



**Universidad Nacional Autónoma
de México**

Facultad de Derecho

**“ INEFICACIA DE LA PENA DE
MUERTE ”**

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

Ignacio Figueroa Escoto



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Ciudad Universitaria, México, D. F.



**FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DE
EXAMENES PROFESIONALES**

1993



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.

- INEFICACIA DE LA PENA DE MUERTE -

I N D I C E :

INTRODUCCION	Pag. i
--------------------	-----------

C A P I T U L O I
CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PENA

I.1.- Generalidades	1
I.2.- Definición de Pena	2
I.3.- Evolución de la Pena	4
I.4.- Fundamentos y fines de la Pena	11
I.5.- Características de la Pena	19
I.6.- Clasificación de las Penas	22
I.7.- Diferencia entre Punibilidad y Pena	26

C A P I T U L O II
ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA PENA CAPITAL

II.1.- Derecho Romano	29
II.2.- Derecho Griego	32
II.3.- Derecho Germánico	34
II.4.- Derecho Español	38
II.5.- Derecho Penal Azteca	40
II.6.- Derecho Penal Maya	43
II.7.- Epoca Colonial	45
II.7.- Derecho Canónico	48

C A P I T U L O III
ARGUMENTOS EN FAVOR Y EN CONTRA DE LA PENA DE MUERTE, PUGNA HIS
TORICA ENTRE ABOLICIONISTAS Y ANTIABOLICIONISTAS.

III.1.- Principio de Seguridad Colectiva	52
III.2.- Principio de Retribución	54
III.3.- Principio de Intimidación	55

	Pag.
III.4.- Principio de Corrección o Enmienda	59
III.5.- Error Judicial	60
III.6.- Doctrina Alemana e Italiana	64
III.7.- Doctrina Francesa	67
III.8.- Doctrina Norteamericana	70
III.9.- Doctrina Latinoamericana	72
III.10. Las Naciones Unidas y la Pena Capital	75

C A P I T U L O I V

ESTUDIO DEL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL, PARRAFO III

IV.1.- Traición a la Patria en Guerra Extranjera	31
IV.2.- Parricidio	83
IV.3.- Homicidio con Alevosía, Premeditación o Ventaja	86
IV.4.- Incendiario	93
IV.5.- Delito de Plagio o Secuestro	95
IV.6.- Salteador de Caminos	101
IV.7.- Piratería	104
IV.8.- Delitos en Materia Castrense	108

C A P I T U L O V

LA PENA CAPITAL

V.1.- Concepto	113
V.2.- Consideraciones de Tipo Jurídico	113
V.3.- Consideraciones en Torno al Tratamiento Constitucional de La Pena de Muerte en México	115
V.4.- Legislación Penal	124
V.5.- La Pena de Muerte no es una Pena	128
V.6.- Pena de Muerte y Derechos Humanos	131
V.7.- Jurisprudencia	134
V.8.- Situación Legal de la Pena de Muerte en el Mundo Contempo ráneo	137
CONCLUSIONES	140
BIBLIOGRAFIA	149

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

Es indudable que la pena de muerte, en las diversas etapas de la humanidad, ha sido y será un tema no siempre fácil de abordar, toda vez que el tomar una postura determinada al respecto, siempre será objeto de múltiples antítesis, que aunque no siempre sean objetivas y con conocimiento de causa, si estarán impregnadas de cierto valor en cuanto a cuestiones tales como: su eficacia o ineficacia; la facultad que tiene o no el Estado de aplicarla; si es justa o no; etc., siendo precisamente la gran diversidad de posturas y opiniones lo que ha despertado mi interés en el tema en cuestión.

Asimismo, considero la presente investigación, como una oportunidad que se me presenta a fin de estar en posibilidad de manifestar mi punto de vista respecto al trabajo aludido de una manera más acertada -- si es que es esa palabra idónea-- y digo lo anterior, ya que como manifesté anteriormente, el hablar de pena capital implica considerar necesariamente factores sociológicos, espirituales, históricos, etc., en los cuales no siempre es fácil coincidir en opiniones dada la intrínseca subjetividad de los mismos; sin embargo, exteriorizar una opinión -- después de haber estudiado el tema, necesariamente tendrá ella que ser más objetiva, profunda y razonable.

Por otra parte y, considerando de antemano mis carencias y limitaciones, trataré de sustentar mi tesis de la manera más completa y sistematizada posible, teniendo como objetivo principal el presentar una investigación orientada primordialmente a señalar las desventajas que presenta la tan controvertida pena capital; es decir, me adhiero total y absolutamente a los criterios abolicionistas sustentados no sólo por

eminentes juristas de todas las épocas, sino también a los ideales de grandes figuras de la humanidad, ideales impregnados de un gran valor-humanitario (Jesucristo, Gandhi, etc.), mismos que de manera inmanente reflejan su rechazo total a la privación de la vida al ser humano.

En el presente trabajo, uno de los puntos de mayor interés es - quizá el relacionado con la postura abolicionista en el sentido de que la pena de muerte no es una pena, en virtud de que ésta debe reunir determinados requisitos y características para cumplir satisfactoriamente su finalidad; así decimos, por sólo citar un elemento, que la pena debe tener como fin primordial, producir en el delincuente a través del sufrimiento, motivos que le aparten de delinquir en el futuro y sobre todo tratar de readaptarlo a la vida en sociedad, por lo que la eliminación del delincuente deja sin efecto de manera absoluta, la consecución del fin mismo de la pena.

Algunos de los argumentos más esgrimidos en favor de la aplicación de la pena de muerte, son aquellos que sostienen que la readaptación del individuo a la sociedad, en la mayoría de los casos no es posible llevar a cabo, o al menos no de manera satisfactoria, aunque realmente eso ya es materia de otro estudio.

Por otra parte, se ha demostrado que la aplicación de la pena de muerte no ha logrado reducir en grado alguno el índice de criminalidad, lo cual demuestra que dicha pena no reúne la característica de ser intimidatoria.

De acuerdo a lo expuesto, se puede inferir que la pena capital no reúne las características y fines propios de la pena. Además, desde el punto de vista de la estructura política de una comunidad, la aplica

ción de la pena de muerte dentro de la misma, no es necesaria para la plena y placentera convivencia social y política; aún más, considero -- que dicha pena no es digna de existir en países civilizados, y considerando desde luego que México es un país civilizado, propongo la abolición de la pena de muerte, contemplada aún en nuestra Carta Magna. Abundando al respecto, y en mi modesta opinión, considero que todo ser humano por el simple hecho de serlo, tiene derecho a que se le respete la vida, ya que aún el asesino más cruel, sigue siendo un ser humano.

Ahora bien, debemos reconocer que la pena de muerte es tal vez un claro reflejo de la ineficacia de todo sistema penitenciario, y que la determinación de su existencia o no, es un problema más que político de sentido humano.

A manera de síntesis de todo lo antes mencionado, citaré las palabras del maestro Albert Camus, quien señala que: "la pena de muerte es la injusticia más grave, el delito más odioso que el crimen que se pretende castigar, porque también es crimen, pero razonado, administrado y lo que es peor aún, admitido".

Así pues, la presente investigación constará de cinco capítulos en los cuales se estudiará la pena en sus generalidades (Cap.I), los antecedentes históricos de la pena capital (Cap.II), los argumentos expresados por los abolicionistas y por los antisabolicionistas (Cap.III), el artículo 22 Constitucional, párrafo III (Cap.IV), analizando por último y, sobre todo tratar de explicar el porque considero que la pena de muerte es ineficaz (Cap.V).

C A P I T U L O I
C O N S I D E R A C I O N E S A C E R C A D E L A P E N A

I. 1. GENERALIDADES

Es fácil entender que el hombre, dada su propia naturaleza, y sin importar el grado de evolución en que se encuentre, siempre ha respondido y seguirá respondiendo a cualquier tipo de agresión o peligro, originando con ello la realización de una conducta ilícita; por lo cual es -- posible afirmar que la historia de la humanidad, es la historia de la -- criminalidad y en consecuencia la historia de la pena. Así, desde el de per ta r del mundo encontramos faltas o delitos al igual que encontramos -- castigos.

A fin de ejemplificar lo dicho, basta remitirnos a la Biblia, libro en el cual se establece la primera violación del hombre a la norma, -- viniendo posteriormente su castigo, consistente en la expulsión del para iso.

La venganza privada fué durante milenios, el castigo impuesto a -- quien cometía algún acto criminal. La crueldad de las sanciones fué -- am-- norando con el devenir de los años, e instituciones que hoy en día -- parecen salvajes y primitivas, fueron no obstante, intentos por lograr -- la prevención de los delitos.

Una vez estructurada la sociedad, se fueron creando de manera pa u latina, normas que sus miembros tuvieron que acatar, las cuales llevaban una sanción para el caso de incumplimiento, sanción que debería causar -- sufrimiento al infractor o delincuente debido al mal causado.

No fué sino hasta el siglo XVIII, cuando apareció la concepción--

de la pena como garantía de un orden colectivo, cuya observancia y aplicación correspondió al Estado, superándose así toda idea de odio o venganza contra el delincuente, pero lo más relevante de ello fué el hecho de que el Derecho punitivo del Estado Constitucional fué más justo y menos severo que el implantado en la monarquía absoluta, correspondiendo al Estado, como organización jurídica de la sociedad, el deber y el poder de aplicar las penas; ello ante la necesidad, por una parte, de reprimir el delito y por la otra, de dar también satisfacción a los intereses lesionados, los cuales son tutelados por el Estado mismo.

I.2. DEFINICION DE PENA

En sentido amplio puede entenderse como pena, el sufrimiento -- impuesto a una persona por haber violado un mandato; también puede considerarse como la reacción del grupo social contra el individuo que con su conducta reprochable amenaza o lesiona intereses valiosos de la comunidad.

Jurídicamente el concepto de pena se presenta de manera más concreta. Veamos la posición que al respecto asumen algunos autores:

Para CARRARA la pena es "el mal que, de conformidad con la Ley del Estado infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito siempre que se hayan observado las debidas formalidades" (1).

(1) CARRARA, Francisco. "Programa de Derecho criminal". Vol. II. Ed. Temis, Bogotá, 1957, Pág. 34.

SOLER considera que la pena es "un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador del precepto legal, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico, cuyo fin es evitar los delitos" (2).

Para Hugo VIERA, "es una medida que priva de un bien jurídico, determinada en la ley, impuesta por el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción punible, previo el proceso penal correspondiente" (3).

El maestro CUELLO CALON la define como "la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal" (4).

Alfonso REYES considera que "la pena en sentido jurídico es la coartación o supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal" (5).

- (2) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". T.II, Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 399.
- (3) VIERA, Hugo. "Penas y medidas de seguridad". Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Mérida- Venezuela, 1972, pág. 22.
- (4) CUELLO CALON, Eugenio. "La moderna penología". Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1958, pág. 16.
- (5) REYES E, Alfonso. "la punibilidad". Universidad Externado de Colombia, 1978, pág.15.

MAURACH la conceptualiza como "la expresión de un juicio ético de disvalor, cuya razón de ser es el castigo del hecho culpable que se concreta en una merma jurídica con efectos perdurables" (6).

Por último, señalaré la definición que el maestro VILLALOBOS -- dá sobre la pena: "es un castigo impuesto por el poder público al delincuente con base en la ley, para mantener el orden jurídico" (7).

Aunque pudieran mencionarse muchas definiciones más, es posible que con las antes señaladas se hayan citado los elementos constitutivos de la pena.

I.3 EVOLUCION DE LA PENA

Es posible afirmar que la pena, entendida como castigo o como -- respuesta violenta a una agresión, ha existido desde el surgimiento de -- los primeros conflictos del hombre en sociedad; sin embargo, sus manifestaciones han variado notoriamente en las diversas etapas de la humani -- dad; así tenemos:

1ª) la etapa de la venganza privada.

En esta etapa el hombre vivía de manera exclusiva de la caza y -- de la pesca; durante ella el castigo no tiene otro carácter que el de --

(6) MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Vol.I, Traducción de Juan Córdoba R, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pág. 6.

(7) VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, México, - 1975, pág. 528.

una reacción vengativa, impulsada por el instinto de conservación. Era - la retribución desproporcionada de un mal por el mal causado, un tipo de represalia indiscriminada, primitiva y brutal. No existían límites, cada quien se desquitaba como podía.

En esta etapa, el ofendido era el encargado de imponer el castigo, aunque también lo podían hacer los miembros de su familia, la tribu a la que pertenecía la víctima o el jefe del grupo; afectándose no solamente al autor del daño -quien era expulsado de la agrupación a la que pertenecía o se le daba muerte- sino también a sus familiares. En ocasiones la tribu en la que vivía el infractor tomaba la iniciativa y entregaba al responsable a la familia del ofendido.

2º) Etapa de la expiación religiosa.

En esta segunda etapa, la sociedad ha alcanzado ya un mayor grado de desarrollo, aunque todavía bajo la gran influencia de las creencias religiosas; así pues, las normas del grupo son esencialmente normas religiosas. El delito se consideró como una ofensa a la divinidad, - por lo que jefes de tribu, sacerdotes y gobernantes más tarde, tuvieron el derecho a castigar en nombre de la divinidad; aplicando la pena como expiación por la falta cometida; así, el delincuente era sacrificado a los dioses para calmar su ira y obtener de nuevo su protección.

Considerando el delito como una conducta lesiva a la divinidad- resulta explicable que la pena haya adquirido un carácter sagrado, tanto en su ritualidad como en su finalidad. Este período marcó el paso de la venganza privada a la venganza divina, el cual es calificado por CARRARA

como civilizador; al respecto señala que "Los hombres de esas épocas, in cultos en su fiereza y que consideraban la venganza como un derecho suyo no se habrían resignado a dejar ese supuesto derecho en las manos de otros seres semejantes a ellos: fué fácil, al contrario, llevarlos al sacrificio de ese sentimiento, insinuándoles que el satisfacerlo era un de recho exclusivo de los dioses" (8).

3°) Etapa de la venganza pública.

En ella el poder político se consolida, y ya no se ve en el delito una ofensa a la divinidad, sino a la sociedad.

En esta fase, la pena busca no solamente vengar el daño causado a la víctima sino garantizar la paz social alterada por el delincuente; lo cual se logra o se pretende lograr mediante mecanismos generalmente -crueles como el suplicio, las mutilaciones, la confiscación, el destierro, etc. Dichos castigos, no obstante su crueldad, comienzan a adquirir cierta dosis de certeza y proporcionalidad, originándose así los Institutos del "Talión" y de la "Compositio".

