

Crimen y castigo. A propósito de *Pena Capital* de Alejandro Tomasini*

*SANDRA MACERI***

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras.
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

Resumen: Este trabajo versa principalmente sobre el tema de la pena de muerte y del derecho a la vida. En la primera sección se pasa revista a las posiciones históricamente paradigmáticas respecto de la cuestión. En la segunda, se analiza puntualmente la argumentación que Alejandro Tomasini Bassols brinda a favor de la pena máxima. La presente nota crítica aspira a refutar la defensa filosófica que el autor hace de la pena capital desde sus propios supuestos.

Palabras claves: Pena de muerte. Derecho a la vida.

Abstract: This paper deals with the topic of death penalty and the right to life. In the first section a revision of the historical paradigmatic positions about this topic is made. In the second section, Alejandro Tomasini Bassols' argumentation in favour of maximum penalty is analyzed in detail. This essay tends to refute the philosophical defence of death penalty done by the author from his own suppositions.

Key words: Death penalty. Right to life.

Todo aquello que atañe a la esencia de nuestras vidas es, de suyo, delicado. Quizás el tema de la pena de muerte lo sea de modo capital. Autores a su favor, autores en su contra, todos se concentran en la búsqueda de una vida mejor. Alejandro Tomasini Bassols aborda la cuestión desde una perspectiva por demás original que, sin duda, vale la pena poner en conocimiento de la comunidad no sólo filosófica. Me dedicaré, pues, a analizar especialmente sus argumentos, después de algunas breves y necesarias consideraciones previas de carácter informativo¹

(I)

A lo largo de la historia el concepto de pena de muerte ha resultado lo suficientemente controvertido como para suscitar tanto defensores como detractores.

- (a) Opiniones en contra de la pena capital.
- (b) Opiniones a favor de la pena capital.

Fecha de recepción: 3 junio 2005. Fecha de aceptación: 28 septiembre 2005.

* Alejandro Tomasini Bassols, *Pena Capital y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2002.

** Chacabuco 390, Banfield (1828), Pcia. Buenos Aires, Argentina. smaceri@hotmail.com

(a) Opiniones en contra de la pena capital

Las razones principales que aducen quienes se declaran en contra de la pena máxima pueden puntualizarse como sigue:

- La vida es el valor supremo, y esto incluye, desde ya, la vida del delincuente. Esta razón podría denominarse «santidad de la vida»
- Dado que es posible equivocarse en la declaración de quien es culpable, no cabe la posibilidad de enmendar el error si se sentenciara a muerte a un inocente. Esta razón se conoce como «irremediabilidad del error»
- La práctica de la pena no sirve de ejemplo para quienes han delinquido pues, de hecho, los delitos continúan de la misma manera en los lugares donde se ejecuta la pena. Además, es bien sabido que muchos condenados a muerte hasta han presenciado anteriores ejecuciones. Esta razón podría llamarse de «inutilidad social»
- La aplicación de la pena de muerte no termina con su crueldad cuando se extingue la vida de quien fue condenado puesto que pretende, además, causarle daño moral: no sólo se mata al delincuente sino que se le castiga con la infamia. Razón del «daño moral»
- No es exacto afirmar que la introducción de la pena de muerte disminuye la criminalidad ni que en Estados abolicionistas la criminalidad sea menor que en los otros. Las variaciones en la criminalidad no son explicables por su relación con la severidad de las penas. Razón de la «disminución del delito»
- El conjunto de delincuentes que estarán amenazados de condena judicial de muerte se compone, en su gran generalidad, de hombres económica y culturalmente empobrecidos; por lo tanto, esta pena se aplicaría casi exclusivamente a hombres humildes, delincuentes estos que son víctimas del abandono que han vivido por parte del Estado y de la sociedad en general. La pena de muerte es, pues, radicalmente injusta. Razón de «injusticia social»
- La pena de muerte es un hecho político, un hecho extrajurídico que no puede ser legitimado. Razón de la «ilegitimidad de la pena»

Eugenio Zaffaroni detalla esta última razón con fundamentos jurídicos-filosóficos impecables².

Entre otros autores dignos de mención, se encuentran en este grupo opositor a la pena de muerte: Albert Camus, Raúl Carranca y Trujillo, Mario Ruiz Funes, Sebastián Soler y Castellanos Tena.

