gravedad de los hechos, ésta ha de ser el presido perpetuo, permitiendo que la sociedad día a día constate el castigo que se le infiere a quienes atentan tan cruelmente en contra de un semejante, se sufra por el responsable la sanción apropiada y, en fin, que pueda llegar el momento que éste se de cuenta de la gravedad de su conducta.

*Voto disidente ministros Navas y Pérez:* por lo que se ha expuesto en la sentencia, al perjudicar al encausado tres agravantes de responsabilidad penal sin que lo beneficie atenuante alguna, correspondería que por la figura del artículo 372 bis del Código Penal **sea condenado a la pena de muerte, única sanción que en concepto de los disidentes, y de acuerdo al artículo 66 del mismo Código, reúne las condiciones de ser una pena justa.**

**Esta conclusión se hace más inevitable si se considera que el procesado atentó sexualmente contra una menor de cinco años, con las agravantes de abuso de confianza, alevosía y después de haber quebrantado una condena por un delito de violación a otra menor de edad.**

**Por todo lo expuesto, cabe preguntarse que si en esta situación no se aplica la pena de muerte, ¿en qué otra circunstancia más justificada podría aplicársela?.**

**Una pena como la que se propone debe fundamentarse, también, en consideraciones éticas, filosóficas y culturales, y es precisamente por razonamientos de este tipo que debe llegarse a una decisión de esta naturaleza, pues ella se estima como la única justa y necesaria en un delito compuesto de dos penas indivisibles y que afectan al autor tres agravantes muy graves, pena que es absolutamente necesaria y lícita ejecutar, en ciertos casos, de acuerdo a las reglas de la ley y de la moral.**

RECURSO : Casación en el Fondo

PUBLICACION : Libro de Registro de Sentencias Criminales de la Corte Suprema, Diciembre 2-6, 1998.

MINISTROS : Guillermo Navas Bustamante, José Benquis Camhi, Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa y José Luis Pérez Zañartu.  
(Voto disidente ministros Guillermo Navas Bustamante y José Luis Pérez Zañartu)

## **FALLO N° 2**

TRIBUNAL : Corte de Apelaciones de Arica

FECHA : 1992

NORMA : Art. 433 CP

TOPICOS : Robo con Homicidio. Trastornos de Personalidad. Eximente Incompleta. Irreprochable Conducta Anterior. Aumentar Deliberadamente el Mal del Delito. Pluralidad de Malhechores. Pena de Muerte. Circunstancia Modificatoria Responsabilidad. Agravante.

EXTRACTO : La figura del "robo con homicidio" tipificado en el No. 1 del artículo 433 del Código Penal es un delito complejo y único, que se compone de la sustracción de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño o vendedor, con ánimo de lucro y la muerte del ofendido con ocasión o motivo de tal apropiación. La violencia desplegada para apoderarse de la especie mueble, propia del robo para facilitar su ejecución, en el acto perpetrarlo o después de realizarlo para favorecer su impunidad. A esta violencia se agrega el homicidio, la muerte de la víctima con ocasión o motivo de la sustracción.

Si los encausados comenzaron por encañonar con sus armas a las víctimas cuando estaban en su automóvil; y luego de tomar posesión del vehículo se apoderaron de dinero que éstos portaban trasladándoles en el mismo móvil a un



lugar alejado de la ciudad donde los ultimaron sucesivamente y enterraron en fosas cavadas para ocultarlos, se dan todos los presupuestos de la figura penal completa de un examen.

No puede oírse a la defensa de los encausados al invocar las normas del artículo 11 No. 1 en relación del número 1 del artículo 10 del Código Penal - eximente incompleta de privación de razón- pues los trastornos de personalidad que presentan los agentes carecen de una dimensión o intensidad suficientes para alterar sus facultades mentales al punto de privarlos de una debida apreciación de sus actos.

No es posible señalar que los encausados gozan de irreprochable conducta anterior pues se trata de ciudadanos extranjeros, recién ingresados al país y sus prontuarios carecen de certidumbre para presumir un comportamiento previo intachable.

Establecido que las ataduras en las muñecas de las víctimas y el dolor que ello provocó no ha aparecido deliberadamente buscado por los victimarios no puede deducirse la concurrencia de la agravante de aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros innecesarios, contemplada en el número 4 del artículo 12 del Código Penal.

La agravante del número 11 del artículo 12 del Código citado debe entenderse subsumida en el numeral 3 del artículo 456 bis del mismo Código, pues la pluralidad de malhechores envuelve igual grado de peligrosidad al privar al ofendido de la probabilidad de repeler el ataque.

