

24, 22



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ A R A G O N ”

“ JUSTICIA Y LEGITIMIDAD DE LA PENA DE MUERTE
LA CONVENIENCIA DE SU APLICABILIDAD PARA EVITAR
LA REINCIDENCIA ”

TESIS

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:
OSCAR JAVIER BLANCAS SALAZAR

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Estado de México, 1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**JUSTICIA Y LEGITIMIDAD DE LA PENA DE MUERTE,
LA CONVENIENCIA DE SU APLICABILIDAD PARA
EVITAR LA REINCIDENCIA.**

Páginas

INTRODUCCION

CAPITULO I ANTECEDENTES

1.1.	Nacimiento de la Pena de Muerte.....	2
1.2.	India.....	5
1.3.	Israel.....	6
1.4.	Gracia.....	10
1.5.	Roma.....	12
1.6.	España.....	15
1.7.	Francia.....	21
1.8.	Inglaterra.....	27
1.9.	Estados Unidos.....	30
1.10.	México.....	34

CAPITULO II LA JUSTICIA DE LA PENA DE MUERTE

2.1.	Nociones Previas	41
2.2.	Argumentos a favor de la Justicia de la Pena de Muerte.....	46
2.3.	Argumentos de Razón Generales.....	53

	Páginas
2.4. La función ejemplar e intimidatoria de la Pena de Muerte.....	59
2.5. Conveniencia de la Pena de Muerte.....	65

**CAPITULO III CONVENIENCIA DE LA APLICABILIDAD
DE LA PENA DE MUERTE**

3.1. Cualidades y circunstancias que deben concurrir en las penas para ser útiles y convenientes.....	72
3.2. Funciones de la Pena.....	81
3.2.1. Función retributiva.....	84
3.2.2. Función de prevención general.....	84
3.2.3. Función de prevención especial.....	85
3.2.4. Función socializadora.....	85
3.3. Individualización de la pena, su conveniencia.....	86
3.4. La Pena de Muerte en el Artículo 22 Constitucional.....	92
3.5. Formas y casos en los que debería aplicarse en la práctica la Pena de Muerte.....	96
3.6. Porqué es válida la aplicación de la Pena de Muerte.....	113

3.7. Crisis actual de las penas privativas de la libertad.....	115
--	-----

**CAPITULO IV LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD
COMO AGRAVANTES DE LA PENA**

4.1. Concepto de reincidente, reincidencia y causas que originan la reincidencia.....	120
4.2. Clases de reincidencia.....	133
4.3. Consecuencias de la reincidencia.....	138
4.4. La habitualidad.....	139
4.5. La terapéutica.....	146
CONCLUSIONES.....	152
BIBLIOGRAFIA.....	157

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

El tema que da vida a este trabajo de investigación es realmente controvertido, pero también de impercedera actualidad.

Al aseverar lo anterior, partimos de las evidentes confrontaciones que crea en los ámbitos ético, social y jurídico la aplicación de esta pena. Existen muchas teorías y ciudadanos comunes que se promulgan tajantemente en contra de la pena capital, sin embargo, hay también ciudadanos honrados quienes no quisieran morir a manos de delincuentes detractores del bienestar social y estudiosos que los apoyan.

Desafortunadamente, la realidad actual que vive nuestro país, ha degenerado en conflictos sociales, económicos, - e incluso políticos-, que limitan considerablemente las alternativas de paz y estabilidad social, lo cual se refleja cada vez más nitidamente en un excesivo aumento de la criminalidad.

Esto, aunado a la ineficiencia de los sistemas penitenciarios vigentes, hace necesario que se retomen opciones que ayuden a preservar de manera más eficiente el orden social ya tan deteriorado.

Para que las legislaciones pudieran permanecer inamovibles, tendría primero que resolverse y transformarse la estructura so

cial imperante.

Es por ello, que en el presente trabajo, se propone la aplicación de la pena capital como la medida más plausible y la única verdaderamente acorde con las necesidades reales del bienestar común.

Consideramos que la pena de muerte no es injusta, estimando a la vez que, esta sanción penal podría ser la adecuada para castigar a los culpables de delitos graves tales como el homicidio calificado, la violación y el parricidio, agravados aún más ante delincuentes reincidentes. Claro está que para poder aplicarla habría principalmente que agotar todas las medidas tutelares del procedimiento para no caer en lo injusto.

Al defender la pena capital puede parecer nuestra actitud más emocional que objetiva, sin embargo, si nos encontramos en una situación similar a las anteriormente señaladas, clamáramos por dicha pena.

Antes de iniciar una exposición general sobre el contenido de esta investigación, resulta imprescindible asentar contundentemente que lo que aquí se defiende es la justicia, la

legitimidad y las ventajas de la aplicación de la última pena, pero de ninguna manera se persigue demandar el que esto se aplique en serie, indiscriminadamente y fuera de derecho.

La pena de muerte ha sido definida como la máxima pena, y esto es, con toda razón, porque atenta contra el sumo bien que es la vida, y es precisamente por ello que ésta debe ser tratada con total cuidado, y siempre en función del bienestar de la mayoría, por lo que debe aplicarse únicamente para sancionar a delitos graves en caso de reincidencia como los ya señalados con anterioridad. Reiteramos que cuando están en juego la vida de un delincuente que no merece conservarla y la vida de quien nada ha hecho para perderla, entonces la balanza de la justicia no puede permanecer equilibrada... la inocencia vale más, mucho más que el crimen.

Para lograr una adecuada conceptualización de la pena capital, es imprescindible ubicarla como parte del proceso histórico de la humanidad, por tal motivo abarcaremos los antecedentes históricos y contextuales de la misma, esto es, que ahí se responden las interrogantes: ¿dónde y cuándo surgió? y ¿cómo y a quiénes se aplicaba?

Por su parte en lo relacionado con la justicia de la pena de muerte, abarcaremos lo referente a las consideraciones jurí-

dicas y éticas que justifican y legitimizan la existencia de ésta.

El capítulo referente a la conveniencia de la aplicabilidad de la pena de muerte, profundiza sobre las particularidades legales que sustentan su aplicación.

Finalmente, señalaremos los aspectos más relevantes en cuanto a reincidencia se refiere, las causas que la originan y efectos de la misma.

Todos estos aspectos, conllevan a profundizar sobre los substitutos de la prisión, principalmente los que han sido puestos en operación en México, y sobre todo, impulsan a encontrar el substitutivo más idóneo, ese que aquí se propone: la pena de muerte.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1. NACIMIENTO DE LA PENA DE MUERTE

"El que la hace la paga", "cada crimen tiene su castigo", o la de "ojo por ojo y diente por diente"; son frases que todos hemos oído alguna vez, sin embargo no son, ni mucho menos, invenciones modernas, ni siquiera ligeramente antiguas, sino que, tienen su origen en el principio mismo de la historia.

El hombre víctima de su imperfección, ha cometido y continúa cometiendo faltas, las cuales dentro de la sociedad en que vive, exigen un castigo inmediato para conservar el bienestar de la misma. Por consiguiente, el hombre, encarnado en la sociedad que lo representa, tuvo que buscar un medio de represión contra todos aquellos que atacaban con su conducta la seguridad de los demás y así, desde la primitiva Ley del Talión, hasta la moderna Penología, el hombre se ha valido de diversos medios para frenar los desmanes propios de la naturaleza humana, siendo de todos ellos el más radical y el más discutido a través de la historia, aquél que decreta para el delincuente la pena de muerte.

En la historia de la pena de muerte es preciso diferenciar dos etapas: una que abarca desde los comienzos de la historia hasta principios del siglo XVIII, en la que nadie ponía

en duda la eficacia y la justicia de ésta, y otra que, partiendo del siglo XVIII, llega hasta nuestros días en que frente a los que creen en su totalidad, existen aquellos que niegan su eficacia y su justicia: los abolicionistas (1)

En los comienzos de la primera etapa, la pena de muerte era frecuentemente, aplicada por los familiares y amigos de la víctima, siendo la historia de las sociedades primitivas, prolija en ejemplos de esta índole.

Estos mismos ejemplos se fundamentaban en la antes mencionada Ley del Talión que condensada en el aforismo "ojo por ojo y diente por diente", plantea que la privación de la vida de que el delincuente ha hecho objeto a su víctima, justifica por sí sola la privación de la vida del hechor. Puede palpase claramente, que en ello se aplicaba un criterio matemático y burdo.

Más tarde, una vez que el poder público se había consolidado, era éste el que se encargaba de ejercitar el derecho a decretarla, y en esta primera época se aplicaba, casi siempre, de una forma bárbara y cruel, que en gran número de casos tenía como fin más que causar la muerte del castigado, el hacer-

(1) Bell Escalona, Eduardo. La pena de muerte. Lecturas Jurídicas No. 63, p.47

lo sufrir, siendo esto la causa de que se originaran y se practicasen durante mucho tiempo un sinnúmero de torturas y de tormentos. (2)

De tal modo podemos concluir con toda seguridad que la pena de muerte fue aplicada en las primeras manifestaciones del hombre primitivo, sin conocimiento de su significado. Posteriormente, en los grupos sociales más antiguos y en los que con la evolución se fueron integrando, puede decirse que la pena de muerte se aplicó con la mayor profusión. No sería exagerado el afirmar que la historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad.

(2) Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras", S/autor, s/editorial. p. 7

1.2 INDIA

Aunque de manera breve pero concisa veremos de que manera era tratada la pena de muerte en la India, así tenemos que la idea de penar era muy elevada, sin embargo revestia la pena, un carácter sumamente religioso: el reo que cumplía con la pena que se le imponía, quedaba libre de responsabilidad ante Dios.

El Código de Manú es, en materia penal, la ley más perfecta que legó el antiguo Oriente (elaborado en los siglos XIII y V a.c.) y del cual emanaba el derecho a penalizar de el rey Brahmán como delegado. El Brahmán, que conocía los libros sagrados se libraba de sufrir cualquier pena corporal, sin importar la naturaleza del acto realizado, sin embargo, la pena pecuniaria era mayor cuando el delincuente conocía las consecuencias de sus actos. Se conoció la culpa, el caso fortuito y se tomaban en consideración las causas que impulsaban a delinquir; tales principios se veían quebrantados por los prejuicios religiosos y por la división de clases y castas.

Es preciso mencionar que en sus leyes se desconocía por completo la ley del Tali6n. (3)

(3) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. p. 271

1.3 ISRAEL

Respondiendo al sentido jurídico y penal de la época, en aquellos tiempos en Israel no se podía menos que castigar determinados delitos con las penas más rigurosas que llegaban hasta la privación de la vida. Y como una concesión a la hegemonía del sentimiento religioso emanado en forma directa de las fuentes divinas, resulta fácilmente explicable que la pena de muerte existiera en sus leyes para reprimir los delitos contra la divinidad comprendidos como delitos monstruosos.

Edificada toda la concepción de la vida en torno de una rígida disciplina y obediencia al Dios único quien era también Supremo Juez y Supremo Legislador, tórnase en perfecta justificación la aplicación de la última condena para el desdichado que se dejase seducir por dioses extraños o se entregase al culto de las imágenes. Tres fueron las figuras delictuosas: a) no adorar a Dios exclusivamente y con preferencia a todas las cosas; b) tomar su nombre en vano y, c) violar el sábado. Pero estos eran prácticamente los delitos que se cometían contra la divinidad y por otro lado tenemos, una serie de delitos que también eran punibles con la pena capital y así se castigaba la idolatría; la credulidad en los falsos profetas, credulidad en los sueños y adivinos, la mentira, la hipocresía, el sacrilegio, la blasfemia, el perjurio, la

inobservancia de las fiestas y el olvido de los socorros y respeto debido a los ministros del altar (4).

Las disposiciones de derecho criminal de los antiguos hebreos acerca de la punición de determinados crímenes con la última pena fueron claras y terminantes; en todos aquellos que la ley enumeraba cumpliendo las formalidades procesales que la misma prescribía, sólo cabía un castigo que era la pena de muerte.

Se castigaba también con la pena de muerte, el homicidio culposo; se encuentra en sus leyes, en primera línea el delito que el padre comete contra el hijo y éste contra sus progenitores. La rebeldía de los hijos se castigaba con el apedreamiento. El infanticidio y el aborto, considerados ambos delitos como un doble crimen contra la vida; primero, porque suprimía la vida humana; y segundo, por lo que dicha existencia, nacida o concebida, podía llegar a significar en el futuro, dentro del orden social.

La llamada Ley Mosáica (5), no solamente era rigurosa en la punición de los delitos contra la existencia del hombre, si no también con los que atentaban contra la moral y la ética.

(4) Goldstein, Mateo. La pena de muerte en la legislación hebreas, antigua y moderna. p. 2

(5) Ibidem. p.3

Así, eran castigados con la última pena, los delitos contra la honestidad, adulterio, fornicación, violación, seducción y rapto.

Ningún sentimiento estaba más arraigado en la vida de los hebreos que el de la castidad y la honestidad en el hogar. En consecuencia, los delitos contra la honestidad merecían el máximo castigo, que no cejaba ni ante la pena de muerte, pues como se ha dicho, nada estaba por encima de los sagrados atributos del hogar.

Vale la pena mencionar que sus leyes consagraban el principio de que la confesión del acusado no era suficiente para el castigo y que el jurado, integrado por 23 jueces, no podía aplicar una sentencia condenatoria con la última pena, si todos los miembros se pronunciaban en el mismo sentido, pues el juicio podría estar influenciado de algún perjuicio común, siendo inverosímil que todos los magistrados llegaran a una idéntica conclusión. Tan cuidadosas disposiciones tendientes a garantizar la ecuanimidad de quienes tenían en sus manos la vida del prójimo, nos da una imagen de las pocas ocasiones en que se practicó la pena capital.

En sus comienzos elementales, el ahorcamiento significaba sencillamente: estrangulación, asfixia o ahogo. En este sentido o función lo mantuvieron los hebreos alternándolo con

otros tres suplicios capitales importantes: el fuego, el apedreamiento o lapidación y la decapitación; aunque la estrangulación fuera el método de ejecución más común, se aplicaba a los idólatras y a los blasfemos (6).

Los hebreos castigaban con la pena máxima sobre todo la idolatría (Lev.XX), el homicidio malicioso (Exo.XXI), la sodomía, el incesto y algunos otros crímenes (7).

(6) Sueiro, Daniel. La pena de muerte, ceremonial e historia.
p. 43

(7) Bell Escalona. Op. cit. p. 48

1.4 GRECIA

Grecia en un principio fue muy pródiga de la pena de muerte, y si bien fue reducida por Solón, todavía se conservó para muchos crímenes, por ejemplo, la violación de los misterios, el homicidio malicioso, los delitos contra el Estado, el adulterio de la mujer y la violación hecha por un hombre que se negase a casarse con la violada (8).

En Lacedonia población de Esparta, y bajo el mando de Licurgo, se penaba con ella los delitos contra el orden público y la seguridad individual, mientras que en Atenas antes de Solón, se prodigaba con mucha facilidad; pero ésta la reservó para el sacrilegio, la profanación de los misterios, el atentado contra el gobierno, el adulterio de la mujer y la violación no seguida de matrimonio (9).

En Grecia se practicó un rudo procedimiento de ahorcamiento que sufrieron las doce mujeres que disfrutaban (juntándose impudicamente con los pretendientes), a manos de Telémaco y unos amigos por mandato de Ulises. Los verdugos se lee en el canto XXII de la Odisea, "...hicieron salir a aquellas mujeres y las empujaron a un lugar angosto entre la rotonda y la cerca

(8) Bell Escalona, Eduardo. Op. cit. p. 48

(9) Idem.

del patio, donde no les era fácil escaparse... las ataron a una cuerda que luego tendieron entre una columna y uno de los pabellones, en la parte alta de la rotonda, y de modo que no tocaran el suelo los pies de las colgadas"; así que finalmente "las esclavas alienadas, tenían sus cuellos cogidos en duros lazos que hicieron su muerte más depreciable y breve, pues tan sólo sus pies se agitaron unos momentos".

Cabe mencionar que la aplicación de las penas en la antigua Grecia guardaba una estrecha relación con la religión, es decir, que la venganza de los delitos en las leyendas se daba más por seres mitológicos que por los humanos.

Así en principio, la responsabilidad de los delitos políticos o religiosos era colectiva. Teniendo entonces que mientras a unos se les privaba colectivamente de sus derechos, a los tiranos y traidores se les aplicaba la pena de muerte junto con toda su familia. Se aplicaba también una especie de exclusión de la sociedad con la cual cualquiera podía matar a los sentenciados y a su vez apoderarse de sus bienes. Este tipo de penas desaparece entre los siglos IV y V, dando lugar a que a la pena se le dé un carácter individual (10).

(10) Jiménez de Asúa, Luis. Op. cit. p. 275

1.5 ROMA

En la antigua Roma se emplearon varios métodos con la determinada intención de causar la muerte, fueron muy numerosos y a cual más crueles y feroces. Destaca entre estos, por su frecuente aplicación, la crucifixión la cual solía aplicarse únicamente a los esclavos, quienes eran despojados de sus ropas y con la cabeza descubierta se les ataba a una cruz de madera colocada a sus espaldas, la que después se levantaba sobre un poste fijo en donde se ataban los pies, una vez hecho esto, los esclavos eran azotados hasta morir; en ocasiones para que la muerte se acelerara, se les rompían las piernas (11). Posteriormente se introdujo la costumbre de clavar al delincuente en la madera, dejándolo colgado hasta que muriera.

Muy usado era también el sistema llamado "culleus" (12) que era el que se aplicaba corrientemente a los parricidas, es decir, a todos aquellos que causaban la muerte a alguno de sus familiares. Este método consistía en azotar previamente al condenado, después de lo cual se le cubría la cabeza con una piel de lobo, era calzado con zapatos de madera y encerrado en un saco de cuero de vaca junto con un mono, un gallo, un perro y

(11) Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras". p. 13

(12) Ibidem p. 14

una víbora y era arrojado así al agua, por creerse que ésta tenía virtudes purificadoras y que los parricidas no merecían tener sepultura.

El suplicio de la hoguera -que es también antiquísimo-, consistía en que al reo se le azotaba primero y luego le ataban a un poste, al pie del cual se había amontonado la madera a la que luego se prendía fuego.

Tanto la literatura como actualmente el cine, han hecho que todos conozcamos la forma en que en Roma era aplicado el "damnatio ad bestias" o sea, la muerte de los reos en el famoso circo, en donde eran devorados por las fieras. Aquéllos eran condenados a esta muerte que fue aplicada en forma masiva a los cristianos, eran por lo general bandidos o criminales famosos, quienes eran enviados a Roma desde las provincias para que su muerte sirviera de espectáculo a los nobles y patricios; y además constituía un ejemplo tendiente a intimidar al pueblo.

Otra forma quizás menos cruel que las anteriores, por ser más rápida, era la decapitación, para la cual se usó primitivamente el hacha. Este sistema se llevaba a cabo, atándole las manos al condenado sobre la espalda y posteriormente a un poste, después de esto, se le desnudaba, se le azotaba y finalmen

ta era decapitado. El hacha fue más tarde sustituida por la espada, y es precisamente del latín "poena capitis" de donde proviene el nombre de pena capital con que comúnmente se denomina a la pena de muerte.

Además de las ya citadas, se emplearon otras formas de ejecución, entre otras la estrangulación y la muerte por hambre, aplicadas en forma secreta dentro de las cárceles.

1.6 ESPAÑA

En España la dinámica seguida en las ejecuciones realizadas durante los principios de su historia, y aún durante la Edad Media, no se aparta mucho de la marcha por los métodos empleados en los restantes países de Europa.

Aunque los antecedentes referentes a la España primitiva son muy escasos, nos permiten creer que los Celtíberos (14) castigaban al parricidio con la lapidación, y que otros delincuentes eran despeñados. Se deduce también que estas tribus aplicaban la crucifixión como medio de ejecución capital.