(b) Opiniones a favor de la pena capital

Las razones fundamentales de quienes se pronuncian a favor de la pena de muerte pueden resumirse del siguiente modo:

1 Tomaré como fuente: Adrián Gonzalo Corvalan, Candelaria Manresa Treglia, «La pena de muerte», *Verba Iuris, La palabra del derecho, Revista jurídica electrónica*, Tecnológico de Monterrey, Campus Estado de México.

2 Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, «¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión», *Encuentro Internacional: Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo*, (ciudad de México), julio 1993. Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Lectio doctoralis: «culpabilidad por la vulnerabilidad»*, discurso en la aceptación del *Doctorado Honoris Causa*, Universidad de Macerata, (Italia), 2002.

- «Razón de justicia» o ley del Talión: si alguien mata, hay que «pagarle con la misma moneda», es decir, con la pena de muerte. A quien quita el valor máximo es justo que se le quite el valor máximo.
- «Razón políticamente justa»: la pena capital se justifica como medio político para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo y pernicioso.
- «Razón de la imposibilidad del error»: no existe riesgo de sentenciar a un inocente si se toman los recaudos jurídicos necesarios, si el Estado no es corrupto.
- «Razón de la utilidad social»: el delincuente es incorregible por ser un enfermo anímico e incurable, y por lo mismo constituye el germen de perturbaciones y aberraciones de otros hombres. Por tal razón, para este tipo de hombre, la vida no es una situación ideal, y la muerte es el único recurso que existe para solucionar socialmente el problema.
- «Razón del miedo a la fuga o a la reincidencia»: la pena capital garantiza que no haya fuga ni reincidencia del delincuente.
- «Razón del ejercicio de la legítima defensa»: esta argumentación se basa en la idea de que el sujeto, víctima del delito, no ha podido ejercer su derecho a la legítima defensa, y por lo tanto, es la sociedad o el Estado quien debe llevarla a cabo.
- «Razón económica»: los costos económicos en cuanto a la manutención de un delincuente incurable en la cárcel son demasiado altos como para mantenerlo con vida.
- Razones de selección: la pena de muerte es selectiva porque previene reproducción.

Ignacio Villalobos ilustra esta última razón de manera claramente tajante³.

Algunos otros exponentes destacados de este grupo son Jacques L egar e, Lombroso, Platón, Séneca y Tomas de Aquino

Por su parte, Alejandro Tomasini Bassols justifica la pena de muerte a favor de una sociedad más justa, de una vida diaria mejor. Su estudio sobre la pena capital es, a mi juicio, muy discutible. En la sección siguiente analizaré especialmente la argumentación de corte filosófico que nos ofrece este autor.

(II)

A lo largo de toda su obra, Alejandro Tomasini Bassols se pronuncia a favor de la pena de muerte.

El autor plantea el asunto básico concerniente a la pena en los siguientes términos que considera los únicos razonables: « Es concebible que, haga lo que haga un sujeto, éste no será **nunca** susceptible de la pena suprema?»  Cualquier acto, por aberrante que sea, es perdonable? Imaginemos que un individuo mata a una persona y que, por diversas líneas de argumentación, su abogado logra que se le imponga una pena calculada en años de cárcel; imaginemos ahora que un sujeto mata a dos personas y que, una vez más, es condenado a un determinado número de años; pensemos en un delincuente que mata a tres personas, a cuatro, a cinco o más. En el caso de los asesinatos seriales, la pregunta es:  cu ntos asesinatos se requerir an para enviar a un criminal al cadalso o a la silla eléctrica o al paredón o a la inyección letal?  Ocho, diez, sesenta? La verdad es que el adversario a ultranza de la pena de muerte está en una posición difícil no sólo de defender sino de comprender:

3 Ignacio Villalobos, *Derecho penal mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1975.

¿sobre qué bases insistir en mantener con vida a un individuo que mató a, digamos, ochenta personas? ¿Quién podría tener la autoridad moral para oponerse a la ejecución de un asesino de magnitudes mayúsculas? Alejandro Tomasini Bassols continúa ejemplificando: supongamos, ahora, que el asesino en cuestión es un doctor especializado en el tráfico de órganos infantiles y que es atrapado *in fraganti*. ¿Qué castigo es el justo para ese individuo? ¿Sería una injusticia juzgarlo, condenarlo y ejecutarlo?»⁴ ¿Cómo perdonar a estos criminales?

