Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXV — ENERO - MARZO DE 1967 — Nº 139

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

HECTOR BRAIN RIOJA

Profesor de Derecho Penal y Jefe del
Departamento de Ciencias Penales

ESQUEMA DE LA PENA DE MUERTE (*)

1.— AMBITO DEL TEMA

El tema ha suscitado uno de los problemas álgidos de la Legislación y de la Teoría del Derecho Penal y en general de las Ciencias Criminológicas; y a pesar del debate sobre sus diferentes aspectos aún no se ha llegado a formar un criterio mayoritario ni menos definitivo en las legislaciones positivas y los especialistas teóricos. La verdad es que la naturaleza del problema rebasa, incluso, el campo criminológico y jurídico penal, para incoar cuestiones trascendentes en las disciplinas filosóficas, en las ciencias políticas y en las sociales; e, incluso, en el campo de la moral y de la religión. Y, por último, afecta a los principios de los "Derechos Humanos" que, proclamados, con el carácter de internacionales, han venido propagando las Organizaciones Mundiales, como las Naciones Unidas y otras afines.

2.— EL DERECHO A LA VIDA

El punto de partida, ineludible, para un buen final, se encuentra en el llamado "derecho a la vida" que tienen todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Este derecho a la vida en su formulación jurídica universal es de reciente data. Sin entrar al análisis histórico del asunto recuérdese que en tiempos y estados pretéritos tal derecho no correspondía a todos los individuos, ya que había grupos que, por diferentes motivos, quedaban marginados: los esclavos, por ejemplo; ciertos grupos raciales y otros por diferentes causas. La formulación universal del Derecho a la Vida se encuentra, actualmente, en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo texto oficial fue aprobado el 10 de diciembre de 1948, que en el artículo 3º dispone: "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

(*) Colaboración del Seminario de Derecho Público a la celebración del Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción.

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.— CONSTITUCIONES POLITICAS

Algunos Estados contienen una declaración semejante en sus Constituciones Políticas, como ocurre en Venezuela, Honduras, Uruguay, Puerto Rico, Colombia, Panamá, para indicar algunos países americanos. En Chile la Constitución Política del Estado guardó silencio sobre el "derecho a la vida", como puede apreciarse en la lectura de su texto, especialmente, en los artículos relativos a las garantías constitucionales, en donde se establecen todos los derechos de la persona, **menos el de la vida.** Hurgando en los antecedentes constitucionales, no hemos encontrado datos precisos sobre el origen de esta omisión, a menos que se consideren como tales, los antecedentes de la legislación española que inspiró la gran mayoría de las fórmulas jurídicas nacionales, como consecuencia de su período colonial. Es notable observar, entonces, que nuestra Constitución Política no garantiza el derecho a la vida en forma expresa. Sin duda que, si, lo hace en forma tácita o indirecta, pues al garantizar los demás derechos de la personalidad tiene, por supuesto, entendido el de la vida. Puede concluirse en que, para los Constituyentes, este derecho a la vida era tan obvio y sencillo, tan indispensable y consustancial al individuo de la especie humana, que no era necesario escribirlo. Pero esta omisión ha permitido la dictación de leyes que imponen la pena de muerte en diversos casos. Hay que tener presente, además, que la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas vale para Chile por pertenecer a dicha Institución Internacional y haberse obligado en el acuerdo, ya referido, por la Asamblea de la ONU.

4.— LEGISLACION PROTECTORA DE LA VIDA

La protección a la vida del individuo se manifiesta, también, en diversas disposiciones legales, que van desde el Código Civil, que tutela, incluso, los derechos del que está por nacer, hasta el Código Penal que sanciona el aborto, como atentado contra el orden de la familia, pero que, técnicamente, sanciona y defiende el derecho a la vida humana, durante la vida intrauterina.

Otras disposiciones legales relativas a la salud; y los reglamentos generales de sanidad, y otras disposiciones detallistas, indican los esfuerzos legislativos para proteger la vida humana.

De suerte que debemos aceptar que en nuestro sistema jurídico la vida del individuo está protegida por la legislación vigente en sus diversas etapas y en sus diversos aspectos de interés individual y social.

5.— LIMITACIONES AL DERECHO DE LA VIDA

Sin embargo, este "derecho a la vida" tiene una serie de limitaciones, de mayor o menor intensidad, según sea la teoría jurídica que impere en cada tiempo y lugar.