Pasada esta primera época, en el siglo VI ya se encuentran informes más precisos. El Fuero Juzgo señala la pena capital para los delitos que entonces eran considerados como muy graves, y se enumeraban entre otros, el provocar la muerte a parientes cercanos, el envenenamiento y el incendio de la casa ajena (15).

(14) Pueblos que habitaban la Celtiberia. Comprendían cinco tribus: arévacos, lusones, belos, titos y pelendones. Se formaron por la fusión étnica de tribus celtas e iberas, o bien por la conquista de un pueblo por otro.

(15) Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras". p. 44

En los siglos XII y XIII el procedimiento de ejecución más utilizado era la horca, que se aplicaba generalmente por el delito de robo. El Fuero de Béjar establecía como castigo máximo, el despedazamiento, y ser quemado, despeñado o enterrado vivo debajo del lugar donde yacía el cuerpo de la víctima. La Compilación de Huesca, autorizaba al señor feudal para matar de hambre, sed o frío al vasallo que hubiera dado muerte a otro vasallo (16).

Con el correr de los años se originó una novedosa manera de ajusticiar, que consistía en morir asaerado, pena que fue impuesta por las leyes de la Hermandad y se aplicaba a los raptores de doncellas, monjas o viudas y, para los que cometieran un robo o hurto superior en cantidad a 5 000 maravedises y cuando estos ilícitos se llevaban a cabo en despoblado.

En los siglos XV, XVI y XVII, los condenados a muerte por alta traición eran degollados o decapitados conforme al precepto de las partidas, con cuchillo no con hacha, aunque ésta era empleada después de degollado el delincuente para mostrar su cabeza a la muchedumbre que presenciaba la ejecución o para exhibirla en palos o garfios ¿todo lo anterior con qué objeto? Pues el de intimidar y ejemplificar con ello.

(16) Ibidem, p. 45

No siempre, sin embargo, la pena capital se aplicó conforme a los preceptos de Códigos, Fueros o Compilaciones y fue frecuente, durante la Edad Media el que, haciendo caso omiso de las leyes escritas, se ajusticiase en forma por demás arbitraria según el capricho de monarcas y señores. Así, fue muy practicada durante el siglo XIII, la forma de ejecución consistente en cocer vivo al reo en calderas, método que no era prescrito por ningún Código de los entonces vigentes (17).

Durante los siglos XVI y XVII, prácticamente hasta principios del XVIII, en que empezaron a elevarse las primeras voces en favor del abolicionismo, fueron aplicados pródigamente los suplicios empleados en los siglos precedentes y de las diversas formas de ejecución empleadas durante todo este tiempo. Una que ya se mencionaba en el siglo XVI, la del garrote, es la que con el correr de los años llegó a predominar en el sistema penal español. (18)

En estos últimos siglos, hasta bien entrado el XIX, fue frecuente el descuartizar los cadáveres de los ajusticiados y exponer sus despojos sangrientos, la cabeza y las manos, en los puntos de más tránsito o donde se había llevado a cabo el

(17) Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras. p. 45

(18) Ibidem. p. 46

delito (19).

En el Código de 1848 desaparecieron estos vestigios medievales, se suprimió la horca y quedó definitivamente adoptado el garrote como medio de ejecución para las penas capitales impuestas por la jurisdicción común. En la actualidad sigue legislada la pena del garrote, si bien ha perdido como en los demás países Europeos el carácter público que tuvo hasta principios del presente siglo. Actualmente, se ejecuta al reo en el patio interior de la cárcel, y momentos antes puede recibir asistencia religiosa, si así lo desea. Es cierto también que ha perdido su carácter público, llevándose a cabo de la siguiente forma: Conforme al artículo 46 del reglamento de los servicios de prisiones, la pena de muerte se ejecuta a las diez horas de haberle notificado al reo la señalada para la ejecución. A ésta asisten el secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernativas y municipales, el director de la prisión y funcionarios que éste designe; el sacerdote o ministro de la religión e individuos de las asociaciones religiosas o de caridad que auxilien al reo, el médico que ha de certificar el fallecimiento y tres vecinos designados por el alcalde, si voluntariamente se presentaran.

(19) Idem.

El vigente Código Penal común señala la pena de muerte por los siguientes delitos: contra la seguridad exterior del Estado, contra la seguridad interior del mismo, en el de los delitos contra las personas y en el de los delitos contra la propiedad y robo con homicidio (20).

En este cuerpo legal nunca se impone la pena capital como pena única, sino como grado máximo de una pena integrada además por la reclusión mayor que es su grado mínimo. El medio más usado, por ser el que se emplea siempre con los reos de delitos comunes, es el garrote, llamado "vil". Sin embargo, cuando la pena capital es decretada por un tribunal militar se aplica por fusilamiento.

Es preciso hacer mención de una manera especial y por separado que en España y con fundamento en los intereses económicos de sus gobernantes es notoria la presencia de los conocidos tribunales inquisitoriales (Siglo VII) (21).

Como característica muy particular de estos tribunales, se da el empleo de la analogía y a su vez de la crueldad de las penas, especialmente la de muerte, que en lo principal era

(20) Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras. p. 69

(21) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. p. 64

aplicada a los acusados de herejía, la acusación podía ser realizada por cualquier persona y la investigación de los hechos la realizaban miembros del Santo Oficio, procediendo por diversos tormentos a interrogar al inculpado, y una vez "confeso" el individuo se entregaba al poder secular para su ejecución.

(22)

(22) Cfr. Loera, Rubén. A. Garrote Vil. Tormentos y Crueldades en España. p.59

1.7. FRANCIA

Francia es uno de los países que han dejado una honda huella en la historia de la pena de muerte; Francia es por todos nosotros identificada como el país que más auge le ha dado a la pena capital.

Francia es por sí sola, la patria de la guillotina, donde se ejecutan las sentencias de muerte mediante y por lo regular este procedimiento, desde la Revolución. El decreto de 20 de marzo de 1792 que instauraba el uso de la famosa máquina sigue todavía en vigor, por otra parte el artículo 13 del Código Penal Francés dispone que: "...todo condenado a muerte será decapitado" (23)

En Francia tenían cinco medios de ejecutar la pena de muerte entre los que se encontraban: la hoguera, la rueda, la tradicional decapitación utilizada por el famoso Robespierre y por último el descuartizamiento.

Cabe aclarar que en la actualidad la pena de muerte sigue en vigor en más de un centenar de países en todo el mundo

(23) Sueiro, Daniel. Op. cit. p. 115-116

y se ejecuta de acuerdo con las leyes de los diferentes Estados mediante alguno de los actuales seis procedimientos que se utilizan: la horca, la decapitación (en la guillotina o con la espada), el garrote vil, el fusilamiento, la silla eléctrica y la cámara de gas.

El promedio de ejecuciones anuales en Francia, en tiempos de normalidad, bajaba a mediados del siglo pasado entre 20 y 30 a principios del actual una sola ejecución en el año 1900; pero a comienzos de éste empezó a subir de nuevo y a mediados del siglo XX el promedio era de nuevo de 20 a 30 ejecuciones capitales por año en la guillotina (24).

La mayoría de los franceses opinaron en una encuesta que la pena de muerte debería ser mantenida y aplicada (25).

Esta nación, la democrática Francia, que fue de las primeras en suprimirla y arrastrar con su ejemplo a otras muchas naciones a imitarla, se ha visto forzada a encariñarse tanto con la pena de muerte que durante la guerra con Alemania era aplicada a los derrotistas.

(24) *Ibidem*

(25) Sueiro, Daniel. Op. cit. p. 116-117

En Francia fue totalmente comprobado que desde que se dejaron de realizar las ejecuciones; los parricidios, asesinatos y crímenes semejantes aumentaron en proporciones aterradoras; llegaron a ser varios los parricidios cometidos por niños de 12 a 18 años, hasta tal punto que tuvo que pedirse el restablecimiento eficaz de la pena de muerte y desde que esto se realizó se contuvo mucho ese aumento (26). Así vuelve a funcionar de nuevo la guillotina, esta vez en la prisión de Les Baumettes en Marsella a mediados del año 1973 en mayo, en la ejecución de un tunecino de treinta y tres años, Ali Ben Yanes, condenado por el asesinato de una niña.

¿Cómo nació la famosa guillotina? En una Asamblea Nacional celebrada en Francia, allí, en buena parte a causa del ambiente creado por el entonces ya famoso doctor José Ignacio Guillotín, y que encontrándose preocupado por lo sangriento de las decapitaciones históricas, empezaba a considerar fundamentalmente dos cosas en relación con este problema; por un lado los sufrimientos suplementarios con que se distinguía a los delincuentes condenados a muerte; por otro la injusta desigualdad con que se mataba a esas personas, según su procedencia social, política, religiosa, etc.

(26) Idem.

También en los ambientes populares empezaba a hacer cuerpo la preocupación y el deseo de matar a los condenados a la última pena de una forma algo decente, y, desde luego, uniforme e igual para todos. Así fue como finalmente el doctor Guillotin (27) se decidió a hablar a la asamblea de una máquina decapitadora en la que la víctima no sentiría más que un ligero frescor en el cuello al morir, con esta máquina se podía hacer saltar la cabeza en un abrir y cerrar de ojos sin que se sufriera el más mínimo dolor. Tales pensamientos enunciados por un doctor produjeron cierta inconformidad.

Uno de los verdugos más conocidos era Sansón, quien argumentaba que la Revolución Francesa había hecho a todos los ciudadanos iguales ante la ley y los había hecho al mismo tiempo, para los casos en que cometieran crímenes, iguales ante la muerte. Y en efecto, el 21 de enero de 1779 apareció en Francia el siguiente decreto: En todos los casos en que la ley pronunciar la pena de muerte contra el acusado, el suplicio será el mismo, cualquiera que sea el delito; el criminal será decapitado y lo será por medio de una máquina... no hay más, se trata de la guillotina.

Algunos tratadistas muestran ciertas sospechas acerca de

(27) Cfr. Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras".
p. 138

la posibilidad de que los antiguos chinos, los persas e incluso los romanos, conociesen una máquina parecida a la que desde la Revolución Francesa iba a llamarse en todo el mundo guillotina, o que conocieran al menos, algo cuyo funcionamiento obedeciera a los mismos principios que la tardía guillotina.

Según argumentan algunos otros, se conoció en Italia con el nombre de mannaia (siglo XVI), y en Inglaterra se llamó Hoga de Halifax (28) (siglo XVI); pero indudablemente se popularizó gracias a Francia donde, como ya dijimos, fue proyectada por un mecánico llamado Schmidt y propuesta por el doctor Guillotin a la Asamblea Nacional dando el dictamen aprobatorio el doctor Antoine Louis, profesor de anatomía y secretario perpetuo de la Academia Francesa de Cirugía; a las pruebas generales (1792) asistieron los doctores Pinel y Cabanis.

La guillotina se introdujo como un método "rápido, limpio y humano" de ejecutar, tomando en cuenta que los verdugos, para decapitar con espada o hacha escaseaban, y aún los expertos no siempre lograban una operación exitosa.

Así se inventó esta máquina, que consiste en una afilada cuchilla triangular de gran peso, que cae violentamente sobre

el cuello del ejecutado, el que está inmovilizado con una trampa en la parte inferior del aparato. (29)

La guillotina funcionó por primera vez el 21 de mayo de 1792, cuando fue decapitado un salteador llamado Pelletier.

(30)

(29) Cfr. Artículo "La pena de muerte en 25 000 palabras."

p. 139

(30) *Ibidem.* p. 140

1.8 INGLATERRA

La horca, es uno de los instrumentos de ejecución de la pena de muerte más usados comúnmente en el mundo. La facilidad elemental de su aplicación a la vez que su carácter meramente exhibicionista favorecieron su extensión y práctica en todo el mundo y en todas las épocas; el perfeccionamiento técnico del sistema a cargo de los ingleses lo llevó a mantenerse en un sinnúmero de países modernos principiando por los que conformaban a la Commonwealth, frente a la imposición creciente de los nuevos métodos traídos a escena por los descubrimientos.

Inglaterra, lo fue entonces y siguió siéndolo igualmente hasta ayer mismo, el país de la horca por excelencia. Inglaterra eligió oficialmente la horca para extenderla a su vez por el mundo -al menos donde no fuera conocida en la forma en que la horca empezó a pasar a la historia-, para hacerla perder y, aún hoy es el día en que nadie sabe por qué Inglaterra eligió y mantuvo la horca con tanta pasión y elegancia pudiendo haber elegido cualquier otro sistema.

Morir en la horca fue considerado muy pronto una de las mayores afrentas, y, sin embargo, sólo en cuanto existían otros medios más denigrantes y dolorosos de hacer sufrir a los condenados y de matarlos, finalmente se permitió su coexistencia.

tencia con la horca, tanto en Inglaterra como en los demás países que la usaron como medio principal de ejecución. (31)

El carácter intimidativo y ejemplar de la pena de muerte se ha querido acumular en el símbolo de la horca, exponiendo ante el mundo el final que espera a los que no se ajustan a lo ordenado. Según los ingleses, la ley sigue encontrando, aún hoy, personas que merecen ser muertas por sus actos, ya que los amenazadores avisos que esa ley ha colgado de los árboles y de las horcas que ha levantado a lo largo y ancho de la tierra, en todo momento han servido de ejemplo, sin embargo existen algunos delincuentes que prefieren arriesgarse (32). Pero no solamente se ha exhibido en los árboles de los caminos a los hombres que han muerto ahorcados en ellos. Era una inmemorial costumbre en Inglaterra "embrear los cadáveres de los contrabandistas"; se les ahorcaba a la orilla del mar, les untaban con betún y los dejaban colgados; los ejemplos deben darse al aire libre, y los ejemplos embreados duran más tiempo..." (33) Era muy humano untarlos de alquitrán y de ese modo se renovaban los ahorcados con menos frecuencia. Colocaban patibulos en las costas de distancia en distancia así el ahorcado servía de linterna y alumbraba a su modo a sus camaradas los contraban-

(31) Sueiro, Daniel. Op. cit. p. 45

(32) Ibidem. p. 45- 46

(33) Víctor Hugo. El hombre que ríe. Obras Completas p. 13

distas, éstos distinguían las horcas de lejos. Así pasaban y recibían, una detrás de otra, muchas advertencias.

Seemiente moda duró en Inglaterra hasta principios del siglo. Hay que aclarar que en Inglaterra a algunos ahorcados se les untaba barniz, aplicando esta pena a los ladrones, los incendiarios y los asesinos.

En Inglaterra se ahorcó por última vez en público el 26 de mayo de 1868 en la prisión de Newgate (34).

(34) Sueiro, Daniel. Op. cit. p. 60

1.9 ESTADOS UNIDOS

Respecto de los Estados Unidos, en muchos de sus Estados se aplica la pena de muerte. Antes de que se produjese el histórico fallo del 29 de junio de 1972, emitido por el Tribunal Supremo, la pena capital se había abolido en nueve estados.

(35)

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, el 2 de julio de 1976, al celebrar su bicentenario, declara que la pena de muerte no viola la Constitución y que, por lo tanto, se puede matar a los delincuentes que tienen pendiente la ejecución de la pena.

Anteriormente, se había declarado la pena de muerte anti constitucional. En cuanto a esto se consideró que no había igualdad, ya que la pena de muerte se aplicaba con frecuencia a los grupos minoritarios, especialmente a la población de raza negra. Este fallo, así como otros que se dictaron se referían a casos en los que se concedía a los tribunales la facultad para decidir sobre la vida y la muerte, o en los que se permitía a los jurados pedir clemencia. El Tribunal Supremo no emitió ningún pronunciamiento sobre los casos en que la legislación de un Estado contemplara la aplicación forzosa de

(35) García Valdés, Carlos. Derecho Penal Autoritario. p.47, 48 y 49

la pena de muerte a las personas que habían cometido delitos especialmente graves.

La vigencia de la pena de muerte en los Estados Unidos es indudable, ya que a principios de 1980, más de 600 personas esperaban su ejecución en las prisiones Norteamericanas (36).

En América del Norte como en algunos otros países en donde sus gobernantes o simples ciudadanos no habían tenido ocasión de cambiar el método de ejecución vigente, se ahorcaba tradicionalmente.

Fue entonces, que en busca de nuevas condiciones de ejecución en algunos Estados de Norteamérica se dejó de ahorcar a los condenados para dar paso a la silla eléctrica, y en otros Estados dejaron más tarde de ahorcarlos o incluso electrocutarlos para asfixiarlos por medio del gas letal.

La silla en general, tal como lo ha demostrado históricamente, pareciera ser algo tan ingenioso como parece. Se utilizó antiguamente y se le utiliza como auxiliar en la aplicación de penas tales como el fusilamiento, el agarrotamiento, la asfixia y el electrocutamiento...

Así y con una capacidad de electrificación de dos mil voltios, la silla eléctrica entra en la historia en el año 1890 en la ciudad de Auburn, Buffalo, Estado de Nueva York, USA.

(37)

En un informe publicado por las Naciones unidas en el año 1962, se argumentaba que en veinticuatro Estados de los Estados Unidos de Norteamérica se encontraba elegida y en vigor, la electrocución como forma de ejecución (38). Como paréntesis cabe mencionar, que también se le practica en Filipinas y en China donde se encuentra prevista la horca de no contar con el equipo adecuado para la electrocución.

El cambio de unos métodos de ejecución por otros, la aparición de nuevos métodos y el perfeccionamiento de los ya existentes, dieron lugar al nacimiento de la cámara de gas; y fue desde 1924 el año en que empezó a sustituir a la vieja horca y a la reciente silla eléctrica como "método más humano, más suave y más privado" (39); siendo en un principio doce los Estados que la adoptaron.

La ejecución por medio de este sistema tiene lugar en una cámara cerrada herméticamente, para evitar que el gas se fil -

(37) Susiro, Daniel. Op.cit. p. 173

(38) Ibidem. p. 190

(39) Ibidem. p. 194

tre y provoque estragos que debe producir únicamente dentro; las bolas de mortal cianuro caen en el ácido situado debajo de la silla, inmediatamente se produce la reacción química; se forma el gas de ácido cianhídrico, que se eleva y envuelve al condenado en una niebla invisible, teniendo como tiempo de duración, dicho procedimiento, únicamente diez minutos.

1.10 MEXICO

Al igual que todos los pueblos de la antigüedad, México conoció y aplicó con gran frecuencia, la pena de muerte.

Como sabemos, el Derecho utilizado en la época de los aztecas estuvo representado por un sistema jurídico sumamente severo y rígido, acorde con el grupo social en que se desarrolló, es por eso que la pena capital fue, si no la más usual, si una de las más frecuentes, debido a que era preciso reprimir enérgicamente todas las manifestaciones delictivas que atentaran en contra de la integridad personal, la propiedad, el honor, etc. Para corroborar lo expresado hasta aquí, citaremos una lista de delitos y penas propias de esta etapa histórica (40).

Aquéllos que asaltaban en el mercado, eran muertos a pedradas por los propios mercaderes. Los que asaltaban en el camino morían ahorcados públicamente. Todas las modalidades de incesto eran castigadas con la muerte, y los adúlteros morían apedreados. Quienes daban bebedizos con el propósito de envenenar a alguien, eran exterminados a garrotazos, o bien abriéndoles el pecho. Cuando se ingería algún líquido para

(40) Pomar, Juan y Zurita, Alfonso de. Relaciones de Texcoco y de la Nueva España, p. 36. Apéndice IV.

abortar, se castigaba con la muerte a quien lo tomaba y a quien lo había preparado. Los jueces que sentenciaban a alguien injustamente también eran asesinados.