El "talión", a pesar de su rigor y barbarismo, representó un --avance en la evolución de la justicia primitiva, ya que la venganza indiscriminada ocasionó guerras entre familias y tribus, que amenazaron la supervivencia de los grupos humanos; pensándose entonces que la pena sólo debía aplicarse a la persona responsable y únicamente en la medida en que hubiese causado daño -ojo por ojo y diente por diente-. Siendo el Cō

(8) CARRARA, Francisco. "Programa....". Op.Cit, pág. 41.

digo de Hammurabi el primero en recoger normativamente este nuevo sistema de sanción

La "Compositio" surgió con el reconocimiento de la propiedad privada, y consistió en el pago de un precio determinado por la ofensa causada; era una especie de compra de la venganza. Lo anterior, toda vez -- que el grupo social comprendió que la venganza privada y el "talión" generaban sangrientas guerras y por lo tanto pérdida de vidas humanas.

Sin embargo, a pesar de ese progreso en lo que se refiere a la naturaleza de la pena, ésta siguió considerándose como una venganza privada, divina, pública o humana; la legitimidad jurídica del castigo o pena era algo irrelevante frente a su eficacia.

El derecho de vengarse fué algo natural en esta etapa siendo lo único controvertido, el saber a quien pertenecía ese derecho, y por consiguiente, a nombre de quien debía ejercerse.

4°) Etapa de la humanización de las penas.

En este período la justicia penal salio de sus linderos metafísicos para tornarse humana; el concepto de delito y pena, al decir de -- Alfonso REYES "dejaron de ser entes inacibles o caprichosas veleidades -- del poder religioso o político para convertirse en concretas estructuras jurídicas" (9).

(9) REYES E, Alfonso. Op.Cit. Pág. 20.

La crueldad de los castigos se fué moderando paulativamente, y por primera vez se habló de garantías al reo de manera que tuviera oportunidad de defenderse.

El pensamiento humanístico tuvo dichas conquistas gracias a la magna labor de grandes inteligencias como: TOMAS MORO, autor de la famosa "Utopía" en la que combate la pena de muerte por delitos patrimoniales, critica las crueldades del tormento como medio para obtener la confesión y lucha por una proporcionalidad entre delito y pena; JOHN HOWARD, quien en su estudio sobre "el estado de las prisiones en Inglaterra y país de Gales", muestra las condiciones infrahumanas de la población carcelaria de todos o casi todos los países europeos; y sobre todo CESAR BECCARIA, quien en su libro "De los delitos y las penas" expone el origen de la soberanía, el derecho a castigar que tiene el soberano y el origen y características que deben reunir las penas. Así pues, señala que las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad; cansados de vivir continuamente en condiciones bélicas, tuvieron que sacrificar una parte de su libertad a fin de gozar del resto de ella con seguridad y tranquilidad. Así, la suma de todas las porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación, siendo el soberano el depositario legítimo de ellas; sin embargo, no era suficiente crear ese depósito sino que también fué necesario defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, que trataba siempre de sustraer del depósito, no sólo su porción personal, sino apoderarse incluso de la de los demás. Se necesitaban pues, lo que BECCARIA llamó "motivos insensibles", que ayudaran a evitar el caos de las leyes impuestas y aca-

tadas por el mismo grupo social. Estos "motivos sensibles" son las penas establecidas contra los infractores de las leyes.

En virtud de haber sido la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad, es de imaginarse que nadie quiso poner de ella en el fondo público más que la mínima parte posible, sólo la suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de esas mínimas porciones constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso, no justicia. Las penas que van más allá de la conservación del depósito de salud pública, por su naturaleza son injustas; asimismo, las penas son más justas en cuanto más inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano otorgue a sus súbditos. De estos principios resultan las siguientes consecuencias: la primera de ellas es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en los legisladores quienes representan a toda la sociedad. La segunda consecuencia es que el soberano que representa a la sociedad, no puede promulgar más que leyes generales que obliguen a todos los miembros. La tercera consecuencia se determina del hecho de que si se prueba que las leyes resultan opuestas al bien público, entonces dichas penas serían contrarias a la justicia y a la naturaleza misma del contrato social. La cuarta consecuencia se refiere a que no es posible que la autoridad interprete las leyes penales, por la simple razón de que no son legisladores.

Así mismo, BECCARIA señala que la pena será más justa y provechosa, en cuanto sea más pronta y próxima al delito cometido; en términos generales, el peso de la pena como consecuencia de un delito debe ser lo --

más eficaz para los demás y lo menos dura que sea posible para quien la sufre.

El fin de las penas no consiste en atormentar, sino impedir al reo que vuelva a delinquir. Por consiguiente, las penas y el método de aplicarlas, debe hacerse de tal manera que produzcan la impresión más eficaz y duradera en el ánimo de los hombres y que sea también lo menos atormentadora sobre el cuerpo del reo.

El Marqués de Beccaria consideraba también que debía existir -- una proporción entre los delitos y las penas, y que uno de los mayores frenos de aquéllos, no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad y, en consecuencia, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable. La certeza de un castigo, aunque moderado, siempre causará una mayor impresión que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad (10).

Las ideas de BECCARIA fueron recogidas por los enciclopedistas franceses como MARAT, MONTESQUIEU y VOLTAIRE, quienes libraron con ellas la batalla por la igualdad jurídica ante la ley que habría de culminar en la revolución de 1789.

"La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano" con signó esos principios que hoy en día constituyen un patrimonio de la so-

(10) Cfr. BECCARIA, Cesare. "De los delitos y de las penas". Ed. Temis, - 2a edición, Bogotá, Colombia, 1990, págs. 32, 45, 47 y 57.

ciudad contemporánea; los hombres son iguales ante la ley (art. 6°); la pena sólo debe ser impuesta por juez competente como culminación de un proceso legalmente previsto (art.7°); etc.

5°) Etapa Científico-Clinica.

Es caracterizada porque en ella se trata al delincuente como un paciente, quien debido a alteraciones psíco- somáticas ejecuta conductas antisociales. Es posible señalar como precursor de esta fase evolutiva de la sanción penal a Cesar LOMBROSO, debido sobre todo, a sus estudios en el campo experimental del hombre delincuente.

I.4 FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PENA

La doctrina clasifica en tres grandes grupos las diversas teorías que se han formulado a fin de explicar la función y finalidad de la pena, tales teorías son las siguientes:

1) TEORIAS ABSOLUTAS.

Se caracterizan por considerar a la pena como un fin en sí mismo; se castiga porque se ha delinquido, ya que si el bien merece el bien en consecuencia el mal merece el mal. Al imponerse la pena no se busca fines prácticos sino realizar la justicia.

El delincuente debe sufrir la pena, por ser ésta, la justa consecuencia del delito cometido.

Dentro de este concepto absoluto de la pena, se han formulado las tesis de la REPARACION y de la RETRIBUCION.

a) Teoría de la REPARACION.

Esta teoría considera que el delito ocasiona un daño al individuo y a la sociedad, por consiguiente, la pena tiene como fin el repararlo; es decir, el delito es susceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lograrlo. La pena expía y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen.

Es notorio que esta tesis confunde el delito con el pecado y la moral con el Derecho.

b) Teoría de la RETRIBUCION.

Los retribucionistas opinan que la respuesta justa al delito es la pena, dicha respuesta tiene para unos carácter religioso, para otros contenido ético y para la gran mayoría un mandamiento jurídico.

La retribución divina tiene como fuente de justicia suprema a Dios, quien cede su poder de ejecución al hombre, para que en su nombre castigue a quien con el delito ofende a la divinidad.

Fueron los filósofos católicos -Santo Tomás entre ellos- quienes defendieron esta tesis.

La teoría de la retribución moral señala que la pena no es medio para lograr fines de carácter individual, social o jurídico, sino fin en sí misma. Con la pena se pretende satisfacer el sentimiento de justicia del pueblo, toda vez que el delito causa un daño moral a la colectividad. El máximo exponente de esta postura es el filósofo alemán -

EMMANUEL KANT. Al respecto, Alfonso REYES señala que "la pena como fenómeno integrante del Derecho Penal no debe ser considerada como fin en sí misma, sino como medio orientado hacia fines que tienen que ver con la disminución de la criminalidad y con la actitud futura del condenado --- frente al delito; tampoco ha de hablarse de reintegración del orden moral porque es amplio el volúmen de delitos que nada tienen que ver con la moral" (11).

Por lo que respecta a la teoría de la retribución jurídica, ésta fué expuesta inicialmente por HEGEL; su noción de la pena la sintetiza SOLER de la siguiente manera: "La conducta del delincuente es necesariamente contradictoria, pues el sujeto con su delito afirma la propia libertad y niega la existencia de ella en los otros, como voluntad posible. El delincuente, al intentar la destrucción del Derecho, mediante la violenta negación del derecho de otros, erige la violencia en la ley y a ella sucumbe; en lo que se ve cuán irracional, y con ello cuán irreal, es su conducta. La pena no es una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente intentara; una voluntad racional, al querer la violación del Derecho es como si quisiera la pena. Por eso, la pena aparece cómo la negación de la pretendida negación del Derecho; es la demostración de su irrealidad y, con ella, el restablecimiento del imperio inatacable del Derecho. De ahí su necesidad absoluta" (12).

A las teorías retribucionistas se les crítica el hecho de considerar la pena solamente como retribución por el delito cometido, sin to-

(11) REYES E, Alfonso. Op. Cit. pág. 24.

(12) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal..." Op. Cit. págs. 376/7.

mar en cuenta de que a ella se adhieren finalidades muy importantes; es decir, esta tesis se reduce en términos generales a reconocer que la pena no es más que una venganza de tipo legal.

II) TEORIAS RELATIVAS.

Son todas aquellas corrientes de opinión que consideran que la pena no es fin en sí misma, sino un medio idóneo para alcanzar otras metas, las cuales pueden ser: la prevención de la criminalidad, la rehabilitación del delincuente o la defensa de la sociedad, entre otras. -- Las principales tesis al respecto son:

a) Las teorías de la PREVENCIÓN.

En esta postura se agrupan todos aquellos autores que señalan como fin esencial de la pena la prevención del delito; distinguiéndose entre ellos: quienes consideran que la pena sirve para prevenir la delincuencia; quienes creen que su finalidad es evitar que el infractor vuelva a delinquir; y quienes sostienen que mediante la ejecución de la pena se obtienen ambas finalidades.

Como exponentes de la prevención general se encuentran FEUERBACH y ROMAGNOSI; para el primero de ellos, "El Estado cumple su función específica de evitar las violaciones del Derecho, no mediante la coacción física -que no es utilizable ni tiene eficacia en la mayor parte de los casos- sino mediante la coacción psíquica con la que de alguna manera general y anterior al delito, impide que éste llegue a cometerse obrando sobre sus causas. En efecto, lo que impulsa al hombre al delito son sus pasiones y apetitos desordenados. Estos impulsos se contrarrestan haciendo saber a todos que a su hecho seguirá inevitablemente un mal mayor que el que se deriva de la insatisfacción del impulso de come

ter el delito. Mediante la amenaza de la pena a toda posible violación - de la Ley y mediante la aplicación efectiva de la pena cuando la Ley fué transgredida, opera la coacción psíquica como mecanismo encaminado a con tener los impulsos delictivos" (13).

Como consecuencia de que la teoría de la prevención general no mostrara eficacia alguna, como lo corrobora el aumento de la criminalidad, se elaboró la tesis de la prevención especial, la cual señala que - siendo el delito la conducta de un hombre de personalidad antisocial, la pena tendrá como finalidad que ese individuo no vuelva a delinquir. Ahora bien, la pena debe actuar sobre elementos psico-somáticos que impidan al sujeto cometer actos delictivos.

La crítica que se hace a esta tesis se podría resumir en las -- palabras de ROEDER quien señala "que si la pena fuere eficaz instrumento de prevención individual, la reincidencia habría desaparecido" (14).

b) Teoría CORRECCIONALISTA.

También llamada de la enmienda; para ella, el delincuente debe ajustar y ordenar su personalidad con tendencia al mal, mediante la ejecución de la pena. Ya en los tiempos antiguos PLATÓN consideraba que "la pena era la medicina del alma".

(13) Citado por NOVOA MONREAL, Eduardo. "Cursos de Derecho Penal". Ed. Jurídica, Santiago, Chile, 1967, págs. 303/4.

(14) ROEDER, Carlos. "Doctrinas Fundamentales Reinantes sobre el delito y la pena". Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, pág. 181.

Fué ROEDER el más apasionado defensor de esta tesis, quien consideraba que la pena "es el medio racional y necesario de ayudar a la -voluntad - injustificadamente determinada de un miembro del Estado, a -ordenarse así mismo, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquél... Nada hay a los ojos del criminal, lo mismo que a los ojos de todo el mun-do, que pueda inspirar tan alto respeto y obediencia al Estado y a su -Ley, como la convicción general de la injusticia interior de una pena -que no aspira a la inmoral retorsión de un mal por otro mal, sino a su reparación mediante el bien, restaurando real y efectivamente la justici-a hasta donde quepa, y por tanto aún en su profunda raíz, merced a la reforma del delincuente" (15).

Compartiendo esta idea, SALEILLES expresa que muchos delincuentes, como muchos pobres "son sólo transeúntes de la criminalidad, que -la atraviesan sin pertenecerle en cuerpo y alma; sufren una crisis y --hay que ayudarles a salir de ella. La pena puede ser uno de los medios- más eficaces; hay que saber servirse de ella y por esto la idea de re-mordimiento y de expiación es la única que puede operar una transforma-ción en la consciencia" (16).

c) Teoría POSITIVISTA.

Los positivistas consideran que la sociedad como cualquier otro

(15) Ibidem. Pág. 235/36.

(16) SALEILLES, Raimundo. "La Individualización de la Pena". Hijos de -Reus Editores, 2a. Edición, traducc. Juan Hinojosa, Madrid, 1914, Pág. 365.

organismo que es atacado tiene derecho a la defensa y, considerando que el delito es un agresión a dicha sociedad, ésta debe reaccionar para su protección mediante la pena; la cual es considerada como un instrumento de defensa social.

En esta corriente se distinguen dos tipos de defensa: una con carácter **PREVENTIVO** que tiende a evitar que una persona capaz de delinquir - socialmente peligrosa - efectivamente delinca, y otra de carácter **REPRESIVO** orientada a criminales, cuyo objeto principal es impedir que vuelvan a delinquir.