Perjudican a los procesados las agravantes de alevosía, premeditación conocida, la de efectuar el delito en sitios apartados y faltos de vigilancia y la de ser dos o más los malhechores. Estas agravantes se comunican y afectan a todos los partícipes del concurso de delincuentes pues se trata de modalidades referentes a la ejecución material del hecho y de los medios empleados para realizarlo.

**Atendida la depravación de los encausados, el peligro cierto que importan para el orden social, la violencia extrema utilizada en sus víctimas, la ejecución de éstas, conducen a concluir que la única pena condigna a sus comportamientos, es la de muerte.**

RECURSO : Apelación

PUBLICACION : RDJ, Tomo LXXXIX, No. 2, 1992, Secc. IV, Pág. 145

MINISTROS : Andrés Díaz C., Hugo Neira C., Juan Eduardo Fuentes B.

**FALLO N° 3**

TRIBUNAL : Corte Suprema de Justicia

FECHA : 1992

NORMA : Art. 10 No. 1 CP, 11 No. 1 CP, 12 No. 18 CP, 50 inc. 1 CP, 61 CP, 63 CP, 68 CP, 69 CP, 74 CP, 391 No. 1 CP; 500 No. 4 CPP, 5 CPP, 509 CPP, 535 CPP, 541 CPP, 544 CPP, 546 CPP, 547 CPP, 549 CPP

TOPICOS : Sentencia. Consideraciones omitidas. Eximente incompleta. Homicidio calificado. Premeditación y alevosía. Agravante sobrante. Pena de muerte. Sistema sancionatorio utilizado para llegar a la pena de muerte. Influencia en lo dispositivo

EXTRACTO : Casación en la Forma: Si la sentencia afirma que no puede darse por establecida la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el No. 1 del artículo 11 en relación al No. 1 del artículo 10, ambos artículos del Código Penal, pues " si bien el procesado presenta una anormalidad de su carácter, con los términos y alcances razonados en los considerandos 17 a 25, no puede significar debilidad mental en condiciones de verse afectado el juicio de realidad", cualesquiera que sea el valor de tal razonamiento merezca, no puede decirse que la sentencia haya omitido consideraciones sobre tal circunstancia y que deba

invalidarse por la causal 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con los números 4, 5 del artículo 500 del mismo Código.

Casación en el Fondo: Establecido por la sentencia que en los cuatro homicidios por los que se condena al encausado concurrieron las agravantes de alevosía y premeditación es suficiente sólo una de ellas para colmar el tipo "homicidio calificado", de manera que la sobrante ha de ser considerada como agravante en los términos del artículo 68 del Código Penal. Si además concurre respecto del reo otra circunstancia de idéntica naturaleza, la del número 18 del artículo 12 del mismo Código, debe concluirse que la pena señalada por la sentencia a cada uno de los cuatro delitos de homicidio calificado que se le atribuyen, esto es, presidio mayor en su grado medio a perpetuo, puede aumentarse en un grado, **que corresponde precisamente a la pena capital o de muerte aplicado por sentencia**, llegándose así al mismo resultado penal al aplicar el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal o el artículo 74 del Código Penal. Por lo que, careciendo de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo la infracción al artículo aludido precedentemente, procede denegar el Casación en el Fondo sustentado en la causal 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

RECURSO : Casación en la Forma y en el Fondo

PUBLICACION : RDJ, Tomo LXXXIX, No. 3, 1992, Secc. IV, Pág. 229.-

MINISTROS : Lionel Béraud P., Germán Valenzuela E., Mario Garrido

M., Fernando Castro A., Álvaro Rencoret S.

## **FALLO N° 4**

- TRIBUNAL : Corte Suprema de Justicia
- FECHA : 1984
- NORMA : Art. 19 Nos. 1 CPR 1980, 26 CPR 1980; 1 No. 1 Acta Constitucional No. 3; 80 CP, 433 No. 1 CP; DS 1439 de 1965, Justicia
- TOPICOS : Pena de muerte. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto de la pena de muerte. Derecho a la vida. Alcance jurídico del derecho a la vida. Contradicción de textos constitucionales. Vigencia de la ley en el tiempo. Materia ajena al recurso de inaplicabilidad
- EXTRACTO : Es inadmisibile el recurso de inaplicabilidad en lo que respecta al artículo 80 del Código Penal -que en nada se refiere a la pena de muerte- como asimismo respecto de los artículos 1 a 16 del Decreto Supremo 1439, toda vez que el recurso constitucional de que se trata se refiere a la inaplicabilidad de preceptos legales y no a la inaplicabilidad de preceptos reglamentarios.

El No. 1 del artículo 19 de la Constitución Política garantiza el derecho a la vida, esto es, el derecho a vivir, sin que en ello pueda ser estorbado o impedido y consecuente con este principio asegura no sólo la integridad física y psíquica de la persona, sino, aún más, protege la vida del que está por nacer. pero este derecho a

la vida no lo inmuniza de perder la propia cuando la ley así lo establece como castigo.