Esos medios de ejecución que iban desde el apedreamiento, hasta la asfixia, eran igualmente crueles, y se vieron enriquecidos, tanto en variedad como en traumatismo con la Conquista.

Hasta antes de la Conquista, la pena de muerte era utilizada exclusivamente como un instrumento penal, sin embargo, después de la llegada de los españoles al territorio mexicano, ésta se convirtió en un castigo generalizado para todos aquellos rebeldes e inconformes, tanto en el ámbito político como en el religioso y productivo.

Durante la época colonial, la pena de muerte representaba un elemento sustancial al poder, ya que se utilizaba para mantener el dominio económico, político y social, mediante la total sumisión.

Con el nacimiento de la República nace el primer Código Penal en el año de 1871, período en que Benito Juárez fue presidente de México. Este código suprime por vez primera las torturas y sufrimientos inútiles; mas no, la pena capital.

A partir de la Constitución de 1857, puede notarse una

marcada tendencia abolicionista en nuestro país, con respecto a la aplicación de la pena de muerte, lo que se puede observar porque, a pesar de que esa Carta Magna incluía la pena de muerte, ésta se considera como un mal necesario. Hay que recordar que existía un Congreso Constituyente notablemente influenciado por el pensamiento liberal de la época, y categóricamente tendiente hacia el federalismo, la democracia y el republicanismo, por lo cual, no podía dejar de reconocer en el área penal, la inclusión de los principios basados en el humanitarismo penal que prohibía las penas corporales, infamantes, trascendentes e inusitadas. En el año de 1847, esto es una década antes, se había realizado el Congreso Internacional Penal y Penitenciario de Bruselas, al cual asistió México, por lo que asumió después una postura penal más humanitaria.

De ahí parte la disposición limitativa de la Constitución de 1917, que restringía su aplicación a una serie pequeña de delitos graves para la sociedad, pero eliminando su ejecución para los delitos de carácter político.

Después del Código Penal de 1871, surgió en el año de 1929 el Código de Almaraz, el cual excluía ya la pena capital. En el año de 1931 entra en vigencia el Código Penal que nos rige hasta nuestros días, el cual no incluye ni en el artícul

lo 24 (catálogo de penas), ni en el Libro II (delitos en particular) a la pena de muerte.

La República Mexicana es un país integrado por un conjunto de Estados libres y soberanos, como lo establece el artículo 124 de la Constitución, por lo que el proceso absolutivo de esta pena tiene que ser estudiado de manera particular.

En 1962 seis Estados de la República continuaban observando en sus respectivos códigos, la pena de muerte (41).

Hidalgo	(Código Penal de 1941, Artículo 21)
Morelos	(Código Penal de 1945, Artículo 24)
Nuevo León	(Código Penal de 1964, Artículo 21)
Oaxaca	(Código Penal de 1943, Artículo 20)
San Luis Potosí	(Código Penal de 1944, Artículo 27)
Sonora	(Código Penal de 1949, Artículos 20,22,254)

Posteriormente, dichos Estados fueron suprimiendo de sus códigos la pena capital, de tal modo que en el año de 1972, cuando se lleva a cabo el IV Congreso Nacional Penitenciario de México, celebrado en Michoacán, se manifestó un generalizado repudio por esa pena, quedando vigente en el Estado de So-

(41) Quiroz Cuarón, Alfonso. La pena de muerte en México. p.p. 369, 370 y 371

nora, únicamente.

Finalmente, en el año de 1975, el 25 de octubre, durante la clausura del V Congreso Nacional Penitenciario, el Gobernador de Sonora declaró que considerando a la pena de muerte como un hecho injustificado de sangre, contrario al pensamiento liberal y humanista del país, y contrario al principio de readaptación social postulado por la Constitución del 17, el mismo mandaría al Congreso Local, la iniciativa de reforma del Código Penal de ese Estado: eliminar la pena de muerte en la legislación Estatal.

CAPITULO II

LA JUSTICIA DE LA PENA DE HUERTE

2.1. NOCIONES PREVIAS

Cuando estén ya en práctica las prevenciones que tienen por objeto la corrección moral de los criminales. Cuando por su trabajo honesto en la prisión puedan salir de ella instruidos en algún arte u oficio y con un capital suficiente para subsanar sus necesidades primarias. Cuando en las prisiones se les hubiere instruido en su religión y en la moral, en las primeras letras y por último, cuando nuestras cárceles o reclusorios se conviertan en unas auténticas penitenciarias de donde los presos no puedan ni fugarse; (en una palabra, cuando ya no fueran unas verdaderas universidades del crimen), entonces podrá abolirse sin peligro la pena capital. Hacerlo antes sería posiblemente, comprometer la seguridad pública y tal vez reducir a nuestra sociedad al extremo de hacerse justicia por sí misma.

Los enemigos de la pena de muerte la tachan de ilegítima, de injusta, de que no es ejemplar, de indivisible e irrevocable; y por último, de innecesaria. Y la verdad es que si tales tachas fueran ciertas habría que confesar desde luego que no debería durar un día más esa pena; pero semejantes objeciones están muy distantes de la realidad y hay en ellas un poco de alucinación.

La de ilegitimidad (1), que es la más débil de todas, se

(1) Martínez de Castro Antonio. La Pena de Muerte. p. 20

funda en que no pudiendo los particulares disponer de sus propias vidas, tampoco puede hacerlo la sociedad, porque ésta no tiene ni puede tener más facultades que las que le delegan los integrantes de la sociedad al constituiría.

Ya no se busca el origen de la sociedad, en un convenio de las asociaciones, sino en la naturaleza misma; el estado social es una necesidad moral del hombre, es un deber que se le ha impuesto para su propia felicidad, porque es tan inherente a su naturaleza el ser sociable, como el ser libre, sensible e inteligente.

Destruída como está por su base la doctrina de la ilegitimidad de la pena de muerte, doctrina que hoy está casi abandonada, preciso es buscar en el derecho de la sociedad la manera para castigar a los delincuentes, y no se encontrará otra, que el derecho que ella tiene para procurar su propia conservación y la de sus integrantes, empleando para ello todos los medios que sean necesarios dentro de los límites de lo justo. Uno de esos medios es la pena, puesto que no hay otro para hacer efectiva la justicia social que es un deber, es decir, el derecho de penalizar se deriva de la justicia y de la utilidad unidas.

Una de las objeciones a la pena de muerte es que ésta es indivisible y en este aspecto nos encontramos enteramente conformes con los abolicionistas; más no lo estamos en la conse -

cuencia que deducen. Ellos infieren que en ningún caso debe imponerse el último suplicio, y deducimos que no debe prodigarse, como antes se prodigaba, aplicándolo a toda clase de delitos. Esto sí sería una gran injusticia, porque destruiría enteramente la proporción que debe haber entre la culpa y la pena, valiéndose de un medio de represión, que, siendo verdaderamente extremo no debe emplearse sino contra delitos de suma gravedad. Mas que desproporción habrá que aplicar la última pena al autor de alguno de los delitos que menciona el artículo 22 de la Constitución Política Mexicana, ¿quién podrá decir que hay injusticia en privar de la vida al que cometió un asesinato ejecutado con la más refinada crueldad, con notoria premeditación, alevosía y ventaja? La indivisibilidad de la pena nada importa en el presente caso, porque no se hace más que aplicar la mayor de las penas a uno de los delitos que ocupan el lugar más alto en la escala del crimen.

No encontramos la razón de que haya inconveniente en ejecutar a un reo de quien se tiene la certeza de haber realizado el crimen que se le imputa. El peligro estaría en condenarlo a muerte en caso contrario, de aquí que deba actuarse con demasiada mesura en la averiguación de los delitos y de los delincentes, y, habría que emplear en el proceso todas las formas tutelares que son la garantía de la inocencia.

Objétase también que por no ser ejemplar es inútil, y en

prueba de ello se alega que a pesar de su aplicación se continúan cometiendo los mismos delitos (2). Pero si esa razón probara algo, serviría también para prescribir todas las otras penas, pues a pesar de ellas siempre ha habido, hay y habrá de delinquentes mientras no se cambie el corazón humano, a este respecto estamos de acuerdo con la llamada selección natural propuesta por algunos autores, entre ellos, Rafael Garófalo (3), quien sostenía que la pena máxima era un elemento eficaz para contribuir a la selección natural de la especie humana, toda vez que cercena inaptos e impide la propagación de taras; dando lugar a una verdadera eugenesia social.

Lo posible y lo que el legislador debe, entre otras cualidades de la pena, procurar es que éstas sirvan de ejemplo (intimidación) si no a todos los habitantes, si al menos a un gran número de ellos, y este efecto es muy posible que lo produzca la pena de muerte en más alto grado que otra alguna.

La pena de muerte tiene la mayor eficacia cuando su aplicación es inflexible y pronta y esto explica porque otras veces no ha dado los mismos resultados.

(2) Martínez de Castro Antonio. op.cit., p.11

(3) Citado por Bell Escalona, E. Lecturas jurídicas. No. 63 pp.57

Así tenemos que, si la pérdida de la vida que es el mayor de todos los bienes, no intimida a los criminales, no sabemos como podrán explicarse los inauditos esfuerzos que todos los condenados a muerte hacen por conservarla, ya embrollando sus procesos, ya implorando indulto, ya pidiendo amparo, y ya, en fin, suplicando encarecidamente que se les condene a prisión o a cualquier otra pena. ¿Será porque la pena de muerte no les parece bastante castigo de su delito y prefieren que se les aplique la de prisión como más grave?

2.2 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA JUSTICIA DE LA PENA DE MUERTE

Por ser un tema de vital importancia, por dar motivo a diversas controversias y, por ser de fundamental importancia para los estudios, no sólo del derecho penitenciario sino del derecho en general, a continuación enunciaremos algunos argumentos que pudiesen ser muy criticables, pero también muy razonables.

"Como el médico con su operación pretende la salud, así la autoridad pretende con la suya, la paz, que consiste en la concordia ordenada de los ciudadanos. Luego así como el médico corta con todo derecho y suma utilidad un miembro gangrenoso que contagia a los demás; así también la autoridad, por la pena de muerte con toda justicia y suma utilidad arranca de la sociedad a los perturbadores de la paz común". (4)

El bien común de toda la sociedad, vale más que el bien de un individuo en particular. Tenemos, luego entonces, que habremos de preferirlo.

Así tenemos que la vida criminal de ciertos delin -

(4) Blázquez, Niceto. La pena de muerte según Santo Tomás de Aquino y el abolicionismo moderno. p.p.14

cuentas trata de evitar el bienestar de la sociedad y la paz, por lo tanto se trata de eliminar a esos hombres que voluntariamente impiden el bien común.

A todas vistas es claro que la suprema autoridad civil tiene legítimo derecho de imponer a los malhechores las penalidades que le son exigidas por la justicia criminal, ya que ese derecho nace de la propia naturaleza y fin de la autoridad pública. Es decir, del carácter obligatorio que tiene de mantener el orden social y esta obligación cuyo cumplimiento de la misma, no sería factible si no se diera a la autoridad el estricto derecho a emplear todos los medios necesarios para ello, así algunos partidarios de la pena de muerte buscan encontrar su fuente jurídica en el siguiente razonamiento:

"Nadie está obligado a delinquir, el que lo hace tácitamente está contrayendo una obligación, celebrando una especie de contrato aleatorio con la sociedad. Esta obligación que nace del delito, que tiene su fuente en él, es satisfecha por el hecho al ser ajusticiado". (5)

La experiencia universal de todos los tiempos y países hace constar con certeza moral absoluta que, en muchos casos no basta

(5) Bell Escalona, Eduardo. La pena de muerte. El Foro, Sexta Epoca p.p. 62.

el temor de ninguna otra pena fuera de la muerte, para reprimir eficazmente el furor y audacia criminal de ciertos fascinerosos a quienes no importa nada sacrificarlo todo, en provecho de sus criminales instintos, entonces, si éstos, con la probabilidad y aún con la casi certeza moral de ser castigados por la ley con la pena capital, todavía se atreven a cometer tantos y tan gravísimos delitos con la leve esperanza de no ser castigados, que casi se puede decir irracional. ¿Qué sería, cuántos y cuáles delitos no cometerían si por la propia ley no fuera posible imponer a nadie la pena de muerte?

El argumento de la legítima defensa fue propuesto por Filangieri (6) basándolo en el derecho a pensar en el contrato social y que el hombre al tener derecho a defender su vida, necesariamente ha de disponer de los medios para hacerlo, lo que se justifica, porque al defenderla no ejerce sino el derecho de la legítima defensa. Porque teniendo derecho a matar al injusto agresor para conservar mi vida, es evidente que si yo tengo ese derecho, él, a su vez, ha perdido el derecho que tenía de conservar la suya. Derecho que no se extinguiría con la muerte de la víctima, sino que pasará al resto de los hombres, siendo como es, cada uno de ellos, defensor y guarda de los derechos naturales.

(6) Cfr. Bell Escalona, E. La pena de muerte. Lecturas jurídicas. No. 63 p. 51

Puede pues, la justicia penal sancionar y de hecho imponer públicamente aquellas penas temporales que más eficazmente impiden la perpetración de ciertos delitos esencialmente destructivos de la sociedad, por ejemplo: el parricidio, la violación, el homicidio calificado y otros semejantes.

Debe entonces la pena guardar la debida proporción con el delito. Pero hay delitos cuya enorme gravedad y consecuencias, de acuerdo al sentir de los hombres de recto juicio y sana razón, exigen la pena de muerte, ya que no deben ser penados proporcionalmente por ninguna otra, y aún ésta les queda muy por debajo de la desaprobación contraída. Tenemos entonces, que en estos casos debería aplicarse irremisiblemente la pena de muerte, según lo pide y exige la más estricta justicia.

La autoridad en nombre de la sociedad debe tutelar los derechos de los individuos, siendo éstos: el derecho de vivir, el de tener los medios para lograrlo y su libre uso o ejercicio, es decir, los derechos de conservación, de dominio y de independencia, a los cuales pueden reducirse directa o indirectamente todos los demás.

Aquí tenemos la última raíz de donde brota la idea de derecho irrenunciable y la de deber de justicia que le ordena al

hombre conservar inviolables los derechos de sus semejantes, como a la vez puede obligar a éstos a que respeten los suyos, y es aquí de donde nace el deber de respetar la vida, la honra, etc., ya que estos bienes son las bases primarias de todos los demás derechos y deberes existentes en la esfera social.

Todos los diversos derechos y obligaciones del hombre nacen del orden, por tal motivo el orden es inviolable siempre. Así pues, se da como resultado que todos estamos obligados a guardar el orden moral y jurídico con relación a los derechos de nuestros semejantes. Sin embargo, parece ser que en la actualidad todos esos derechos y obligaciones cada ciudadano los toma a su conveniencia.

Así también el orden moral esencial a la comunidad es el reinado del derecho, consistente en que en ningún caso ni en sociedad alguna sea lícito permitir su violación. La violencia, que es la fuerza empleada contra la razón o la naturaleza, debe ser sacada de la sociedad por el conveniente uso de aquellos medios que más conducen al fin propio de la misma.

Otros postulados que argumentan la justicia de la pena de muerte son los siguientes, que invitan a la meditación a aquellos que mencionamos con anterioridad: los de recto juicio y sana razón.

El homicida mata. Cierto. ¡Claro que mata! El Estado también mata cuando aplica la pena de muerte. Muy cierto. Y es ésta la analogía que hay entre ambos:

1. El homicida mata a un inocente; el Estado, cuando inflige la pena de muerte a un delincuente, mata a un responsable.

2. El delincuente mata quebrantando el derecho ajeno de la manera más grave y repugnante que puede; el Estado defiende el derecho de la manera más eficaz y honrosa que alcanza.

3. El delincuente mata para robar a un inocente o por un fin menos culpable; el Estado mata a un culpable para cumplir un acto de justicia.

4. El delincuente mata traspasando la obligación que tiene de respetar la vida ajena; el Estado por cumplir la obligación que tiene de defender la de todos los ciudadanos dignos, no la de los indignos, como lo son los delincuentes.

5. El delincuente realiza sus conductas antisociales por satisfacer su egoísmo con perjuicio de la víctima; el Estado por satisfacer a la sociedad en beneficio de todos. (7)

(7) Naveiro, Amor. El problema de la pena de muerte y sus substitutivos legales. p.p. 227

La pena de muerte impuesta, como toda otra, por razones de delito y proporcionalmente a él, es la única que reúne dicha proporcionalidad con respecto a cierta clase de delitos particularmente atroces, para cuyo castigo cualquier otra pena no llegaría la justicia vindicativa, por quedar inferior al desmerecimiento del delincuente. Por lo tanto, la pena de muerte vendría a ser la única legítima y necesaria para esos casos. Por ejemplo como el homicidio calificado, la violación o el parricidio.

Es muy posible que en cuanto se suprime de hecho, la pena de muerte, los crímenes aumentan en proporción alarmante; y al contrario cuando se aplica de hecho, esté o no establecida de derecho, bajan en la misma proporción.

2.3. ARGUMENTOS DE RAZON GENERALES

Estos son algunos de los argumentos de razón generales que se han postulado desde muchos años atrás aduciendo razones que bien pudieran clasificarse en el orden de la justificación, o por su legitimidad moral o religiosa o por su eficiencia y utilidad como pena, dando lugar con ello a que pocos temas hayan sido tan debatidos en la historia de la humanidad como el referido a la ardientemente combatida e igualmente defendida pena de muerte.

1. La pena de muerte es muy barata, y se reviste de un aspecto utilitario ya que es antieconómico que la sociedad invierta grandes cantidades de dinero en mantener inútiles sociales y hablamos de inútiles porque en el tiempo que estuvieron en contacto con la sociedad, no pudieron ser útiles a ella, mucho menos en un reclusorio o cárcel, dando lugar a que se hayan hecho indignos de vivir; no todos, aclaramos, no hay que olvidar que en ocasiones delinquimos por error, iría esto último encaminado más generalmente a los delincuentes habituales o reincidentes, pero esto lo abarcaremos más adelante. Es injusto por otra parte, que gente honrada -incluso las víctimas del delincuente- contribuyan a soportar la carga de mantenerlo vivo sin beneficio para nadie.

Analizando las palabras del maestro Rodríguez Manzanera

nos da lugar a la reflexión detenida de lo siguiente: "No es necesario hacer una gran inversión, una cuerda o una bala cuestan cualquier cosa, frente al gran gasto que representa la construcción y mantenimiento de las instalaciones penitenciarias". (8)

2. El sufrimiento es mínimo (9). En la pena capital el sufrimiento es momentáneo y el mal resulta de una total privación de la vida que proporciona así al malvado, una pronta salida a una deshonrada existencia carente de valor moral para sí mismo y para la sociedad.

3. Es ejemplar (10). La pena de muerte es eminentemente ejemplar, es decir, la más propia, para servir de escarnio, pues ninguna otra causa impresión más fuerte.

4. Es intimidatoria. El temor natural que se tiene a perder la vida hace que muchos hombres se abstengan de cometer un delito. Más adelante en esta investigación abarcaremos profundamente este aspecto.

(8) Rodríguez Manzanera, Luis. De nuevo la pena de muerte. Revista Jurídica Veracruzana. p.17

(9) Bentham Jeremías. Teoría de las penas y de las recompensas. p.40

(10) Idem.

5. Puede prevenir actos de justicia, popular, como la llamada Ley de Lynch. (11)

6. Es irrevocable, por lo tanto no puede burlarse posteriormente a la justicia. De hecho tenemos que no hay pena que sea reparable, dicho argumento parte de que si la pena es irrevocable, no menos irrevocable es el daño causado por el delito, y que, en todo caso, tratárase de una crítica, no contra la pena de muerte en sí, sino contra su aplicación en forma imprudente. No puede surpirirse la pena de muerte por el hecho de que

(11) El origen de la Ley de Lynch es dudoso, y algunos han querido hayar su origen más antiguo en la conducta seguida por Jaime Fitz Stephen Lynch, alcalde de Galway, Irlanda, de quien se dice que en 1493 colgó a su propio hijo de una ventana, sin que se le hiciese previo juicio, por robar y matar a varios forasteros, y con el objeto de que semejante escarmiento influyese en la conducta de sus contemporáneos. Otros historiadores hacen derivar el título de la mal llamada Ley de Lynch de la ciudad de Lynchburg, que tuvo existencia en el siglo XV.