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde el punto de vista internacional, una limitación muy importante y trascendente es, sin duda, la muerte en acto de guerra. La guerra está aceptada en los principios internacionales siempre que sea en defensa de una agresión. En el derecho interno el ciudadano está obligado a concurrir a una guerra declarada por su Estado. Incluso, desde el punto de vista nacional, no puede discutir la legalidad de la guerra, debiendo concurrir a ella por mandato de autoridad.

La intervención del hombre en la Guerra del Estado a que pertenece es una abolición transitoria y excepcional del derecho a la vida, ya que el combatiente, está obligado a dar su vida, si fuera necesario, a juicio de la autoridad competente, en defensa de su Estado.

No cabe duda, pues, que la obligación ciudadana de intervenir en actos bélicos involucra la pérdida del derecho individual de su vida en beneficio, así se estima, de los altos intereses colectivos del Estado. O, como dice Eduardo Salazar en su obra "Violencia, Agresión y Paz" (página 67): "La guerra suspende durante su duración la inviolabilidad al derecho a la vida".

6.— LA MUERTE EN ACTO BELICO

La guerra abarca los dos aspectos del derecho a la vida, esto es, anula tanto el derecho a su propia vida como el deber de respetar la ajena. Durante la guerra el individuo pierde su derecho a su propia vida, la que inmola en aras de la defensa del Estado y desaparece el deber de respetar la vida ajena, pudiendo privar de ella, en acto bélico, a sus enemigos. La guerra justifica, de este modo, la acción de matar y de dejarse matar o exponerse al peligro de perder la vida o quitársela directamente, cual suicida, si las circunstancias bélicas lo permiten o lo exigen, de acuerdo con las reglas generales de la guerra, reconocidas por el Derecho Internacional.

7.— LA PENA DE MUERTE

La otra limitación al derecho a la vida es la pena de muerte.

Esta pena, como la guerra misma, son limitaciones que provienen de actos estatales. Además de estas limitaciones, existen otras que provienen de actos de los individuos, como son los casos de estado de necesidad y de legítima defensa propia. En esta oportunidad nos interesa, solamente, destacar el problema de la pena de muerte como limitación del derecho de vida por "acto de autoridad"; y en otra oportunidad ampliaremos estas ideas, exponiendo las demás limitaciones anotadas y otras que pueden producirse en la lucha de intereses individuales y sociales.

8.— DATOS HISTORICOS BREVES

La historia de la pena de muerte está jalonada, en diversos períodos, de variaciones profundas conforme a la estructura jurídica y social de los pueblos y naciones.

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Relatarla en sus detalles sobrepasaría los márgenes de estas breves observaciones y los fines de este trabajo. Baste para formar una idea del proceso histórico con fijar tres etapas bien definidas, a saber: a) Período antiguo: de pleno vigor de la pena de muerte; b) Período intermedio: de abolicionismo de la pena de muerte, y c) Período moderno: de tendencia dualista.

En el período que llamamos antiguo se comprende el que va, en la historia de la humanidad, desde el principio hasta el año 1700, en que aparece la tendencia abolicionista, de que damos cuenta más adelante. Durante toda la antigüedad la muerte del infractor a las normas de convivencia colectiva, por actos de gravedad y trascendencia, era de uniforme aplicación. Desde el período primitivo, llamado de la "venganza privada" en contra del autor del daño, hasta la Ley del Talión y la de las XII Tablas, reconocían en la pena de muerte una forma expiatoria indispensable para el orden social y para el castigo de los delitos graves. Para mayores detalles sobre su aplicación puede consultarse la obra de don Rafael Fontecilla intitulada "La Pena", en donde se muestran los sistemas de pena "capital" y otras obras especializadas sobre criminología. Bástenos insistir en que los Estados y las culturas pretéritas egipcias, chinas, indias, persas, y las menos antiguas como grecas y romanas, mantuvieron, enérgicamente, la aplicación de la pena de muerte, la que ejecutaban con bastante crueldad según los medios de que se valían para su realización.

Así mismo podrá consultarse, en un futuro próximo, la Memoria de Prueba de la egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, señorita Emperatriz Merino Sánchez, que está en elaboración en el Departamento de Ciencias Penales del Seminario de Derecho Público de la misma Escuela bajo nuestra dirección.