Para esta postura lo que importa para efectos de la pena no es tanto el delito cometido, sino la personalidad más o menos peligrosa de su autor, motivo por el cual los positivistas no hacen la distinción -- entre imputables e inimputables, sino entre delincuentes más o menos pe ligrosos; y por lo mismo en lugar de pena prefieren hablar de sanción.

III) TEORIAS MIXTAS.

Son aquellas teorías que otorgan a la pena un carácter absoluto retribucionista o reparador - pero además le asignan, alguna finalidad de carácter relativo (prevención de delitos o corrección del delincuente). Algunos de sus representantes más destacados son:

a) La concepción **CARRARIANA**.

Para Francisco **CARRARA** "el fin de la pena no consiste en que - se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda.

Todas éstas pueden ser consecuencias necesarias de la pena y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aún cuando faltaran todos esos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. El delito ofende materialmente a un individuo o a una familia o a un número cualquiera de personas, y el mal que causa no se repara con la pena. Pero el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes y ofende a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el sentimiento de la propia seguridad y al crear el peligro del mal ejemplo" (17).

b) La teoría de MERKEL.

Para este autor "toda pena es calculada con relación a un efecto real que la misma ha de producir en la esfera de la vida del que va a ser penado, y sobre todo con relación a un efecto que corresponda al carácter de la acción supuesta, que sirva de expresión más o menos sensible al valor negativo de la misma y que, por lo tanto, represente un mal para el penado. Lo cual no excluye el que de este mal puedan y aún deban provenir consecuencias beneficiosas para el penado mismo y para otras personas" (18).

La idea Merkeliana une los aspectos jurídico e históricos de la pena como Institución, así como su característica esencial de ser un mal que retribuye a otro.

(17) CARRARA, Francisco. "Programa de ...". Op.Cit. Págs. 68/70.

(18) MERKEL, Adolfo. "Derecho Penal". T.I, Traducción de Pedro Dorado, - Ed. La Nueva España, Madrid, s/año, pág. 251.

c) Teorías ECLECTICAS.

Se trata de una gran diversidad de criterios doctrinarios que intentan conciliar diversos aspectos de las teorías antes citadas, para asignar un sentido plurifisnalístico a la pena.

CUELLO CALON sostiene que "la pena es siempre retribución por el delito cometido; pero su función no se detiene allí, sino que aspira a la obtención de un relevante fin práctico que es el de la prevención de la delincuencia, ya sea respecto del delincuente en particular mediante mecanismos intimidativos, de corrección o de su eliminación... La naturaleza retributiva de la pena, no es obstáculo para que sea aplicada con finalidad reformadora, a la que debe aspirarse con el mayor empeño cuando tal fin debe y puede ser alcanzado " (19).

Para MANZINI la finalidad de la pena es PREVENTIVA y REPRESIVA, SOCIAL e INDIVIDUAL. Considera que si la pena no existiera, los hombres de poca resistencia moral seguramente delinquirían, lo cual no hacen -- por temor al castigo; por otra parte, si la pena no se aplicara al violador del precepto legal, los ciudadanos no confiarían en la tutela del Estado.

1.5. CARACTERISTICAS DE LA PENA

La doctrina señala como características fundamentales de la -- institución jurídica de la pena, las siguientes: Legalidad, Proporcional

(19) CUELLO CALON, Eugenio. "La moderna penología". Ed. Bosch, Barcelona, s/año, pág. 17.

lidad, Individualidad, Irrevocabilidad, Aflictividad y Publicidad.

a) LEGALIDAD.

Esta característica de la pena comprende cuatro aspectos esenciales: 1°) Que nadie puede ser sometido a una pena si ella no está prevista en una norma legal anterior a la fecha en que se cometió el delito y vigente cuando el hecho delictivo se realizó. 2°) Que toda pena debe ser impuesta por funcionarios competentes del poder público. 3°) Que las penas han de imponerse como culminación de un proceso durante el cual se hayan cumplido totalmente todos los requisitos previamente fijados por la ley y, 4°) Que el condenado tiene derecho a que se le aplique la sanción más favorable, aunque haya sido prevista en la ley posterior a la fecha en que cometió la infracción.

b) PROPORCIONALIDAD.

Significa que la pena debe ser proporcional al delito cometido y a la personalidad de su autor. La mayor o menor drasticidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción, y ésta a su vez, de la importancia del interés jurídico dañado y de la magnitud de la lesión ocasionada al sujeto que recibió el daño.

Respecto a la personalidad del delincuente; ha de considerarse que el delito es en gran medida el reflejo y proyección de la personalidad de él; por consiguiente, la pena ha de ajustarse a sus características personales.

c) INDIVIDUALIDAD.

Esta característica se refiere al hecho de que la pena sólo pue

de afectar a la persona responsable del acto delictuoso. Es factible señalar que el concepto de la individualidad de la pena es relativo, ya que si bien es cierto que sólo se aplica al responsable del delito, también es cierto que sus efectos nocivos alcanzan a personas ligadas al reo por lazos ya sean familiares, afectivos, etc; v. g, en las penas -- privativas de libertad, se aparta al condenado de las personas que de él dependían ya sea en lo económico, afectivo, familiar, etc.

Otra manifestación de la individualidad de la pena es la que se refiere a determinadas circunstancias de agravación o atenuación punitivas, según las condiciones personales del condenado, tales como: -- sus antecedentes personales, su posición social, económica o cultural.

d) IRREVOCABILIDAD.

El fenómeno de la irrevocabilidad o certeza de la pena significa que cuando el legislador amenaza con ella al responsable del delito, ha de imponerse de manera ineludible en la respectiva sentencia condenatoria, y que a partir de ese momento procesal, debe cumplirse en su integridad.

Esta característica es la que mayor fuerza intimidativa ejerce sobre los potenciales delincuentes, ya que de nada servirían los continuos aumentos de pena o la rapidez de los procedimientos, si la experiencia enseñara a los criminales y a los ciudadanos en general, que son pocas las infracciones penales cuya investigación culmina con sentencia -- condenatoria y que no todas realmente se cumplen. No obstante, este principio no es absoluto, ya que la propia ley autoriza casos de excep-

ción (indulto, amnistía, prescripción, etc.).

e) **AFLECTIVIDAD.**

Desde el punto de vista ético, la pena conlleva un sufrimiento, pero dicho sufrimiento no es un fin, sino una de sus características.

Aunque paulatinamente va desapareciendo el tormento como castigo anticipado o como instrumento de tortura punitiva, la pena sigue siendo aflictiva y lo deberá seguir siendo. Sin embargo, esa aflictividad es en muchos casos excesiva y peligrosa; y más aún, generadora de nueva delincuencia.

e) **PUBLICIDAD.**

Consiste en el hecho de que la pena debe enunciarse en la ley - que describe las conductas punibles, de tal forma que todos sepan lo que les espera si delinquen.

I.6 CLASIFICACION DE LAS PENAS

Las penas pueden clasificarse según cuatro aspectos ordinarios: de acuerdo con su importancia, con su forma de aplicación, con el derecho afectado, o con su duración.

a) De acuerdo con su importancia.

Desde este punto de vista, las penas son: **PRINCIPALES** y **ACCESORIAS**.

- **PRINCIPALES.**- Son aquellas que se imponen siempre en una sentencia judi

cial con independencia de otra cualquiera; v.g, pena de muerte o de privación de libertad.

- **ACCESORIAS.**- Son aquellas que se aplican como complementarias de la pena principal, es posible aplicarlas simultánea o sucesivamente a la principal y son más leves que aquélla; v.g, la suspensión de la patria potestad.

b) De acuerdo con su forma de aplicación.

De acuerdo a este criterio, las penas son: **SIMPLES** y **COMPUESTAS**

- **SIMPLES.**- Cuando una infracción penal tiene prevista sólo una pena.

- **COMPUESTAS.**- Cuando para un hecho punible determinado, la ley señala - varias penas.

Según como hayan de aplicarse estas penas, reciben el nombre de **COPULATIVAS**, **ALTERNATIVAS** o **FACULTATIVAS**.

- **COPULATIVAS.**- Son aquellas penas que se aplican de manera conjunta, de tal forma que en la sentencia respectiva, el juez debe imponerlas todas; v.g, pena privativa de libertad y pecuniaria.

- **ALTERNATIVAS.**- Son todas aquellas especies de penas compuestas en relación con las cuales el juez puede escoger entre las que la ley señala y la que considere conveniente; v.g, cuando la pena imponible sea la de -- arresto.

- **FACULTATIVAS.**- Son todas aquellas penas entre las que el juez puede escoger, después de haber impuesto una con carácter obligatorio. Por lo general, se trata de penas accesorias y su imposición depende de la naturaleza de la infracción cometida o de las condiciones personales del responsable. En ocasiones sólo está prevista una pena accesoria, pero el -- juez tiene la facultad de aplicarla o no.

Otra clasificación de las penas de acuerdo con su aplicación es la de **DIVISIBLES** e **INDIVISIBLES**.

Son **DIVISIBLES** las penas que se pueden fraccionar cuantitativamente o temporalmente; la divisibilidad es cuantitativa respecto de las penas pecuniarias cuando el legislador deja al arbitrio del juez el fijar su monto dentro de un mínimo y un máximo; v.g, multa entre mil y -- cincuenta pesos; la divisibilidad temporal está en relación con las penas que afectan la libertad personal, cuando la ley señala el período de su duración entre dos límites -mínimo y máximo- v.g, cuando se indica la pena para determinado delito, la cual puede ser entre seis meses y dos años de prisión.

La pena es **INDIVISIBLE** cuando sea imposible fraccionarla, ya sea porque el legislador halla fijado concretamente la cantidad o la duración de la pena que deba aplicarse (un año de prisión, cinco mil pesos de multa, etc), o bien, porque se trata de penas que por su propia naturaleza no son susceptibles de división, como la pena de muerte.

c) De acuerdo con el derecho afectado.

Desde este punto de vista, las penas pueden ser: **EXTINTIVAS, CORPORALES, INFAMANTES, PRIVATIVAS DE LIBERTAD, RESTRICTIVAS, INTERDICTIVAS Y PECUNIARIAS.**

- **PENA EXTINTIVA.**- Consiste en la represión de la vida del condenado. - La muerte del ofensor constituyó la reacción primaria del hombre en sociedad.

- **PENAS CORPORALES.**- Son aquéllas que afectan la integridad fisiológica del condenado y cuya aplicación producen dolor físico. En el Derecho antiguo eran muy frecuentes la mutilación, los azotes, la tortura, etc.

- **PENAS INFAMANTES.**- Son aquellas penas cuya aplicación lesionan el honor y la dignidad del condenado sin afectar su organismo. Entre ellas se encuentran la deportación, la degradación y la infamia.

- **PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.**- Son las sanciones que suprimen temporal o indefinidamente la libertad personal vinculada al ejercicio de derechos individuales y civiles, mediante el internamiento del condenado en lugares especiales.

- **PENAS RESTRICATIVAS DE LIBERTAD.**- Se caracterizan porque limitan el ejercicio de la libertad personal en algunas de sus manifestaciones; generalmente se concretan a prohibir la residencia del condenado en determinado lugar u obligarlo a residir en otro distinto del habitual. Estas penas tienen su origen en las penas infamantes de la deportación y la relegación.

El destierro y el confinamiento pertenecen a esta categoría; aplicándose como pena para delitos políticos. Dentro de esta modalidad también se encuentran la expulsión del territorio nacional respecto de los extranjeros, la prohibición de concurrir a determinados lugares, etc.

- **PENAS INTERDICTIVAS.**- Consisten en privar al condenado -temporal o definitivamente- del ejercicio de ciertos derechos civiles o políticos como los de contratar, contraer obligaciones jurídicas, ejercer la patria potestad, etc, o del arte, profesión u ocupación en cuyo desarrollo cometió el hecho punible.

- **PENAS PECUNIARIAS.**- Son aquellas penas que afectan el patrimonio económico del condenado. Actualmente se reduce a la pena de multa, entendida

como la exacción en favor del Estado de una determinada cantidad de dinero.

d) De acuerdo con su duración.

En base a este criterio, las penas pueden ser: PERPETUAS o TEMPORALES, DETERMINADAS o INDETERMINADAS.

- PERPETUAS.- Son aquellas cuya duración sólo se extingue con la vida del condenado. Esta perpetuidad no se refiere únicamente a las penas privativas de libertad sino que comprende también otras especies de sanción como la interdicción de derechos o funciones públicas y la prohibición del ejercicio de un arte o profesión.

- TEMPORALES.- Son aquellas penas cuya duración está exactamente delimitada en la sentencia condenatoria. El concepto de pena determinada es semejante al de pena temporal, aunque tiene un radio de acción más amplia que se refiere a tres momentos a saber: el legislativo, en el que normativamente se fija el mínimo y el máximo de duración de la pena; el judicial, que corresponde a la concreta cantidad de pena que el juez debe señalar en la sentencia condenatoria; y el administrativo o penitenciario, cuando es a dicho organismo del Estado al que corresponde determinar la duración de la pena que debe aplicar al condenado.

El concepto de pena indeterminada, supone que en alguno o en los tres momentos antes citados, no se precise el término de duración de la pena.

I. 7 DIFERENCIA ENTRE PUNIBILIDAD Y PENA.

Cuando en el curso de un proceso penal se demuestra claramente que el procesado realizó una conducta de acción u omisión descrita en un tipo penal determinado, de tal manera que dicha conducta se encuadre íntegramente en éste, cuando además, tal comportamiento vulnera el interés jurídico que el legislador pretendía tutelar y, cuando finalmente, la citada conducta fué realizada culpablemente -con dolo, culpa o preterintención- el juez en nombre del Estado lo declarará responsable y procederá a imponerle una sanción penal.

Pero la sanción impuesta por el juez no puede ser otra que la previamente establecida para el modelo de comportamiento típico.

Ese fenómeno en virtud del cual el Estado, a través de los legisladores, crea sanciones penales aplicables a conductas que considera social y jurídicamente reprochables y luego, mediante la acción de sus jueces, impone la sanción correspondiente, es lo que se conoce como punibilidad.

El maestro Alfonso REYES define la punibilidad como "un fenómeno jurídico que emana del Estado como reacción a comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones y que se manifiesta en dos momentos: el legislativo, por medio del cual se crea la sanción; y el judicial, que cumple la tarea de imponerla en concreto" (20).

La importancia de la punibilidad es de suma trascendencia ya que sin ella las normas penales quedarían en la categoría de mandatos sociales cuyo incumplimiento sólo generaría reproche de contenido ético.