Plantear dentro del recurso de inaplicabilidad un problema de interpretación de ley destinado a resolver su vigencia o no vigencia, es ajeno a la temática propia del recurso, que persigue fines distintos a los propuestos.

Es inexacto afirmar que todos los preceptos legales que establecen la pena de muerte se encuentran derogados por el Acta Constitucional No. 3, artículo 1º, No. 1 al asegurar "el derecho a la vida y a la integridad de las personas, sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes", entre las cuales no podría aplicarse la de muerte.

Es improcedente el examen sugerido en el recurso en cuanto tiende a demostrar la contrariedad existente entre preceptos constitucionales determinados. Estudiar si existe o no contrariedad entre dos textos constitucionales y resolver cuál es el aplicable es un problema de interpretación constitucional y no una cuestión que deba resolverse en un recurso de inaplicabilidad.

RECURSO : Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

PUBLICACION : RDJ Tomo LXXXI, 1984, No. 2, Secc. IV, pág. 110

MINISTROS : Rafael Retamal, José María Eyzaguirre E., Israel Bórquez M., O. Ramírez M., L. Maldonado B., V. M. Rivas del C., Enrique Correa Labra, O. Erbetta V., E. Ulloa M., M. Aburto O., Abraham Meersohn Schiling, E. Zúñiga C y Carlos Letelier B.



**FALLO N° 5**

TRIBUNAL : Corte Suprema de Justicia

FECHA : 1958

NORMA : Arts. 12 Nos. 2, 4, 12 y 16, 391 No. 1, 433 No. 1 y 456 bis Nos. 1 y 2 CP

TOPICOS : Robo con Violencia o Intimidación en las Personas. Homicidio Calificado. Robo con Violación, Homicidio y Lesiones. Pena de Muerte. Móvil. Alevosía. Sobre Seguro. Circunstancia Agravante. Cumplimiento de Condena. Reincidencia. Abuso de Superioridad. Despoblado. Noche. Informe Siquiátrico. Casación en el Fondo, Admisibilidad. Leyes Regulatoras de la Prueba. Prueba en Segunda Instancia. Dispositivo del Fallo. Vicio de Forma

EXTRACTO : **Al autor de robo cometido con violación, homicidio y lesiones, procede condenarlo a la pena de muerte**, si fue establecido que: Durante la noche se dirigió a la morada de las víctimas, sabiendo que el jefe de hogar no se encontraba, estando interrumpido el suministro de energía eléctrica; que según el hechor, como la mujer se negó a venderle naranjas, le dio rabia y con un fierro que traía golpeó a madre e hija, salvando esta última con vida, aunque con lesiones menos graves; que el reo penetró en el dormitorio, matando a fierrazos a los otros cinco hijos menores de la víctima, para luego volver a la cocina, violar a

la mujer y matarla con el mismo fierro; que el inculpado huyó luego, robando dos sombreros y un par de zapatos del jefe de hogar.

Cabe deducir que el móvil del delincuente fue robar en la morada de sus víctimas, pues, a más de no tener motivo personal para matarlas, perpetró el delito cuando sabía que se encontraban solas y sin protección.

Los homicidios son calificados, porque concurrió en todos la alevosía - señalada por el artículo 391 número 1 del Código Penal-. Por tanto, si hubiera que penar por separado los delitos de homicidio, robo y violación, por no constituir todos la infracción específica del artículo 433 número 1, le correspondería al reo la pena máxima por esas muertes -en atención al número de delitos, la forma de perpetración y agravantes que concurren-. Por las mismas razones, tampoco variaría la pena si el móvil hubiera sido la violación de la mujer u otro estímulo.

No cabe alegar el haber actuado privado de razón, por encontrarse en estado de embriaguez, si esta no se produce por una razón independiente de la voluntad del reo.

Si cuando el reo perpetró el delito estaba acogido al beneficio de la libertad condicional, decretado por Decreto Supremo, debe concluirse que delinquiró mientras cumplía pena, obrando en su contra la agravante del artículo 12 número 14 del Código Penal; sin embargo, no concurre la agravante de reincidencia, porque

la pena no fue cumplida y los mismos hechos no pueden fundar más de una agravante. Obran también en contra del reo las agravantes de los números 1 y 2 del artículo 456 bis del Código Penal, que prefieren a las de los números 12 y 6 del Código Penal, al referirse al caso específico de robo.

No procede realizar un examen siquiátrico del reo, si no constan antecedentes que permitan suponer en él alguna enfermedad mental, dadas sus propias declaraciones y las de sus parientes, que afirman que es una persona normal.