9.— EL PERIODO ABOLICIONISTA

El período abolicionista se inicia con la obra de César de Bonesanna, Marqués de Beccaria, del año 1754, denominada "El tratado del delito y de las penas", pequeño "gran libro", como se le adjetiva, que revolucionó las ideas imperantes sobre esta materia, aun cuando en un principio no encontró acogida en los pensadores de la época como Montesquieu, Rousseau, Kant, que eran partidarios de la pena de muerte. Sin embargo, posteriormente, y bajo el influjo del trabajo de Beccaria y de sus seguidores, muchas legislaciones abolieron la pena de muerte en Europa, como ocurrió en Italia en 1889; algunos Estados de América del Norte; y en el Sur, Venezuela en 1864 y Uruguay en 1904, entre otros.

10.— EL PERIODO DUALISTA O ECLECTICO

El tercer período, que hemos denominado dualista, importa un criterio doble sobre la pena de muerte, esto es, que las legislaciones de los Estados y los pensadores y tratadistas se dividen en las dos tendencias, que aún siguen debatiendo la cuestión, a saber: los abolicionistas de la pena de

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

muerte y los defensores de la misma. En la actualidad, esta dualidad perdura claramente y con profundas variaciones entre juristas y legisladores, en donde se puede apreciar que tales variaciones producen períodos en que parece imponerse el criterio abolicionista, para, después, repuntar la imposición de la pena de muerte como una necesidad político-social.

Digna de mención, para comprender esta pugna de argumentos en pro y en contra de la pena de muerte, es la situación provocada después de la Segunda Guerra Mundial, en que se crearon Tribunales especiales, como el de Nurenberg y el de Tokio, para sancionar con la pena de muerte a los autores del nuevo delito de "guerra de agresión" y "delitos contra la humanidad", a los cuales se les impuso la pena de muerte. Sobre el particular puede consultarse la buena obra de la egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, señora Norma Figueroa Wäckerling, del año 1953 (Memoria de Prueba), y los abundantes datos y detalles en el Tratado de Derecho Penal de Luis Jiménez de Asúa. La implantación de la pena de muerte, en aquella ocasión, por delitos de guerra o de carácter internacional o político, dio un espaldarazo muy poderoso para los que argumentan en favor de la pena de muerte e influyó para detener la tendencia abolicionista que venía apoderándose de las opiniones de los legisladores.

11.— ARGUMENTOS DEFENSIVOS DE LA PENA

Los argumentos en favor o en contra de la pena de muerte, o pena capital, se acostumbran a sistematizar conforme a la fuente científica de donde extraen su raíz, como, por ejemplo: argumentos filosóficos, argumentos jurídicos, argumentos políticos.

En la actualidad se observa una tendencia iniciada por Maggiori y Manzini en Italia (véanse sus obras sobre Derecho Penal) para delimitar sus fundamentos en la llamada "Política Criminal" marginando el problema de todo argumento especulativo, filosófico o jurídico, que no contemple la realidad social de la delincuencia y las necesidades de la defensa social contra el delito. Igual tendencia se manifiesta en la España actual, cuyo jurista E. C. Pierfers, en su obra "Reforma del Derecho", la sustenta y defiende diciendo que la inviolabilidad de la vida humana es un sentimiento malsano, pues, impide a la sociedad defenderse de los agresores del orden social; y en la obra sobre Derecho Penal de don Federico Puig Peña que detalla el movimiento de esta pena en España.

12.— POSTULADOS DE LAS ESCUELAS PENALES

Los argumentos en favor de la pena de muerte se extraen de todos los ámbitos jurídicos, sociales y filosóficos, abarcando los diversos factores del orden social y de la defensa social. Destacan aquellos que emanaron de la teoría conocida como el "pacto social de Juan Jacobo Rousseau", en la que se funda la Constitución de los Estados jurídicamente organizados, pacto por el cual los individuos se habrían desprendido de algunos de sus

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derechos personales en beneficio del interés colectivo, entre los cuales está el de su propia vida, poniéndola en manos del Estado y al servicio de la sociedad, que pueden privarle de ella cuando tales intereses superiores así lo exigieren.