La respuesta está ya en danza: el perdón no sería adecuado ... ni justo.

Nuestro autor boga por la meta de una sociedad feliz. Una sociedad feliz debe cumplir con la condición de ser justa. Para que una sociedad cumpla esta condición es necesario comprender que la vida es el valor supremo. Adepto a la pena capital, Tomasini Bassols reconoce en la vida al valor máximo. Sus opositores, contrarios a la pena, resultan, según su punto de vista, letal pero también nefastamente contradictorios puesto que necesariamente terminarán «matando» a la sociedad toda. En efecto, la fatal consecuencia de una sociedad cualquiera que no adhiera a la pena capital reside en su propia e inevitable extinción. La contradicción es nefasta ya que no es inocente: quienes son contrarios a la pena capital son, sin más, hipócritas. El tipo de sociedad que pretenden se asienta en la hipocresía dado que, bajo el pretexto de defender la vida (estando contra la pena de muerte), esta supuesta comunidad justa, decreta, de manera inexorable, su propia muerte: su inevitable fracaso en tanto comunidad. Así fracasada, el anhelo de la felicidad de sus miembros fracasa a la vez ¿Cómo sería feliz una sociedad fracasada, extinguida en tanto sociedad? En rigor de verdad, la felicidad de los ciudadanos se vuelve imposible. Teniendo presente esta nefasta consecuencia, la posición del rechazo total y definitivo de la pena de muerte se torna indefendible.

El inconveniente mayúsculo para quienes no profesan la pena de muerte es su propia hipocresía. No se atreven a aceptar que la pena máxima es la solución adecuada en muchísimos casos tan imaginables como aquellos que son un hecho, un hecho demasiado grave como para poder «perdonar»

Establecido que hay crímenes imperdonables, Tomasini Bassols defiende la tesis de que hay condenas a muerte insoslayables. La tesis del caso de condena a muerte insoslayable es la tesis más fuerte de la obra *Pena Capital y otros ensayos*. Se trata del crimen de niños.

Al crimen capital le corresponde la pena capital: la muerte es la pena adecuada, justa y necesaria para el caso del asesinato de infantes pues, en efecto, no hay peor crimen imaginable que el asesinato de un niño.

El asesinato de un niño es un delito perfectamente configurado prácticamente en cualquier cultura y, por lo tanto, es un crimen para el cual se puede establecer una sanción que no dependerá para su justificación de consideraciones contingentes, aún por determinar, incomprensibles o inaceptables para alguna de las partes.

De un modo tan incomprensible como inmoral, entonces, la sociedad rehúsa incorporar la pena de muerte en el caso citado. La razón es incomprensible puesto que una sociedad que mata niñitos a sangre fría es una sociedad injusta y una sociedad injusta sobrevive ¿Cómo se entiende, pues, que la sociedad se autoaniquile? ¿Cómo se comprende que la sociedad no cumpla con el deber moral de seguir viva? La incorporación de la pena de muerte constituye un deber también social de una sociedad cualquiera que se precie de sana. Y esto vale para cualquier comunidad, sin distinción alguna de

4 Alejandro Tomasini Bassols, «Platón, pena de muerte y derechos humanos», en prensa en *Sobre el espíritu platónico de Las Leyes*, Editorial Dunker.

ningún tipo. Es el primer deber moral de toda sociedad defender de la muerte a sus futuros adultos. Cualquier sociedad que deje libre y con vida a un asesino de niños es, pues, una sociedad inmoral, destinada a su propia extinción.

Abiertamente a favor de la pena de muerte, en el libro *Pena Capital y otros ensayos*⁵ Alejandro Tomasini Bassols emprende una controvertidísima defensa del derecho a la vida. Se trata de agudas especulaciones filosóficas sobre asuntos concretos, que afectan gravemente nuestra vida diaria. En efecto, algunos problemas de la vida cotidiana no sólo son susceptibles de ser discutidos filosóficamente sino que la filosofía bien puede (y acaso deba) contribuir a soluciones de hecho, soluciones que urgen dado el tenor de los problemas que están en espera de solución inmediata, puesto que hay que tomar decisiones, problemas fundamentales como la pena de muerte⁶.