Algunos lexicográficos americanos hacen referencia a un campesino de Virginia de la centuria XVIII, llamado Lynch que, cuando detenía a un malhechor lo ataba a un árbol y lo azotaba, sin esperar la intervención oficial de las autoridades. También remontrándose a la fecha del setecientos, se invoca la necesidad en que se vio John Lynch, irlandés de origen y funcionario con atribuciones judiciales en la Carolina del Sur, de reprimir el bandolerismo y particularmente las devastaciones cometidas por los esclavos fugitivos, sin aguardar la decisión de los tribunales ordinarios, pero con expreso beneplácito de los administradores que le confirieron el más absoluto poder en materia civil y criminal. Finalmente no faltan filólogos que recuerdan el verbo anglosajón "lynch" que significa "dar con un palo", castigar, voz anticuada que perdura con ese sentido en Norteamérica al igual que otras palabras desterradas de Inglaterra.

Mas Gadayol José. Historia de la pena de muerte. p.p. 114-115

alguna vez, en forma accidental y debido a las inevitables imperfecciones del juicio humano, se apliquen a un inocente, pues también y por el mismo motivo, mueren inocentemente muchos hombres, debido a la electricidad, a la locomoción, a las industrias, lo que no justifica suprimir estos factores del progreso humano.

7. Es un derecho. El Estado no puede renunciar al más formidable de sus derechos. El Estado tiene el legítimo derecho de aplicarla. ¿Por qué? Porque si el Estado se tuviera que privar de imitar materialmente a los delincuentes, no habría sólo de suprimir la pena de muerte, para no imitar a los asesinos, sino también las penas infamantes para no imitar a los que injurian, las penas privativas de libertad para no imitar a los secuestradores, la pena de multa para no imitar a los ladrones y en general toda pena, puesto que toda pena sería un mal en general, inferido contra la voluntad de los delincuentes, del mismo modo que éstos infieren males a sus víctimas.

8. Es fácilmente aplicable. Por lo general no se necesita personal especializado. En la actualidad, recordemos, existen ya medios adecuados para aplicarla (cámara de gas, silla eléctrica, etc.).

9. Tiene carácter de prevención especial. Es la solución para delincuentes incorregibles o altamente peligrosos. La no

reincidencia puede quedar asegurada al eliminar al delincuente de determinados delitos.

10. Es necesaria. Ya que si la pena de muerte y sólo ella es la única que satisface lo que la justicia reclama, ella y únicamente ella, es la legítima y jurídicamente necesaria para esos casos.

11. Es de interés social. El interés social está por encima del interés individual, debe defenderse a la sociedad antes que al delincuente.

12. Es retributiva. Se apega estrictamente al principio de retribución que debe tener toda pena, así, tenemos que la pena de muerte no tiene otro fin que lograr la satisfacción del grupo social por el acto cometido por el delincuente y de allí la necesidad de resarcir, moral, jurídica o filosóficamente al propio núcleo social. La orientación de la retribución jurídica(12)

(12) La concepción que tenía el maestro Cuello Calón acerca de la retribución estribaba en decir que en Derecho Penal no puede prescindirse de la idea de retribución. La pena es retribución del mal causado por el delito, es la expresión de la idea de justicia que exige la restauración del orden jurídico violado por el delincuente, y el restablecimiento de la autoridad que ha sido desconocida. No se trata de una venganza disfrazada, ya que la pena no aspira a dar una satisfacción por el agravio sufrido. Mira a fines más altos; mantener el orden y el equili -

...

afirmará que el orden social se ve roto con la infracción a la norma penal y para lograr su restablecimiento se hace necesario la imposición de la pena.

13. Satisface la indignación pública. La sociedad justamente alarmada por el delito, se tranquiliza al comprobar que se ha aplicado la ley.

Estas son comúnmente las maneras y argumentos que se dan para apoyar la razón de la pena de muerte, y por sí no fueran suficientes se ha dado también el argumentar que es:

14. Orden divina. Mat. 26:52, dice: "el que usare la espada a espada perecerá". Estas palabras no pueden entenderse rec

(12)... brio que son fundamentales en la vida social y moral, y a restaurarlo en caso de ser quebrantadas por el delincuente. La retribución es una idea fundamental, universal, secularmente arraigada en la conciencia colectiva, que siempre han reclamado el justo castigo del culpable, idea que da a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece. La pena también aspira a la prevención del delito, obrando sobre el delincuente, quien tratará de evitarlo por temor a la pena. (Citado por: Bell Escalona Eduardo. La pena de muerte. Lecturas Jurídicas. No. 63 p.p. 53-54

tamente, sino es de esta manera: todo el que causa alguna muerte injusta, debe también ser muerto por la autoridad pública. Y se cita también en el EX. 21:15-17. "y el que hiere a su padre o madre morirá. Igualmente el que maldijere a su padre o madre morirá. Lev. 20:9. Cuando alguno tuviere hijo contumaz y rebelde que no obedeciere a la voz de su padre ni a la voz de su madre, y habiéndolo castigado, no les obedeciere; entonces tomarlo han su padre y su madre y lo sacarán a los ancianos de la ciudad y a la puerta del lugar suyo. Y entonces todos los hombres de la ciudad lo apedrearán con piedras y morirá". Sic. Deut. 21:18-23

2.4. LA FUNCION EJEMPLAR E INTIMIDADORA DE LA PENA DE MUERTE

Estrechamente ligada a los principios de la pena prevención y de la pena expiacionista, se afirma que la justificación de la pena debe ser localizada en la necesidad que tiene el grupo social de imponer las penas para lograr el mantenimiento del orden social.

Unicamente por medio de la existencia del orden social es posible mantener la convivencia y toda vez que existen actos que la lesionan gravemente, de tal modo se hace necesario que el Estado recurra a restrictores sociales, los cuales sirven para evitar que se cometan tales conductas antisociales. Así el Estado justifica la aplicación de la pena, inclusive la capital, con el fin de prevenir la comisión de nuevos delitos; de tal manera, esto nos lleva a concluir y deducir que si bien es cierto que se conoce el número de los que han cometido delitos capitales a pesar de la pena de muerte, no es posible conocer el número de los que se han abstenido de tales delitos por temor a la pena máxima.

La intimidación de la pena de muerte habría que entenderla desde el punto de vista, en que si por ejemplo alguien adquiere un revólver para su seguridad, no contrae la obligación de usarlo,

lo que persigue es que se sepa que anda armado.

La creencia en el efecto intimidante de las sanciones antes de su aplicación y ejemplar después de la misma es tan antigua como el mismo derecho penal.

La intimidación ha sido considerada el postulado primero y esencial de la mayoría de los sistemas penales actualmente existentes (13).

Los partidarios de la intimidación tienen como postulado fundamental el que la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a los posibles infractores o para evitar que los que ya cometieron un delito vuelvan a hacerlo (14).

Como podemos apreciar el anterior postulado podría ser la base principal de este trabajo de tesis, ya que lo que se persigue es intimidar con la aplicación de la pena de muerte, (evitando de esta manera que se dé la reincidencia) a los que han cometido algún delito grave y para fortuna de ellos no fueron descubiertos, que se vean más presionados ante la posibilidad

(13) Rico, José M. Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea. p.p. 12

(14) Ibidem. p. 13

dad de volver a delinquir, sabiendo lo que les espera si en esta ocasión no cuentan con la suerte anterior de no ser descubiertos.

La teoría del condicionamiento, que es a la vez una de las primeras fórmulas penales, es aquella que afirma que el hecho de atribuir consecuencias desagradables a una conducta determinada reducirá la tendencia de cualquier individuo a adoptar dicha conducta, a ésta también se le conoce como uno de los postulados de la Psicología. (15)

Es muy cierto que el hombre generalmente procura evitar las consecuencias desagradables que sean consecuencia de su comportamiento y que, por consiguiente, la amenaza de un castigo puede ejercer en él, un efecto intimidante, también debemos aceptar que las prohibiciones de carácter penal no son verdaderamente eficaces.

Si la pena ha tenido efectos disuasivos en ciertos casos puede o debe tenerlos en todas las circunstancias. ¿Acaso no se recurre a la intimidación cuando otras medidas no han podido contra el crimen y han fracasado?

(15) Idem.

Se puede afirmar que la noción de intimidación se basa en cierto número de hipótesis como son: el hombre es un ser hedonista, atraído por el placer, pero que teme al sufrimiento; el hombre también es un ser racional, capaz de calcular cuidadosamente las ventajas e inconvenientes de las actividades que realiza; el hombre es libre de elegir entre diversas conductas; puede ser intimidado por la amenaza de un dolor; el hombre aprende gracias a la experiencia; todos los ciudadanos de un Estado conocen las leyes y las sanciones penales.

La amenaza de un castigo, como la pena de muerte, puede a sí misma ser, gracias a la función educadora del derecho penal, creadora de hábitos conforme a la ley.

Así pues, el aumentar la severidad de la pena sólo puede considerarse aceptable y eficaz si el público, la policía, los magistrados, etc., no van a intentar evitarla cuando llega el momento decisivo de su aplicación. De todos modos, se puede afirmar que una aplicación completa y total de la ley es prácticamente imposible, y de esta manera se justifica la aplicación selectiva que ejercen según las circunstancias, las diversas personas encargadas de la administración de justicia.

Un factor muy importante que no se puede pasar por alto es que, la actividad de cualquier persona, ante la amenaza de la pena de muerte dependerá en gran parte, de los valores mora

les inculcados desde niño, los cuales varían según las sociedades y los grupos; tan importante como el delito o su autor para poder apreciar los efectos de la intimidación es la forma de transmitir al público la amenaza de la sanción. Parece a primera vista, esencial y lógico, si se quiere que la pena de muerte cumpla su efecto disuasivo, que el público tenga conocimiento de su existencia; deben darse varias condiciones para que los fines de la amenaza sean alcanzados.

Primeramente, tenemos a uno de los grandes mitos del derecho penal que es el de que cada ciudadano tiene la obligación de conocer las leyes, aspecto que cada vez se torna mucho más difícil debido a la constante inflación legislativa, al complejo lenguaje jurídico y algunas otras razones. Si una persona no sabe que tal o cual actitud está prohibida, ni la misma amenaza penal ejercerá algún efecto; y por otro lado, que ante esto, rige otro principio que es el de que el desconocimiento de las leyes no exime de su cumplimiento, de tal manera que, si se difundiera más, ya no la amenaza, sino el conocimiento podría evitarse el nacimiento de nuevos delincuentes, que se desajasen llevar por algún hábito.

"Según el profesor Savitz (16) en los casos de crímenes punibles con la pena de muerte, la mayor publicidad concierne al

(16) Citado por Rico, José M. Op. cit. p.p.32

juicio, el veredicto de culpabilidad y la condena a la pena capital". Sería conveniente agregar también su publicación en diarios, noticieros y algunos otros medios informativos, después de la aplicación de ésta.

Al dar publicidad a la amenaza se realiza al mismo tiempo una llamada a la persuasión la cual, se puede llevar a cabo de diversas maneras: las posibilidades de ser descubiertos, indicando el máximo de la pena o algunas otras técnicas persuasivas.

La intimidación solamente podrá ser eficaz si la sociedad está persuadida, advertida, de que la pena de muerte será puesta en práctica, en el momento que los supuestos que la consiguen lo reclamen.

2.5. CONVENIENCIA DE LA PENA DE MUERTE

Como resulta evidente, existen muchísimos partidarios de la abolición de la pena de muerte, quienes formulan gran cúmulo de razones -que frecuentemente carecen de valor-, para argumentar la inconveniencia de su aplicación.

No obstante, y de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que la pena de muerte es justa, en tanto que no sólo es la única paga moral justa para ciertos tipos de delitos agravados por la reincidencia, la habitualidad o la mala conducta, sino que además, constituye el único medio verdaderamente eficaz para frenar la audacia de los delincuentes y por lo tanto, para restaurar el Derecho perturbado. Inclusive, valdría agregar que ésta cumple perfectamente con las exigencias requeridas para ser considerada totalmente legal; respecto de estas exigencias ahondaremos en el Capítulo III.

A aquellos que apoyan la extrema lenidad penal (blandura en la aplicación del castigo), podría refutárseles esto con base en lo siguiente:

Para que la lenidad penal absoluta fuera un medio eficaz y positivo en función del bien común, tendría que darse como resultado de una sociedad armoniosa, libre de conflictos, en la

cual, los gobernantes estuvieran relacionados por un acuerdo tácito de plena conformidad y obediencia. De esa manera, en ese orden social no sería necesaria la violencia, ya que todos los intereses estarían encaminados a procurar el bien común. Entonces, y sólo entonces, la lenidad penal absoluta podría ser plausible (17).

Sin embargo, la realidad social actual está muy lejos de esa utopía, debido a la enorme desigualdad social y económica que existe en nuestro país, razón por la cual únicamente resultaría válida, una lenidad penal relativa, esto es, proporcionada a las circunstancias accidentales de los delincuentes y de la sociedad, y en un grado tal que sin exceder los límites de la debida necesidad, sea también lo suficientemente justa y severa para reprimir los delitos.

Esta clase de lenidad es la que debería procurarse, ya que no resulta ajena a la razón y es justa adecuadamente, los medios al fin que se persigue, y principalmente, tiende a mitigar las penas lo más posible, sin perjuicio de la sociedad. Por lo consiguiente, para justificar la pena de muerte, es preciso asentar bien claro que ésta debe aplicarse siempre que sea conveniente, y en función del bien de toda sociedad, pues no por amor a un falso principio de compasión con los delincuentes, de

(17) Naveiro, Amor. Op. cit. p. 319

ben dejarse impunes los instintos salvajes de hombres perversos, sacrificando así a los demás.

Si la pena capital es justa y legítima, y si no existe otra tan eficaz como ella para reprimir a cierta clase de delincuentes a quienes no basta el temor de cualquier clase de pena para retraerles del delito y, para hacerles guardar el orden a que están obligados como miembros de un grupo social; y si además, esta pena es necesaria para restaurar el orden destruido, entonces no existe ninguna razón para suprimirla, ni en las leyes ni en la aplicación de las mismas, cuando ésta sea necesaria y conveniente tratando a toda costa de apoyar a la justicia, para impedir que triunfe el "derecho" de la fuerza y la maldad.

2.6. LA PENA DE MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA ETICO

Uno de los requisitos generales de las penas, es el hecho de que éstas han de ser morales, es decir, que no amenacen con ejecutar algo que sea intrínseca o absolutamente malo. Para demostrar que la pena capital cumple con este requisito de moralidad, partiremos de las siguientes premisas:

Todas las penas constituyen la privación de un derecho, y por ello, se cometería una injusticia si no existieran causas importantes que justificaran esa privación, es decir, que trocasen de mal en bien la privación de dicho derecho.

Es indiscutible que la vida es el máximo derecho del hombre, mas no tal, que deba prevalecer por sobre todos y que por ningún motivo pueda perderlo.

El que quita la vida a otro injustamente, comete una conducta muy grave, pues atenta contra un bien ajeno y contra un derecho muy importante; sin embargo, aquel que en legítima defensa, propia o ajena, mata; no comete delito alguno, ya que en este caso, el agresor había perdido su derecho a vivir por el simple hecho de atentar contra el bienestar común, partiendo de que estando en colisión el derecho del delincuente y el de la sociedad, a la vida respectiva, prevalece el de ésta sobre el de aquél, el cual se hace indigno y lo pierde por ser

voluntariamente un delincuente.

Por lo consiguiente, aquéllos que le quitan la vida a los grandes delincuentes en nombre de la ley, hacen una obra lícita y obligatoria de la justicia. Como la pena de muerte debidamente aplicada es justa, entonces es moral.

Por otra parte, las personas que intervienen en la ejecución de la pena de muerte, son: el reo, que es quien la sufre; el juez que sentencia; el verdugo o persona que ejecuta; y finalmente, el público que aprueba. En lo referente a la calidad moral de todos ellos, se puede afirmar que a ninguno los induce a faltar a la moral, ya que de ninguna manera puede considerarse inhumano.

Primeramente, no induce a ser inhumano al reo, porque es malo darse muerte, mas no el hecho de sufrirla, y sobre todo, cuando está fuera del alcance el impedirlo.

Al juez, tampoco lo induce a faltar a la moral debido a que él sólo cumple con su propia obligación conforme a la ley, dándose por hecho que la Ley es justa. Si por el contrario, el juez no cumpliera con su obligación, entonces sí incurriría en una falta grave, siempre y cuando la pena sea merecida y probada legalmente.

De igual manera, el verdugo cumple con su trabajo, y en obediencia a la autoridad legal que lo ordena.

Por último, el público no hace más que aprobar con su presencia un acto de justicia, y en bien propio.

Por consiguiente, si la pena de muerte no conduce a nadie a faltar a la moral, luego entonces ésta no es inmoral.

Existe una premisa más que prueba terminantemente que la pena capital es moral:

Dios no puede hacer por sí mismo lo que es intrínsecamente malo, puesto que es el "Sumo bien" (18); sin embargo, Dios ha ordenado por sí mismo en muchos casos la pena de muerte, y ha dado a la autoridad social el derecho de imponerla. Con base en lo anterior, se puede concluir que la pena de muerte no es intrínsecamente mala.

(18) Aquino, Sto. Tomás de. La Suma Teológica. p.44

CAPITULO III

CONVENIENCIA DE LA APLICABILIDAD DE LA PENA DE MUERTE

3.1. DE LAS CUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN CORRIR EN LAS PENAS PARA SER UTILES Y CONVENIENTES

Han pasado ya muchos años y aún hoy, cansados de intentarlo, los expertos penalistas están concluyendo que no es posible realmente reformar a los delincuentes en prisión. Por tal motivo se han avocado a revivir un viejo problema: ¿Cómo disuadir al delincuente para evitar que reincida en delitos graves como lo son el parricidio, el homicidio calificado e inclusive la misma violación?

Lo que está provocando este cambio es una desilusión creciente en lo que en tiempos pasados se consideraba como la principal tarea de las cárceles: la reforma de los delincuentes, su rehabilitación.

Se está llevando a cabo una revolución en el interior de las prisiones, mas no es de las que solían traer consigo los acostumbrados motines de reclusos; es una revolución tendiente a mejorar la manera de administrar las cárceles y los propósitos a los que sirven éstas. Sin embargo, un artículo reproducido de la Revista Report Inc. U.S. News & World señala que: "nuevos estudios están poniendo en tela de juicio, la verdadera eficacia de los programas de rehabilitación, tildándolos de no dar eficientes resultados. Además argumentan que demasiados reclusos han salido de las cárceles tan comprometidos con el de-

lito como cuando ingresaron a ellas, o incluso más. Y las tasas de criminalidad han seguido creciendo (1).

Gran número de expertos penitenciarios a los que se les han unido ciudadanos que están fastidiados de la delincuencia progresiva, han llegado a la determinación de que el sistema de rehabilitación está en "bancarrota". Resultaría atrevido mencionarlo, pero en México quizás no es únicamente el sistema de rehabilitación el que no funciona adecuadamente, sino que es muy posible que también el sistema penitenciario en general está fallando. Lo anterior demuestra que no sólo la cárcel no rehabilita a los delincuentes (2), sino que el vigilante no vigila, el juez no castiga, el legislador no legisla, y pareciera que éstos últimos han olvidado las cualidades y características que deben concurrir en las penas para que éstas sean útiles y convenientes.