Procede declarar inadmisibile el recurso de casación en el fondo que omite hacer mención expresa de las Leyes que supone infringidas.

Las Leyes reguladoras de la prueba son normas básicas que importan una limitación de las facultades privativas de los sentenciadores, en la valoración de la prueba. Estas se infringen cuando: Se invierte el peso de la prueba, se rechaza un medio probatorio que la Ley autoriza o cuando se altera el valor probatorio que la Ley asigna a los distintos medios de prueba. El denegar la práctica de un informe siquiátrico, no importa una violación a una Ley reguladora de la prueba; además, aunque así fuera, esta infracción no daría lugar al recurso de casación en el fondo, porque no influiría en lo dispositivo del fallo, dado que al no realizarse el informe, no puede saberse a que conclusión habría llegado. Este defecto podría constituir un

vicio de forma que diera margen al recurso de casación en la forma, si este fuera procedente.

No procede casar de oficio la sentencia por pretenderse rendir prueba pericial en segunda instancia -en la que sólo puede rendirse la instrumental, confesión o testimonial-; aún cuando fuera procedente, debió pedirse en la instancia que se recibiera la causa a prueba, de acuerdo a la causal de casación del artículo 541 número 2 del Código de Procedimiento Penal, para que prosperara.

RECURSO : Casación en el Fondo

PUBLICACION : RDJ, TOMO LV, Nos. 5 y 6, 1958, SECC. CUARTA,  
PAG. 95

MINISTROS : Pedro Silva F., Osvaldo Illanes., Manuel Montero M.,  
Eduardo Varas Videla, Rafael Raveau S., Alfredo del Valle V. y Julio Chaná C.

OBSERVACIONES : Pena de Muerte Conmutada por DS 2.580,  
22.05.58. Art. 391 No. 1 CP, modificado

**FALLO N° 6**

TRIBUNAL : Corte de Apelaciones de Valparaíso

FECHA : 1934

NORMA : Art. 10, 11, 27, 65 y 390 CP

TOPICOS : Parricidio. Responsabilidad, Comprobación. Confesión.  
Pena de Muerte

EXTRACTO : La confesión reúne todos los requisitos legales para producir la plena justificación de la participación que el autor ha tenido en el delito de parricidio.

La ley al castigar el parricidio con la pena única e indivisible de muerte, ha tenido el propósito bien definido de asegurar la organización, permanencia y tranquilidad de las familias, sin las cuales no hay orden social, ni tiene razón la existencia del Estado, a fin de impedir que los cónyuges, los ascendientes y los hijos, por cualquier disgusto que ordinariamente y con toda frecuencia ocurren en la vida que se hace en común, se ultimen entre ellos, produciendo vacíos que las trastornan y modifican a veces irreparable y substancialmente, se revoca la sentencia apelada y se impone la pena de muerte.

RECURSO : Apelación

PUBLICACION : Gaceta de los Tribunales, 1934, Segundo semestre, Corte de Apelaciones, Secc. Criminal, Pág. 291.

MINISTROS : Juan Francisco Prieto y Reyes, Luis Baquedano L. y Salvador Villablanca R. Arts. 10, 11 y 65 CP, modificados

**FALLO N° 7**

- TRIBUNAL : Corte Suprema de Justicia
- FECHA : 1922
- NORMA : Art. 10 No. 1 CP, 10 No. 9 CP, 65CP, 68 CP, 390 CP
- TOPICOS : Eximente de Responsabilidad Penal. Fuerza Física. Miedo Insuperable. Fuerza Irresistible. Fuerza Moral. Responsabilidad Penal. Privación de Razón. Falta de Libertad. Pena Indivisible. Circunstancias Agravantes. Circunstancias Atenuantes. Parricidio. Pena de Muerte
- EXTRACTO : No cabe acoger la causal eximente de responsabilidad señalada en el artículo 10 número 9 del Código Penal, que ha sido alegada por el reo, pues no hubo fuerza física alguna extraña que obligara al reo a cometer el delito ni tampoco procedió por miedo insuperable, ya que éste obró sólo bajo el imperio de una fuerza moral, que perturbó su criterio y le impidió la reflexión reposada de sus actos, sin que desapareciera su voluntad y por consiguiente su responsabilidad criminal.

Para que una fuerza moral exima al reo de responsabilidad, es necesario que se llegue a la privación total de su razón y en ese caso la causal eximente sería la del número 1 del artículo ya citado.