Durante la lectura se advierte el reconocimiento de la vida como valor supremo, siendo el derecho irrevocable de los infantes a una vida sin el padecimiento de injusticias, sin maltratos de ninguna clase, el derecho por excelencia. El gran interés se centra en la construcción de una vida diaria mejor, más justa, más digna, con soluciones a problemas tan acuciantes como el mencionado. Esta es la clave correcta de interpretación de la obra para evitar caer rápidamente en el error de desvirtuarla ya que es cierto que Alejandro Tomasini Bassols reconoce que la vida es valor máximo, -aunque argumentando a favor de la pena de muerte. «A quien quita el valor máximo es justo que se le quite el valor máximo» sería la idea. Y no cabe excepción alguna en el caso del asesinato de un niño. La pena capital es *absolutamente* «justa y necesaria» en el caso del asesinato de un menor. Los niños constituyen la mayor preocupación del autor, a quienes intentará apartar, con la ayuda de herramientas filosóficas, de la maldad y locura de los adultos.

El ensayo más controvertido del libro es, indudablemente, «Pena capital: un re-examen» en el que la pena de muerte se piensa justificada para casos de crímenes mayores del fuero común y, por lo tanto, debería ser incorporada en el código penal de cualquier legislación justa⁷.

A) Sobre el castigo justo

Como se adelantó, Tomasini Bassols se declara abiertamente a favor de la pena de muerte. La pena capital es, en muchos casos, el castigo *justo*. Se esperaría, pues, una definición de «justicia», pero el autor no la cree necesaria, y hasta juzga inútil requerirla puesto, según entiende, el sentido común junto con la intuición nos lleva a un acuerdo entre hablantes que resulta suficiente. De la misma manera, sostiene, en que usamos correctamente los conceptos de Dios, color o verdad, usamos también el de justicia. Desde la perspectiva enunciada, afirma que «un acto justo es simplemente un acto que retribuye algo, que restablece (hasta donde es posible) el equi-

5 Alejandro Tomasini Bassols, *Pena Capital y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2002. (ATB)

El libro consta de los siguientes ensayos: «Pena capital: un re-examen», «Eutanasia: enredo conceptual y pseudo-problema moral», «Intereses *versus* moralidad: el caso del aborto», «Proceso tecnológico y retroceso moral», «El sentido de la vida: problema existencial y confusión conceptual», «Racismo y racionalidad», «El carácter histórico de los derechos humanos», «Historia, derechos humanos y medicina», «Pensamiento humorístico y risa cósmica», «Sociedad, lenguaje y pensamiento: reflexiones en torno a la mujer»

6 Otros problemas respecto de los cuales la especulación filosófica bien puede contribuir a la toma de decisiones son el aborto y la eutanasia: es mejor abortar o conservar el feto, quitar el oxígeno a un ser querido que entró en coma profundo o dejarlo respirar indefinidamente. Se requiere, por lo tanto, especular, sin pasarse la vida en ello, sino llegando ya a soluciones «aceptables». La utilidad práctica de la filosofía es en este sentido innegable.

7 Los puntos III y IV son los que, a mi entender, requieren mayor atención pues allí no se rebaten argumentos contra la pena de muerte sino que directamente se argumenta a su favor.

libro perdido»⁸. La pena debe ser, como el sentido común indica, tan equivalente al crimen como sea posible.

Ahora bien, el primer punto a destacar es que, aunque sumamente discutible, podría ser cierto que la gente usa correctamente los conceptos de número, Dios, color, verdad, etc., sin para ello contar con definiciones precisas de los conceptos empleados; sin embargo, me parece que de ahí no se infiere que «justicia» no debería ser una excepción. La vida concreta de un ser humano concreto no está en riesgo en debates teóricos, en cambio, «justicia» en el marco de la posible incorporación de la pena de muerte a un código penal conlleva consecuencias prácticas que podrían resultar nefastas en la vida cotidiana. Sería importante, entonces, estar en condiciones de manejar una noción objetiva de justicia.

En segundo lugar, para Tomasini Bassols la relación entre bien y justicia es claramente reconocida. La noción de bien implica las nociones de felicidad, bienestar y placer. Es decir que un acto bueno promueve más placer moral que dolor. Este placer moral tendría que estar medido, equilibrado, guiado por la justicia. Castigar al culpable es justo y moralmente placentero, y también es condición de posibilidad del bienestar moral de la comunidad. Una vez más, considero pertinente solicitar una definición de «justicia» pues ella constituye el pilar de la vida socialmente justa que tanto desea nuestro autor.