Como resultado las penitenciarias, deberían comenzar con la aplicación de las penas como fin primario y descartar la posibilidad de una reformatión en caso de reincidentes ante delitos graves.

(1) Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Gran Cambio en las Cárceles. p.65

(2) Cfr. Revista Mexicana de Prevención y Readaptación. Op. cit. p.p. 66

¿Pero cuáles son entonces esas características y cualidades a las que hacíamos mención anteriormente, las cuales otorgan utilidad y conveniencia a las penas?

1. La razón misma dicta que el delito grave se castigue con más severidad que el leve; por consiguiente si la ley no hace esta justa distinción en las penas, los delincuentes tampoco encontrarán diferencia entre los delitos, y esta injusta igualdad da por resultado una particular contradicción, siendo que las leyes tengan que recriminar los delitos que ellas mismas han ocasionado.

2. Si en lugar de la pena de prisión o cualquier otra privativa de libertad, se impusiera otra proporcional por ejemplo: la pena de muerte posiblemente ante casos de homicidio calificado, violación o parricidio, entonces los afectados directa o indirectamente por cualquiera de los delitos catalogados por nosotros como graves, entonces, no tendrían repugnancia en acusar; no tendrían el constante miedo a la venganza, ni los testigos en deponer, se castigarían con mayor seguridad tales delitos; se evitarían muchos juramentos falsos y entonces podrían corregirse muchos delincuentes que ahora acosan a la sociedad y se hacen incorregibles por la impunidad y de tales delitos pasan a cometer otros más graves. De aquí se infiere que los delitos antes mencionados deben castigarse con más rigor que si fueran

unos simples delitos y agravando tal circunstancia, en el ilícito, pero esto debe darse guardando siempre la analogía y debida proporción entre la pena y el delito, la cual se guarda posiblemente imponiendo la pena capital.

3. Toda sociedad se compone de dos principios diametralmente opuestos, que son el interés particular de cada individuo y el general de toda la comunidad, los cuales están siempre en un continuo choque y conflicto; se da necesariamente el tener que conciliar estos dos intereses opuestos con la finalidad de impedir la destrucción de uno y tener que disminuir la actividad del otro (3).

4. Este es el fin y objeto de las leyes penales, tan antiguas por esta razón como la misma sociedad, y de las cuales depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, y por consiguiente su verdadera felicidad. Pero para que estas leyes consigan tal fin; es necesario que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos; que sean proporcionadas a ellos; que sean públicas, prontas e irremisibles y necesarias; y que sean dictadas por la misma ley (4).

5. Los delitos contra las costumbres se deben castigar con

(3) Lardizabal de, Manuel. Discurso sobre las penas. p.p. 987

(4) Ibidem. p. 988

la privación de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad a los que conservan la pureza de ellas. La venganza, el oprobio, el desprecio, serían las penas correspondientes; así como lo serían para contener los delitos que perturban la tranquilidad, privar a los delincuentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma razón debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, aplicándole penas corporales, pecuniarias o de infamia, según que él perturbase la seguridad de la persona o de los bienes o de la honra de sus conciudadanos (5).

6. Menciona el Lic. Manuel de Lardizabal en su Discurso sobre las penas que "todos los delitos que pueden cometerse se reducen a cuatro clases, contra la religión, contra las costumbres, contra la tranquilidad y contra la seguridad pública o privada" (6). Diferimos en nuestro modo de clasificar los delitos ya que consideramos que todos los delitos van contra las costumbres ya sea religiosa o de tranquilidad, o del tipo que sea, pero siempre contra las costumbres de la buena sociedad ya que todo delito perturba la tranquilidad; aunque también pueden encaminarse los delitos a las costumbres, pero de la delincuencia, aspecto que veremos en el capítulo referente a la reinci-

(5) Ibidem. p.989

(6) Ibidem. p. 988 .

dencia.

7. En algunas ocasiones las penas se derivan de la naturaleza de los delitos o no son bastantes por sí solas para escarmentar al delincuente, o no se pueden imponer. Las penas religiosas por ejemplo, podrán tal vez no ser bastantes para contener a los sacrilegios; entonces sería necesario utilizar las penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, debería ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede frecuentemente; no debe quedar el delito impune. En estos casos y en otros semejantes es necesario imponer otras penas pero procurando siempre apartarse lo menos posible de la analogía que debe haber entre las penas y el delito; regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes (7).

8. Debe guardarse proporción en la imposición de las penas.

9. Uno de los fines más esenciales de las penas, es el ejemplo que con ellas debe darse para que sirva de escarmiento a los que no han delinquido y se abstengan de hacerlo, es por ello que deben ser públicas.

Los castigos secretos prueban, o impotencia y debilidad en

(7) Ibidem. p. 989

el Gobierno, o injusticia y atrocidad en la pena.

10. Es necesario que la pena siga inmediatamente al delito (8). Es muy importante que el delito se mire siempre como causa de la pena, y la pena como efecto del delito. Si se quiere mantener el orden público, es necesario observar con vigilancia a los delincuentes, perseguirlos sin tregua y castigarlos con prontitud.

11. Toda pena debe ser aplicada prontamente (9). Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa. Cualquier reo, mientras no es condenado legítimamente, es acreedor de justicia a todo los miramientos que dicta la humanidad.

Se le debe expulsar por consiguiente, en cuanto sea posible las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la cual se aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vejaciones de la prisión, las que deberían suprimirse por completo, ya que son contrarias al derecho natural y siempre que no fueran necesarias para la seguridad de la persona, o para que no se ocultara

(8) Ibidem. p.p. 994

(9) Ibidem. p. 995

tasen las pruebas del delito.

12. La pena debe ser irremisible (10). No bastaría la prontitud en la pena para poder producir sus mejores efectos si al mismo tiempo no es irremisible, siendo esta otra de las cualidades que debe reunir. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aún cuando las penas sean moderadas. Por el contrario, la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito y hace despreciar aún las más rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad a que es acreedor el reo antes de ser legítimamente convencido, debe convertirse después de su convicción en inflexibilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa.

13. Otra de las cualidades que debe tener la pena para ser útil, es ser necesaria (11). La necesidad de tales o cuales penas únicamente la van a determinar las exigencias de la sociedad. Esto no quiere decir que las penas que no existen en los Códigos o leyes son inútiles o innecesarias, por el contrario,

(10) Idem.

(11) Ibidem. p. 996

podrían llegar a ser más necesarias que las que en el momento actual rigen.

Si no hay leyes fijas o las que existen son oscuras o se encuentran enteramente sin uso, como sucede con la pena de muerte, es preciso tener que recurrir al arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre a esto o ya bien haciendo leyes, declarando las oscuras, y subrogando otras nuevas. Existen muchas de esas penas en nuestra legislación penal, de donde resulta que se dé comúnmente la impunidad de los delitos o que un mismo delito se castigue con diversas penas.

3.2. FUNCIONES DE LA PENA

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días todas las sociedades han poseído un sistema de penas. De carácter privado o público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de carácter humanitario, la pena, con finalidades diferentes, feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y en todos los tiempos. La pena es un hecho universal. Una organización social sin penas que la protejan no es concebible.

La pena es en sí la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal.

Para Constancio Bernaldo de Quiroz la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito (12).

Generalmente se acepta que la pena debe cumplir un fin, sea éste el de penalizar al delincuente, el proteger a la socie

(12) Bernaldo de Quiroz, Constancio. Criminología, p. 322

dad, el garantizar los intereses de la misma, o el intimidar para evitar que se cometan conductas indeseables.

En esta forma, han surgido diversas teorías que tratan de explicar la legitimidad y la finalidad de la pena, que podrían clasificarse así: (13)

a) Absolutas: son las que descansan en la naturaleza intrínseca de la pena cuyo concepto predominante es el de la retribución justa como consecuencia necesaria inseparable del delito (14).

b) Relativas: Son las que no asignan a la pena para un fin de agotamiento en sí misma sino que le dan carácter de instrumento político con fines de reparación y resarcimiento para evitar futuras transgresiones al orden y para reparar los efectos del delito.

c) Intermedias: Como intento conciliatorio estas teorías tratan de conciliar la justicia absoluta con los fines socialmente útiles, (retribución de utilidad al buscar la resocialización del delincuente) (15).

(13) García Mendez, Emilio. La crisis de las penas privativas de libertad. Sistemas supletorios. Congresos 1979

(14) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. La moderna penología. p. 17 y 18

(15) *Ibidem*. p. 21

Así tenemos que tradicionalmente, se han aceptado una o más de las siguientes funciones:

a) LA FUNCION RETRIBUTIVA. Se interpreta como la realización de la justicia mediante la ejecución de la pena, pues se paga al delincuente con un mal por el mal que él previamente hizo (16).

b) FUNCION DE PREVENCION GENERAL. En que la pena actúa como inhibidor, como amenaza de un mal para lograr que los individuos se intimiden y se abstengan de cometer el delito (17).

c) FUNCION DE PREVENCION ESPECIAL. Logrando que el delincuente no reincida, sea porque queda amedrentado, sea porque la pena es de tal naturaleza que lo elimina o invalida o imposibilita para la reiteración en el delito (18).

d) FUNCION SOCIALIZADORA. Es una función independiente, con la que se busca hacer al sujeto socialmente apto para la convivencia en la comunidad (19).

(16) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 20

(17) Ibidem. p. 19

(18) Ibidem. p. 25

(19) Ibidem. p. 26 y 27

A continuación analizaremos más a fondo las funciones enunciadas anteriormente.

3.2.1. FUNCION RETRIBUTIVA

Para esta función la pena es justa retribución del delito proporcionado a la culpabilidad del reo, esta es su esencia íntima (21). La idea de retribución exige que al delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado. La pena será siempre retribución (21).

Resumiendo, se afirma así que la función retributiva implica:

- Restablecer el orden jurídico roto.
- Descalificar la falta de moral.
- Satisfacer la opinión pública y
- Reafirmar la fuerza y autoridad de la norma jurídica.

3.2.2. FUNCION DE PREVENCIÓN GENERAL

Ha sido reconocida desde siempre. La pena debe operar en su doble aspecto de intimidación y ejemplificación (21).

(20) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 17

(21) Rodríguez Manzanera, Luis. La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión. p. 30

(21) Ibidem. p. 28

- Intimidación, en cuanto amedrenta a los potenciales delinquentes.

- Ejemplaridad, en cuanto demuestra que la amenaza de la pena (punibilidad) no es vana.

Lo anterior no implica de manera alguna que la pena debe ser vergonzante espectáculo o feroz amenaza.

3.2.3. FUNCION DE PREVENCIÓN ESPECIAL

Es función primordial en la técnica contemporánea. Crea en el delincuente motivos que por temor a la pena, lo apartan de la comisión de nuevos delitos (intimidación), pero si el culpable es insensible a la intimidación y no es susceptible de reforma, la pena, por razón del peligro que representa, deberá aspirar separarlo de la comunidad social (eliminación). En todos estos casos la pena actúa directamente sobre el delincuente y realiza una función de prevención especial.

3.2.4. FUNCION SOCIALIZADORA

La doctrina moderna ha restringido la tesis de la incorregibilidad, lo que engrandece de manera considerable el campo de aplicación de la pena reformadora como lo prueba el nuevo sentido que inspira el tratamiento de los delincuentes habituales pe

ligeros, hasta cierto punto se han limitado las medidas eliminativas ya que se toma principalmente en cuenta la posibilidad de reeducación y readaptación social del delincuente (22).

3.3. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. SU CONVENIENCIA

El que la pena fuera proporcional al delito fue considerado como principio fundamental entre los penalistas de la escuela clásica del Derecho Penal.

La proporción estribaba en la calidad lo que implicaba que los delitos más graves fueran penados con las penas más graves según correspondiera la culpabilidad del delincuente.

El sentimiento de justicia y de profundo arraigo en la conciencia popular exige penas severas para los delitos atroces y más suaves para los delitos de menor gravedad. Por otro lado, conminar e imponer igual pena a delitos de gravedad distinta incitaría, a cometer los más graves, señalar la misma para todos los hechos delictivos, sólo sería eficaz para contener los pequeños delitos. Es por ello que dentro de cualquier sistema penal no se debe descuidar la idea de proporción entre el delito y pena.

(22) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 23

Pero la proporcionalidad entre delito y pena sólo es concebible cuando ésta se inspira en un sentido meramente retributivo, sin olvidar que con frecuencia, puede y debe aspirar a la reincorporación social del penado, o si fuere necesario, a su segregación de la vida comunitaria. Teniendo que cuando se aplica con carácter de tratamiento reformador o con finalidad asegurativa contra sujetos inadaptables, debe corresponder a la personalidad del delincuente, debe individualizarse.

Debemos entender que individualizar consiste, esencialmente, en investigar en cada caso como un determinado hombre ha podido llegar a la comisión de su delito.

El maestro Rafael de Pina Vara nos da un concepto de lo que es la individualización de la pena teniendo que: Es la adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiares del delincuente.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 52 dispone que en la aplicación de las sanciones penales se tenga en cuenta: 1) la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2) la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones

económicas; 3) las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, moda y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad; 4) tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 213 del citado código (23).

Así tenemos que al individualizar la pena se estaría estableciendo un tratamiento de la antisocialidad que se ha manifestado en el acto delictivo y del que la infracción realizada es paralelamente síntoma y medida.

Por consiguiente y como conclusión tenemos que cuando la pena haya de corresponder de modo primordial a la personalidad del delincuente las bases principales que establecen la relación entre ambas son:

-La pena deberá estar en relación con el delincuente y adaptarse a sus condiciones personales, esto sería una verdade-

(23) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. p. 299 y 300

ra individualización penal (24).

- La apreciación de la infracción realizada que puede ser reveladora de la personalidad de su autor debiéndose tomar en consideración la clase de norma violada; un delito contra las personas, un delito sexual manifiestan generalmente una personalidad peligrosa (25). Las circunstancias que revelan el grado de culpabilidad del delincuente, las que en el hecho concurren y tengan relación con la peligrosidad del sujeto, por ejemplo el empleo de medios que den una idea de las aptitudes para la ejecución de delitos, los móviles del hecho delictuoso, así como los resultados más o menos dañosos.

- El conocimiento y valoración de las condiciones biológicas, psíquicas y sociales del agente; es indispensable saber ante qué tipo de delincuente se está, ya sea un delincuente primario, ya un habitual, o reincidente, un loco o anormal mental etc...

Todos estos elementos de carácter personal deberán ser estimados para la determinación de la pena o la medida a imponer.

La idea de individualización penal sólo es aplicable como

(24) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 31

(25) Ibidem. p. 30

tratamiento encaminado a la reeducación, o como medio de protección social contra individuos inadaptables.

A manera de resumen diremos que toda individualización de la pena deberá pasar por diversos momentos que podrán determinar su afectividad teniendo como primer momento el legislativo (26) que se encargará de establecer las clases de penas, el legislador a su vez, podrá estimar el grado de culpabilidad del delincuente, valorará los móviles, móviles que le llevarán a revelar la personalidad del agente, establecerá diversas penas para determinadas infracciones; penas que alternativamente podrán ser impuestas al arbitrio del juzgador, quien podrá imponer la más adecuada atendiendo a la personalidad del sujeto, realizando de esta manera una labor individualizadora.

Como segundo momento, más importante que el primero es la individualización realizada por el juez (27), a quien actualmente para cumplir con este tipo de funciones le es necesario: tener una especial preparación criminológica; deberán poseer conocimientos de las ciencias de la personalidad (psicológicas y sociológicas); ya que han de efectuar valoraciones de carácter personal; y por otro lado que antes del juicio el juez, dispon-

(26) Cuello Calón, Eugenio. Op. cit. p. 36

(27) Idem.

ga de informes debidamente controlados sobre la personalidad biopsíquica y social del delincuente. Esta exigencia presupone el examen biológico, psicológico y el conocimiento del medio social en que ha vivido el delincuente.

La última y más importante fase de la individualización de la pena es sin lugar a dudas la fase penitenciaria que tiene lugar durante el tratamiento a que es sometido el condenado (28). La observación es el elemento básico de la individualización ya que permite conocer el tratamiento más conveniente para la readaptación social, las posibilidades de su resocialización y la manera de reaccionar al tratamiento.

La observación consistirá en un examen médico-psicológico y social.

(28) Ibidem. p. 45

3.4. LA PENA DE MUERTE EN EL ARTICULO 22 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La finalidad de este apartado estriba en apuntar que son necesarias algunas medidas de reforma del articulo 22 Constitucional, especificamente en su tercer párrafo cuando se refiere a la aplicación de la Pena Capital.

El mencionado articulo señala los casos en que la pena de muerte es factible de aplicar, y sobre todo se refiere al homicidio cometido con alevosia, premeditación y ventaja.

No cabe duda que la gravedad de tales ilícitos, y la peligrosidad que revela quien los comete, llevó al constituyente a permitir la aplicación de la pena capital.

El párrafo tercero en estudio, ha quedado a la zaga con las reformas operadas en las legislaciones de las Entidades Federativas de nuestro país, ya que en ellas se contemplan como calificativas, no solamente las mencionadas por el articulo en comentario, sino las de traición (29) y brutal ferocidad (30).

(29) Código Penal para el Distrito Federal, Artículo 319

(30) Por ejemplo, Código Penal para el Edo. de México, Artículo 251, Cap. IV, p. 114

Además existe una tendencia a entregar sustantividad propia a algunas agravantes que se encuentran incorporadas a las denominadas presunciones de premeditación, como son la retribución dada o prometida, el homicidio por tormento o por motivación depravada. En este orden de ideas, las calificativas contempladas en tales legislaciones estatales que refieren la misma o mayor peligrosidad que las señaladas en el artículo 22 Constitucional, dejan fuera la posibilidad de que la pena capital pudiere aplicarse en tales casos.

Podemos señalar como conclusión, por lo tanto, que el artículo 22 Constitucional únicamente autoriza la aplicación de la pena de muerte cuando el homicidio se comete con premeditación, alevosía y ventaja; pero deja fuera la aplicación de dicha pena, en los casos en que la conducta homicida -incluyendo aquí el parricidio-, lleva insita cualquier otra de las calificativas que hemos señalado como sería traición, la brutal ferocidad, la retribución dada o permitida, el tormento o los motivos depravados-, aquí estaríamos relacionando con la violación.

Esta inadecuación del precepto constitucional con las legislaciones de los Estados nos lleva a proponer la actualización de tal ordenamiento, para que la pena de muerte se autorice en los casos de homicidio calificado y quizás ante la violación y el parricidio, con independencia de señalar la o las calificati-

vas que deben operar.

Nuestra verdadera intención sería que la pena de muerte se pusiera en práctica y ya no tan sólo adecuar el artículo 22 Constitucional a la realidad legislativa del Código Penal del Distrito Federal y de las demás Entidades Federativas, porque ante todo, entre dichas normas debe haber congruencia que es sinónimo de justicia.

Asimismo, cabría preguntarnos si es factible, adecuado y sobre todo, justo, mantener la aplicación de esta pena, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, y al pirata. No sería más lógico contemplar en lugar de estos, al violador o al reincidente, ante delitos graves.

Conforme a la redacción del Ordenamiento en estudio, parece que el incendiario es un delincuente cuya temibilidad es comparable al del homicida calificado, entonces, ¿no es tanto o más temible un violador?. Además, el incendio ¿es delito o una forma de comisión?

Si consideramos esta última hipótesis cierta, el artículo también debe sufrir una reforma, eliminando al incendiario como posible agente destinatario de la pena capital.

Por último, ¿es adecuada esta sanción tan polémica en nuestra época, para el plagiarío, el salteador de caminos y el pirata?