Ahora bien, en virtud de que el concepto de pena fué ampliamente tratado en el apartado I.2 del presente trabajo, considero innecesario estudiar nuevamente la institución jurídica de la pena; por lo que únicamente señalaré de manera específica la diferencia que existe entre la punibilidad y la pena, así pues, por punibilidad debe entenderse el derecho que posee el Estado para crear e imponer un castigo a la persona que con su conducta daña algún bien jurídicamente tutelado; siendo precisamente dicho castigo lo que debe entenderse por pena, es decir, el sufrimiento que le es impuesto al delincuente en razón de su conducta ilícita.

Por otra parte, y a diferencia de la pena, la punibilidad se -- conduce primordialmente hacia la prevención general, ya que ese derecho que tiene el Estado para que se merezca una pena al cometerse un delito, se dirige a toda la colectividad.

C A P I T U L O I I

ANTECEDENTES HISTORICOS SOBRE LA PENA CAPITAL

II.1 DERECHO ROMANO

"El Derecho penal primitivo romano tiene un fuerte componente - mitológico expresado en la consecratio del culpable a los dioses" (1). En sus orígenes la pena pública fué siempre una pena capital. Su carácter no fué estrictamente estatal ni judicial, sino religioso, infamante y sacral. Todo culpable debía ser sacrificado, ya fuera libre o no, -- igual si era ciudadano que si fuese extranjero.

Aunque en el Derecho civil Roma fué grandiosa, en el Derecho -- Penal fué pequeña, por lo que un verdadero sistema penal no se conoció -- sino hasta el Código redactado por los Decenviros, al cual se le denominó "Ley de las XII Tablas". La cual castigaba con la pena capital: la profanación de las murallas, la celebración de asambleas sediciosas, -- la concusión de jueces y árbitros, el atentado contra el padre, etc.; -- las leyes posteriores ensancharon el campo de la aplicación de la pena de muerte.

Las leyes "Porciae" y "Sempronia" prohibieron la aplicación de la pena de muerte para los ciudadanos romanos (salvo para los mas graves delitos contra la seguridad del Estado), pero durante el Imperio fué -- reestablecida; asimismo, se implantaron formas de ejecución extremada -- mente crueles como la "Bestiis Obiectio", la cual consistió en arrojar -- al delincuente a las fieras para que les sirviesen de cebo en los comba

(1) BARBERO SANTOS, Marino. "Pena de Muerte: el ocaso de un mito". Ed. De Palma, Buenos Aires, 1985, pág. 59.

tes públicos; convirtiéndose así la pena de muerte en un auténtico espectáculo público. En este período, según FERRI, no se hacía excepción alguna con las mujeres, quienes eran condenadas a todo tipo de penas, - salvo la crucifixión (2). Refiriéndose a esta etapa en la trayectoria del Derecho penal románico, anota Arangio RUIZ: "en el procedimiento de las quaestiones (tribunales que se establecían caso por caso para juzgar infracciones concretas) el jurado se limita a declarar la culpabilidad o la inocencia del acusado, quedando la fijación de la pena a la Ley; en la *cognitio extra ordinem*, por el contrario, la pena quedaba a la discreción del juzgador, el cual partiendo de instrucciones imperiales de carácter general sobre la oportunidad de castigar determinados hechos e inspirándose simplemente en los precedentes de ciertas decisiones del príncipe, fijaba tras la libre valoración de las circunstancias concurrentes, la pena aplicable al caso juzgado. El sistema de las penas, añade, se complicó también de modo notable. Mientras en la jurisdicción de las quaestiones se continuaron aplicando los claros y templados principios Republicanos, la *cognitio* creó una serie gradual de penas, en su mayoría graves y hasta crueles, en las cuales más que en ningún otro Instituto, se revela y acusa bajo las apariencias tuitivas del principado la lenta degradación del ciudadano hasta reducirlo a súbdito. Así, mientras con la *Capitalia Poenia*, *Iudicium Capitis*, *Capitis Acusare*, se continuo designando a la pena capital de las Leyes Republicanas, o sea, con su normal derivación hacia la *interdictio aquae et ignis*, las expresiones *poena capitis* y *capitis punire*, aludían a una pena de muerte efectiva pronunciada por los Tribunales Imperiales y ej

(2) Ibidem. Pág. 65

cutada mediante decapitación o estrangulación" (3).

La Interdictio constituyó un medio concedido al condenado para evitar la muerte, siempre que se marchase para siempre (exilio) de Roma o de Italia. Su permanencia o retorno significaba la muerte. Tanto la condena a muerte como la interdicción originaban la pérdida de la ciudadanía y, la publicatio del patrimonio.

Los romanos gozaron de extraordinaria inventiva para crear medios tendientes a ejecutar o aplicar la pena de muerte. Una vez empleaba el descuartizamiento, otras se despeñaba al reo desde la roca Tarpeya situada en el Capitolio (especialmente en aquellos casos en que no podía intervenir el Magistrado. En los tiempos primitivos se verificaba esta ejecución en los supuestos en que el ciudadano tuviera derecho a ejercer la venganza de la sangre.), o se les estrangulaba de un famoso calabozo subterráneo; otras se desnucaba al reo y metiéndole la cabeza en la horca de una estaca, se le azotaba hasta que muriese. También eran afectos los romanos al enterramiento en vida, la hoguera, el apaleamiento hasta la muerte, etc.

En tiempos de Justiniano se prohibió la aplicación de la pena capital a los menores, y se redujeron a cuatro únicamente las formas de ejecutar la pena máxima: Poenae Culei, o sea el ahogamiento en un saco; Vincrementio, el fuego; Ad Furcam Domnatio, devorado por las fieras y Capitís Amputatio Decollatio o degollación.

(3) ARANGIO RUIZ, V. "Historia de Derecho Romano". Traducción F. Pelmaecker e Ivañez, Ed. Reus, Madrid, 1943, págs. 309/10.

"Bajo Constantino cuya severísima legislación fulminaba con la pena de muerte a todos los delitos, se contemplaron los efectos de algunos suplicios con providencias especiales, sobre todo para reprimir a los esclavos y oficiales acusados de peculado o concusión, para agudizar el sufrimiento provocado merced a la pena de fustigación, se utilizaron látigos con puntas de plomo, cuyos traumatismos causaban con frecuencia la muerte del condenado (4).

Otra pena consistía en la Intestabilitas que, si bien no causaba directamente la muerte del reo si lo reducía a la categoría de un ente sin derechos de ningún orden. El sistema de las Intestabilitas se prodigó bajo los Emperadores Cristianos, que persiguieron implacablemente la herejía y la magia. Así, los miembros de un presunto mago persa, Mani (siglo III de la era actual), los maniqueos, considerados culpables de magia, fueron sentenciados a perecer en la hoguera.

Fué el Emperador Constantino quien instituyó la pena capital para castigar los delitos sexuales como el incesto y la seducción.

II.2 DERECHO GRIEGO

En el primitivo Derecho penal de Grecia, se muestra un gran progreso que va desde la primitiva venganza privada hasta el castigo

(4) ARANGIO RUIZ, V. "Historia de ...". Op. Cit. Págs. 309/10.

impuesto por el Estado.

"Los medios penales eran muy diversos; las más suaves formas de la pena de muerte, eran el veneno o la estrangulación dentro de la cárcel; y las más duras, la ejecución pública por medio de la maza o la decapitación, raras veces se quemaba y se ahogaba" (5).

Después de superar la etapa de la venganza privada, Grecia -- aceptó el principio de la venganza divina, sólo después de un agudo -- proceso evolutivo se llegó a la idea de la pena como prevención, en -- virtud de la intimidación que el castigo presupone.

El legislador Ateniense Dracón (siglo VIII a.c.) se caracterizó por su crueldad casi sin límites, ya que impuso la pena de muerte -- para casi todos los crímenes. Razón de sobra tuvo Aristóteles cuando enjuició la legislación Draconiana diciendo que "... nada tiene de memorable sino el rigor excesivo de sus leyes y la severidad de las penas" (6).

Con el advenimiento de Solón (siglo VI a.c.) se limitó la aplicación de la pena capital solamente para el sacrilegio, la profanación de los misterios, los atentados contra el Estado, el homicidio, el --

(5) AHRENS, E. "Historia del Derecho". Traducción de Francisco Giner y A. G. Linares. Ed. Impulso, Buenos Aires, 1945, pág. 112.

(6) Ibidem. Pág. 113.

adulterio de la mujer y la violación cometida por un hombre que se negare a casarse con la injuriada.

En Atenas la pena capital se materializaba por medio de la horca, la decapitación con espada, el despeñamiento o el veneno. La decapitación estaba reservada para los militares y la horca para los delitos más infames; el envenenamiento constituía la forma de ejecución más dulce utilizándose con frecuencia la cicuta, según lo muestra la muerte de Sócrates.

II.3 DERECHO GERMANICO

El Derecho penal Germánico se caracteriza por su fundamentación privada. Lo injusto aparece como un ataque al ofendido y a sus familiares, quienes tienen el derecho y el deber de vengarse en la vida y propiedad del autor o de los miembros familiares; más tarde, y respecto de ciertos delitos, cualquiera puede ejercer la venganza.

El Talión, a pesar de su crueldad según las concepciones actuales, significó un enorme progreso cultural, ya que puso un límite a la reacción sin barreras; pudiendo entonces, sólo causarse un mal igual al experimentado.

El desarrollo posterior de la Institución hasta convertirse en un Derecho Público, se debió indudablemente al fortalecimiento del poder del Estado; sin embargo, durante alguna época ambas Instituciones (pública y privada) coincidieron.

"En el Derecho Germánico se consideran penas capitales aquellas que producen por efecto inmediato o mediato, ineludible o eventual, la pérdida de la vida; y se pueden dividir, -según GIUDICE- en dos grupos: la privación de la paz o bando y las diversas modalidades de propias penas de muerte" (7).

La pérdida de la paz es la pena capital característica del Derecho Germánico antiguo, y al mismo tiempo la más comprensiva: quita la vida y el patrimonio. El privado de la paz quedaba fuera de la comunidad. Posteriormente sus efectos se acentúan, bien mediante el pago de una composición o mediante la concesión de unos plazos para que el reo pudiera salvarse mediante la fuga.

No toda pérdida de la paz originaba la pérdida de la vida. "Numerosos textos medievales se refieren enfáticamente a las tres cosas -- (Sachen) que llevaban a la muerte: homicidio, hurto y violación" (8).

Lo que caracterizó al Derecho Medieval Germánico es la previsión para cada clase de delito de una modalidad determinada de ejecución capital que difería según el texto legal o costumbre aplicada. El ahorcamiento tenía un carácter especialmente deshonoroso, y se aplicaba sólo para conductas de particular gravedad, v.g.; el bandolerismo.

(7) Citado por BARBERO SANTOS, Marino. "Pena de...". Op. Cit. Pág. 70.

(8) Idem.

La más leve y honorable era la pena de decapitación. Por ello, respecto de delincuentes que merecían penas capitales más graves, la -- decapitación tenía el carácter de una merced o gracia.

El descuartizamiento mediante el hacha era pena reservada casi -- de manera exclusiva para los delitos de traición, cuando el delito lo -- cometía varón, ya que si era mujer se le ahogaba.

Una modalidad atenuada consistía en decapitar al reo antes de -- descuartizarlo; por el contrario, una modalidad agravada consistía en -- su despedazamiento mediante el sistema de atar sus miembros a caballos -- o toros.

Cabe señalar que esta forma de ejecución se extendió no sólo -- por territorio germánico sino que se extendió por toda Europa.

El enrodamiento es una de las penas germánicas más característica -- cas. Consistía en quebrantar al condenado los miembros y la columna -- vertebral con una rueda; el cuerpo se entrelazaba después entre sus ra -- dios y el todo se colocaba sobre un pivote o poste; esta pena aunque -- era reservada para los hombres en la legislación de algunas ciudades, -- se prevé también para las mujeres que mataban a sus maridos. Sin embargo -- el simple ahogamiento en un río o en el mar fué la pena más aplica -- da.

Una de las formas de ejecución más horribles consistía en ente -- rrar vivos a los reos, se aplicaba por igual a hombres que a mujeres. --

Algo curioso es el hecho de que dicha pena sólo se aplicaba por lo común para delitos relacionados con mujeres, v.g.; la violación.

"La muerte por el fuego podía ejecutarse de maneras muy diversas. Arrojamiento del reo atado de pies y manos a la hoguera; su suspensión de un palo bajo el cual se prendía el fuego; el cocimiento en agua, vino o aceite (suplicio reservado para los falsificadores). El envenenamiento, incluso sin resultado letal, se castigaba con esta pena, así como también a los hechiceros y herejes" (9).

"La Carolina (CCC), primero y único Código penal del Reich hagta 1870, fué promulgada en 1532" (10); tuvo como característica esencial el no modificar la legislación hasta entonces vigente, ya que parece ser que su intención no fué establecer un Derecho penal nuevo.

Fué hasta fines del siglo XVI cuando se inició una reacción -- contra las formas tradicionales de ejecución de la pena capital. "El principal mérito de la Carolina no fué penal, sino procesal: garantizó en su período de esplendor un enjuiciamiento rápido, seguro y justo" - (11).

(9) Ibidem. Pág. 74

(10) Idem.

(11) Ibidem. Pág. 75.

II.4 DERECHO ESPAÑOL

Resulta casi imposible determinar con exactitud la progresión histórica de la pena capital en España, sobre todo en la Edad Antigua y parte de la Media.

Investigaciones de RUIZ FUNES y de CUELLO CALON, han determinado que todas las afirmaciones que puedan hacerse sobre su régimen de ejecución caen en el ámbito de simples conjeturas. La arbitrariedad en la imposición y en la crueldad ejecutiva son las notas más sobresalientes durante muchos cientos de años.

Prescindiendo de momentos anteriores en el tiempo, sobre los que se carece de fuentes fidedignas, la forma de ejecución más frecuente en los siglos XVI, XVII y XVIII fué la horca. Las leyes no siempre especificaban la forma de llevar el proceso y los jueces podían arbitrariamente señalar la forma de dar muerte al condenado.

La muerte en garrote, tan vinculada al sistema punitivo español, aparece en el siglo XVII y se va imponiendo de manera paulatina a lo largo del siglo XVIII, al mismo tiempo, desaparecen los atroces suplicios que históricamente habían acompañado a las ejecuciones.

La Comisión encargada de redactar el proyecto de Código penal que sería promulgado en 1822, presentó la iniciativa a fin de erradicar la pena capital del ordenamiento jurídico español, la cual no prosperó.

En el primer Código Español, la mecánica de ejecución quedó claramente establecida, evitando con ello la tortura.

