

REVISTA N.º 3

Ano 2 - 1.º semestre de 1981 - p. 113-119

A propósito de: "Pena de morte e ministério"

Miguel Angel Ciuro Caldani

Pesquisador do CONICET, Argentina

1. De entre la numerosa, altamente coherente y profundamente significativa producción del insigne jurista filósofo latinoamericano profesor Miguel Reale queremos referirnos en estas líneas a un breve pero trascendente trabajo denominado "Pena de morte e ministério", preparado para el coloquio realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra conmemorando el primer centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal ⁽¹⁾.

Al circunscribir el tema el profesor Reale da por reconocidos los altos méritos de los estudios sobre el significado de la muerte en el plano existencial para situarse en los límites del planteo "da possível *compatibilidade lógica* entre o conceito de *pena* e o conceito de *morte*" ⁽²⁾. Partiendo del carácter racional de la pena como resultado de una valoración del ilícito penal que corresponde a una correlación de medio a fin llega a la conclusión de que lógicamente y ontológicamente los conceptos de pena y de muerte son incompatibles ⁽³⁾. Conforme lo destaca Reale "A inspirabilidade do conceito de morte do conceito de *pessoa* põe, assim, em evidência que a morte não pode ser matéria de pena, pois elimina, no ato de sua aplicação, aquele mesmo a quem ela se destina" ⁽⁴⁾ La fundamentación del rechazo de la "pena" de muerte estriba allí en el inseparable "halo de misterio" de la muerte, que *impide relacionarla racionalmente* con ningún problema y por tanto presentaría como "especie de pena" ⁽⁵⁾. La "pena de muerte" rompe con una variación cualitativa la armonía serial de las medidas punitivas escalonadas mensurables en dinero o en tiempo.

Creemos que este planteo realiano señala una de las vías más interesantes para comprender el verdadero significado de la "pena de muerte".

2. Para glosar algunas "variaciones" sobre la profunda meditación realiana conviene comenzar con la determinación del concepto de "pena". Según lo señala el profesor Reale la pena es un hecho *racional* que vincula un medio con un fin, correspondiendo a una *valoración* del ilícito penal. Para que la racionalidad de medio a fin y la valoración sean cabalmente posibles la pena debe tener carácter intrasistemático. Fuera de sistema la racionalidad y la valoración se debilitan y el concepto de pena debe ser reemplazado por el de actividad bélica.

El delito y la pena suponen un orden de repartos, un ordenamiento normativo y un mismo régimen de justicia ⁽⁶⁾. Fuera de éstos, enfrentándolos en sentido global aunque quizás dentro de marcos de un orden, un ordenamiento y un régimen mayores, se hallan el mero ataque y la defensa que motivan la *guerra*. La pena es un fenómeno cotidiano "posterior" a la guerra. en el sentido de que el orden social, el ordenamiento normativo y el régimen de justicia se consideran relativamente a salvo y entonces el todo se proyecta hacia sus partes. Por tratarse de un cuestionamiento de la totalidad del orden. del ordenamiento y del régimen de justicia, la guerra es un asunto "vital" que se desenvuelve con una *racionalidad diferente* de la pena, referida al conjunto social en conflicto y no al sujeto penado, que afecta a la norma hipotética fundamental del ordenamiento normativo y exige el más energético fraccionamiento de las consecuencias productor del mayor nivel de seguridad.

La meditación sobre la pena debe tener siempre en cuenta su diferenciación respecto de la guerra, que en el sentido aquí utilizado puede ser internacional o interna, colectiva o individual. Cuando un orden jurídico es impotente para asegurar suficientemente el logro de los propósitos protectores de la pena - aunque sea con la prisión perpetua - la posibilidad de una nueva agresión engendra una situación de guerra, Las medidas que entonces exige la justicia, que pueden llegar a la muerte del agresor, no son ubicables en los marcos de la pena.