Discutible es respecto al secuestro, aunque no en todas las hipótesis que contemplan los Códigos Penales; pero en relación con el asalto y la piratería, no estamos de acuerdo, ya que en el primero salvo el asalto tumultuario a una población, no revela en el agente temibilidad de gran dimensión, y por su parte es la piratería un delito que además de haber caído en desuso, no amerita la consagración de tan relevante sanción.

En conclusión proponemos que el párrafo tercero del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se redacte en la forma siguiente: Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse en los casos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio calificado, violación y delitos graves del orden militar.

3.5. FORMAS Y CASOS EN LO QUE DEBERIA APLICARSE EN LA PRACTICA LA PENA DE MUERTE

El tema de la pena capital dolorosamente actual, y digno de ser replanteado, representa dentro de la más moderna técnica, la ventaja que trae consigo la eliminación total del delincuente.

Es necesario, sin lugar a dudas, llevar a cabo una selección natural en nuestra sociedad, debido a que todos los días, a toda hora, nos vemos amenazados y ya no sólo nosotros, sino nuestros seres queridos, ante la incertidumbre de ser atacados por un verdadero delincuente que por cualquier motivo no se detiene para perpetrar su osadía, ya sea matando, violando, etc.

Otra razón que hace justificable y necesaria la aplicación de la pena de muerte en México, es debido a las innegables ventajas que ésta conlleva, según vimos ya en capítulo anterior.

Es imprescindible esta pena, mientras la sociedad no tenga otro medio de protección eficaz contra los que de una u otra forma pretenden perturbar la paz común o destruirla por completo.

Ahora bien, partiendo de que ella es necesaria, pasemos a establecer bajo qué formas y los posibles casos en los que podría aplicarse.

La imaginación en materia de aplicación de la pena capital carece de límites, ya que las formas de matar son casi infinitas. De esta manera, los criminales en tiempos pasados llegaron a morir enroscados, quemados, enterrados, aplastados, arrastrados, devorados, cortados, despellejados, ahogados, y de muchas otras maneras, incluyendo, por supuesto, el drama divino de la crucifixión.

En los pueblos primitivos, las formas de ejecución eran simples, ya sea que se ahorcara, se apalara, se depeñara, o se ahogara, por lo que se infiere que es la civilización la responsable de que surgieran métodos más diversos o sofisticados para aplicar la pena capital.

A manera de ejemplo, y debido a que un estudio amplio rebasaría la intención de este trabajo, podríamos citar algunas de las formas antiguas de ejecución, entre las que mencionaremos:

- a) Apaleamiento. Venía a ser cualquier muerte causada por los golpes de un palo.
- b) Enterramiento. Se acostumbraba a enterrar al condenado con una piel de animal o con un cadáver, para que fuera devorado por los gusanos.
- c) Despeñamiento. Consistía en arrojar al reo desde un lugar alto para que se estrellara y muriera.

- d) La hoguera. El hecho de quemar al reo tenía un profundo contenido religioso, y se utilizó para castigar delitos como el sacrilegio (31).
- e) Lapidamiento. Consistente en lanzar piedras contra el criminal hasta causarle la muerte.
- f) Culleus. Se azotaba al condenado, se le cubría la cabeza con una piel de lobo, se le calzaba con zapatos de madera y era encerrado con un perro, un mono, un gallo y una víbora, para luego lanzarlo al mar.
- g) Descuartizamiento. Consistía en que con caballos se lograba desmembrar al criminal, lo cual podía hacerse con un hacha.
- h) Crucifixión. Según parece, el latín "crux" significa tortura, y "cruciare" atormentar. Este era un método muy usado por los romanos, en el que el reo moría desangrado si había sido clavado, o por asfixia si sólo se le había amarrado.

Y así podríamos mencionar otros tantos, como el ahogamiento, el arrastramiento, la rueda, etc.

En lo que respecta a las formas de ejecución usadas en la actualidad, sobresalen por ser las más comunes:

- a) Cámara de Gas. Es el último invento científico para ejecutar, y en él se utiliza gas cianhídrico (HCN).

(31) Rodríguez, Op. cit. p. 12-13

- b) Silla eléctrica. Consiste en aplicar dos electrodos al reo y descargar una corriente de 2 000 voltios que hacen hervir la sangre y asan materialmente al sujeto.
- c) El Garrote. Consiste en atar una cuerda al cuello del sentenciado, luego se introduce el bastón o garrote por la espalda y simplemente se dan vueltas hasta estrangularlo.
- d) El fusilamiento. Es la forma de ejecución más usada en el mundo y se introduce la muerte por una descarga de armas de fuego.
- e) La Horca. Consistente en la suspensión del cuerpo al jalar la cuerda (estrangulamiento), y dejar caer al sujeto previamente amarrado al cuello.
- f) La Guillotina. Es una caja afilada como una gran cuchilla de forma triangular y de gran peso, la cual cae violentamente sobre la cabeza, o mejor dicho, sobre el cuello del ejecutado (32).
- g) Decapitación. Es la pérdida de la cabeza, como última pena, lo que le da a ésta el nombre de pena capital (33).

¿Cuál de todas éstas sería la más eficaz para ponerla en práctica en nuestro país?

Podríamos proponer como las más rápidas y eficaces a la cámara

(32) Rodríguez Manzanera, L. Op. cit. p. 13

(33) Del latín Capitis y la desin. adjetival al.

de gas o bien a la silla eléctrica.

Entremos ahora al tema que por sí mismo es más difícil de analizar, y es el de determinar la quiénes debe aplicarse?

Sin lugar a dudas, se puede afirmar de manera tajante que la última pena debe aplicarse fundamentalmente a aquéllos que determina la Constitución en su artículo 22, sin embargo, es aquí donde entra nuestro particular punto de vista. Sería muy conveniente que aparte de los ya encuadrados se tomaran en cuenta a los violadores, y sobre todo, a los reincidentes de delitos como éste último y a los reincidentes en homicidios calificados y en parricidio.

Es consecuencia lógica el preguntar ¿por qué este tipo concreto de delitos?, pues porque con certeza son los mayores delitos que en la actualidad agobian a la sociedad. Porque no se pueden seguir tolerando a los delincuentes que deambulan libremente por las calles, con la única intención de visualizar a su presa para entonces atacar. Cabe aclarar que se habla aquí de una presa, ya que no puede considerársele más que como seres acechados por entes irracionales, atávicos y primitivos, manejando a su antojo su propio y particular concepto de justicia. Pero no hay que olvidar que la justicia es sólo una y es aquella que da a cada cual lo que se merece.

El homicida, el parricida y el violador son conceptos y sujetos a los que debemos desterrar de la sociedad y quizás algún día, hasta de los vocabularios jurídicos... ¿Cuándo?, el día en que se aplique efectivamente la pena de muerte.

Pasaremos finalmente a estudiar de manera breve los casos en lo que debería aplicarse en la práctica la pena de muerte.

Como ya hemos analizado, en el artículo 22 Constitucional, se expresan en forma limitativa, los casos en que puede aplicarse la pena capital. Definitivamente se trata de delitos esencialmente graves y que en todas las épocas, se han considerado como lesivos de los más importantes bienes sociales o individuales, de tal manera que para que estos delitos sean catalogados como acreedores de la pena de muerte se hace indispensable tomar en consideración algunos de los factores de mayor relevancia que se dan ya sea en el homicidio calificado, ya en la violación, que, aunque no está contemplado este delito en la Constitución a nuestro parecer es también uno de los delitos de mayor repugnancia, de una total reincidencia en el mismo y que debería estar consagrado en la Carta Magna, o ya bien en el parricidio que es también uno de los delitos de mayor rechazo en la sociedad.

HOMICIDIO CALIFICADO

El artículo 315 del Código Penal para el Distrito Federal señala lo siguiente: "... se entiende que el homicidio es calificado cuando se comete con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición..."

Y en su artículo 320 del citado Código señala la penalidad aplicable al autor de un homicidio calificado, que es de 20 a 40 años de prisión, pero ¿qué acaso no son demasiadas agravantes para tan benévola pena? y ya no hablemos de lenidad en la aplicación de la ley, sino de los problemas que trae consigo un encierro tan prolongado.

El artículo 302 del Código Penal mexicano establece que la conducta típica del homicidio es privar de la vida. La fórmula legal impide que surjan las polémicas en torno a la expresión matar, que ha sido empleada en otras legislaciones, esto es, en el sentido de determinar si el tipo y su realización debe considerarse causal o finalísticamente concebido (34). En todo, resuelve el texto del artículo 9 del mismo Código que a la letra dice: "Obra intencionalmente el que, conociendo

(34) Palacios Vargas, J. Ramón. Delitos VS la vida y la integridad corporal. p.p. 15

las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia " .

En resumen y de manera práctica expondremos las principales causas por las que en la práctica se debería aplicar la pena de muerte al autor del homicidio calificado.

1. Por encontrarse regulado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Porque la premeditación, alevosía, ventaja o traición son agravantes precisamente de la pena.
3. No sería necesaria la concurrencia de todas las agravantes para aplicarla; siempre y cuando existiera la reincidencia requerida por nuestro particular punto de vista.
4. Porque desde cualquier ángulo que se le viera resulta

ser preferible -incluso para el delincuente- la pena de muerte a estar condenado hasta por 40 años.

5. Aplicando la pena de muerte al autor de un homicidio calificado estaríamos realizando una selección natural, que es muy necesaria en nuestra sociedad, por último tenemos que;

6. La ya conocida, Universidad del crimen como la llaman a la prisión, dejaría de dar albergue a los verdaderos catodrícticos especializados en el mundo del delito.

PARRICIDIO

La muerte de los ascendientes cometida por sus descendientes, doctrinalmente es constitutiva de un homicidio calificado y por lo tanto agravado de penalidad, esto se da tomando en cuenta los nexos de parentesco existentes entre la víctima y el victimario (35).

El Código Penal Mexicano reglamenta el parricidio como un delito sui generis, debiéndose tomar en cuenta la verdadera naturaleza doctrinaria, porque la tipificación legal del delito produce efectos exclusivamente en la aplicación de una pena especial distinta a la del homicidio genérico. Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier

(35) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano.
p.p. 95

otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco (artículo 323 del Código Penal para el D.F.) .

El principal elemento del parricidio es el homicidio, es decir, la privación de la vida ajena, y para su comprobación serán aplicables las disposiciones generales del homicidio.

Por lo que respecta a la penalidad aplicable al parricidio tenemos que: "al que cometa el delito de parricidio se le aplicarán de trece a cuarenta años de prisión (artículo 324 del Código Penal para el D.F.) .

Las reformas al citado código en 1954 giraron en torno al incremento de la penalidad del parricidio: aumentando en su máximo y en su mínimo la pena, ya que originalmente era de 20 a 30 años de prisión.

Esta penalidad, sustitutiva de la de muerte del antiguo Código de 1871, se dio como causa de que se pensaba era muy elevada y actualmente en su máximo se pueden aplicar cuarenta años por

la comisión de un delito. Sin embargo, la severidad legal incluso de la pena de muerte, se justifica debido a que la muerte causada al padre, la madre o los abuelos, es el sintoma externo, totalmente certero de una grave y monstruosa antisociabilidad; de tal manera que el parricida, falto de conciencia para con la sociedad y para con el núcleo de esta como lo es la familia, definitivamente será un fácil transgresor de las otras normas de convivencia, es debido a ello que la historia de la penalidad del parricidio, salvo casos excepcionales, se reduce a la sanción más grave en cada época y país, como quedó asentado en los antecedentes.

Retomando lo anterior, si siempre se aplicara la máxima pena al parricida, de los cuarenta años de prisión ¿serían suficientes? ¿No acaso la máxima pena para este tipo de delincuentes la establece la Constitución en su artículo 227, a este respecto sería conveniente aplicar la discrecionalidad del juez y cuáles serían esos factores que habría que tomar en cuenta para decidir entre una y otra pena, pues las de que el parricidio pudo haberse cometido con premeditación, alevosía, ventaja, o cualquier otra de las calificativas del homicidio -recordemos que doctrinalmente el parricidio es constitutivo de un homicidio calificado-; o igualmente puede coincidir con las supuestas for -

mas de atenuación de este delito y pudo haberse dado en riña, en duelo e infidelidad, de tal modo que estas circunstancias que en el homicidio son agravadoras o atenuadoras de penalidad deberían ser tomadas en cuenta por el juez, no para aumentar o disminuir los términos de trece a cuarenta años de prisión, si no para normar su arbitrio en la fijación de la pena conforme al artículo 52 del Código Penal porque el parricidio dada su penalidad especial no es calificable ni atenuable.

Para concluir, las causas por las que en la práctica se debería aplicar la pena de muerte al parricida son:

1. Por estar regulado en la Constitución como delito que merece pena capital.
2. Por ser uno de los delitos de mayor repulsa dentro de la sociedad.
3. Sería inadmisibles la reincidencia ante esta figura.
4. Por ser el parricidio un delito que no es calificable ni atenuable, todo lo contrario agravable de la penalidad.
5. Porque el parricida constituye un inminente peligro para la sociedad.

VIOLACION

No se puede negar que la función sexual ocupa una parte

importantísima en la existencia del individuo, así como en la vida de los agregados sociales.

En relación a una función tan importante; correspondientemente a la necesidad de la conservación social en el tiempo y en el espacio es natural que ciertas acciones sean reconocidas como dañosas y como tales vedadas bajo la amenaza de una pena, la cual mediante la representación mental de los males que de la misma y del acto prohibido pueden derivarse, sean el obstáculo para su repetición.

Considerando las modalidades del instinto sexual, reconociendo la existencia de la sexualidad, la categoría fisiológica del deseo, hay acciones moral y jurídicamente ilícitas, tal es el delito de violación, el cual considerado como una satisfacción violenta o abusiva de la libidine, viene a consistir en un ataque a las normas por las cuales se debe desenvolver la vida de relación de los sexos (36).

Como es de nuestro conocimiento la violación constituye el más grave de los delitos sexuales, debido a que además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la segu -

(36) González de la Vega. Op. cit. p. 380

ridad, la libertad personal, la tranquilidad psíquica, la vida de los pacientes o la integridad corporal.

Por otro lado tenemos que la historia legislativa del delito de violación propiamente dicha, revela que sus sanciones se han caracterizado por su rigor, caso contrario de lo que sucede en la actualidad al ser demasiado blandas las sanciones aplicadas al delito en estudio. Así en el Derecho Romano no se estableció una categoría diferenciada para la violación, castígandola como especie de los entonces llamados delitos de coacción y, a veces de injuria. Según Mommsen (37), representaba el poder y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona en un momento determinado obliga físicamente a otra a que deje de realizar un acto contra su propia voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción.

Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con la pena capital el *stuprum violentum*.

La Ley Julia también reservaba la pena de muerte para delitos de tal naturaleza (38).

(37) Citado por González de la Vega. Op. cit. p.p. 381

(38) *Idem*.

En el Derecho Canónico dentro de sus penalidades aplicables para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación debido a que la violación se reprimía por los tribunales laicos con la pena de muerte (39).

Por desgracia en los Códigos Penales modernos se ha abandonado la pena de muerte para los casos de violación, aunque dentro de los delitos sexuales; ni siquiera se ha dado el caso de extremar las sanciones mediante agravaciones especiales como podría ser la reincidencia ante tal delito; o ya cuando coinciden otros elementos delictuosos como pueden ser las lesiones, el homicidio, contagio venéreo, incesto y asalto.

En decreto del 12 de diciembre de 1966 publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 1967 (40); se establecieron agravaciones de la penalidad del delito de violación teniendo primeramente que: a) cuando la violación fuera cometida con intervención directa e inmediata de dos o más personas; b) cuando la violación fuere cometida por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquél, por el tutor en contra de su pupilo o por el padastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro; c) cuando la violación sea cometida por quien desempeñe un cargo o empleo pú -

(39) Ibidem. p. 382

(40) Diario Oficial, diciembre de 1966

blico o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen.

Tenemos entonces que en cuanto a la comisión del delito por varios partícipes directos e inmediatos, la agravación de la pena se establece por la mayor indefensión en que queda la víctima, que ante el ataque plural, difícilmente puede defenderse. Por el otro lado, la violación incestuosa o por el padastro o amasio de la madre del ofendido, es por desgracia, caso ligado frecuentemente con los dramas de la promiscuidad en familias que viven por su miseria, aglomerados en pequeños tugurios.

Como conclusión nos encontramos que ni aun estas agravantes desde nuestro punto de vista, resultan lo suficientemente retributivas para castigar tan denigrante y funesto delito como lo es en nuestros días la violación.

Por último, y de una manera breve haremos la consideración por lo cual debería aplicarse la pena de muerte al delito de violación .

1. Aunque no es un delito que se encuentre regulado por la Constitución Política como merecedor de la pena de muerte, tal ilícito debería de ser catalogado así ya que transgrede las ba-

rreras de lo tolerable dentro de un marco jurídico.

2. Debería aplicarse la pena de muerte al violador, en particular al reincidente en este ilícito, ya que el violador en potencia que es el que anda suelto por las calles constituye un grave peligro para la sociedad.

3. La sociedad clama por la eliminación total de estos delincuentes.

4. Considerado como el más grave de los delitos sexuales es necesario erradicarlo. ¿Cómo? eliminando a los delincuentes que en él incurrir; así como también es necesario realizar dentro de la sociedad una verdadera eugenesia total para evitar la propagación de los mismos.

5. Quisiéramos en este último punto preguntar al honorable jurado con el debido respeto que nos merecen. ¿Qué castigo pedirían o exigirían para alguien que cometió tal delito con alguno de sus familiares, ya fuera la esposa, la hija o incluso la misma madre?

3.6. ¿ POR QUE ES VALIDA LA APLICACION DE LA PENNA DE MUERTE?

Es importante hacer notar un aspecto muy relevante y que desde el inicio de este trabajo se ha pretendido dejar plenamente claro, y es el hecho de que aquí se intentan defender como premisas fundamentales, la justicia, la legitimidad y la conveniencia de la pena capital, no obstante, jamás de asumirá la postura errónea de que ésta sea aplicada de una manera disparatada, indiscriminada y tajante, o bien que se aplique de cualquier manera pero que se aplique.

Es por ello que de manera breve y concisa, se persigue destacar en el presente apartado, las condiciones más favorables para la aplicación de la pena última, como son, a quiénes y de qué manera debería aplicarse.

Primeramente se explicará el por qué se considera válida: Es válida porque se encuentra regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 22, párrafo tercero que a continuación se transcribe: "Queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagario, al salteador de

caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar ".

En México, la pena de muerte ha sido abolida al desaparecer de los Códigos Penales de los Estados, sin embargo, como podemos apreciar, la Constitución Política conserva los casos en los que podría imponerse, abriendo así la posibilidad para que cualquier Estado pueda reimplantarla.

3.7. CRISIS ACTUAL DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Sería injusto pensar que todo el mal reside en la prisión la realidad es que toda la justicia penal está en crisis (41).

Nos encontramos sufriendo una inflación legislativa sin precedentes, con códigos que no son represivos ni preventivos, con gran saturación de los tribunales, con defectos de selección y preparación en el personal de administración y con negras manchas de corrupción.

Lo más grave del caso es que no solamente el delincuente empedernido, el perverso o el depravado, el peligroso antisocial va a prisión, sino también el ocasional, el imprudencial llegan a ella.

Nos abrumba inminentemente un doble problema, por una parte la necesidad de abolir la pena de prisión para ciertos delitos como ya mencionábamos, entre otros que podrían ser el homicidio calificado, la violación o el parricidio, y por la otra, el imperativo de encontrar cómo sustituirla. Es imperativo entonces, traer a escena una nueva pena que a la larga resulte benéfica para la sociedad.