Digna de mención es, también, la posición que tomaron las distintas Escuelas Penales, especialmente las llamadas Clásicas y Positivas frente a la pena de muerte. La primera la defendía con los mismos argumentos en que fincaba la penalidad general, como puede leerse en las obras de Hegel, Pessina y Carrara, entre otros muchos. Para ellos la pena era una expiación a la falta cometida y debería ser más o menos grave en relación con la gravedad de la infracción. El delito como ente jurídico determinaba la naturaleza y cantidad de la Pena. La pena de muerte debía reservarse para los casos más graves, como una medida expiatoria de la falta y como una medida de defensa del orden jurídico violado por el delincuente. La Tutela Jurídica que el Estado ejerce hace necesaria en muchos casos la pena de muerte, o privación de la vida, de aquellos que violaban los preceptos fundamentales del orden jurídico natural en que descansa la ley positiva. Decían los clásicos del Derecho Penal que la autoridad de los hombres proviene de la autoridad de Dios, y, por tanto, la desmembración de la ley divina en ley humana, o derecho natural, asignaba a la autoridad de los hombres disponer de la vida, como si fuere Dios, para preservar el orden jurídico, político y social, en cumplimiento del mandato del Derecho Natural. Sin embargo, la tendencia de Carrara era limitar su aplicación al mínimo posible y buscar medios para sustituirla por otra; de aquí que se le califique por algunos como de tendencia abolicionista.

13.— LA ESCUELA POSITIVA

La Escuela Positiva en general, y la mayoría de sus representantes actuales y modernos, o neopositivistas, están por la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, los tres fundadores de la Escuela, estuvieron por la defensa de la pena de muerte que denominaban de eliminación. Llegaban a esta conclusión por un camino distinto de los Clásicos, pues, conforme a sus principios, la penalidad debe estar relacionada con la personalidad del delincuente más que con la gravedad del delito, según las clasificaciones de los delincuentes que hicieran Rafael Garófalo, Enrique Ferri y César Lombroso en sus respectivas obras, "La Criminología", "La sociología criminal" y "El Hombre delincuente". Sin embargo, Ferri y Lombroso tuvieron a veces sus dudas sobre la procedencia de la pena de muerte y las condiciones y requisitos para su aplicación. El propio Ferri estuvo vacilante y cambió de opinión en diversas etapas de sus fructuosas investigaciones criminológicas. Garófalo se mantuvo permanentemente decidido a la pena de muerte como indispensable.

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

14.— RESUMEN DEL AUTOR

Todos los argumentos antiguos y modernos para justificar la pena de muerte pueden resumirse en: El Estado, como representante, de la colectividad, tiene el deber de mantener el orden jurídico y social; y para ello debe emplear las medidas coercitivas que la experiencia y la justicia le indiquen conveniente. La violación del derecho de vida sobre el delincuente, mediante la pena de muerte, es legítima si es necesaria para tutelar el orden jurídico y para defender a la sociedad de sus agresores que ponen en peligro su estabilidad, su estructura moral, política y social. El Estado no hace otra cosa que defenderse de una agresión como lo hace un particular cuando usa la legítima defensa propia, sobre la cual nadie discute, y mata a su agresor. El Estado tiene también este derecho si tal medida aparece como necesaria desde el punto de vista de la justicia, como sanción para el delincuente que realiza una acción punible grave; y como utilización de un medio eliminatorio de los perturbadores del orden social. Prima el interés colectivo sobre el interés particular, de suerte que el derecho a la vida aparece supeditado al derecho social de la convivencia pacífica colectiva. Si esta convivencia hace necesario imponer la pena de muerte, no se ve que pueda reprocharse al sistema punitivo capital.

15.— MEDIDA DE LA APLICACION DE LA PENA DE MUERTE

El mayor problema surge cuando se trata de determinar cuáles son los actos pasivos de pena de muerte. La medida debe encontrarse, según la tendencia que se siga, ya en la gravedad y trascendencia del delito, ya en la peligrosidad o temibilidad del delincuente. De aquí que se haya uniformado el criterio de sólo imponer la pena de muerte cuando el delito es tan grave como atentar contra el Estado, por ejemplo, en los delitos de traición, o contra la vida ajena, como el homicidio calificado; y, además, cuando, el sujeto responsable del delito manifieste condiciones personales de irrecuperable, inadaptable, por causas de la deformación de su personalidad, su criminalidad innata, o su reincidencia habitual adquirida en la repetición constante del acto punible.