En tercer término, no veo la razón por la cual no hay por qué ni siquiera pretender una definición universal de justicia ya que apoyarse en aproximaciones intuitivas o en acuerdos del sentido más o menos común es, al menos, peligroso. En efecto, la probabilidad del error al condenado es tan alta como irremediable. Esto me resulta particularmente importante.

Veamos con cierto detalle, pues, el argumento de la irremediabilidad del error⁹. Toda condena injusta es, en principio, revocable, y, si la víctima está, por ejemplo en la cárcel, habrá alguna manera de enmendar el error de la mala decisión. La pena de muerte excluye la posibilidad de remediar el error. La sociedad no puede, de este modo, sostenerse en mecanismos que hacen que sus ciudadanos corran riesgos tan enormes. Por lo tanto, la pena de muerte es inaceptable. Alejandro Tomasini Bassols propone tres argumentos para desarticular el argumento de la irremediabilidad del error. El primero es el argumento que el autor denomina escéptico¹⁰, *i.e.*, un argumento basado en meras posibilidades lógicas. El error, afirma, es una posibilidad lógica. La respuesta contundente que brinda al argumento de la irremediabilidad del error consiste en marcar que es un hecho que los procedimientos judiciales pueden mejorar. Pero también, según mi punto de vista, es un hecho que la pena de muerte priva a los inocentes de una importante oportunidad de demostrar su inocencia y crea un riesgo innecesario de ejecutarlos. Demasiados inocentes, de hecho, han sido sentenciados a muerte. Es una interpretación personal considerar el argumento de la irremediabilidad del error únicamente como un mero argumento escéptico. En todo caso, el error es lógica y empíricamente posible siendo lo verdaderamente grave que es un hecho irremediable. Hay muchísimas probabilidades fácticas de equivocarse, ese es el riesgo.

El segundo contra-argumento que se ofrece al de la irremediabilidad del error es el que denominaré «de la igualdad», según el cual otros castigos, por ejemplo, años de cárcel son igualmente irremediables que el de la pena capital. El autor esgrime que sólo hay modos de semi-reivindicar

8 ATB, p. 35.

9 ATB, pp. 28-31.

10 Cf. Alejandro Tomasini Bassols, *Teoría del Conocimiento Clásico y Epistemología Wittgensteiniana*, México, Plaza y Valdés, 2001.

(dinero, pensión, trabajo seguro) a quien pasó injustamente la mitad de su vida en la cárcel y que la diferencia con la pena capital es que este castigo es «más»¹¹ drástico. Bien, la pena máxima es, precisamente, el castigo drástico, pero fundamentalmente definitivo; de ahí su imposibilidad fáctica de remediar de algún modo la equivocación del castigo injusto. El argumento de la irremediabilidad del error no sostiene que a quien se le quite injustamente la libertad se le va a redimir en su absolutamente justa medida sino que sostiene que, pena de muerte de por medio, no hay modo alguno de ni siquiera «semi-revindicar» a esa persona.

En tercer término, Tomasini Bassols presenta el «argumento del utilitarismo de la regla» Si una institución tiene consecuencias masivamente positivas, como prevenir o disminuir el crimen, no se la puede invalidar sólo porque en una ocasión no funcione puesto que, por regla, es objetivamente buena. Mi posición al respecto objeta: «si alguna vez no funciona» significa si alguien muere injustamente, y, esto, exactamente, es lo irremediable. Además, es cierto, de acuerdo con Tomasini Bassols, que no podemos saber cuántos crímenes no se cometieron por temor a la pena capital. El punto, a mi entender, es que esto no importa. Importa, sí, que no está de ningún modo (estadístico, social, psicológico) probado que la pena máxima prevenga o disminuya el crimen. Por otra parte, el argumento de la prevención o disminución del asesinato por temor al castigo supremo exige investigar, desde la psicología, si efectivamente el temor a la muerte impide el acto de matar. Muy probablemente quien mata lo hace en condiciones en las cuales no se detenga a pensar o a recordar ni siquiera si hay o no castigo alguno. Más lejos todavía parece estar el sentimiento de temor como impedimento fáctico para un criminal cualquiera: si alguien mata en un arrebato está claro que el arrebato es más fuerte que el temor. Si el crimen, en cambio, fue planeado, evidentemente el sentimiento de miedo no impidió nada. Quien mata o planea hacerlo no cesará en su acción por temor a nada. Considero que el supuesto temor esperable a morir no evita, de hecho, ningún crimen. En el primer caso, me imagino que quien mata por arrebato no piensa específicamente nada y siente más furia, odio, sed de venganza o lo que fuere, que temor. En el segundo, me imagino a una persona que planea un crimen más bien cercano a la esperanza de no ser atrapada. El argumento de corte psicológico del miedo a la pena de muerte para impedir o disminuir el crimen queda, de esta manera, debilitado.