3. Según lo evidencia el profesor Reale la muerte es una de las expresiones máximas de *misterio*. Como comprendemos al hilo de los valores, lo misterioso es aquello cuyo contenido axiológico intuimos pero no podemos abarcar satisfactoriamente. Lo que valoramos con claridad y lo que nos resulta indiferente quedan excluidos del misterio. Como toda valoración el misterio puede tener sentido positivo o negativo. El máximo misterio positivo es la Divinidad y la más significativa expresión del misterio negativo es conceptualizada como Demonio, aunque a veces este avance clasificador sobre el contenido común de misterio sea suprimido afirmando que lo positivo y lo negativo obedecemos a un mismo principio. En relación con la vida humana el máximo misterio de sentido positivo es el nacimiento y el más significativo misterio negativo es la muerte. La racionalidad inherente al concepto de pena es incompatible con el *misterio de la muerte*. Jamás es legítimo reemplazar el misterio de la vida por el misterio negativo de la muerte.

Los misterios son sólo verdaderamente tales en el marco del *realismo genético*, en el que el hombre reconoce que no es el creador del universo y que por no ser el creador grandes sectores de él escapan a su posibilidad de conocimiento. Aunque emplee la expresión "misterio" el idealismo genético, según el cual el sujeto crea al objeto, rechaza "ab initio" la posibilidad de él. Cuando en el idealismo el sujeto Creador permanente es la divinidad todo queda disuelto en el misterio que pierde su sentido de contraste con lo claramente cognoscible y cuando el sujeto considerado creador es el hombre el misterio desaparece porque el creador puede conocer toda su creación. El idealismo genético es incapaz de reconocer los matices que diferenciam la pena y la guerra u de comprender los misteriosos aspectos de la muerte que impiden relacionaria con la racionalidad de la pena.

El misterio es parte de la diferencia entre *filosofía y religión*: ambas coinciden en encarar problemas fundamentales, pero la religión los involucra en el misterio (7). Sólo el misterio "re-liga". Las religiones viven como tales todo el tiempo que sus misterios tienen la fuerza de valores intuitos pero no comprendidos. Por eso suelen tener vigencia más prolongada que las escuelas filosóficas, pero se extinguen si sus misterios son explicados o simplemente problematizados y si pierden el reconocimiento como llamados del valor. Obviamente el misterio es también una de las líneas de separación entre *ciencia y religión*. No es por azar que las religiones, más idóneas para comprender la muerte como misterio, oscilan entre las actitudes radicales del culto a la muerte y su rechazo en el culto a la vida. Las soluciones dadas a los misterios constituyen también el componente básico de las *concepciones de mundo* Por esto es tan difícil discutir sobre ellas. La "pena de muerte" es sólo admisible en los Derechos Penales que pasan por alto las diferencias entre la racionalidad de la pena y el misterio de la muerte, sea porque aproximan sus criterios al misterio religioso o cosmovisionario o porque ignoran el misterio con una visión limitada y "científica" de la muerte.

El misterio es el resultado de una valoración intuita pero fracasada. En los valores pantónomos (pan-todo; nomos-ley que gobierna) como la justicia y el amor - que sólo se conocen mediante fraccionamientos - el misterio es la expresión del *desfraccionamiento* o sea de la apertura al "más allá" axiológico que encuentra su expresión más alta en la divinidad, el más elevado de los valores sólo reconocible pero superior a nuestras posibilidades. El misterio es una manifestación del desajuste entre la axiología y la gnoseología en el que ésta llega a un punto crítico. Por ser una apertura al valor "más allá!" de nuestras posibilidades plenas el misterio en general y la muerte de manera especial requieren una relación con la plenitud de nuestro ser a través del culto. La "pena de muerte" significa, en cambio, un fraccionamiento exagerado de los valores para ponerlos al alcance de nuestras posibilidades gnoseológicas. Por lo general cuando se intenta fundamentarla se recurre a la sustitución

de la justicia y del amor por la igualdad del talión o por valores menores como el orden y la coherencia. La muerte produce seguridad, pero su producción no siempre coincide con la justicia y en el marco de la racionalidad requerida por la pena la seguridad de la muerte es excesiva.

El misterio significa un obstáculo *natural* a nuestra comprensión, en tanto que si el oscurecimiento tiene carácter fabricado se trata de un *secreto*. Aunque frecuentemente se intenta dotar a éste de la jerarquía del misterio en realidad sólo puede alcanzar la jerarquía del valor humanidad, pero no la proyección al valor divinidad. El secreto sólo puede merecer respeto, pero el misterio es el único motivo legítimo del culto. El intento de fabricar o disolver el misterio es la expresión suprema de la mistificación. La "pena de muerte" es en este sentido una mistificación que intenta resolver un misterio como si fuera un mero secreto.