Se agrega que en tales casos la pena de muerte, además, cumple con el fin intimidativo de prevención general para impedir que otros individuos cometan los delitos graves en situaciones semejantes. De aquí que las legislaciones sean cautas para sancionar con pena de muerte; y los Tribunales siguen la tendencia restrictiva que le indican sus leyes procesales. Y, por último, el indulto o la amnistía elimina muchos casos en que la pena de muerte se sustituye por otra equivalente en vida.

16.— POSICIONES Y TENDENCIAS ACTUALES

Esta tendencia defensora de la pena de muerte para determinados casos gravísimos de la delincuencia, es la que tiene actualmente mayoría en las legislaciones y en la doctrina de los autores de las ciencias jurídico-

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

penales. O sea, se defiende la existencia de la pena de muerte, pero se limitan al mínimo posible los casos de su aplicación. Bien puede decirse que las limitaciones son tantas y su aplicación tan escasa que en verdad la defensa de la pena de muerte no constituye un esfuerzo por mantenerla, justificarla o aumentarla. Más bien se ve, en sus defensores, la aceptación de una necesidad criminológica que puede llegar a desaparecer con el progreso del orden social y de las nuevas estructuras políticas y jurídicas.

Sin embargo, el avance de las tendencias sociales que encuentran cada vez mayor prevalencia de los intereses colectivos sobre los individuales hace disminuir el respeto por el derecho a la vida y aumentar, consecuencialmente, la aplicación de la pena de muerte, mientras no haya otros medios de sustitución de tal pena que logren los mismos efectos de aquélla, esto es, defender a la sociedad de los graves trastornos de la delincuencia criminal constante, reiterada y distorsionadora de los derechos individuales y colectivos.

17.— LOS ABOLICIONISTAS

Los argumentos en contra de la pena de muerte son tan numerosos como los que la favorecen y se clasifican igualmente en filosóficos, jurídicos y criminológicos. El profesor Gustavo Labatut, en su libro sobre Derecho Penal Chileno, indica que uno de los precursores de la abolición de la pena de muerte fue, sin duda, el inglés Howard, quien defendió con insistencia la sustitución de la pena de muerte por penas privativas de libertad en sus libros de investigación sobre los sistemas carcelarios de Inglaterra y Gales, quien debe figurar, por lo mismo, junto a Beccaria, cuya labor abolicionista ya citamos anteriormente; y a quien pertenecen las siguientes frases en que se concreta el pensamiento abolicionista de su época: "al respecto, de esta multiplicidad de suplicios que no han mejorado a los hombres, he investigado si en un gobierno sabio, la pena de muerte era verdaderamente útil y, al mismo tiempo, justa. ¿Cuál puede ser aquel derecho que atribuye a los hombres facultad para degollar a sus semejantes? No es ciertamente aquel de que resulta la soberanía y las leyes. Ellas no son más que la suma de pequeñas porciones de libertad que cada uno ha depositado; ellas representan la voluntad general, resultado de la unión de las voluntades particulares. Pero, ¿cuál es ese hombre que hubiere cedido a otro el derecho a quitarle la vida? ¿Cómo suponer que en el sacrificio que cada uno ha hecho de la más pequeña porción de libertad que ha podido enajenar haya comprendido el mayor de los bienes? Y cuando esto fuere cierto, ¿cómo concertar este principio con la máxima que prohibe el suicidio? O el hombre dispone de su propia vida o no ha podido dar a uno solo o a la sociedad entera un derecho que él mismo no tenía".

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

18.— ERRORES JUDICIALES

Se ataca, también, la pena de muerte por los abolicionistas porque es irreparable e irrevocable, lo que contradice a la Justicia; incide, especialmente, el argumento en los llamados errores judiciales en que caen, a veces, los Tribunales, promovidos por deficiencias probatorias, o por inclinaciones en contra de la culpabilidad supuesta del reo, o por presión de circunstancias políticas o sociológicas; e, incluso, por tendencias síquicas de los juzgadores que, subconscientemente, puedan revelar un instinto individual del magistrado a la destrucción de sus semejantes, como resabios de ancestros de pretéritas costumbres atávicas.