B) Sobre el crimen supremo

La lectura del libro evidencia una especialmente digna preocupación por los niños. Alejandro Tomasini Bassols reconoce como inexorablemente justa y necesaria la muerte en tanto castigo para el asesino de infantes.

La razón más fuertemente sostenible a favor de la pena de muerte que brinda, desafiante, el autor, es un experimento crucial de pensamiento: «si se refuta la idea de que la pena de muerte no es el castigo apropiado ni siquiera en el caso extremo de los niños, entonces ya se demostró que no lo es ninguno» Este escrito se encamina, aceptando la propuesta, a refutar que la pena de muerte sea el castigo apropiado en el caso puntual de asesinatos de infantes.

Piensa Tomasini Bassols que si bien un atentado en contra de una persona adulta es imperdonable, uno en contra de un niño es «particularmente odioso». Sin duda, el carácter odioso del asesinato de un niño brota parcialmente al menos de que no hay atenuantes posibles: una persona de esa edad es físicamente incapaz de provocar a alguien, de hacerle un daño a otra persona, etc., pero, funda-

11 Cf. ATB, p.30.

mentalmente, está completamente indefensa. Un niño es un ciudadano inocente e indefenso¹². El crimen contra el niño es el crimen principal. Además, en el caso del crimen a menores de edad la pena de muerte sería lo más práctico. Si hay un caso en el que la sabiduría natural recogida en el «ojo por ojo, diente por diente» vale es éste.

Aquí juzgo pertinente la siguiente observación. Parece evidente que hay una jerarquía de asesinatos: la de los niños y la de los adultos. El asesinato de niños es más aberrante que el de los adultos pues el menor es, por definición, débil e indefenso. Entonces el asunto es que la pena de muerte es justa para alguien que no se puede defender, por ejemplo, para ciertos niños y, de la misma manera, ni más ni menos odiosa, para un anciano, que, como un niño, camina con dificultad, no tiene fuerza física, es débil, etc. ... La jerarquía mencionada queda así eliminada. Peor aún: hay, de hecho, niños más fuertes y menos inocentes que muchos ancianos. Más todavía: supongamos dos criaturas, gemelas, en igualdad de condiciones físico-mentales, ambientales, en fin, y uno, simplemente, mata a otro. En el caso que denominaré «niños contra niños» al mismo niño le correspondería la muerte y la vida. Pese a esta paradoja, soy consciente de que Alejandro Tomasini Bassols está pensando en crímenes de niños en manos de adultos más fuertes que ellos. No de un niño que le clava una navaja a un enfermo postrado, no de un niño de diez años, bien alimentado y saludable, que mata a un anciano moribundo porque lo molestaba, no de un niño resentido por su mala vida que amenaza con un arma a una persona que viene de trabajar en una callejuela solitaria y huye fríamente después de hacerlo, etc. Lo que intento mostrar es que la noción de niño que maneja el autor es la de «alma pura», incapaz de hacer daño. Entonces, el asunto quedaría así planteado: quien mate a un alma pura, a un ser humano indefenso, niño, ancianito, incapacitado físico-mental o lo que fuere, debe morir. Y agrego, siempre y cuando se tengan en mano las pruebas de la debilidad del uno sobre el otro.

Ahora bien, admitiendo la jerarquía de asesinatos propuesta por Alejandro Tomasini Bassols: la de los niños y la de los adultos, resultaría necesaria, para eliminar la probabilidad de error respecto del asesinato de un niño por parte de un adulto, una subjerarquía de las víctimas.

La pregunta interroga cuándo *exactamente* ya no se es un niño y entonces se es un adulto. Cualquiera fuere la respuesta puede dar lugar a discriminaciones y situaciones equívocas, dado que no hay criterio objetivo para la legalización en cada caso.

Otras preguntas se imponen: particularmente también en el caso del crimen a menores de edad, Tomasini Bassols piensa expresamente que en la practicidad de la pena máxima más que de cualquier otro castigo. Me permito poner en duda su aseveración preguntando, por ejemplo, por qué habría que resultar más práctico la pena capital que, por ejemplo, la reclusión perpetua.