En las ejecuciones de asesinos, parricidas, traidores o reos, y sacerdotes, se seguía un cierto ritual aunque no excesivamente cruel.

La reacción absolutista de 1823 supuso la desaparición del Código de 1822 y en consecuencia, el retorno a la ejecución anterior: la -- horca, sobre todo, e incluso la muerte en la hoguera para los herejes.

La pena de muerte en horca fué abolida por Fernando VII en 1828 por Real Cédula de 28 de abril. En ella se estipula la ejecución en -- garrote, haciéndose una distinción de carácter puramente formal, ya que la técnica de ejecución es la misma en los tres supuestos señalados: garrote ordinario, para ejecución de individuos del Estado llano; garrote vil, para los delitos infamantes sin distinción de clases; garrote re -- servado para los hijos dalgos.

La Ley del 9 de abril de 1900 (conocida como Ley Pulido) otorgó una nueva redacción al artículo 102 del Código Penal de 1870: la pena -- se ejecutaría en garrote de día, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo, y a las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no sería verificada en días de fiesta religiosa -- o nacional.

Suprimiéndose con ello la publicidad de la ejecución, ya que ésta no producía ni intimidación ni ejemplaridad.

El Código Penal de 1928 establece que la pena de muerte será -- ejecutada en la forma y términos que dispongan los reglamentos que se dicten al efecto. El Código de 1932 borra de su articulado la pena capital. Se impone en suma, la tesis abolicionista. Sin embargo, en la legislación especial fué reestablecida por la Ley del 11 de octubre de 1934, aunque sólo para determinados delitos de terrorismo y bandolerismo.

La Ley de 5 de julio de 1938 reintroduce en el Código español -- la pena de muerte; en su preámbulo se afirma que la desaparición de esta pena no se compagina con la seriedad de un Estado fuerte y justiciero.

Actualmente, y en opinión de un gran número de doctrinarios, -- existe una laguna legal en la materia. Siendo casi imposible la ejecución de la pena capital en el Derecho Común Español, ya que en el mismo no existe precepto alguno que establezca y regule la ejecución capital, es decir, esta pena no puede ser legalmente ejecutada en España.

II.5 DERECHO PENAL AZTECA

El Derecho Penal Azteca fué muy deshumanizado y sangriento. La pena de muerte fué una sanción que se ejecutaba con un alto grado de -- crueldad y en ocasiones dicha ejecución resultaba hasta pintoresca. Las formas más comunes para su ejecución fueron: el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, degollamiento y el desgarramiento del --

cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. En casos especiales la pena capital era combinada con la confiscación.

Hubo también otro tipo de penas que aunque no consistían en la eliminación o muerte del sujeto, era casi un hecho que ésta se daría -- con el transcurso del tiempo, tales penas eran: la mutilación, la caída en esclavitud y el encarcelamiento.

Entre los aztecas existían tipos de penas, que para la mentalidad de un hombre del siglo XX pudieran parecer hasta infantiles, pero -- para esa época eran consideradas como una insoportable ignominia, entre otras se encuentran las de cortar o chamuscar el pelo al delincuente. En ocasiones, los efectos de determinados castigos se extendían a los parientes del culpable hasta el cuarto grado.

La ausencia de distinción entre autores y cómplices, quienes re cibían el mismo castigo, muestra la total primitividad del sistema penal azteca.

El homicidio traía aparejada la pena de muerte, salvo que la -- viuda abogara por la caída en esclavitud. El hecho de que el homicida encontrare a la víctima en flagrante delito de adulterio con su esposa -- no constituía una circunstancia atenuante.

La sanción por robo era excesivamente dura, lo cual obedecía -- por una parte, a la suma pobreza general, y por la otra, al hecho de que en una comunidad dedicada a las labores del campo, cada campesino sien-

te sus escasas propiedades como un producto de sus penosas labores.

Dentro del Derecho Penal, se observa un gran rigor en cuanto a los delitos sexuales; sancionando con pena de muerte la homosexualidad (respecto de ambos sexos), la violación, el adulterio, el incesto y el estupro.

Por otra parte, el respeto a los padres se consideró fundamental para el logro de la subsistencia de la sociedad; así, las faltas de esta índole podían ser castigadas con la muerte.

"Un hecho de gran interés fué el tratamiento que se le dió al noble azteca. Es curioso que esta clase social no tenía un régimen privilegiado, por el contrario, ello era una circunstancia agravante, ya que el noble debía dar el ejemplo" (12). Por lo tanto, si un noble se embriagaba en circunstancias agravantes, (v.g. dentro del palacio) se exponía a la pena de muerte.

Algunas de las formas de dar muerte empleadas por este pueblo son:

DELITOS

PENAS

"Traición al rey o al Estado:...

Descuartizamiento.

Deserción, cobardía, robo en la guerra, etc. ...

Muerte.

Hurto en el mercado...

Lapidación en el sitio de los hechos.

(12) FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Ed. Esfinge, 2a. edición, México, 1976, pág. 24

Mentira grave y perjudicial ...

Cortadura parcial de los labios y a veces de las orejas; o muerte por arrastramiento.

Cabe señalar, que en términos generales el régimen penal colonial fué mucho más leve para el indio mexicano que el Derecho penal azteca" (13).

Entre los aztecas, el Derecho penal fué el primero que en parte se trasladó de la costumbre al Derecho escrito.

II.6 DERECHO PENAL MAYA

"Este pueblo tiene un sentido de vida más refinado, una concepción metafísica del mundo más profunda" (14).

No obstante que los mayas tienen un poco de más delicadeza y sensibilidad en su manera de ser, el Derecho punitivo fué extremadamente severo.

Eligio ANCONA expresa que "el Código penal Maya, aunque puede ser presentado como una prueba de mortalidad de este pueblo, contenía castigos muy severos y generalmente desproporcionados a la culpa, defecto que tienen en su gran mayoría las legislaciones primitivas de todos-

(13) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Derecho penitenciario cárcel y penas en México. Ed. Porrúa, S.A, México, 1974, págs. 27/33

(14) Ibidem. Pág.34.

los pueblos" (15).

Algunos de los delitos y penas que se practicaron por el pueblo Maya son:

D E L I T O S

P E N A S

Violación y estrupo: ...

Lapidación, con la participación del pueblo entero.

Sodomía: ...

Muerte en horno ardiente.

Homicidio: ...

Muerte por insidias de los parientes, tal vez por estacamiento; o bien, pago del muerto.

Incendio doloso:...

Muerte, en algunos casos satisfacción del daño. (16).

Asimismo, para el caso del delito de adulterio, el marido ofendido tenía la opción de escoger entre el perdón o la pena capital del ofensor, mientras que la mujer sólo se castigaba con el repudio.

El robo se sancionaba grabando en la cara del ladrón los símbolos de su delito.

Es digno de mencionar el mérito que tuvo el Derecho penal Maya al diferenciar el dolo (castigado con la pena de muerte) e imprudencia -

(15) Citado por CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Op.Cit. Pág. 39.

(16) Ibidem. Págs. 41/43.

(penado con la indemnización) para los casos de incendio y homicidio.

Una de las desventajas del sistema penal Maya en comparación con el Azteca, fué el hecho de que en aquél no se conoció la apelación, ya que el juez local decidía en forma absoluta y definitiva, ejecutando la sentencia inmediatamente los policia verdugo, a menos que el castigo consistiera en la lapidación a cargo de la comunidad entera.

Un atraso total en el régimen penal Maya consistió en el hecho de la marcada diferenciación de la pena; considerando la clase social a la que pertenecía el delincuente, además de la responsabilidad que se atribuía a toda su familia por los daños y perjuicios causados.

II.7 EPOCA COLONIAL

La Colonia, en suma, representó el trasplante de las Instituciones jurídicas españolas a territorio americano. Es por ello que se denota durante el período colonial un desorden legislativo. Las leyes españolas al filtrarse en territorio mexicano, chocaron con la idiosincrasia de un pueblo que por ser distinto, no acepta de golpe el cambio en sus Instituciones jurídicas, sociales, religiosas, etc.

La ejecución de las penas en la primera etapa de la Colonia imPLICABA la publicidad, en virtud de que tenían un fin primordialmente de ejemplaridad a través del castigo que se imponía; para el segundo peRÍODO que cubrió de fines del siglo XVII a inicios del siglo XVIII, se-

suscita la desaparición paulatina de hacer la ejecución de las penas en forma pública.

Se ha dicho, y con mucha razón, que la Colonia fué una espada con una cruz en la empuñadura, ya que por un lado mato, aunque por otro también evangelizó.

Basta recordar que la penología eclesiástica marchaba de la mano de la penología Virreinal, por lo que si juntamos las dos severidades (la de la Iglesia y la del Estado), nos encontramos sin duda ante un panorama aterrador; y aunque muchas leyes trataron de suavizar la destemplanza del castigo, la verdad es que éste se mantuvo como un claroscuro terrible al que sólo el tiempo desterró.

Durante la Colonia fué Derecho vigente, con carácter de principal, el Indiano en su forma más amplia, que comprendía las Leyes estricto-sensu como las regulaciones positivas sin importar la autoridad de donde emanaran; v.g, Virreyes, audiencias o cabildos, dado que tenían cierta autonomía que los facultaba a dictar disposiciones de tipo obligatorio.

Como Derecho supletorio estaba el constituido por el Derecho de Castilla (Leyes de Toro, el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla y la Nueva Recopilación)

Siguiendo al maestro CARRANCA Y RIVAS, los delitos principales y las penas correspondientes durante la Colonia fueron los siguientes:

DELITOS

"Judaizar: ...

Robo y Asalto: ...

Idolatría y Propaganda política
contra la dominación española.

Herejía, Rebeldía y Afrancesa-
miento: ...

Asalto: ...

Robo:...

Homicidio: ...

PENAS

Muerte por garrote y pos-
terior quemazón del cuer-
po en la hoguera.

Muerte en la hoguera.

Muerte en la hoguera en
la plaza pública.

Muerte en la hoguera.

Garrote en la cárcel; -
después sacar el cuerpo
y ponerlo en la horca.

Muerte en la horca y des-
pués corte de las manos.

Muerte en la horca o --
muerte por garrote"(17).

Cabe señalar que debido a la gran desorganización en materia -
legislativa y a la disimilitud de criterios y de doctrinas, delitos ---
idénticos eran castigados con penas un tanto diferentes. Tal cuestión -
obedece a que entonces, se trataba de una legislación eminentemente ---
pragmática que se hacía al compás de la vida criminal. No era, sin em -
bargo, una improvisación legislativa; ya que servían de inspiración y -
modelo, un buen número de leyes, que se remontan a los primeros siglos
de la historia legislativa de España.

(17) Ibidem. Págs. 183/88.

II.8 DERECHO CANONICO

Antes de analizar la pena de muerte desde el punto de vista del Derecho Canónico, es interesante y necesario analizar la influencia de la Iglesia respecto al tema que nos ocupa.

Así tenemos que, el Cristianismo en sus orígenes -y por lo tanto desligado del ámbito político- se mostró decididamente adverso a las penas capitales y corporales. La máxima en que se inspiró el Clero fue la de que "Dios no deseaba la muerte del pecador, sino que se convirtiera y viva" (18).

Sin embargo, para el siglo III la situación cambió. Los principios teóricos, se atemperan a las necesidades prácticas.

La Iglesia, ya no sojuzgada, sino uno de los más influyentes poderes del Estado, se desvía del antiguo rigor doctrinal. La ejecución de la pena no es considerado un derramamiento de sangre prohibido, sino una acción permitida por la ley, que Dios no puede desaprobado. San Agustín, en su obra "La ciudad de Dios", admite la legitimidad de la pena de muerte, aunque sólo si es pronunciada por el Príncipe (19).

Admisión respaldada por Santo Tomás de Aquino en su obra "La Summa Teológica".

(18) BARBERO SANTOS, Marino. "Pena de muerte ...". Op.Cit. Pág. 79.

(19) Ibidem. Pág. 80.

El argumento más característico, y que fué repetido por la generalidad de los escolásticos, es el siguiente: si fuera necesario para la salud del cuerpo humano la amputación de algún miembro, si está podrido y puede infectar a los demás, tal amputación sería benéfica. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la humanidad como la parte al todo. La crítica que se hace a este argumento es el considerar a la pena capital como una mera medida de seguridad.

No faltan, sin embargo, exégetas -católicos y protestantes-, -v.g, Lutero, que creen encontrar tanto en el antiguo como en el nuevo -Testamento, pasos para legitimar la pena de muerte. (20).

"El Derecho Canónico intentó conciliar el espíritu de mansuetudo evangélica, prohibiendo por ejemplo a los sacerdotes ejercer la jurisdicción criminal o cooperar a ella, con las nuevas exigencias, admitiendo que la justicia secular pudiese y debiese aplicar la pena de --- muerte"(21).

En relación con el delito de herejía -impuesta por los príncipes seculares para reprimirlo- la Iglesia no sólo no se opuso a la aplicación de la pena capital, sino que de manera explícita la aceptaba, la aprobaba y lo que es peor aún, coadyuvó de manera terminante, a que su introducción se generalizase.

Formalmente la Iglesia se mantuvo fiel al principio de que to

(20) Cfr. BARBERO SANTOS, Marino. Op.Cit. Pág. 81.

(21) Ibidem. Pág. 83.

do castigo correspondía a la autoridad civil.

"Desde que la Inquisición se creó en el primer tercio del siglo XIII dirigió sus ojos a los brujos, pero sólo si sus actos oían a herejía. Aun que ya desde el siglo XVI no se hizo ya tal distinción, por lo que, tanto hechiceros como herejes, debían ser destruidos por el fuego" (22).

Sin embargo, es de mencionarse que dicho rigor, fué desconocido en los países en que actuó la Inquisición pontificia -v.g, España.

Así, cuando se tenía a los Papas en cuanto soberanos territoriales -en los Estados Pontificios- la ratificación de una condena capital, jamás la firmaron; pero los laicos competentes tenían que ejecutar la --sentencia si en un plazo determinado no intervenía la gracia pontificia.

(22) Ibidem. Pág. 85.