Por otra parte, se dice que, sostener la intimidación de la pena de muerte sobre los demás miembros del grupo es una ilusión carente de realidad, porque, el individuo que llega a cometer un delito tan grave, como aquellos pasivos de pena de muerte, es un ser excepcional en su estructura anímica —delincuentes natos (habituales), enfermos mentales, etc.—, anormales en general, en los cuales no hará presión alguna el temor de la pena de muerte, ante la cual no retrocederán sus instintos criminales.

Por lo mismo, se agrega, la pena de muerte no es de utilidad social y por tanto queda reducida a un simple castigo del delincuente sin proyección para el orden socialmismo. La eliminación del delincuente del medio social se puede hacer —y se hace en muchos casos—, a través de otras medidas punitivas, por demás conocidas, como el presidio o internación perpetua inconmutable.

19.— LAS ESTADISTICAS

Se argumenta, asimismo, en contra de la pena de muerte a través de las estadísticas, mediante las cuales se ha demostrado que tal pena no elimina o disminuye la delincuencia en ningún país en los que se aplica. Por el contrario, tales datos demuestran que la delincuencia aumenta con o sin pena de muerte en igual proporción. En los Congresos Criminológicos Internacionales se ha comprobado que la pena de muerte sólo puede servir para impedir la reincidencia del delincuente que se elimina; pero en manera alguna la delincuencia general y la comisión de delitos graves por otros miembros del grupo social.

Se sostiene, a base de estadísticas, que los delitos graves son productos de circunstancias complejas que se dan en un momento determinado en el mundo de los fenómenos circunstanciales objetivos y en el mundo de los fenómenos individuales subjetivos. Cuando tales elementos se reúnen y se complementan se dan los delitos de traición a la patria y homicidio calificado. La reunión de tales circunstancias tan variadas hace que la pena de muerte impuesta a un delincuente no tiene por qué tener relación directa con la situación particular en que se encuentre otro delincuente, así, por ejemplo, los móviles subjetivos varían tanto cuanto diferentes

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

son las personalidades del individuo; y la pena de muerte que detendría a un sujeto en la comisión de un delito no hace mella alguna en la acción de otro. Sobre el particular puede consultarse la obra de E. Mezger sobre criminología y estadística.

En consecuencia, los abolicionistas sostienen: que no hay derecho alguno sobre la vida de los individuos por el Estado; y que tampoco hay utilidad criminológica en la aplicación de la pena de muerte.

20.— SISTEMAS PENITENCIARIOS MODERNOS

En las últimas décadas, con el progreso de las ciencias criminológicas modernas, se hace más posible encontrar el tratamiento de adaptación de los delincuentes al medio social; y a través de los modernos sistemas penitenciarios y de tratamiento carcelario se observan algunos buenos resultados para la disminución de la delincuencia. Estas circunstancias hacen allegar nuevas argumentaciones en pro de la abolición de la pena de muerte. Sin embargo, queda siempre en pie la dificultad que involucra, desde el punto de vista jurídico, la falta de sanción para los delitos gravísimos de traición y homicidio calificado, o parricidio, hechos que, de por sí, conmueven la conciencia social hasta sus raíces más hondas, alterando la tranquilidad de espíritu de los miembros del grupo mientras no se aplique la sanción máxima al culpable de tan grave agresión a los principios fundamentales de convivencia humana.

21.— DERECHO PENAL PREVENTIVO

Por último, el Derecho Penal Preventivo, tan modernamente desarrollado en el último decenio, con la aplicación de las fórmulas del estado peligroso y de las medidas de seguridad va impulsando a sostener la tesis abolicionista como una consecuencia de la humanización del Derecho Punitivo y su traslado al Derecho Penal Preventivo con mayores beneficios para el grupo social, lo que haría innecesaria la pena de muerte.