En el mismo sentido me pregunto por qué si hay un caso en el que la sabiduría natural recogida en el «ojo por ojo, diente por diente» vale, es en el del asesinato de infantes y no, por ejemplo, insito, en el de minusválidos en general.

Para finalizar, expondré brevemente, en primer lugar, el argumento que considero más sólido contra la pena de muerte en general, en segundo término, las condiciones de la imposibilidad de aplicación de la pena, y, en tercer término, mi contra-argumento más fuerte contra la defensa de la pena capital desarrollada por Alejandro Tomasini Bassols en particular.

12 ATB, p. 36.

1) El argumento más solvente contra la pena capital es, entiendo, aquel que refuta la ley o principio básico de los partidarios de la pena de muerte. Todos ellos, y desde ya también Alejandro Tomasini Bassols, comparten su acuerdo con la llamada «razón de justicia» o ley del Tali3n que se enunci3 *supra*¹³: «si alguien mata, hay que ‘pagarle con la misma moneda’, es decir, con la pena de muerte. A quien quita el valor m3ximo es justo que se le quite el valor m3ximo»

Como apunta Albert Camus¹⁴ se trata de un sentimiento, particularmente violento, no de un principio ni de una ley. El Tali3n pertenece al orden del instinto no al de la raz3n.

Se impone, pues, la pregunta lapidaria: de qu3 justicia hablan los adeptos a la pena m3xima si su raz3n fundamental descansa en el instinto, en el sentimiento y no en la raz3n? La sociedad con cimientos de este tipo, ser3a una sociedad injusta, corrupta, hasta inmoral, una sociedad contradictoria con la que pretenden. En efecto, la comunidad libre de corrupci3n que tanto ponderan resulta, seg3n su propia ley b3sica, imposible de llevar a cabo.

2) Aunque la pena capital fuera te3ricamente sostenible ser3a aplicable solamente si se dieran estas dos condiciones:

(i) Un marco jur3dico con bases morales tales que manejara una definici3n universal de «justicia» cuya posibilidad, como vimos¹⁵, el autor niega.

(ii) Pruebas fehacientes, contundentes, de casos de asesinatos de los m3s fuertes contra los indefensos, no siendo los m3s indefensos necesariamente ni3os.

Las condiciones para una aplicabilidad correcta de la pena capital resulta al menos demasiado compleja como para que su viabilidad permita la construcci3n de una vida diaria en una sociedad justa y moralmente buena, compuesta por ciudadanos que gocen de felicidad, bienestar y placer.

Los preceptos filos3ficos desarrollados por los defensores de la pena en tanto pilares para una vida diaria mejor no parecen ir m3s all3 de un sano anhelo: si el castigo no es aplicable, no tiene sentido la adhesi3n a 3l puesto que la misma noci3n de castigo conlleva, precisamente, su posibilidad f3ctica.

3) Enunciar3 el argumento que pretendo irrefutable y consistente contra la peculiar adhesi3n a la pena capital por parte de Tomasini Bassols.

Como se dijo *supra*, el autor propone el siguiente experimento crucial de pensamiento como justificativo insoslayable de la pena: «si se refuta la idea de que la pena de muerte no es el castigo apropiado ni siquiera en el caso extremo de los ni3os, entonces ya se demostr3 que no lo es *ninguno*»¹⁶.

Atendiendo a las implicancias expuestas a partir del examen del crimen de infantes, *i.e.*, la jerarqu3a de asesinatos y la subjerarqu3a de las v3ctimas, y la definici3n inadecuada de «ni3o» como alma pura¹⁷, este escrito muestra que la pena m3xima no constituye la sentencia adecuada, aunque de asesinatos de infantes se trate. Seg3n el experimento crucial del pensamiento al que el mismo Tomasini Bassols desaf3a, la pena capital no parece justa en *ning3n* caso.

13 Parte (I), (a) Opiniones en contra de la pena capital, de este escrito.

14 Albert Camus, *El extranjero*, Barcelona- M3xico, Ediciones Grijalbo, 1973.

15 Parte (II), A) Sobre el castigo justo, primeros dos p3rrafos.

16 Parte (II), punto B) Sobre el crimen supremo, de este escrito.

17 *Ibidem*.