En el aspecto lógico el misterio significa el triunfo del método *global* sobre el análisis y la síntesis requeridos para una comprensión profunda. A diferencia del problema, que es un interrogante de alcances limitados, el misterio es una cuestión "enorme", que desborda nuestras posibilidades. Por esto las tramas altamente problemáticas, que llegan a alcanzar carácter relativamente enorme y a desorientar a los lectores o espectadores son llamadas en sentido lato de "misterio", aunque en realidad son sólo de secreto. Si se tiene en cuenta la función integradora de las captaciones lógicas, que modifica el significado de la realidad atribuyéndole sentidos especiales, se advierte que las captaciones de los misterios y entre ellos de la muerte son *empobrecedoras* de la realidad. El concepto de muerte significa un empobrecimiento tan grande de la muerte real que todos los juicios que lo contienen tienden a hacerse fuertemente hipotéticos. Los caminos para abordar el misterio imponen un empleo amplio de nuestras facultades que excede el marco de la razón, como que producimos el análisis y la síntesis, para exigir el recurso a la fe. La "pena de muerte" expresa el deseo de someter al análisis y la síntesis de la razón un misterio que como tal sólo puede abordarse por el método global y con el auxilio de la fe.

4. Como es lógico la actitud del hombre ante el misterio se ha debatido frecuentemente entre diversas equivocaciones. Frente a las concepciones mágicas del universo que imperaron en los tiempos primitivos e incluso en largos períodos iniciales de la historia, exagerando el contenido del misterio, se ha ido formando, sobre todo a partir de la Edad Moderna, una conciencia de rechazo del misterio que sólo lo considera un momento de la evolución del conocimiento humano destinado a ser siempre superado con el tiempo. Los sistemas ideológicos propios de cada época revelan las dificultades humanas para situarse frente al misterio, y así por ejemplo en el siglo XIX el positivismo lo arrincona en la sombra de lo incognoscible y el romanticismo lo exalta como sentido último de la vida.

No es por azar que el hombre de nuestro tiempo, dominado por el idealismo genético e imbuido aún de positivismo, tiene tantas dificultades para situarse ante el misterio y ante la muerte. Al hombre idealista contemporáneo le es imposible comprender la muerte porque se considera un auténtico creador "ex nihilo" y todo verdadero creador no puede morir. Al hombre positivista le es imposible comprenderla porque ha renunciado "ab initio" al misterio (8).

La "pena de muerte" ha sido siempre admitida al hilo de la complicación de la pena, que es llevada al campo del castigo por el misterio del pecado, o de la simplificación del misterio de la muerte de la persona "penada", que es convertido en mero "problema" de la eliminación del enemigo.

5. El oscurecimiento relativo del significado de la realidad propio del misterio impide que en relación con él se desarrollen cabalmente *repartos*, que son adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por la conducta humana. Aunque podemos provocar con nuestro obrar nacimientos y muertes, la magnitud significativa de unos y otros impide la claridad de comprensión necesaria para conocer a su tiempo los resultados de nuestra conducta como lo exigen los repartos. Sólo es relativamente factible comparar un misterio con otro misterio análogo, pero

la comparabilidad y la comprensión se debilitan cuando se pasa de un misterio a otro de otra clase o se relaciona al misterio con problemas particularizados. Por ejemplo: es relativamente factible comparar el misterio de una muerte con el de otra como lo exige el reparto de legítima defensa de la vida, pero es más difícil comparar la muerte con el nacimiento y más aún relacionar la muerte con la integridad física, el trabajo, la propiedad, etc. Por esto es incomprensible el suicidio o el homicidio con miras a la solución de tales problemas parciales.

La "pena de muerte" es el intento de repartir lo no repartible. La muerte sólo es "repartible" en la guerra - que se aproxima incluso a una distribución por influencia humana difusa - porque en ella el misterio de la persona que debe morir es reemplazado como simple problema de la eliminación del enemigo. Dado el carácter misterioso de la muerte su reparto mediante la "pena" tropieza con el *límite* necesario del desconocimiento de los alcances del objeto repartido. Ningún "repartidor" de "pena de muerte" puede afirmar a conciencia que conoce, siquiera relativamente, los alcances de su reparto.