22.— ORDEN SOCIAL Y ORDEN PENAL

Bajo este rubro destacamos la influencia que en materia penal tienen las estructuras político-sociales de los Estados. Tal influencia ha hecho clasificar las tendencias del Derecho Penal en dos grandes grupos, a saber: Derecho Penal Liberal y Derecho Penal Totalitario, correspondientes a las fórmulas políticas de cada régimen social. La organización política que obedece al sistema liberal y democrático tiene tendencia a la abolición de la pena de muerte, mientras que el conocido sistema de gobierno totalitario encuentra en la pena de muerte el arma secreta para su defensa. Como ejemplo del fenómeno que venimos indicando puede citarse el caso del Estado Español que en su legislación mantuvo la pena de muerte hasta el año 1932, en que la ley de 8 de Septiembre dictada por el régimen republicano la derogó. Sin embargo, a poco de caer el régimen republicano,

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fue restablecida la pena de muerte por el nuevo régimen de 1938, que dura hasta la fecha, como sostiene en su obra de Derecho Penal don Federico Puig Peña (Tomo II, Parte General), tesis ésta que ha sido enérgicamente defendida a través de sus publicaciones por la "Delegación Nacional de Prensa y Propaganda y Radio del Movimiento", en su colección Horizontes sobre orden penal y nueva sociedad, en donde se sostiene que "la pena de muerte será una medida útil terapéutica, para los casos más graves".

23.— LA PENA DE MUERTE EN CHILE

Como dijimos anteriormente, la Constitución Política del Estado no contiene norma alguna sobre el derecho a la vida y la pena de muerte, de modo que nuestro Código Penal de 1874 conserva la pena de muerte entre las que pueden imponerse según la escala general del artículo 21. El Código de Justicia Militar, también, la contiene y los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimientos Penales, dictan normas para su aplicación.

En el Código Penal vigente en Chile deben distinguirse los casos en que la pena de muerte se establece como pena única y los casos en que se impone como grado superior de una pena compuesta. Los casos de pena de muerte como pena única son: 1) Delito de traición a la patria del artículo 106 y del artículo 109; 2) elito de destrucción de líneas férreas causando muerte de personas, del artículo 324; 3) Parricidio, del artículo 390; 4) El que durante una condena a perpetuidad delinque de nuevo, del artículo 91; y 5) Aplicación de tormentos y muerte del reo, del artículo 150 Nº 1. Los casos en que la pena de muerte corresponde al grado superior de una pena compuesta son: los delitos de los artículos 106, 107, 108, 109, 110, 390, 433, 434, 474 y 480 del Código Penal.

24.— CASOS ESTADISTICOS DE EJECUCION DE LA PENA DE MUERTE EN CHILE

Conforme a las reglas de la legislación penal y procesal, los Tribunales deben imponer la pena de muerte cuando legalmente proceda, pero, a su vez, deben opinar sobre si esta pena merece ser modificada a través del indulto del Presidente de la República. Por su parte, el Presidente de la República es soberano para indultar la pena de muerte, conforme a sus facultades constitucionales que no imponen ninguna limitación a este derecho de gracia, de amnistía o de indulto. Estas fórmulas hacen que no todas las penas de muerte impuestas por el Tribunal de Justicia sean realmente ejecutadas. Y, si a ello agregamos las llamadas garantías penales y procesales de la pena de muerte, la aplicación de la misma queda muy limitada en la realidad ejecutiva.

Según la información recibida de la Dirección General de Prisiones en el Departamento de Ciencias Penales de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, las ejecuciones de la pena capital tienen el

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siguiente dato estadístico: la primera ejecución registrada oficialmente corresponde al delito de robo, violación y homicidio por el cual se condenó al acusado Emilio Tapia, que fuera fusilado en la Cárcel de Ovalle el día 3 de Febrero de 1890. Hasta el año 1960, fecha en que se registra esta información oficial, se enteraron 49 ejecuciones por fusilamiento de la pena de muerte, cifras que no alcanzan a dar un término medio de una ejecución por año. Con posterioridad al año 1960, se han realizado 2 ejecuciones, una el 30 de Abril de 1963, y la otra el 15 de Noviembre de 1965, según datos obtenidos en la Inspectoría Zonal de Prisiones de Concepción, lo que eleva el número total de penas de muerte ejecutadas, hasta la fecha, a 51 casos.

Todos los casos mencionados en la estadística corresponden a delitos de homicidios, parricidios, o robos con homicidios, en que han existido concursos de delitos y numerosas agravantes calificadas.

Lamentablemente carecemos de estadísticas oficiales para mostrar los casos en que se ha condenado a pena de muerte por el Tribunal y la ejecución ha sido suspendida por indulto del Presidente de la República.