C A P I T U L O I I I

**ARGUMENTOS EN FAVOR Y EN CONTRA DE LA
PENNA DE MUERTE, PUGNA HISTORICA ENTRE
ABOLICIONISTAS Y ANTIABOLICIONISTAS**

Antes de proceder al estudio de las más destacadas opiniones mundiales sobre el tema en estudio, es posible señalar que en términos generales, algunos de los argumentos respectivos de abolicionistas y antiabolicionistas son los siguientes:

RAZONES ABOLICIONISTAS

Impiedad
 Irreparabilidad
 Inutilidad
 Intimidación (basada en estadísticas).
 Inviolabilidad de la vida humana.
 Dignidad de la persona
 Humanidad de las personas
 Abuso de fuerza del Estado
 Indivisibilidad
 Abuso Legislativo
 Siempre es violencia y destrucción.
 Error Judicial

RAZONES ANTIABOLICIONISTAS

Intimidación
 Ejemplaridad
 Imprescindibilidad para la defensa de la sociedad.
 Retribución
 Insustituibilidad
 Medio de selección artificial.
 Eliminación de la peligrosidad.
 Utilidad
 Merecimiento por el horror que causan determinados delitos.
 Remedio violento contra la violencia
 Eliminación del miembro - podrido.
 Medida excepcional.

Tales argumentos y otros muy similares, han sido fundamentalmente los mismos que se vienen repitiendo desde el siglo XVIII.

Sin embargo, esta investigación se enfocará únicamente en el estudio de los principales o más importantes argumentos expresados tanto por abolicionistas como por antiabolicionistas, tales como: el principio de seguridad colectiva, principio de retribución, principio de corrección o enmienda, principio de intimidación y el error judicial.

III.1 PRINCIPIO DE SEGURIDAD COLECTIVA

El argumento predilecto de los clásicos antiabolicionistas es el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesario, en determinados casos, la eliminación del delincuente.

"En el argumento de la suprema necesidad para la vida del Estado fundamentaron Mussolini y Rocco la implantación de la pena de muerte, incluso como pena única, en la Ley para la defensa del Estado del 25 de noviembre de 1926. Necesidad para la vida del Estado que, al igual que la necesidad para la vida de los individuos, no tiene ley, según ambos manifestaron sin rubor en relación sobre el proyecto de ley al presentarlo en el Parlamento" (1).

Dicho argumento utilitario -que tiene su base en Santo Tomás-, fué acogido por los positivistas, quienes vieron en él un medio de selección de la humanidad, representado por la eliminación del cuerpo so-

(1) Citado por BARBERO SANTOS, Marino. "Pena de Muerte: el ocaso de un mito". Ed. De Palma, Buenos Aires, 1988, pág. 20.

cial de los individuos con instintos criminales y que se consideraban no susceptibles de reforma.

La fundamentación utilitaria de la pena de muerte conduce a la equiparación del hombre a un animal dañino. Aunque tal concepción se opone al idealismo cristiano occidental, el cual considera que todo hombre es susceptible de mejora y por tanto capaz de reintegrarse a la sociedad.

Al respecto, CARNELUTTI señala que "cualquiera que sea el valor profiláctico que a la muerte del reo la experiencia consciente atribuir, encuentro que su costo es tan grande que no permite aconsejarla en ningún caso: matando a un hombre, a diferencia de un animal, no se corta solamente una vida, sino que se anticipa el término fijado por Dios para el desarrollo de un espíritu, o sea, para la conquista de la libertad; sólo quien no tenga en cuenta el valor de la vida del cuerpo en orden a aquel desarrollo y a aquella conquista, puede ignorar que la vida de un hombre ningún otro, cualquiera que sea su autoridad y cualquiera que sea su razón, puede disponer sin usurpar el poder de Dios" (2).

La ejecución de un delincuente basada en la seguridad de la colectividad significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido, y que no se sabe con certeza si cometerá. Mediante la fundamentación utilitaria la máxima pena se rebaja, pues, a la mera medida de seguridad.

(2) CARNELUTTI. "El problema de la Pena de Muerte". Traducción de Sentis-Melendo, s/ed., Buenos Aires, 1947, págs. 41/42.

III.2 PRINCIPIO DE RETRIBUCION

Quizá el fundamento lógico más antiguo, desde el punto de vista histórico, se encuentra contenido en el principio de la pena retributiva fuertemente enraizado en la primitiva idea de la venganza. Se ha dicho - que la sociedad, interesada en lograr el mantenimiento del orden social, tiene la posibilidad jurídica de castigar al individuo que ha realizado un acto que afecte dicho orden social.

Históricamente, el hombre primitivo luchando por su vida, mata- ba o era muerto, y en actos más primitivos se denota claramente la idea de venganza. Con la evolución del hombre y del grupo social, la venganza privada se convierte en venganza social, pero la sangre sigue siendo el objeto único de ella. Con el tiempo y al perfeccionarse las Institucio - nes jurídicas cambiará la forma y el procedimiento, pero seguirá conser- vándose en su esencia el mismo contenido, ya que la pena no tiene otro - fin que lograr la satisfacción del grupo social por el acto cometido por el delincuente; de allí la necesidad de resarcir moral y jurídicamente - el orden social.

Para los sostenedores del argumento retributivo, sólo la pena - de muerte corresponde al asesinato, no la privativa de libertad. Esta -- concepción significa un retorno a la primitiva y cruel forma del antiguo principio del Talión. Aunque tal principio no tenga validez general; en- primer lugar porque en numerosos casos es absolutamente imposible su a - plicación, ya que si por ejemplo, si el Talión se concreta en el princi- pio "ojo por ojo, diente por diente", ¿Que pena habría que imponerse al autor de una rebelión o de una bigamia?. En segundo término, porque in -

cluso en los supuestos en que sea materialmente aplicable dicho principio, su imposición en todo caso se opone a las Instituciones plenamente aceptadas y plasmadas en las legislaciones modernas, v.g. la prescripción, el indulto, la condena condicional, etc.

Hoy en día, se habla de retribución jurídica y no de retribución moral. Con lo cual se intenta expresar que la entidad de la pena debe corresponder a la entidad del delito, no material sino valorativamente.

Por otra parte, pagar un mal con idéntica medida de mal, es la manera más fácil, aunque no la más verdadera para establecer el equilibrio perturbado. El mal ontológicamente sólo se repara con el bien.

El hecho de que las gentes necesiten una satisfacción de sus sentimientos en el supuesto de comisión de un delito de particular gravedad, en especial de asesinato, depende ante todo de la determinada situación histórica de que se trate y de la posición psíquico-espiritual, en ella, del correspondiente pueblo.

Investigaciones realizadas en los últimos años muestran que la nota característica de la opinión pública -sobre la pena capital- es su volubilidad. Dicha pena es solicitada dependiendo de las circunstancias concretas del delito cometido, y sobre todo, de la distancia entre la comisión del delito y la ejecución del autor.

El sentimiento de venganza existente en el momento del hecho se transforma en sentimiento de piedad en el de la ejecución. El delin-

muerte no puede negarse, tampoco es posible negar la eficacia intimidatoria de toda pena; aunque en la eficacia intimidante de la pena capital es en la que más suele creer el grueso de la población; sin embargo, esta creencia - según lo muestra el estudio realizado en 1963/1964 por BARBERO SANTOS- no se apoya en datos racionales.

Así, se demostró que ni sobre los autores de asesinatos, ni sobre los autores de atentados contra la seguridad del Estado -los dos -- grupos de delitos para los cuales las legislaciones no abolicionistas - suelen reservar el máximo castigo-, ejerce efecto decisivo la pena capital (4).

Es muy dudoso que opere sobre los que se hallan en una situación sin salida, sobre los delincuentes pasionales y sobre individuos - que presentan un cuadro psicopático.

Respecto de la delincuencia política, la pena de muerte se considera totalmente inoperante, ya que muchos sujetos buscan, incluso, la condena a muerte como inmolación por una patria que anhelan mejorar o - para convertirse en heroes.

"La muerte tiene una Vis atractiva de que carecen otras penas, - v.g, la prisión, sus efectos no pueden, por ello, compararse con los de las restantes penas. Vis atractiva de la pena de muerte bien conocida - por el psicoanálisis. De Staub es la comprobación de que numerosos ase-

(4) Ibidem. Pág.16

sinatos probablemente la mayoría, se realizan con la esperanza de morir-ejecutado, la pena de muerte produce más que intimidación, estímulo"(5).

"Investigaciones Norteamericanas muestran que en los días de -- ejecución, en los alrededores de la prisión en la cual se verifica, se -- cometen más delitos de sangre que en los días en que no hay ejecuciones.

Se sabe también que la abolición total o parcial de la pena de muerte (es decir, en relación sólo a algunas de las especies de delitos a los que con anterioridad se imponía) no produce elevación alguna en la curva de criminalidad. Este es el resultado a que llega una investiga -- ción mundial realizada por el Departamento Económico y Social de las Naciones Unidas y publicado en 1962" (6).

Por otra parte, una aplicación más frecuente y rigurosa de la -- pena de muerte tendría menos eficacia intimidante ya que por la capaci -- dad de adaptación del ser humano, éste gradualmente se acostumbraría a -- su existencia.

No obstante lo anterior, se ha dicho que si es cierto que milla -- res de asesinos no se han sentido intimidados por la pena capital, en -- cuanto delinquieron, no podremos jamás conocer el número de aquellos a -- los que si intimidó. Esta objeción puede rebatirse con las palabras de -- Albert CAMUS: "lo inadmisibile que resulta que el mayor de los castigos,-

(5) Ibidem. Pág. 24.

(6) Ibidem. Pág. 25.

el que significa la desgracia última para el condenado, y que concede el privilegio supremo a la sociedad, repose nada más que sobre una posibilidad que no puede probarse" (7).

Por otra parte y, con el fin de prevenir la comisión de nuevos delitos, y no por el deseo de castigar, el Estado justifica la aplicación de la pena.

El criterio de la Prevención se desarrolla en dos sentidos: la prevención especial, a través de la cual se procura intimidar al propio delincuente y con la que evita que pueda cometer nuevos delitos; y la -- prevención general que tiende a lograr con la aplicación de la pena al -- delincuente, la intimidación del grupo social en general, de manera que se elimine o disminuya la comisión de nuevos delitos, ya que el pueblo -- intimidado por el castigo impuesto al delincuente, procurará no incurrir en otras conductas similares.

En los últimos años el análisis de la eficacia de la prevención general de la pena de muerte ocupa un lugar destacado en la investigación criminalológica, principalmente norteamericana. La cuestión se plantea de la siguiente manera: si el castigo capital tal y cómo se aplica en la actualidad tiene valor intimidante, ¿No se podría conseguir este efecto de alguna otra manera?.

(7) Citado por CAMUS en KOESTLER-CAMUS. "La pena de muerte". Traducción de Peyrón, Buenos Aires, 1969, pág. 130.

Debe manifestarse por último, que una pena de muerte basada en la intimidación desprecia al hombre. Le trata sin amor y le convierte - en medio para sus fines. El hombre es el instrumento utilizado para intimidar a los demás hombres, no una persona hacia la cual los demás hombres se sienten responsablemente implicados.

III.4 PRINCIPIO DE CORRECCION O ENMIENDA

El principio de corrección o enmienda parte de la afirmación de que no debe en ningún momento aplicarse la venganza social, por lo que - la retribución no se justifica; afirma igualmente que si bien es cierto que la prevención social de la delincuencia debe ser un objetivo de todos los grupos sociales, ésta no debe alcanzarse a través de la idea intimidativa de la pena capital ejemplar.

Confiado en el hombre y, desde el punto de vista filosófico -- enraizado en el positivismo del siglo pasado, se afirma la pena enmienda en diversas orientaciones que tienden a lograr la corrección del delincuente, es decir, la readaptación social del individuo. La escuela positivista penal observará que si el hombre es capaz de cometer un delito - no debe ser considerado únicamente el hombre mismo sino que debe reconocerse también la responsabilidad del propio grupo social; nutrida en la filosofía del determinismo naturalista, afirma que a toda causa sigue un efecto, que son las circunstancias que producen el resultado y que faltando alguna de las condiciones el efecto no se presenta, y así, haciendo uso de la criminología en sus tendencias antropológica y sociológica, afirma que el hombre es siempre afectado por factores endógenos y exóge-

nos y que el ambiente en que se desenvuelve es determinante, y de allí que deba ser auxiliado por el propio grupo social para resolver su problema de desadaptación social.

La pena tiene por objeto lograr la readaptación social del individuo. Aprovechando su aplicación, debe procurar prestar al individuo los elementos necesarios y suficientes para permitir que logre éste incorporarse como ser útil al grupo social, y así, niega la idea de toda venganza social y niega la presencia de la pena de muerte, la cual lógicamente impide toda posibilidad de readaptación.

Al respecto, el Doctor Gustavo MALO CAMACHO señala que "la pena de muerte es la expresión más viva de la pérdida de la fe en el hombre" (8).

III.5 ERROR JUDICIAL

Contra la pena de muerte se emplea un argumento muy sólido y de indudable valor: su irreparabilidad o el error judicial.

En todo sistema legal, el requisito esencial debe ser el de que haya prueba de culpabilidad más allá de toda duda razonable. En realidad,

(8) MALO CAMACHO, Gustavo. "Hacia la abolición de la pena de muerte en México". Comisión de Administración de Reclusorios, D.D.F., México, D.F., s/año, pág. 10.

es posible que el resultado de cualquier juicio o proceso, contenga -- error. A esta situación pueden contribuir una serie de factores, ya -- sea en forma separada o conjunta, tales como:

a) Representación legal inadecuada o incompetente.

Quienes no pueden pagar los honorarios legales de su propia defensa deben en consecuencia confiar en ayuda de organizaciones de beneficencia o en programas de ayuda legal que no siempre son adecuados.

b) El papel de la policía y de los servidores psiquiátricos.

En muchos países, los recursos de que dispone la policía -- son tan limitados que sus investigaciones no pueden ser pre cisas e imparciales. Además los servicios psiquiátricos -- son totalmente inadecuados o no los hay en absoluto. Muchas de las personas que están a favor de la pena de muerte, apo yan el criterio de que ningún individuo mentalmente enfermo debiera ser sentenciado a muerte; no obstante, en muchos -- casos hay tribunales que dictan sentencia de muerte aún --- cuando no tienen los elementos suficientes para decidir si el acusado está sano mentalmente o no.

c) Cuestiones de procedimiento.

"De un examen detallado, país por país, referente al uso de la pena de muerte, se revela la arbitrariedad inherente a -- todos los procedimientos según los cuales se dicta la sen -- tencia de muerte" (9).

(9) Informe de Amnistía Internacional. "La Pena de Muerte". Publicaciones Amnistía Internacional. 1979. Barcelona, España. Págs. 39/197.

Allí también se alude a aquellas jurisdicciones que han invertido el peso de la prueba para ciertos delitos capitales, y en consecuencia, es el acusado quien debe demostrar su inocencia, en lugar de que el fiscal tenga que determinar la culpabilidad.