6. Teniendo en cuenta que las *normas* son captaciones lógicas neutras de repartos proyectados resulta notorio que la muerte, como misterio, no puede ser comprendida en ninguna. La "pena de muerte" puede ser captada sólo como solución de un problema, pero no en su verdadero alcance de misterio.

7. El carácter misterioso de la muerte es, por otra parte, *superior* a las valoraciones de justicia que corresponden al Derecho. Para hablar de la justicia de la muerte corresponde referirla a la *justicia divina* que encuentra su máxima expresión en el Juicio Final. Por esto la "pena de muerte" es sólo la exageración del empleo del poder más allá de los límites de la justicia jurídica. El valor poder así desbordado en contra de la justicia, que es su valor absoluto respecto del campo del Derecho, se convierte en un valor fabricado falso.

Como lo destaca con acierto el profesor Reale la muerte no puede *relacionarse* en justicia con las otras penas, de modo que la "pena de muerte" significa la ruptura con una de las clases de justicia que deben inspirar al reparto justo. Es más: la injusticia del "salto al misterio" de la muerte *tiene* de injusticia - al hilo de la función pantónoma de la justicia - a todos los otros repartos del régimen. La "pena de muerte" es el triunfo de los *antecedentes* sobre el *porvenir*, el insostenible fraccionamiento radical de las influencias del futuro que en un campo donde reina el misterio de la muerte y de la vida ignora la posibilidad del error y del cambio en la vida constantemente renovada.

El misterio de la muerte impide que respecto de ella haya repartidores aristocráticos, caracterizados por su superioridad moral, científica o técnica. Por eso quien pretenda repartir la "pena de muerte" no puede ser más que un repartidor *antiautónomo* basado en su mera fuerza. También por su carácter misterioso la muerte hace estallar el concepto de *responsabilidad* de los repartidores: en el caso de la "pena de muerte" siempre hay un margen de responsabilidad indeterminable a cargo de quienes la aplican.

Dado que la justicia exige la ampliación de las posibilidades de la vida, la muerte es un *objeto* "repartible" (que en principio "puede ser repartido") pero no repartido (que deba ser repartido). La muerte como misterio es un objeto que no merece ser adjudicado sino para preservar la vida, que es su misterio positivo relativo. Además el carácter misterioso de la muerte impide que sobre ella haya ninguna *forma* justa, es decir ningún camino elegido - de proceso, negociación, etc. - realmente valioso. Aunque se escuche al reo no cabe duda de que hay muchas razones que él podría esgrimir, relativas al misterio de la muerte, que le son desconocidas.

El misterio de la muerte, fenómeno profundamente individual porque se muere personalmente, hace que ninguna muerte pueda ser comparada con otra. La muerte es el triunfo de la *unicidad*, pero la "pena de muerte", al pretender problematizar el misterio, es el intento de imponer la igualdad sobre lo que es único. Como un régimen es justo cuando protege al individuo contra los demás, frente a sí mismo y respecto a lo demás no cabe duda que

la "pena de muerte", que empuja al individuo a la no redención de *sí mismo* y lo pone a merced de *"lo demás"* involucrado en el misterio es un indebido avance del régimen sobre la persona.

8. En suma: urge diferenciar la "pena de muerte" de la muerte en "guerra" que se fundamenta en la preservación de la vida y en tanto se trate de pena propiamente dicha es incompatible con la muerte. Cuando hace años leímos el lúcido ensayo del profesor Reale "Pena de morte e mistério" nos sentimos conmovidos por la profundidad del planteo: hoy, a través del misterio de la vida, ha llegado el momento de rendirle un modesto pero justo homenaje.

1. V.edición de la Facultad y "O Direito Como Experiência", São Paulo, Saraiva, 7. 1968, págs. 277 y ss.
2. Edición de la Facultad, pág. 7.
3. *íd.*, págs. 8 y 15.
4. *íd.*, pág. 11.
5. *id.* págs. 12/13.
6. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "introducción filosófica al Derecho", 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.
7. Puede v. SCHEFFER, Thassilo de, "Mystères et oracles helléniques", trad. André Jundt, Paris, Payot, 1943, págs. 9 y ss.
8. Puede v. JUNG, C.G., "La psique y sus problemas actuales", trad. Eugenio Imaz, Bs. As., Poblet, 1944 (especialmente acerca de la descomposición racionalista de la psique).