La sala sentenciadora que señala que no hubo fuerza física extraña, ha interpretado correctamente la primera parte del número 9 del artículo 10 del Código Penal, que dice: " El que obra violentado por una fuerza irresistible", porque la palabra violencia significa " La fuerza con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere, por medios a que no puede resistir"; lo que necesariamente supone coacción física extraña, y así colocado un individuo en la situación de violencia definida en el anterior considerando, no puede ser responsable de un delito, porque la falta de libertad, que es uno de los elementos constitutivos de la voluntad, la que a su vez es la base de toda acción u omisión penada por la ley.

La fuerza irresistible, cuando se alega como excepción de eximición de responsabilidad, debe presentarse acompañada de la demostración palmaria de que la voluntad del procesado en este caso, fue no matar, y aquí la sentencia recurrida, dice que quiso matar, deduciendo esta conclusión de la confesión del reo y de otros antecedentes del proceso, de manera que si así, hubo voluntad y no hubo fuerza física extraña que lo obligara a ejecutar el delito, el reo es responsable y la sentencia que así lo declara no sólo no ha infringido, sino aplicado correctamente la disposición legal antes señalada.

El legislador reconoce la fuerza moral como eximente de responsabilidad criminal; pero es para el caso de la segunda parte de la misma disposición del



número 9 del mismo artículo 10, o sea, cuando se obra por un miedo insuperable que manifiestamente aparece contrapuesta a la primera, en que se procede violentado por una fuerza irresistible. Precizando este punto puede decirse, que para la fuerza irresistible se necesita coacción física extraña y para el miedo insuperable, basta la fuerza moral.

El artículo 65 del Código Penal dispone que: " cuando la ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran en el hecho. Pero si hay dos o más circunstancias atenuantes o una muy calificada, y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en grado, pero en este caso para el delito de parricidio, **no hay más que una sola pena, la de muerte**, que por su naturaleza es indivisible y así en consecuencia, al aplicar al caso de autos el artículo 65, la Sala Sentenciadora obró correctamente y no infringió ni siquiera por omisión el artículo 68, que se refiere a los casos en que la pena señalada por la ley consta de dos o más grados.

RECURSO : Casación en el Fondo

PUBLICACION : GAT, 1922, Primer semestre, Corte Suprema, Secc. Criminal, Pág. 450

MINISTROS : Fallo pronunciado por los Ministros J. Agustín Rojas, Braulio Moreno, E. Cisternas Peña, Santiago Santa Cruz, A. Bezanilla Silva, Alfredo Bascuñán Cruz y F. Donoso Grille. Arts. 65, 68 y 390 CP, modificados en su texto

**FALLO N° 8**

TRIBUNAL : Corte de Apelaciones de Concepción

FECHA : 1921

NORMA : Art. 67 CP, 69 CP, 391 CP; 566 CPP

TOPICOS : Robo con Homicidio, Pena. Pena de Muerte, Indulto Presidencial

EXTRACTO : El delito ejecutado es el de robo con homicidio, que conforme a la ley de 3 de Agosto de 1876, se castiga con la pena de muerte, y si bien ambos reos se han hecho responsables de su ejecución, no cabe aplicar la pena expresada a uno de los reos en el presente caso, en razón de que, habiendo sido condenado en primera instancia únicamente a veinte años de presidio, el Fiscal de este Tribunal no ha pedido que se modifique la sentencia que le condena, en forma desfavorable al mencionado reo.

Habiendo condenación a muerte, suspéndase la ejecución de ella, mientras el Presidente de la República resuelve acerca del indulto o conmutación de la pena.

RECURSO : Apelación

PUBLICACION : GAT, 1921, Segundo semestre, Corte Apelaciones,  
SECC. CRIMINAL, Pág. 1273

MINISTROS : Fallo pronunciado por los ministros Alberto Smith Solar,  
Humberto Bianchi V. y C. Alfredo Novoa. Sentencia dictada el 14 de Septiembre  
de 1921.

## CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente trabajo hemos asistido al desarrollo de la civilización tanto en su dimensión histórica como filosófica. Las culturas que hemos repasado forman parte integrante de nuestra actual civilización. Pocas son las que han desaparecido sin legar alguna influencia en otras, y, de las visitadas, obviamente hemos constatado que sus instituciones aún tienen cierto grado de vigencia actual.

Revisamos, en su momento, la situación de las penas y la concepción del delito desde las primeras civilizaciones hasta nuestros días. Conocimos la visión religiosa del delito en Grecia y la forma sacral de ejecución en Roma. Vimos cómo se funde el derecho germánico con el romano en la alta Edad Media, y como se redescubre a los clásicos helenos hasta terminar en los ordenamientos nacionales de nuestros países.