Es importante señalar que existe error judicial no sólo cuando el condenado a muerte no es autor material o moral del hecho, sino también en los casos en que habiendo debido ser estimadas las situaciones de legítima defensa o estado de necesidad, no lo fueron, o cuando se considera sano a un enfermo mental. La semejanza del acusado con el delincuente, o la creencia de los testigos en una semejanza que sólo existe en su imaginación, son también posibles causas de error.

A éstos deben añadirse los dictámenes erróneos de los peritos-médicos y en particular de los psiquiatras sobre el estado mental del acusado y aún de peritos de otra clase como en los procesos en que se presentan problemas de balística, de cuya solución puede depender la absolución o condena del acusado. Existe también el peligro de falsos testimonios. Hay también la posibilidad de que el juez se deje llevar por indicios engañosos.

El número de errores judiciales que han motivado la muerte de personas inocentes, alcanza cifras muy importantes, quizá mayores de las publicadas, pues hay que tener en cuenta no sólo los descubiertos y conocidos sino también la cifra posiblemente elevada, de los desconocidos.

En consecuencia, es factible señalar que el error judicial -- siempre es posible, ya que el hombre sólo dispone de medios limitados -- para conocer la verdad de los hechos por lo que jamás debe otorgarse -- completa certidumbre a la decisión tomada.

Al respecto, PRINS señala que "la justicia humana, siendo relativa, necesita penas relativas, graduales y eventualmente reparables. -- La pena de muerte participa de lo absoluto. No ofrece ningún recurso -- contra el error judicial, cuando los hombres son falibles y los errores judiciales posibles, como la historia prueba con numerosos ejemplos" -- (10).

Las demás penas, aún las más duras penas de prisión, no excluyen la posibilidad de reparación aún en caso de error, pues los sufrimientos físicos y morales del condenado injustamente, pueden en parte -- ser compensados, pero la pena capital no admite reparación alguna. Este es, indudablemente un hecho de absoluta evidencia.

Es importante señalar que los adversarios de la pena de muerte al invocar este argumento muestran largas listas de víctimas de errores judiciales.

(10) Citado por CUELLO CALON, Eugenio. "La moderna penología". Ed. Bosch. T. I., Barcelona, 1958, Pág. 159.

III.6 DOCTRINA ALEMANA E ITALIANA

La doctrina penal tradicional alemana ha aceptado la pena de muerte como sanción legal de manera plena.

Con ocasión del proyecto del Código Penal de 1927, es posible señalar como partidarios de la pena de muerte a los profesores Mezger, Finger, Nagler y Richard.

Por su parte, Goldschmidt, Miettermaier, Radbruch y Niemeyer, entre otros, se declararon como fervientes abolicionistas de la pena -- máxima.

Asimismo, Liszt se muestra radicalmente abolicionista al considerar que "la pena capital es superflua, desde el mismo momento en que el efecto intimidante y asegurador que preconiza el castigo, puede lograrse con otros medios penales" (11).

En ocasión de la reforma penal alemana, de 1933, Kohlrausch -- considera que "la pena capital es incumbente a la alta política, ya que la misma, es abolida en Alemania con rango Constitucional en el artículo 102 de la Ley fundamental de Bonn. Son consideraciones políticas -- basadas en el abuso que de la misma (pena de muerte), se hizo durante el régimen nazi, las que operaron el trascendental cambio; por lo que --

(11) Citado por GARCIA VALDES, Carlos. "No a la pena de muerte". Ed. -- Edicusa, Madrid, 1975, pág. 116.

Maurach habla de que el citado artículo (el 102) nace apadrinado por --
"los funestos recuerdos de la época nacional-socialista" (12).

Por su parte Flandrak, rebatiendo la pena de muerte considera-
que "el fundamento más importante contra la pena capital es que no exis-
te ningún motivo racional para su vigencia" (13).

Uno de los mejores penalistas alemanes contemporáneos, Jeschek,
señala que "no hay Estado en el mundo en que la abolición de la pena de
muerte haya producido un aumento en los delitos capitales, ni en que la
reintroducción de aquélla haya originado una disminución de éstos" (14).

Aportando su opinión al tema, Sauer y Strahl consideran que --
"la abolición de la pena de muerte no provoca ningún aumento en el núme-
ro de los crímenes; agregando que la pena capital es poco apropiada pa-
ra satisfacer los fines de la pena, pues se agota en la seguridad y la
intimidación" (15).

Por lo anterior, es posible afirmar que si bien es cierto que --
los doctrinarios alemanes tradicionalistas se inclinaban a favor de la
existencia de la pena capital, también es cierto que hoy en día la inmen

(12) Cfr. MAURACH. "Tratado de Derecho Penal II". Barcelona, 1962, pág.
449.

(13) Citado por GARCIA VALDES, Carlos. "No a la pena..." Op. Cit. Pág.
117.

(14) Idem.

(15) Ibidem. Pág. 18.

sa mayoría de los profesores alemanes tienen ideas abolicionistas.

Por otra parte, en la doctrina italiana se muestran radicales-partidarios de la supresión del castigo supremo: Antolisei, quien señala que "todos deberíamos de hallarnos de acuerdo en desear que la lúgubre sanción sea relegada, incondicional y definitivamente al museo de las antigüedades criminalísticas" (16).

Marco Marchesan considera que "la sanción capital no disminuye la criminalidad, no es medida profiláctica adecuada contra el delito y, en fin, constituye un verdadero crimen social" (17).

Bettioli, un claro retribucionista, no considera en la actualidad conveniente la pena de muerte, calificándola reiteradamente de tema lúgubre, expresando que "se trata de una sanción inhumana y contraria a la cultura jurídica y penal contemporánea" (18).

Del Vecchio, se declara absolutamente contrario a la pena de muerte, pues considera que su establecimiento nunca ha servido para disminuir el número de delitos, mientras que su abolición, donde se encontraba en vigor, tampoco ha hecho nunca crecer el número de ellos.

Otro ilustre italiano, Gramática, sin andarse con retoricismo, expresa que "la pena de muerte debe ser considerada como acto ilícito:-

(16) ANTOLISEI. "Manual de Derecho Penal". Buenos Aires, 1960, pág. 518.

(17) Citado por GARCIA VALDEZ, Carlos. Op. Cit. Pág. 119.

(18) Ibidem.

rechazada, en consecuencia, como principio y prohibida en la práctica; y razona: si la Ley no permite la muerte por ser ilegítima, inmoral y - antiestética, ¿Cómo puede mantenerse su legitimidad, moralidad, estética y funcionalidad cara a un delito en particular?" (19).

Pisapia sostiene que la pena capital sólo puede conciliarse -- con el concepto de la reacción penal entendida en el sentido más primitivo, la pena venganza.

III.7 DOCTRINA FRANCESA

El 16 de junio de 1939, delante de una gran multitud de espectadores, era guillotinado en Versalles, el súbdito alemán Eugenio Weidmann, culpable de seis asesinatos.

La fotografía del guillotinado, difundida por los periódicos franceses al día siguiente, fué determinante para la abolición de - las ejecuciones públicas en Francia: era el último país europeo a excepción de Turquía, que conservaba en su legislación penal semejante arcaísmo.

Desde entonces, Francia ha seguido utilizando la guillotina -- sólo en el interior de las prisiones; siendo la última ejecución en - - 1969, no accediendo al perdón el General De Gaulle.

(19) Ibidem.

La mejor y más moderna doctrina penológica francesa señala la conveniencia de abolir de derecho la pena de muerte.

Leauté afirma que "ya es hora de poner el Derecho en armonía - con los hechos; la abolición de facto, consagrada por la práctica de la gracia generalizada, debe ser reemplazada por una abolición de iure"(20).

Casard habla de cómo, racionalmente, no se puede ser partida - rio de la pena de muerte, señalando que muchos de los países que la man tienen podría ser suprimida sin peligro de que aumentara la criminali - dad.

Marc Ancel, considerado el apóstol ardiente y dinámico de la - supresión de la pena de muerte, pronunció en 1964 las siguientes pala - bras: "la pena capital se bate en la actualidad a la defensiva. En pri - mer lugar, en cuanto que han aumentado en estos últimos años, el número de países que han suprimido -de iure o de facto, total o parcialmente- la pena capital. En segundo lugar, en cuanto que en los países en que se mantiene se considera que se hace a título de pena excepcional en -- espera del momento de su abolición -así se determina por ejemplo en el artículo 23 del Código Penal Soviético-. En tercer lugar, en cuanto se limita su aplicación" (21).

Aún sin ser texto técnicamente doctrinal, uno de los mejores -

(20) Idem.

(21) Idem. Pág. 134

libros contemporáneos franceses, que estudia y combate el supremo casti go jurídico de manera muy completa, es el escrito por Koestler, Camus y Bloch-Michel (intitulado: la pena de muerte), en el cual se critica el argumento de ejemplaridad del castigo, indicando tres razones:

- a) Que la sociedad misma no cree en el ejemplo de que se habla;
- b) Que no está probado que la pena de muerte haya hecho retroceder a un solo asesino, decidido a hacerlo; por lo tanto, es evidente que no produce ningún efecto, excepto el de la fascinación sobre millares de criminales.
- c) Que constituye, por otra parte, un ejemplo repugnante, cuyas consecuencias son imprevisibles.

Los autores antes citados continúan diciendo que "la pena de - muerte sólo existe porque cerramos los ojos y los oídos para no saber - nada sobre ella, concluyendo rotundamente con la aseveración de que la sociedad no cree lo que dice. Si lo creyera realmente, mostraría las - cabezas. Concedería a las ejecuciones la publicidad que reserva comúnmente a los empréstitos nacionales o las nuevas marcas de aperitivos. - Se sabe, en cambio, que las ejecuciones entre nosotros ya no tienen lugar en público y se realizan en el patio de las prisiones, delante de - un número restringido de especialistas. Por eso, ¿Cómo puede ser ejemplar el asesinato furtivo que se comete de noche en el patio de una cár cel?" (22).

(22) KOESTLER-CAMUS-BLOCH MICHEL. "La pena de muerte". Buenos Aires, 1960, pág. 139/40.

Aunque no se consideran antiabolucionistas, tanto el profesor Constant com el doctor Clerc, admiten que la pena de muerte puede resultar benéfica aunque sólo en casos muy excepcionales y únicamente para delitos gravísimos.

III.8 DOCTRINA NORTEAMERICANA

La tesis abolicionista en los Estados Unidos de Norteamérica - la mantienen entre otros, Allen, quien expresa argumentos que representan genéricamente a quienes defienden el máximo castigo.

Así pues, establece que "la pena capital es justa y justificable, siendo un freno para la delincuencia y, adecuada a los crímenes -- más horribles y premeditados, tales como el asesinato en primer grado"-(23).

Sin embargo, la tesis contraria es defendida por lo más elevado del pensamiento jurídico-penal norteamericano; siendo Thorsten Sellin desde hace muchos años, el más incansable luchador de categoría contra la pena de muerte.

Su argumento fundamental, constatado en la práctica de la criminalidad en los diversos Estados Norteamericanos, es su efecto inintimidante y su ineficacia preventiva, e iguales razones sostienen: Barnes,

(23) GARCIA VALDES, Carlos. Op. Cit. Pág. 124.

Savitz, Wood y Vold.

Por motivos religiosos e ideas morales, Lawes, en la década de los años veinte, se declara opuesto a la sanción capital; mientras que en nuestros días McGee considera a la pena en cuestión, como "innecesaria", irracional, inintimidante y desigual, al recaer sobre las minorías sin recursos económicos" (24).

Sutherland quien también figura en los primeros puestos entre quienes pugnan contra la arcaica sanción penal, en 1925 demuestra estadísticamente la ineficacia de la pena capital al no observarse descenso alguno en el número de delitos cometidos allí donde dicha pena se aplicaba.

Reckless ha recopilado cuantas razones favorables a la abolición de la pena capital se han ya expresado, presentándolas en base a un argumento clave: "es sanción inintimidante; conclusión a la que llega después de observar que tanto en los diversos Estados de la Unión -- como en los países europeos, tengan o no reconocida la pena de muerte -- en sus leyes punitivas, no se observa diferencia apreciable en el número de delitos graves realizados, para poder manifestar que la existencia de la sanción capital influya en la delincuencia" (25).

(24) Idem, pág. 124/125.

(25) Ibidem.

III.9. DOCTRINA LATINOAMERICANA

En los países Latinoamericanos, es la corriente abolicionista la que impera respecto a la pena capital, pese a posiciones por demás - excepcionales favorables a dicha pena como las de Guerra o Mackenzie(26)

Ya desde tiempos lejanos, la mayoría de los profesores latinoamericanos se han adherido a las tesis contrarias al mantenimiento de la pena de muerte en los respectivos códigos penales, propugnando en definitiva y genéricamente, por la supresión de la pena máxima.

Así, el gran penitenciariista argentino Elías Neuman será en el terreno de la acción, el promotor de la campaña contra el ajusticiamiento de Chessman, y en el campo literario manifestarán su disconformidad con la pena suprema autores como Aliaga, que estudia el artículo 58 de la Constitución Venezolana (27), Sebastián Soler, García Maynez, Mendoza Troconis, Ignacio Villalobos, Carlos Pérez, Julio Altmann, Carrancá y Trujillo entre otros.

Aunque por su parte, el maestro chileno Eduardo Novoa Monreal, se declara partidario de la pena capital conforme a las siguientes bases:

- a) La consciencia general de la humanidad, en el estado actual del desarrollo de la cultura, reclama la pena capital como

(26) NUÑEZ. "Derecho Penal". Parte general. T.II, Buenos Aires, 1960, - Pág. 56.

(27) Citado por GARCIA VALDES, Carlos, Op. Cit. Pág. 143.

única sanción jurídica capaz de satisfacer su anhelo de ju
ticia...

- b) En tiempos normales y dentro de naciones cultas, los críme-
nes comunes, aún aquéllos que atentan contra la vida de per-
sonas individuales, no deben ordinariamente ser penados con
la muerte...
- c) La pena capital debe ser aplicada, en los casos en que la -
Ley la conserve, con la mayor rapidez compatible con un ju
icio justo, porque una ejecución dilatada en el tiempo lesio
na los sentimientos humanitarios de la generalidad de los -
hombres" (28).