En la estadística oficial destaca la ejecución de pena de muerte de Juan de Dios Muñoz Rubilar, de 18 años de edad, con fecha 2 de Enero de 1914; por el delito de robo con homicidio; y de Luis A. Jaque Moreno, de 19 años de edad, por el delito de parricidio con fecha 30 de Octubre de 1914.

25.— OTROS ASPECTOS DE LA PENA DE MUERTE

Para completar el "esquema" que venimos trazando sobre la pena de muerte deberíamos tratar el Derecho Comparado, esto es, la legislación vigente en otros países; y los procedimientos ejecutivos de la pena. Pero tal tarea extendería demasiado este breve comentario y nos obligaría a informarnos con datos oficiales a la fecha, sobre estos particulares, lo que llevaría bastante tiempo en reunirlos, motivo por el cual dejaremos para otra oportunidad tales aspectos.

Por ahora podemos agregar que en cuanto a la ejecución de la pena de muerte la tendencia actual es a emplear medios eliminatorios de la vida con el menor sufrimiento para el reo, tendencia moderna que difiere, fundamentalmente, de los sistemas practicados en la antigüedad de que hemos dado cuenta más arriba. A la vez, la tendencia moderna trata de eliminar la publicidad de la ejecución. Estas dos fórmulas están socavando los principios en que descansan muchos argumentos sobre la pena de muerte, ya que disminuyen el efecto intimidativo que se le asigna por sus defensores.

26.— CONCLUSION

En verdad que de lo expuesto y de la relación de antecedentes sobre la pena de muerte no podemos sacar una conclusión categórica ni

Artículo: Esquema de la pena de muerte
Revista: Nº139, año XXXV (En-Mar, 1967)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a favor ni en contra, pues, como ha quedado evidenciado, las tendencias abolicionistas y las defensoras de la pena de muerte son muy variadas, contingentes y mudables, según las épocas y lugares que hacen del asunto el más complejo de todos los que enfrenta la ciencia penal. Para corroborar lo expuesto bástenos citar, a manera de ejemplo, la posición que la Iglesia Católica tiene al respecto.

Según informe oficial en nuestro poder, la teoría de la Iglesia sigue la tendencia abolicionista de la pena de muerte; **pero**, por ley de 7 de Junio de 1929 del Estado del Vaticano, se dispone que se aplicará la pena de muerte en los delitos de: a) atentado contra la vida, la integridad o la libertad personal del Papa, y b) contra la vida, integridad o libertad personal del Rey, del Regente, de la Reina, del Príncipe heredero de cualquier Estado extranjero monárquico o contra el Jefe del Estado extranjero no monárquico, o contra el Jefe de Gobierno de cualquier Estado extranjero.

Las dos excepciones legales indicadas, confirman lo que hemos venido diciendo de que la tesis sobre la pena de muerte no puede formularse con el carácter de absoluta en ningún sentido, dada su enorme complejidad política, jurídica y social.

27.— LAS VICTIMAS DEL DELITO Y DE LA PENA DE MUERTE

Es importante, por último, considerar la situación en que se encuentran las víctimas del delito ejecutado por el individuo pasivo de una pena de muerte. Las víctimas directas del delito son las personas que sufren el mal del delito cometido, sea el Estado, sea el particular, sean los miembros de la sociedad y los parientes de la víctima. Y las víctimas indirectas son las personas, parientes o no que dependen o se relacionan con el individuo autor del delito, que sufren con la pena de muerte del criminal, disminuciones materiales o impactos síquicos o morales. Si consideramos el interés de estos grupos afectos a las consecuencias del delito y de la pena de muerte, podemos observar que es más útil para todos, la supervivencia del delincuente a quien se le podría someter a trabajos forzados a perpetuidad para cubrir las necesidades materiales y económicas de aquellas personas y las indemnizaciones por el mal causado al delito. La muerte del criminal sólo satisfaría el instinto de venganza que anidare en las conciencias de los grupos afectados por el delito pasivo de pena capital; pero les privaría, a la vez, de las indemnizaciones y auxilios que podrían obtener por la vía de una pena privativa de libertad como la indicada. Desde este punto de vista, la pena de muerte del criminal resulta inconveniente para los intereses de las víctimas del delito y de la pena.