(41) Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis. La descriminalización, p. 153

El objetivo primordial es reemplazar por medio del substitutivo conveniente a aquellas penas de privación de libertad que son aplicadas para ciertos delitos que no merecen la más mínima de las consideraciones y que sin embargo arrancan al individuo de la sociedad por algún tiempo, pero únicamente para devolverlo a ella más corrupto e inclinado a la vida criminal (42).

Será acaso que la prisión tenga que subsistir como un "mal necesario" teniendo que adoptar varias vías de solución como podrían ser:

- a) la diversificación de las formas de prisión
- b) la substitución de la prisión por medida (s) de seguridad.
- c) la transformación de la prisión de lugar de castigo en institución de tratamiento.

Podríamos concluir con Fishman: "tal como se encuentran al presente las cárceles (hablando en general), son gigantescos crisoles del crimen. A su interior se arroja, sin orden ni concierto, al viejo, al joven, al culpable, al inocente, al enfermo, al sano, al empedernido y, al escrupuloso; allí quedan para ser mezclados con los subsiguientes ingredientes de mugre, pla-

(42) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho penitenciario. p. 558

gas, frío, oscuridad, aire fétido, sobrepoblación y mal servicio de cañerías; y todo ello se cuece hasta el punto de ebullición a través del fuego de la más completa ociosidad" (43).

(43) Citado por Rodríguez Manzanera, Luis. La crisis, p. 99

CAPITULO IV

LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD COMO AGRAVANTES DE LA PENA

4.1. CONCEPTO DE REINCIDENCIA, REINCIDENTE Y CAUSAS QUE ORIGINAN LA REINCIDENCIA

La reincidencia es una de las instituciones más antiguas del derecho en general, por tal motivo se hace imprescindible, constructivo y preventivo el conocer las debilidades y tendencias malévolas, perversas y peligrosas del individuo.

Como es de nuestro conocimiento, la reincidencia como circunstancia agravante del delito, que imprime a la acción un específico disvalor, ha de motivar por naturaleza, una medida repressiva, un aumento de pena ligado al segundo delito y esto no ocurre en nuestro derecho positivo.

¿Qué es en sí la reincidencia? Estos son algunos conceptos que se han dado:

La etimología de la palabra reincidir proviene del latín "reincidere" y "recidere" (1), que significa repetición, caer de nuevo, volver por el mismo camino.

Para el maestro de Pina Vara, la reincidencia es: "la comisión de un delito igual o de la misma especie después del cumplimiento total o parcial o de la remisión de la pena im-

(1) Aquiles Horacio. Vocabulario jurídico. p.p. 475

puesta por otro anteriormente cometido, supuesto que desde el cumplimiento o remisión de la pena anterior hasta la comisión del nuevo delito no haya transcurrido cierto tiempo que haga parecer como rota la relación jurídico-penal entre ambos actos (2).

La reincidencia puede ser definida como la recaída en el delito por parte de un sujeto procedentemente condenado con sentencia penal, irrevocable por otro u otros delitos. Su significado técnico difiere así notablemente del sentido etimológico -de recidire volver a incidir, recaer- y vulgar del vocablo, pues se añade la exigencia importantísima de una sentencia penal firme de condena interpuesta entre las varias infracciones. Para mayor precisión del concepto propuesto, convendría resaltar cada uno de los términos que la componen:

- Es por su esencia una recaída, por ende, una actividad, conducta cualificada por la situación individual que antecede a la misma, consecuentemente, puede entenderse como situación o cualidad personal del reo. aunque la reincidencia según la ley no es una situación del sujeto, pese a la personalización de las circunstancias, sino la recaída en el delito por parte de un sujeto en una determinada situación, si po

(2) De Pina Vara, Rafael. Op. cit. p. 423

driamos decir que ser reiterante o reincidente, personaliza la circunstancia en una categoría especial de delincuentes (3).

- La estimativa de dicha situación personal es imprescindible como supuesto necesario, cualificante de tal actividad.

- Tanto la caída como la recaída, han de ser en delito, no en falta o infracción de carácter no penal.

- El primero de dichos delitos debe haberse realizado y jurídicamente declarado mediante sentencia firme de condena, antes de comenzar a ejecutarse la segunda violación penal.

A continuación haremos una transcripción de los artículos 20 a 23 del Código Penal para el Distrito Federal, con respecto a lo que para la ley es la reincidencia.

Artículo 20: "Hay reincidencia, siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o del indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La

(3) Del Rosal, Sobre reincidencia. p.p. 177

condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga ese carácter en este Código o leyes especiales" .

Hay que tomar en cuenta que la ley hace una marcada diferencia entre reincidencia y habitualidad, ya que en este Artículo no hace referencia a esta última, sólo menciona la comisión de un nuevo delito, esto es, no importando si fue o no igual al último cometido (posteriormente veremos lo que es la habitualidad); para corroborar lo anterior el siguiente Artículo señala:

Artículo 21: "Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa será considerado como delincuente habitual; siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años" .

He aquí lo que se comentaba anteriormente, la habitualidad a ser, precisamente, la comisión reiterante de un mismo delito, por consiguiente la reincidencia va a dar lugar a la habitualidad. Es requisito indispensable que para declarar la

habitualidad en la comisión de los delitos se den en un plazo no mayor de diez años, y hasta por tres ocasiones.

Artículo 22: " En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable" .

Esto es que se presume la reincidencia, o habitualidad en su caso, aunque en ninguno de los delitos se haya consumado, así también se trate únicamente de cómplices; recordemos aquel principio que reza -el desconocimiento de las leyes no exime de su cumplimiento-.

Para finalizar, el Código Penal para el Distrito federal en su Artículo 23 señala que: "No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente" .

Sería injusto también que se le atribuyera reincidencia a aquel sujeto que puede haber sido un simple presunto respon

sable y ante la comisión de un delito igual al que se le acusó con anterioridad se le calificará como tal; y que decir de lo que opina Quiroz Cuarón al argumentar que existen delincuentes reincidentes porque los Códigos Penales así lo señalan. Este es un aspecto jurídico y formal. Al criminólogo le preocupa la conducta criminal, contemplada desde el punto de vista del titular de esa conducta criminal, vista desde el ángulo de la peligrosidad social y criminal (4).

Así también existe la llamada reincidencia criminal (criminella), reincidencia consistente en que un individuo que ha sufrido ya una condena penal criminal, cometa una nueva infracción por la que también deba sufrir pena criminal (5).

Asimismo, la concepción de reincidencia legal (legale), es la reincidencia que la ley toma en consideración para agravar las penas o como causa de confinamiento (6).

En el terreno práctico tiene la reincidencia enorme importancia, no únicamente por la frecuencia con que surge en todas partes, sino principalmente, por las trascendentales

(4) Quiroz Cuarón, Alfonso. Concepto de reincidencia y sus aspectos estadísticos. p. 25

(5) Aquiles, Horacio. Op. cit. p.p. 476

(6) Ibidem. p. 477

consecuencias que derivan de ella. Por una parte, para el reincidente mismo, se ve agravada su sanción y pierde así la posibilidad de acogerse a ciertos beneficios penales, y por otra, por su intrínseca significación de fracaso de la ciencia penal, y de la pena, -si ésta, aún concebida como retribución, ha de cumplir funciones de carácter preventivo-; aparte de que la reincidencia es la base formal de algunos ordenamientos, con la habitualidad y profesionalidad delictivas.

Si la ciencia penal, en su más amplio sentido, tiene como finalidad, no sólo la terapéutica sino también la profilaxis criminal; y si las normas penales tienden, entre otras cosas, a impedir mediante la amenaza de la pena, la ejecución de determinados hechos ilícitos, y evitar mediante la imposición de penas y aplicación de las mismas la repetición de tales hechos; entonces, frente al fenómeno de la reincidencia hay que reconocer que dichas normas han fracasado en su función.

El reincidente, como se sabe, muestra con su conducta, el desprecio tanto a la ley como al magistrado, lo que podría significar en determinadas condiciones, una disposición congénita o adquirida hacia el delito. Pero ni aún aceptando como principio general esa apreciación, cabe desvirtuar el hecho de que la reincidencia manifiesta, además, el fracaso parcial del sistema penitenciario, y la insuficiencia o inadecuación

del tratamiento penal anteriormente impuesto.

Dicho tratamiento o elección de los medios adecuados para evitar o reprimir la reincidencia, deberá apoyarse en uno u otro de los instrumentos con que cuenta el Derecho penal; pena o medida de seguridad, aparte de su correcta selección y aplicación.

Y que mejor propuesta ante la reincidencia, que la pena de muerte; fundamentalmente en aquellos delitos considerados de extrema gravedad para el criterio de un juez; de esta manera él tendría la discrecionalidad.

La importancia que reviste tal elección es indudable, puesto que actualmente el empleo de medios inadecuados de lucha contra la reincidencia -como ha quedado comprobado que lo son el tratamiento preventivo, represivo o mixto- significaría probables recaídas futuras del delincuente, y el peligro latente, por tanto, de que éste se convierta en delincuente habitual o profesional, con los efectos subsiguientes que pueden derivarse para la misma sociedad. Con la aplicación de la pena capital, los anteriores aspectos serían evitables.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, es entonces posible establecer algunas observaciones que darían una idea más

clara del porqué la prisión, en su realidad y sus efectos visibles se le ha considerado como el gran fracaso de la justicia penal.

Las prisiones, a diferencia de lo que se cree, no disminuyen la delincuencia, ya que a pesar de su proliferación, la cantidad de delitos y de delincuentes se mantiene estable, o lo que es peor, aumenta.

Pareciera entonces que la detención provoca la reincidencia, debido a que después de haber dejado la prisión se tiene más probabilidades de volver a ella, porque en vez de devolver la libertad a unos individuos corregidos, enjambra en la población unos delincuentes peligrosos. Lo anterior se podría afirmar por el tipo de existencia que la prisión ofrece a los detenidos: pues ya sea que se les aisle en celdas, o se les imponga un trabajo inútil para el cual no encontrarán empleo, es de cualquier manera, no pensar en el hombre en sociedad. Es crear una existencia inútil y peligrosa.

La prisión fabrica entonces delincuentes, al imponer a los detenidos coacciones violentas, pues como está destinada a aplicar las leyes, todo su funcionamiento se basa en el abuso de poder. El sentimiento de la injusticia que un preso experimenta, es una de las causas que más pueden volver indoma-

ble su carácter, cayendo así, en un estado habitual de cólera contra todo lo que lo rodea; ve sólo verdugos en los agentes de la autoridad, por lo que acusan la propia justicia.

Por lo que la prisión fabrica indirectamente delincuentes, al hacer caer en la miseria a la familia del detenido. La misma sentencia que encarcela al jefe de familia, reduce a la madre a la indigencia, a los hijos al abandono y la familia entera se dedica a la vagancia y mendicidad. Siendo este aspecto determinante porque amenaza a que la delincuencia se perpetúe.

La reincidencia ha sido generalmente considerada por el Derecho, como un acontecimiento en sí mismo capaz de fundamentar una consecuencia jurídica: el aumento de la pena para el reincidente surgiendo entonces la interrogante, de ¿cuál sería la adecuada? ...

Quizás la pena de muerte reservada a dichos delincuentes sea la mejor solución; esta particular sanción nace en todas las legislaciones, y perdura hasta nuestros días en algunas de ellas, como reflejo de una necesidad de justicia intuitivamente sentida por los pueblos, y en especial, por sus legisladores.

EL SUJETO O REINCIDENTE

El sujeto de la reincidencia o reincidente es el elemento unitario, autor de varios delitos, actor de la recaída, destinatario de la condena y de la consecuencia legal establecida: la agravación de la pena.

Sólo podrá ser sujeto de la reincidencia, aquella persona que se encuentra en la situación de potencialidad descrita por la norma que es la de ya condenado, y recalcamos lo anteriormente enunciado: ser reincidente personaliza la circunstancia en una categoría especial de delinquentes.

Para Rafael de Pina, reincidente es aquel condenado que encuadra en el tipo del Artículo 20 del Código Penal para el Distrito Federal (7).

CAUSAS DE LA REINCIDENCIA

Desde un punto de vista criminológico tenemos entre las principales causas de la reincidencia, las siguientes:

A) Taras hereditarias y medio ambiente (8). La mayoría

(7) De Pina, Rafael. Op. cit. p.p. 423

(8) Quiroz Cuadrón, Alfonso. Derecho Penal Contemporáneo. p.p.59

de los reincidentes deben su estado normal a taras congénitas e influencia del medio social donde viven, haciéndolos inadap-
tados para vivir e insensibles a sufrir las penas impuestas.

B) No desarrollo y asimilación del sentimiento de culpa
(9). Una resolución de autoridad, disparatada, puede destruir los sentimientos de culpa en el delincuente, frenados hasta antes de ello por el temor al castigo y trastornos que provoca el hecho. El desarrollo del sentimiento de culpa tiene tal importancia que, obtenido, contribuye decididamente en la readaptación del individuo, el sentimiento de culpa no explicado lleva a la repetición de actos prohibidos, endureciendo al delincuente.

C) El desamparo (10). Conduce a la tolerancia exagerada, deformaciones emocionales, incapacidad afectiva y retraso mental. La neurosis acompañada del desamparo produce una repetición tras otra.

D) La organización penitenciaria (11). Una errada política criminal en el tratamiento carcelario del delincuente

(9) Quiroz Cuarón, Alfonso. Op. cit. p. 59

(10) Ibidem. p. 58

(11) Ibidem. p. 59

puede conducirlo irremediamente a la repetición; las penas de corta duración y el contacto con los experimentados en el delito corrompen al delincuente primario. Hay quienes consideran que la prisión no es medio adecuado para evitar la reincidencia, por el contrario la refuerzan (12).

Quizás la forma más elemental como podría lucharse para alejar la reincidencia sería tomando en cuenta su peligrosidad comprobada e indudable, aplicando la medida necesaria apropiada a su tendencia y debilidad.

E) La falta de libertad en la personalidad. Derivada de la pobreza, hace del individuo un irresponsable que con facilidad repite los delitos. La pobreza material, empobrece a toda la persona perturbando su mente y su cuerpo, haciéndolo incapaz de convivir, querer al prójimo, acarecer de sentimientos, afecto, cordialidad, con resultados desde luego, desastrosos(13).

(12) Laignel, Lavastine. Compendio de Criminología. p.p. 42

(13) Chavez Calville, Rodolfo. Causas de la reincidencia. p.p. 46 y 47

4.2. CLASES O TIPOS DE REINCIDENCIA

Por ser un aspecto de profunda importancia la clasificación de la reincidencia, a continuación enumeraremos la manera como la han ido clasificando los grandes criminólogos con el correr de los años:

A) Verdadera; es la reincidencia atribuida al culpable que vuelve a delinquir después de haber purgado la pena por el delito anterior. Su base es psicológica al aceptarse que el sufrimiento del castigo precedente se ha mostrado inútil si efectivamente se ha recibido, sólo quien ha sentido la ejecución de la pena puede encontrar estímulos suficientes para su corrección. Se denomina también real y se considera al delincuente gravemente temible (14).

B) Heterogénea (15); es aquella reincidencia que se realiza en bienes jurídicos de diversa índole, presentando una presunción desfavorable. Estadísticamente la pequeña reincidencia es la más frecuente, además de ser abrumadoramente heterogéneas.

(14) Bouzas Guillaumin, Salvador. La reincidencia y sus efectos. p.p. 61

(15) Idem.

C) Homogénea (16); es la que se refiere a la realización del mismo delito o diversos que atacan un mismo bien jurídico (contra la propiedad). Muestra persistencia en los ataques a un bien jurídico determinado, habitualidad y profesionalismo criminal. No hay que confundirlo, éste profesionalismo criminal puede darse en el hurto, las lesiones, violación de domicilio, encubrimiento, caza furtiva, resistencia, robo, injuria, mendicidad, amenazas, extorsión.

D) Genérica (17); viene a ser la recaída en una infracción de distinta naturaleza, considerada genéricamente dentro de la totalidad de los delitos. Se denomina reiteración para distinguirla de la específica o reincidencia propiamente dicha. Para algunos la delincuencia genérica demuestra menor peligrosidad sobre todo cuando en la específica se ligan los delitos entre sí por un género de vida determinada; por ejemplo el ladrón demuestra en ocasiones una tendencia arraigada a los delitos de sangre; violadores, sujetos brutales, son generalmente homicidas.

Mientras la específica demuestra mayor voluntad de persistir en la actividad deshonestas, la genérica cede más bien

(16) Idem.

(17) Idem. p. 62

a causas ocasionales. Hay quienes acusan en el genérico más peligrosidad por su aptitud variada.

E) Simple (18); es la reincidencia que se da a propósito de una sola infracción anterior, ésta es aceptada por muchas legislaciones.

F) Propia o específica (19); cuando el nuevo delito pertenece al mismo género, igual índole o naturaleza de móvil. Antiguamente no se reconocía otra más que la específica, excluyendo la agravante en el caso de la genérica. Se presume mayor peligrosidad por manifestar persistencia definida e impulso profundamente arraigado. Generalmente la reincidencia opera en razón de la especialidad en el delito, sobre todo aquellos que su naturaleza lo permite, robo, estafa, fraude, haciendo de la actividad delictiva un profesionalismo.

G) Por tiempo indeterminado o permanente (20); cuando no habiéndose establecido término alguno, la reincidencia es perpetua; corresponde a quien ha sido condenado por un delito y

(18) Ibidem. p.63

(19) Idem.

(20) Quiroz Cuarón, Alfonso. Op. cit. p. 55

comete otro, cualquiera que sea el período entre la condena y el nuevo delito. Es conocida como rápida por la separación corta de los delitos, exige para la readaptación un largo tratamiento.

H) Por tiempo determinado (21); es la que permite su desaparición después del transcurso de cierto tiempo o período. Se llama también tardía y fortuita y debe estar protegida por la prescripción.

I) Ficticia o supuesta (22); se presenta en el sujeto que no ha expiado la pena inflingida por la primera condena, basta la sentencia condenatoria en sí misma. Su regulación constituye una severa advertencia para detener al sujeto en la vía de la delincuencia. No puede decirse que manifieste cierto grado de incorregibilidad quien ha sido condenado pero no ha recibido la ejecución del castigo; la pena no ha tenido oportunidad de obrar como freno inhibitorio, el desprecio es a la ley; no a la injusticia. Se trata de una simple repetición criminal.

J) Multirreincidencia (23); se destina este concepto a

(21) Quiroz Cuarón, Alfonso. Op. cit. p. 55

(22) Idem.

(23) Idem.

los sujetos que han cometido dos o más delitos con anterioridad, conocida generalmente como habitualidad.

K) Reincidencia de culpabilidad habitual y tendencia (24); se presenta en sujetos con voluntad e inclinación al delito aprisionando su propia personalidad. Los intervalos son cortos y exista variabilidad en las infracciones, desarrollándose lentamente de modo crónico, teniendo entre estas infracciones la mendicidad, el rufianismo, los juegos de azar, la deshonestidad, la falsificación de dinero, el vagabundismo. El aumento de esta clase alude a aquellos casos en los que se hace del delito un medio de vida, en su manifestación más elevada es un delincuente profesional. Los delitos en este renglón son de aguda intención y premeditación, al grado de considerar como casos más graves de culpabilidad los provenientes de hábitos delictivos.

(24) Idem.

4.3. CONSECUENCIAS DE LA REINCIDENCIA

Entre los principales efectos y consecuencias que de los anteriores subcapítulos, acerca de la reincidencia, podemos deducir, y concentrando lo expresado, tenemos:

1. Reduce el valor de la sentencia condenatoria firme como antecedente, dando importancia al estado peligroso y antisocial del sujeto.

2. Se acepta por la mayoría, como agravante de la penalidad.

3. Imposibilita la rehabilitación.

4. Asimila en el tratamiento a la propia reincidencia, reiteración y habitualidad, dando importancia a la repetición de actos delictivos.