Demás está insistir en que las concepciones filosóficas que imperaron en tales épocas pueden representar perfectamente argumentos esgrimidos aún hoy por muchos. Si bien es cierto que los problemas del conocimiento, de la moral y de la naturaleza del derecho aún no tienen una respuesta unívoca, las respuestas entregadas por filósofos satisfacen a algunos, y, en ocasiones, parecen representar fielmente la realidad. Un vagabundo romántico puede ser un espejo de Antístenes;

un ermitaño, un Diógenes; algún liberal postmoderno creará firmemente en la búsqueda del placer personal; y no les podemos negar a un proletario que el derecho lo hace quien tiene la fuerza. Así lo vimos al estudiar a los filósofos, y a las escuelas imperantes en cada espacio histórico, buscando dar siempre con su punto de vista ante el dilema capital.

Terminamos el trabajo con una parte dedicada a la legislación que mantuvo vigente la pena de muerte en Chile, y con diversos fallos de los tribunales superiores de justicia, en los que se tocó el tema de la pena de muerte. Cabe destacar aquí que la suma total de los ejecutados por condena a muerte dictada por tribunales de justicia, desde nuestra independencia hasta la fecha de su derogación, apenas supera la cincuentena:

En síntesis, la Pena de Muerte ha pasado, dentro de estas etapas que enunciamos, a su vez, por varias fases las que no necesariamente se presentan en un orden cronológico, pues se han repetido en vigencia a través de la historia. Es decir, hemos distinguido en la fundamentación de la Pena Capital las siguientes corrientes.

- 1) Podemos, en primer lugar, encontrar a la pena capital basada en el fundamento de que es la única pena merecedora para ciertos delitos. Así lo vimos para todo delito en la antigua Grecia de Dracón; se vivió con el Santo Oficio para las

herejías altomedievales; para los delitos contra el rey o reino en las monarquías, principalmente en las absolutas, etc. En general, este tipo de fundamento se basa principalmente en el convencimiento de que la naturaleza del crimen cometido es de tal envergadura, que sólo la muerte es capaz de satisfacer al derecho. Este es la principal de la retributividad de la pena, postulada de esa forma por algunos penalistas, así como la enunciada en el Talión. Dentro de este tipo de fundamento, hay que señalar que las motivaciones que guían este convencimiento van desde la razón ontológica del crimen, hasta el religioso sentimiento de que se debe expiar el pecado cometido, y prevenir la ira de los dioses, como ocurría en los derechos primitivos grecorromanos.

- 2) En segundo lugar, hemos encontrado a la Pena de Muerte basada en un argumento de utilidad para el Estado. Es decir, en aquellas filosofías y épocas históricas en las que el Estado ha tenido la fuerza suficiente para imponerse sobre una sociedad rebelde de sus fornitures. Por ejemplo, tanto en los regímenes tiránicos de la antigüedad clásica, como en los inseguros tiempos bajo medievales, la hegemonía estatal era una necesidad prioritaria, y, ante cualquier amenaza al régimen establecido, la eliminación del trasgresor era inminente. Incluso autores cristianos con Santo Tomás vieron en el orden social

una meta superior, y en las naciones actuales, este tipo de fundamento capital se observa en las legislaciones en tiempo de guerra.

- 3) En tercer lugar, y no necesariamente como elemento aislado, encontramos un fundamento recurrente que cruza transversalmente, en mayor o menor medida, a los otros aspectos, y es el de ser disuasiva. La idea es demostrar en forma patente que la sanción de los crímenes más deleznable es de tal envergadura , que los delincuentes se inhiban de cometerlos. Esta razón de política penal, llegó a admitir no sólo a la pena de muerte, sino todas las formas de apremio corporal, como las torturas. Especial manifestación de este espíritu es el carácter infamante de la pena, tanto en su aplicación como, post-ejecución, en la persona del ejecutado. Recordemos, a modo ejemplar, la institución del *culleus* romano cuando era llevado a cabo con el parricida vivo, la que fue, a nuestro parecer, la forma más horrible de ejecución.
- 4) Por último, y diferente del carácter teleológico más arriba señalado, encontramos la fundamentación de la Pena de Muerte, basada en la necesidad de proteger a la comunidad con el medio más idóneo de acuerdo a las posibilidades de la época. Este argumento, es quizás el más terrible, pero honesto de todos. Se configura en todas las épocas, y al igual que la inoficiosa aspiración de disuación, cruza transversalmente todos los otros argumentos. Incorpora, a su