5. No es admisible cuando preceden delitos de orden militar o político, así como el perdón legislativo.

6. Toma en cuenta el indulto gracioso anterior, imposibilitando así que se vuelva a conceder.

7. Destruye la condena condicional concedida anteriormente e impide que se otorgue nuevamente.

8. Interrumpe la prescripción de pena anterior (25).

4.A. LA HABITUALIDAD

La predisposición innata en el individuo y la influencia que sobre éste ejerce el medio ambiente, son causas decisivas que dan origen al delito. Sin embargo, existe otra causa, cuya ingerencia es también determinante; la habitualidad, elemento que adquiere singular importancia debido a la repercusión que tiene en la reincidencia.

A diferencia de la inclinación instintiva, la habitualidad es un estado de carácter adquirido, cuya formación está sujeta a dos leyes (26):

1. El número de repeticiones del acto. De acuerdo con esta concepción, se considera al hábito como una asociación entre una situación y una respuesta determinada, es decir, una unión que se arraigaría con el uso frecuente y se atenuaría por la ausencia de dicho uso.

Con base en lo anterior, la repetición es únicamente

(25) Vid. Fontan Balestra, Carlos. Derecho penal introducción y parte general. p.p. 205

(26) Laignel, Op. cit. p.p. 244

un reforzador de la habitualidad, mas no una condición esencial de ésta, pues aunque la mayoría de los hábitos son adquiridos por la repetición, en ocasiones, la realización de un sólo acto puede generar un nuevo hábito. De esta manera se corrobora la afirmación que hacia Aristóteles: "la habitualidad comienza con el primer acto" (27).

2. El interés ligado al acto. A esta ley se le denomina, "ley del efecto de Thorndike", la cual se fundamenta en el principio del interés o de la motivación, y comprende dos determinantes :

a) La asociación que existe entre la señal y la reacción es reforzada cuando los resultados de ésta son satisfactorios.

b) Dicha asociación se debilita cuando las consecuencias son agradables para el individuo.

Esta tesis plantea que cuando los fines planeados son plenamente obtenidos, los hábitos son fortalecidos y más susceptibles de repetirse; y por el contrario, cuando las consecuencias son negativas para el individuo (prisión, lesiones, etc.) dicha habitualidad se debilita. Sin embargo, el mismo Thorndike modificó tiempo después esta tesis, concluyendo que "si la

(27) Jean, Piaget. La psicología de la inteligencia. p.p. 108

recompensa consolida la asociación entre la señal y el acto, el castigo no debilita esta situación" (28).

Considerando lo anterior, puede pensarse que la pena en vez de corregir o extinguir una habitualidad la arraiga, por lo que de esta manera se niega la eficiencia de aquellas instituciones represivas.

Se ha dicho mucho acerca de la habitualidad, y en torno a ella han surgido controvertidas teorías y definiciones, -inclusivo poéticas-, (29) que pretenden determinarla y caracterizarla para su estudio. Entre las más sobresalientes se encuentran, por ejemplo la de Georges Dumas, quien lo define como "una forma de la memoria" semejante en todo a las otras; o la de Félix Ravaisson, el cual, incluso formula una ley para su formación (30). Este autor propone que la habitualidad cobra mayor fuerza en la medida en que la modificación que la originó se prolonga o se repite, pues entre más se repite el delito se alcanza más la costumbre del acto realizado. Otros autores jerarquizan a la

(28) Thorndike, Los fundamentos del aprendizaje... citado por Laignel Lavastines. op. cit. p. 244

(29) Sully-Pruhomme. "El hábito es un extranjero que suplanta en nosotros a la razón". Citado por Laignel. Op. cit. p. 245

(30) Laignel, L. Op. cit. p. p. 245

habitualidad como una actividad muscular, y parten de la idea de que es una actividad ejecutada automáticamente, y que no requiere de una atención consciente.

De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que la habitualidad que se adquiere por la repetición de un acto, está sujeta a la intención que la inspire, y que a su vez se reproduce en condiciones muy variadas, e inclusive, con muy diversas características. La habitualidad como el aprendizaje se constituye con base en una relación estrecha entre el medio y el fin.

La influencia que ejercen tanto el hábito como la predisposición y las circunstancias externas, convierten a los delincuentes en verdaderos estereotipos del trabajo antisocial, es decir, que van desarrollándose de acuerdo con determinada rama específica del delito; el ladrón roba, el sanguinario mata, etc., con lo cual se va engendrando una especie de jerarquización y especialización en el delito.

De esa manera, los delincuentes continúan cometiendo siempre los mismos delitos, y la mayoría de las veces, con las mismas singularidades. La habitualidad pues, es un factor adquirido que juega un papel definitivo en la reincidencia, ya que a medida que más se repite el delito, ésta se arraiga más y más.

Como el hábito es un acto de aprendizaje, en el momento

en que el delincuente ya no puede aprender más sobre la forma de ejecutar su delito, entonces se fijará para siempre en su memoria.

La habitualidad es pues, una disposición motivada por determinadas circunstancias que se arraigan en el individuo por la continuidad o la repetición de dichas circunstancias.

Lombroso ha sido uno de los autores que más se han comentado así como criticado, debido a que él fue uno de los primeros en clasificar a los delincuentes entre los que se encontraba el delincuente habitual, por tal motivo es importante saber cuál era su punto de vista, siendo el siguiente: -Para Lombroso los delincuentes habituales eran aquellos que no habían recibido ningún tipo de educación, ni de la familia, ni de la escuela, etc... y argumentando que si había algún tipo de educación que pudieran tener era aquella que desde la juventud los conducía al delito llegando a considerarlo como una verdadera profesión.

Según Lombroso estos delincuentes llegan a ser hasta cierto punto peligrosos ya que por lo regular no cometen delitos graves; a este respecto podemos observar que en la actualidad es más peligroso un delincuente habitual, ya que han adquirido una madurez dentro del delito debido a la constante práctica, haciéndolos por consecuencia unos profesionales de las conductas antisociales.

Son delincuentes que se presentan desde la infancia y por lo regular empiezan por ser unos simples delincuentes ocasionales (31).

Es importante diferenciar y hacer mención especial de la clasificación de primodelincuentes realizada también por Lombroso quien a su vez los subdividía de la siguiente manera:

Decía que eran aquéllos que cometen delitos involuntarios, que no son reos a los ojos de la sociedad y de la Antropología pero no por ello eran menos punibles.

Los autores de estos delitos en los cuales no existe perversidad y que no causan ningún daño social y sin embargo son considerados como tales por la ley; aquí encontramos a aquellos que si bien siendo para nosotros delitos no aparecen como tales, algunos de los cuales se cometen o por el hábito general o por mera necesidad .

Los culpables de hurto, de incendio, de heridas, duelos, en determinadas circunstancias extraordinarias, como la defensa del honor, de la persona, de la familia, de la subsistencia, etc...

(31) Rodriguez Manzanera, L. Criminología. p. 269

Se encuentran también en los delitos de falsedad (32).

4.5. LA TERAPEUTICA

Se ha argumentado por diversos criminólogos que todo Código Penal debería comprender dos partes distintas con disposiciones diferentes, una de ellas relacionada con los delincuentes primarios y otra concerniente a los reincidentes.

En tiempos pasados (siglo XIX) las estadísticas criminales daban fe que la cantidad de delitos va en aumento mientras que la de delincuentes disminuye (33).

La primera medida que la sociedad debe adoptar en lo referente a los reincidentes es la de defenderse aislándolos, con el objeto de imposibilitarlos ante el daño; mientras menos expandido esté el cáncer de los reincidentes, fácilmente será su operación.

Mucho se ha debatido el derecho que tiene la sociedad para adoptar medidas de segregación y en esto no debemos ver, más que una legítima defensa obligada por el instinto de conserva -

(32) Rodríguez Manzanera, L. Op. cit. p. 263

(33) Laignel, Lavastine. Op. cit. p. 257

ción de toda colectividad humana. El eminente Juan Jacobo Rousseau argumentaba que: "todo malhechor que ataca el derecho social se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria. Cesa de ser un miembro de ella al violar sus derechos, y aun por ello es su enemigo. Por lo tanto, la conservación del Estado es incompatible con la suya, y es preciso que uno de los dos perezca" (34).

Sería por demás ilógico que prevaleciera el interés particular sobre el general y que fuera toda la sociedad la que tuviera que parecer.

La sociedad debe defenderse pero no precisamente vengarse. La aplicación de la pena de muerte no sería más que la defensa ante el delincuente, por parte del Estado, como ente protector de la sociedad, es por eso que podríamos argumentar que es legítimo el derecho que tiene el Estado para aplicar la segregación. Sin embargo, para que la aplicación de la segregación como terapéutica pueda ser realmente legítima debe ser justa, es por ello que se tendrían que dar algunas condiciones en cuanto a su aplicación.

Primeramente tenemos que el tipo o duración de la segregación podría dejarse al arbitrio del poder ejecutivo.

(34) *Ibidem*. p. 258

Por otro lado, toda eliminación tendría que ser rechazada antes que se realice una infracción; luego entonces; bajo ningún motivo podría ser aplicada, a los delincuentes primarios.

Por último, tenemos que la aplicación de medidas como la pena de muerte dependerá no sólo de la defensa social, sino también de la posible readaptación del delincuente primario, mas no del reincidente, estamos conscientes que la justicia no puede desentenderse de la suerte del sentenciado; no puede limitarse a la función de eliminar los elementos antisociales siempre y cuando estos fueran delincuentes primarios, novatos; para qué arriesgarse a condenar o a segregar a un ciudadano que por vez primera o por accidente delinque y recluirlo en algún presidio en que pudiera convertirse en un auténtico profesional del delito, porque no hay que olvidar que la cárcel ha sido para muchos una verdadera Universidad del crimen.

La terapéutica debe ser aplicada, pero para los que con su conducta, como los reincidentes, no han mostrado más que una verdadera adicción por el delito; para esos no hay otra terapia más que la que aquí se propone: La defensa de la sociedad es la primera función de la pena, pero no la única. La segunda función de la pena es la enmienda del infractor. Si nada se puede esperar a este respecto de la educación moral para los individuos incurables, se puede al menos esperar la transformación de la personalidad por la aplicación de las ciencias médicas, espe

cialmente de la Psiquiatría, del Psicoanálisis y de la Endocrinología, si como se ha llegado a argumentar, los actos antisociales se cometen generalmente por el dominio de los impulsos primarios del delincuente, la conclusión es que el tratamiento debe tender a combatir estos impulsos. En esto descansa el interés del problema.

Así tenemos que en América del Norte se ha aplicado con éxito un tratamiento quirúrgico de las psicosis, llamado "Lobotomía prefrontal", consistente en hacer una incisión en el cuero cabelludo, rasurado y anestesiado previamente, en la región de los lóbulos frontales haciéndose una trepanación y cortándose los lóbulos con auxilio de un bisturí eléctrico, separando las conexiones frontales del cerebro.

Los primeros resultados se obtuvieron por un neurocirujano de apellido Moniz, en Portugal, posteriormente fue perfeccionada su técnica en los Estados Unidos. La Lobotomía prefrontal se ha convertido en Francia y en los Estados Unidos en una operación frecuente (35).

Paralelamente a los tratamientos médicos, que se individualizan según los casos, se hace necesario, como complemento a

(35) Laignel, Lavastine. Op. cit. p. 270

toda terapéutica la preparación de un ambiente social de profi-
laxis adecuada, en que el trabajo cotidiano tenga su justa re
neración y en donde no falten los buenos ejemplos.

La justicia consciente de su misión es la que simboliza la
estatua de Boudarry, grave, majestuosa y severa, con una mano
presta a herir y con la otra extendida para consolar el sufri-
miento humano. Es este último gesto el que distingue al juez
del verdugo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

En esta última parte de la investigación, intentaremos exponer de manera clara y breve las inferencias a las que se llegaron después de haber concluido el desarrollo de los temas; pero sobre todo, se establecerán juicios de valor con respecto al tema de nuestro estudio.

Se puede afirmar que si la pena capital es justa y legítima y considerando que no existe otra que resulte más eficaz que ella para reprimir a cierta clase de delincuentes a quienes no basta el temor de cualquier otra clase de castigo, que el de la muerte, para retraerles del delito y para hacerles cumplir con el orden a que están obligados como entes sociales, y tomando en cuenta que la sociedad a la que pertenecen no puede subsistir sin ese orden que ellos destruyen con sus delitos, y sobre todo, si no existen razones que de manera contundente puedan alegar contra ella, entonces no existe motivo para no reglamentarla y aprobarla como medida represiva en los Códigos Penales de este país.

Por lo tanto, se puede concluir que a pesar de que existe un número considerable de adversarios de esta pena, es posible afirmar que la gran mayoría de los ciudadanos honrados y conscientes de su propio bienestar estarán de acuerdo en

que lo más importante es que prevalezca la justicia, la cual, utilizando la fuerza del derecho procura con energía y rectitud impedir que se extienda desmedidamente el derecho de la violencia y la maldad.

Para reforzar lo establecido, es preciso recalcar algunas apreciaciones que se han venido externando a lo largo de este trabajo, entre las que mencionaremos las siguientes:

1. La pena de muerte no debe ser aplicada de manera indiscriminada y fuera de los lineamientos jurídicos adecuados.

2. La autoridad política tiene el deber de imponer la pena de muerte cuando ella sea necesaria para bien de la comunidad, a fin de evitar otros delitos. Constituye por ello, una forma de legítima defensa.

3. Ello se entiende siempre que la pena de muerte no sea sustituible por otra u otras penas cuya ejemplaridad baste para salvaguardar el orden en la vida civil. Pero ninguna otra pena es tan ejemplar y así es como no puede ser sustituida; es necesaria.

4. Los delitos más graves hieren la conciencia de la sociedad y justifican, por ello, la pena de muerte. La experiencia prueba esta conclusión, ya que los delitos más atroces causan una reacción en la conciencia social que pide el

sacrificio de los delincuentes.

5. Siendo la sociedad la unión de los hombres para la defensa del bien común, debe contar con todos los medios requeridos para su conservación y mejoramiento, dicha pena es lícita.

6. Antes de que esta pena sea aplicada será necesario estudiar más a fondo las formas tutelares del proceso, es decir, las que vienen a constituir la garantía de la inocencia del condenado.

7. La pena debe guardar, sin excepción la debida proporción con el delito.

8. La pena de muerte cumple plenamente los requisitos y características -jurídicas y éticas-, para que aporte utilidad y sea conveniente.

9. El índice de delincuencia aumenta cuando ésta se suprime y disminuye cuando la pena capital se aplica.

10. Es necesaria una reforma al artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

11. Al estar considerada la aplicación de la pena de muerte en la Constitución, queda cubierta la posibilidad de que cualquier Estado de la República la consigne en su Código Penal.

12. La reincidencia en delitos graves como la violación, el parricidio o el homicidio calificado debe irremisiblemente agravar la pena.

13. La individualización de la pena y la discrecionalidad del juez son factores importantísimos dentro del procedimiento penal. Es necesaria su aplicación.

14. Basándose en lo expuesto podemos concluir que esta pena, como medida punitiva, contribuye a evitar la reincidencia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Aquiles, Horacio. Vocabulario Jurídico. Ed. Herrero. 1970. México.

Aquino, Santo Tomás de. La suma Teológica. Ed. Bosch. Reimpresión. 1962. España.

Bentham, Jeremías. Teoría de las Penas y de las Recompensas. Ed. Nassón. Tomo I. 1962. París, Francia.

Bernardo de Quiroz, Constancio. Criminología. Ed. Cajica. México. Puebla. 1957.

Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México. Ed. Porrúa. 1974. México.

Cuello Calón, Eugenio. La Moderna Penología. Ed. Bosch. Reimpresión. España. 1974.

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 1986. México.

Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. Ed. Abeledo. 5a. ed. 1964. Buenos Aires.

García Valdés, Carlos. Derecho Penal Autoritario. Cuadernos de Política Criminal. 1977. España.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los delitos. Ed. Porrúa. 1981. México.

Jiménez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Losada. Buenos Aires. 1964.

Laignel Lavastine, M. Compendio de Criminología. Ed. Jurídica Mexicana. México. 1959.

Loera, Rubén. A Garrote Vil. Tormentos y Crueldades en España. Ed. Posada. México, D.F. 1975.

Mas Bodayón, José. Historia de la Pena de Muerte. Ed. Triner. 1961. Barcelona España.

Naveiro, Amor. El Problema de la Pena de Muerte y sus Substitutivos Legales. Ed. Hijos de Revs. 1917. Madrid.

Palacios Vargas, J. Ramón. Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Ed. Alianza. 1978. México.

Piaget, Jean. La Psicología de la Inteligencia. Ed. Paidós. 1979. Argentina.

Pomar, Juan. Relaciones de Texcoco y de las Nueva España. Ap.
IV. Ed. Cajica. México. 1962.

Rico, José M. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Ed. S. XXI. 1982. México.

Rodríguez Manzanera, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión. Cuadernos del INACIPE. No. 13. México. 1984.

_____ Criminología. Ed. Porrúa. México.
1984.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomos I y II. Ed.
Argentina Buenos Aires. 1970

Sueiro, Daniel. La Pena de Muerte: Ceremonial, Historia, Procedimientos Ed. Alianza. 1974. Madrid.

Víctor Hugo. El hombre que ríe. Obras Completas. Ed. Valencia.
1970. España.

PUBLICACIONES PERIODICAS

Bell Escalona, Eduardo. La Pena de Muerte. El Foro. 6a. época.
No. 15. oct-dic. 1978. México

La Pena de Muerte. Lecturas Jurídicas.
No. 63. Jul-sep. 1977. México

Blazquez, Niceto. La Pena de Muerte según Santo Tomás de Aquino y el Abolicionismo Moderno. Revista Chilena de Derecho.
Vol. 10. No. 2. may-ago. 1983. Chile

Bouzas Guillaumin, Salvador. La Reincidencia y sus Efectos.
Revista Jurídica Veracruzana. Tomo XXXI. No. 3. jul-sep. 1979
México

Chavez Calvillo, Rodolfo. Causas de la Reincidencia. Criminalia.
año XXII No. 1. enero 1956. México

Del Rosal, A. Sobre Reincidencia. Criminalia. año XXIII. No.
6. jun. 1957. México

Diario Oficial. Diciembre de 1966.

García Mendez, Emilio. La Crisis de las Penas Privativas de

Libertad. Sistemas Supletorios. Congresos. 1979. México

Goldstein, Mateo. La Pena de Muerte en la Legislación Hebrea, Antigua y Moderna. La Ley T. 76. Dic. 1954. Argentina

Informes de Amnistia Internacional. 1980. Londres.

La Pena de Muerte en 25 000 palabras. Para el Hombre que tiene prisa. S/autor. S/editorial.

Lardizabal, Manuel de. Discurso sobre las penas. Revista de la Facultad de Derecho de México. T. XVII No. 68 oct-dic. 1967 México

Martínez de Castro, Antonio. La Pena de Muerte. El Foro. Quinta época. No. 32. oct-dic. 1973. México

Quiroz Cuarón, Alfonso. Concepto de reincidencia y sus aspectos estadísticos. Criminalia. año XXII No. 1 Enero 1956. México

_____ Revista de Derecho Penal Contemporáneo. No. 24. Ene-feb. 1968. México

Rodríguez Manzanera, Luis. De nuevo la pena de muerte. Revista Jurídica Veracruzana. T. 28. No. 3. (10) jul-sep. 1977. México

La Discriminación. Revista Mexicana de Criminología. No. 1. 1976. México.

LEGISLACION

Código Penal del Estado de Aguascalientes.

Código Penal para el D. F.

Código Penal del Estado de México.

Código Penal para el Estado de Oaxaca.

Código Penal para el Estado de sonora.