vez, un elemento material, alejándose, podrán decir algunos, de la fundamentación meramente filosófica. Estamos, entonces, ante la oportunidad práctica de tener que proteger a la sociedad, comunidad, al Estado, a los particulares, sus derechos, etc. con la única opción de “retirar” al delincuente del contacto social. ¿Cómo lo hacemos? La respuesta más sencilla fue siempre “ejecutándolo”. La eliminación inmediata de todo delincuente elimina la posibilidad del error futuro. Pero, obviamente no deja espacio para la corrección del error pasado, ya sea ésta la rehabilitación del delincuente o el propio error judicial en la condena. Pero incluso para aquellos casos flagrantes, y en aquellos otros en que se hace imposible la rehabilitación del criminal, el “retiro” de éste se hace imprescindible. La fundamentación de esta necesidad está basada en las experiencias a lo largo de toda la civilización, y no sólo la filosofía podrá responder alguna duda, sino que compete también a la sociología, antropología, y a todas las ciencias sociales. Radicaremos entonces el problema en la forma de “retirar” al criminal, pues si existe otra más infalible que la pena de muerte, entonces se hace necesaria adoptarla. A similar conclusión ha llegado la doctrina papal, que recomienda poner el valor de la vida humana por sobre todas las cosas, al punto de aplicar la pena de muerte sólo en casos absolutamente necesarios o, en ningún caso. Esta consideración es la que más se acomoda a la

evolución de los tiempos, aunque adolezca de una inocente indeterminación moral. En efecto, en la medida que la ciencia y la tecnología humana se vaya perfeccionando, se inventarán mecanismos más idóneos, y, valga la redundancia, más humanos, para tratar a aquellos criminales que deban ser “retirados”, sin llegar a ejecutarlos. Esa es la idea de la actual cadena perpetua, la que, por motivos igualmente prácticos, pocas veces es efectivamente perpetua. Pero no es la idea aquí pronunciarse sobre algún medio alternativo a la pena de muerte, sino solamente enunciar que su posibilidad afecta la vigencia de la pena capital. En efecto, de existir una alternativa igual o más efectiva en el cumplimiento del deber del Estado de proteger a sus ciudadanos, se debiera optar por ésta, dado que es primordial que el estado proteja la vida humana, por sobre toda otra consideración.

En definitiva, la Pena de Muerte es uno de los íconos de la disputa entre dos valores: la vida humana y la paz social de la comunidad donde la vida de cada hombre en concreto se desarrolla. La pena de muerte ha sido la piedra emblemática de esta pugna, pues como dijimos en la Introducción de este trabajo, no admite errores ni matices. La discusión de fondo entre estos dos principios también es materia de la filosofía, pero de otro trabajo.

## BIBLIOGRAFIA

- Agustín de Hipona “Ciudad de Dios”  
Escritos Apologéticos, Biblioteca de Autores  
Cristianos, Madrid, España, 2ª Ed. 1964.
- Alemaný, J. “Libro de las Leyes de Manu” (Trad.)  
S/e, Madrid, España, 1912.
- Aristóteles “Obras Completas”  
Ed. Aguilar, Madrid, España, 1977.
- Barrientos Grandón, Javier “Introducción a la Historia del Derecho  
Chileno; I. Derechos Propio y Derecho  
Común en Castilla”  
Barroco librerías, Santiago de Chile, 1994.
- Burgoa, Ignacio “Las Garantías Individuales”  
Ed. Porrúa, México, 1965.

- Bobbio, Norberto “Presente y Porvenir de los Derechos Humanos”  
Anuario de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. España, 1981.
- Cicerón “Las Leyes” (Traducción de Alvaro D’Ors)  
Inst. Estudios Políticos, Madrid, España, 1953.
- Coing, Helmut “Filosofía del Derecho”  
Ed. Ariel. Barcelona, España, 1970.
- Copleston, Frederick “Historia de la Filosofía” Tomo I  
Ed. Ariel, Barcelona, España, 1969.
- Corts Grau, José “Historia de la Filosofía del Derecho”  
Editora Nacional, Madrid, España, 1960.

- Costa, Fausto “El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía”  
UTEHA, México, 1953.
- Cotta, Sergio “El Derecho en la Existencia Humana”  
Eunsa, Pamplona, España, 1987.
- Del Vecchio, Giorgio “Filosofía del Derecho”  
Ed. Bosch, Barcelona, España, 1947.
- D’Ors, Alvaro “Una Introducción al Estudio del Derecho”  
Ed. Rialp, Madrid, España, 1963.
- Fassó, Guido “Historia de la Filosofía del Derecho”  
Ed. Pirámide, Madrid, España, 1988.

- Graneris, Giuseppe “La Filosofía del Derecho a través de su Historia y de sus Problemas” (Traducción del Profesor Jaime Williams Benavente)  
Ed. Jurídica; Santiago, Chile; 1979.
- Hobbes, Thomas “Leviathan”  
F.C.E. México, 1940.
- Homero “La Odisea”  
Ed. Alba, Madrid, España, 1998.
- Hübner Gallo, Jorge Iván “Los Derechos Humanos”  
Ed. Jurídica; Santiago, Chile; 1994.
- “Manual de Filosofía del Derecho”  
Ed. Jurídica; Santiago, Chile; 1963.
- “Panorama de los Derechos Humanos”  
Ed. Andrés Bello, Santiago, Chile, 1973.

- Jasper, Karl “Los Grandes Filósofos: Platón, Agustín, Kant”  
Ed. Sur, Buenos Aires, Argentina, 1968.
- Jenofonte “Apología de Sócrates”  
Ed. J.B. Bergua, Madrid, 1954
- Jiménez de Azua “Tratado de Derecho Penal”  
Ed. Losada, Bs. Aires, 1964
- Juan Pablo II, S.S. “Evangelium Vitae”  
Ed. San Pablo, Santiago de Chile, 1995.
- Kant, Emanuel “Metafísica de las Costumbres”  
Ed. Tecnos, Madrid, 1989
- Kelsen, Hans “Teoría General del Derecho y el Estado”  
EUDEBA, Argentina, 1960.

- Kunkel, Wolfgang “Historia del Derecho Romano” (Traducción de Juan Miquel)  
Ariel, Barcelona, España, 1964.
- Lachance, L. “El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás”  
Ed. SFE, B. Aires, Argentina, 1953.
- Legaz y Lacambra, Luis “Filosofía del Derecho”  
Ed. Bosch, Barcelona, España, 1973.
- Levaggi, Abelardo “Las Penas de Muerte y Aflicción en el Derecho Indiano Rioplatense” Primera Parte  
Revista de Historia del Derecho N° 3,  
Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, Argentina, 1975.
- Macchiavello, Nicolás “El Príncipe”  
Edaf S.A., Madrid, España, 1984.



- Massini-Correas, Carlos Ignacio “Filosofía del Derecho”  
Abeledo-Perrot, Bs. Aires, Argentina, 1994.
- “Los Derechos Humanos, Paradoja de  
Nuestro Tiempo”  
Alfa Beta Imp., Santiago, Chile, 1989.
- Merello Arecco, Italo “Historia del Derecho” Tomo I  
Ed. Universitarias de Valparaíso, 2ª Edición,  
Valparaíso, Chile, 1989.
- Millas, Jorge “Apuntes de Filosofía del Derecho”  
Ed. Universitaria, Santiago, Chile, 1959.
- Mommsen, Teodoro “Derecho Penal Romano”  
Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
- Montesquieu, Barón de “El Espíritu de las Leyes”  
Tecnos, Madrid, España, 1972.

- Pacheco Gómez, Máximo “Los Derechos Humanos. Documentos Básicos”  
Ed. Jurídica; Santiago, Chile; 1987.
- Platón “Obras Completas”  
Ed. Aguilar, Madrid, España, 1977.  
“Dialogos”  
Ed. Espasa-Calpe; 37° Edición; Madrid, 1999
- Radbruch, Gustav “Introducción a la Filosofía del Derecho”  
Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- Real Academia Española “Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices”  
Ibarra, Madrid, España, 1815.  
“Las Partidas de Alfonso X, El Sabio”  
Ibarra, Madrid, España, 1816.

Recasens Siches, Luis

“Tratado General de Filosofía del Derecho”

Ed. Porrúa, México, 1959.

Rousseau, Jean Jacques

“El Contrato Social”

Ed. Aguilar, Madrid, España, 1970.

Santo Tomás de Aquino

“Suma Teológica”

Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid,  
España, 1964.

Soto Díaz, Eduardo

“La Condena a Muerte de Sócrates”

Memoria de Prueba U.de Chile, Santiago 1981

Suárez, Francisco

“Las Leyes”

Ed. IEP, Madrid, España, 1968.

Sueiro, Daniel

“El Arte de Matar”

Alfaguara, Madrid, España, 1968.

- Tomás y Valiente “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)”  
Tecnos, Madrid, España, 1969.
- Vecchio, Giorgio “Filosofía del Derecho”  
Bosch, Barcelona, España, 1969.
- Vitoria, Francisco “Derecho Natural y de Gentes”  
Emecé Editores, Bs. Aires, Argentina, 1946.
- Von Ihering, Rudolf “La Lucha por el Derecho”  
Revista de Ciencias Sociales Universidad de Chile – Valparaíso, Diciembre de 1976 a Junio de 1977.
- V.V.A.A. “La Revolución Francesa en sus documentos”  
Ediciones Universidad Católica de Chile,  
Santiago de Chile, 1990.

Williams Benavente, Jaime

“Lecciones de Introducción al Derecho”

Ed. Fundación de Ciencias Humanas,

Santiago, Chile, 3ª Edición, 1999.