Muy similar es la opinión del maestro Villalobos quien conside-
ra que la pena capital, como todas las penas, es algo que hiere los sen
timientos de la humanidad, y que en consecuencia su aplicación se debe-
reducir únicamente a aquellos casos en que se considere indispensable -
para mantener el orden y la seguridad pública, pero debe suprimirse to-
talmente tan pronto como deje de ser estrictamente necesaria (29).

Por su parte el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo al analizar el
tema en estudio, considera a la pena de muerte desde dos puntos de vis-
ta: desde el punto de vista de la retribución o desde el de la preven -

(28) MONREAL NOVOA, Eduardo. "Curso de derecho penal chileno". Parte ge-
neral. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, págs. 338/9.

(29) Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho penal mexicano". Parte general.
3a. edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 566.

ción general. Como retribución constituye una forma arcaica de la venganza privada que, sólo frente al sujeto individual, impone la consecuencia de su conducta, pero olvidando que ésta es efecto de un complejo de triple causalidad: antropo-física-social; la pena se aplica a un sujeto pero desatiende a los otros dos factores causales de su conducta, por lo que dicha retribución resulta inoperante, pudiendo a lo mucho ser oportuna si fuera ejemplar o sea, preventiva. Pero desde este segundo punto de vista, estadísticamente se ha comprobado la ausencia de ejemplaridad de la pena de muerte (30).

Aportando su opinión al tema, el connotado profesor Eduardo García Maynez señala que "la pena de muerte no es nunca necesaria, pues es siempre sustituible" (31).

Por su parte Mendoza Traconis resume una serie de razones que aconsejan la inmediata abolición de la pena de muerte: abuso legislativo, homicidio sin causa de justificación, abuso de fuerza, ilícita e injusta, inútil, no es ejemplar y no previene, y es, en fin, pena anacrónica (32).

En el simposium de Ludmigsburg, en octubre de 1973, el grupo Hispanolatinoamericano llegaba a la conclusión siguiente: eliminación de la pena de muerte por ser medio penal inhumano.

(30) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho penal mexicano". Parte general. Ed. Porrúa, 11a. edición, México, 1976, págs. 529/30.

(31) Cfr. GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "¿Es la pena de muerte eficaz y justa?" en Coimbra. T. I. Pág. 73.

(32) Citado por GARCIA VALDEZ, Carlos. Op. Cit. pág. 144.

III.10 LAS NACIONES UNIDAS Y LA PENA CAPITAL

A pesar de los 129 países que mantienen en pleno vigor la pena de muerte y de los intentos de reintroducción, cada vez más frecuentes a causa sobre todo del fenómeno generalizado del terrorismo internacional, la tendencia de las Naciones Unidas y de las Instituciones y Organismos dependientes de ella, es hacia el abolicionismo.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -- adoptado por la Asamblea General del citado Órgano Internacional el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y al que se adhirieron 47 países, establece en su artículo 6^o :

- a) El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley y nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
- b) En los países en que no hayan abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto.
- c) Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.
- d) No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad, ni se le aplicará a --

las mujeres en estado de gravidez.

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

Por otra parte, de la encuesta realizada por el Departamento - de Asuntos Económicos y Sociales de la O.N.U. y publicada en 1968, resulta que las principales razones por las que se ha suprimido la pena - de muerte en los países abolicionistas son las siguientes:

- a) La ejemplaridad de la pena capital no está demostrada o parece discutible.
- b) Muchos de los delitos capitales son cometidos por desequilibrios, algunos de los cuales, por otra parte, escapan por ello mismo al castigo supremo.
- c) Existen chocantes desigualdades en la aplicación de la Ley - que condena a muerte, ya sea por el diferente grado de severidad de los tribunales competentes, ya sea por razones de orden económico y sociológico, de manera que se corre el -- riesgo de que la pena de muerte constituya una amenaza mucho mayor para los delincuentes que carecen de medios económicos y que, por lo tanto, están en peores condiciones para buscar defensa.
- d) Hágase lo que se haga, existe una innegable posibilidad de que se cometan errores judiciales.
- e) La emoción que suscita la pena de muerte, tanto cuando se -- pronuncia la sentencia como cuando se la ejecuta, parece --

tan malsano que hay quienes no vacilan en hablar del carácter criminológico de la pena capital.

- f) Si de lo que se trata con la pena de muerte es de proteger a la sociedad de manera eficaz, se alega que para ello basta la condena perpetua.
- g) La evolución de la opinión pública en algunos países ha inducido a éstos a considerar la pena de muerte inútil y odiosa, y se advierte a este respecto que la desigualdad en la aplicación de la pena de muerte puede robustecer estas ideas, ya que la pena capital aparece entonces como una especie de lotería un tanto siniestra.
- h) El carácter inviolable de la vida humana se opone a ella.

Aunque respetuosa con la pluralidad que acoge en su seno, la Organización de las Naciones Unidas, como órgano colectivo, se ha mostrado de manera clara, aunque no excesivamente radical, en favor de la abolición de la pena capital. Después de haber estudiado el tema en cuestión en diversas oportunidades, se ha pronunciado por la conveniencia de la supresión de dicha pena o, en todo caso, por una mayor restricción en su aplicación y una concesión plena de las máximas garantías para el condenado a la misma.

En 1977 la cuestión de la pena de muerte fué ampliamente discutida en el seno de la O.N.U., sin embargo no se tomó determinación alguna.

En virtud de lo anterior, en 1980 el Secretario General de las

Naciones Unidas pidió a la Asamblea que se prestara seria atención a la cuestión de la pena capital recordando que "quitar la vida a los seres humanos viola el respeto debido a la dignidad de la persona y al derecho a la vida proclamados por los postulados fundamentales de las Naciones Unidas" (33).

Por su parte el secretariado presentó un texto en el que se recordaba que la pena de muerte constituye un castigo cruel, inhumano y degradante, absolutamente inaceptable independientemente de los delitos contra los que se aplique.

Austria, Suecia, Ecuador y Alemania presentaron un proyecto en el cual se decía que la pena de muerte suscita serias cuestiones en relación con el respeto a la dignidad de todos los seres humanos y de todos los derechos, sobre todo por relación al derecho a la vida, que es el más fundamental de todos ellos. Según la misma propuesta, el objetivo final debería ser la abolición total de la pena capital en todo el mundo. La propuesta encontró gran oposición, por lo que se hizo énfasis diciendo que la restricción de la pena capital y su abolición significaría un gran progreso en el fortalecimiento de los Derechos Humanos. Sin embargo, y toda vez que no se llegó a acuerdo alguno, los ponentes retiraron sus propuestas, lo cual ha originado que la Asamblea de las Naciones Unidas hasta hoy en día no haya materializado en una declaración solemne los diversos intentos de abolir la pena de muerte como castigo ju

(33) Citado por BLAZQUEZ, Niceto. "Estado de derecho y pena de muerte". Ed. Noticias, S.A., Madrid, s/año, pág. 26.

rídico. En consecuencia, quedan en pié, para efectos prácticos, los -- principios enunciados en el Pacto Internacional de 1976.

Sin embargo, y dado que la pena capital sigue siendo vigente - en muchos países, y que en muchos casos se aplica con dudosa honestidad, la O.N.U., en 1984 se ocupó del tema pidiendo que:

- a) En los países que no la hayan abolido, la pena de muerte só lo podrá imponerse como sanción para los delitos más graves, entendiéndose que su alcance se limitará a los delitos in - tencionales que tengan consecuencias fatales u otras conse - cuencias extremadamente graves.
- b) La pena capital sólo podrá imponerse por un delito por el - que la Ley estipule la pena de muerte en el momento en que fué cometido, quedando entendido que si, con posterioridad - a la comisión del delito, la Ley estableciera una pena menor el delincuente se beneficiaría con ella.
- c) Sólo se podrá imponer la pena capital cuando la culpabili - dad del acusado se base en pruebas claras y convincentes, - sin que quepa la posibilidad de una explicación diferente - de los hechos...
- d) No se ejecutará la pena capital mientras esté pendiente al - gún procedimiento de apelación u otros procedimientos de re - curso o relacionados con el indulto o la conmutación de la sentencia.
- e) Cuando se aplique la pena capital, su ejecución deberá lle -

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

vase a cabo de manera que cause el menor sufrimiento (34).

(34) Resolución 1984/50 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 1984. Véase Amnistía Internacional. Informe 1985, apéndice V. Pág. 365.

C A P I T U L O I V

ESTUDIO DEL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL, PARRAFO III

Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos-Mexicanos: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie. ... Que da también 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 o ventaja, al incendiario, al plagiario, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

IV.1 TRAIACION A LA PATRIA EN GUERRA EXTRANJERA

Según las palabras del maestro Antonio De P. Moreno, la historia legal de la traición a la patria es la historia de la legislación - de todos los pueblos civilizados, y aún de las tribus más atrasadas, -- guiados por el sentimiento de justicia y por el instinto de la propia - conservación" (1).

En Roma se castigó severamente la "Perduellio", gravísimo delito que comprendía hechos tales como: unirse a los enemigos de Roma, combatir contra la patria o desertar de sus ejércitos.

En España el Fuero Juzgo establecía la pena capital para los - que abandonaran las banderas de la patria.

(1) De P. MORENO, Antonio. "Curso de Derecho Penal Mexicano". Parte Especial. T.I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1968, pág. 469.

En el México independiente se dictaron un número exagerado de Leyes y Decretos tendientes sobre todo a conservar la tan anhelada independencia del yugo español. Sin embargo, y toda vez que el objeto del presente trabajo no es presentar una reseña histórica de leyes orientadas a salvaguardar el territorio nacional o su soberanía, únicamente se ñalaré algunas de ellas:

- El Decreto del 13 de mayo de 1822 declaró que: "la pena del delito de conspiración contra la independencia de México, -- que señalaban las leyes promulgadas hasta el año de 1810 para castigar el delito de Lesa Majestad Humana, estaban vigentes".
- Circular de 29 de abril de 1853, que reputó traidores a la patria y malos mexicanos a los que en conversaciones propalaban que México aventajaría anexándose a los Estados Unidos.
- Decreto del 17 de diciembre de 1861, el cual establecía que: "son traidores a la patria y serán castigados como tales, -- los mexicanos que se unan a los españoles con las armas en las manos o que, de cualquier manera, favorezcan la causa de éstos".

La traición constituye un atentado contra los intereses vitales de una nación, quebrantando la fidelidad o la lealtad, cometidos por sus propios naturales, ya lo sean por nacimiento o por naturalización y, a veces, con el concurso de extranjeros (recibiendo entonces la calificativa de traición impropia).

Aunque el Código Penal en su artículo 123 (Título I, Delitos -- contra la seguridad de la nación), expone varios casos que son punibles por considerarse como traiciones a la patria; nuestra Constitución habla del traidor a la patria en guerra extranjera; por lo que la traición debe tener lugar cuando exista contienda armada entre Estados.

IV.2 PARRICIDIO

La palabra parricidio aparece por primera vez en la Ley de las XII Tablas y fué empleada para designar el homicidio de los padres cometido por los hijos. Las leyes de Sila extendieron el título al homicidio cometido en la persona de otros parientes; y la Ley Pompeya de Parricidii lo entendió abarcando el homicidio de los sobrinos, de la esposa, de los primos, del suegro y del amo. Constantino limitó el calificativo de parricidio al homicidio en personas ligadas por el parentesco en línea recta ascendente o descendente.

En México, el Código de 1871, artículo 567 establece: "se dá el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente del homicida, sean legítimos o naturales". El Código de 1929 conservó la definición íntegramente en el artículo 922.

El Código Penal Federal vigente sigue la enseñanza de los tratadistas explicando en su artículo 323 que "se dá el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente con sanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el de-

lincuente ese parentesco".

Como puede apreciarse, dicho Código introduce un elemento no incluido por las leyes anteriores: "sabiendo el delincuente ese parentesco". En consecuencia los elementos del delito son:

- a) Un hecho de homicidio, o sea, la privación de una vida.
- b) El sujeto pasivo debe ser, precisamente, el padre, la madre u otro ascendiente consanguíneo en línea recta, sea legítimo o natural del agente.
- c) El agente debe tener conocimiento del vínculo de sangre que lo une con su víctima.

El estudio del primer elemento del delito será analizado en el apartado IV.3 del presente trabajo.

El segundo elemento consiste en la posición del sujeto activo del delito, o las circunstancias singulares que lo unen con el sujeto pasivo, que son las relaciones de consanguinidad, legítima o natural ascendente. La prueba de la relación, deberá adquirirse y llevarse al procedimiento penal, por cualquiera de las admitidas por la ley procesal y a las que les atribuya valor probatorio pleno.

El tercer elemento, de naturaleza subjetiva, está constituido según el maestro Cuello Calón, "por la consciencia del lazo de parentesco con la víctima y la voluntad de matar, debe ser dolosamente específico: la voluntad de matar, precisamente, al ascendiente legítimo o natu-

ral, que debe dar impulso a la acción criminosa" (2).

El probar que el sujeto activo decidió privar de la vida a quien sabía que era su ascendiente, queda a cargo del Ministerio Público, único depositario de la acción persecutoria. Cabe señalar que la presunción juris tantum del artículo 9º del Código Penal, no es suficiente; ya que ésta cubre únicamente la voluntad homicida, la intención dolosa.

En virtud del elemento subjetivo antes señalado (mismo que requiere una intención privativamente dolosa o específica, de privar de la vida al ascendiente) no es posible que se presente el caso de parricidio cometido imprudencialmente.

Por otra parte, es admisible la hipótesis del parricidio ejecutado en riña.

En el supuesto del parricidio cometido con alguna o todas las calificativas de los delitos de lesiones y de homicidio, la sanción no puede sobrepasar el máximo de cincuenta años de prisión.

La hipótesis de "error in personae" y "aberratio ictus", impedirán que se presente el supuesto del parricidio, por no existir el elemento subjetivo específico.

No obstante la repugnancia general por el delito de parricidio,

(2) Ibidem. Pág. 111.

al que Sodí llama "crimen contra la naturaleza" (3), es admisible la presencia de causas que excluyen la incriminación, las cuales se contemplan en el artículo 15 de la Ley en vigor.

IV.3 HOMICIDIO CON ALEVOSIA, PREMEDITACION O VENTAJA.

En el Derecho penal moderno el delito de homicidio consiste en: "la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales" (4).

La tutela penal radica en la protección por interés social de la vida de todos y cada uno de los individuos que forman la población. Aunque actualmente se protege la existencia de todos los individuos, no siempre el delito ha tenido el mismo alcance, ya que en épocas pasadas gozaban de impunidad tanto los padres de familia, los amos y los ciudadanos que mataban a sus hijos, a sus esclavos o los extranjeros enemigos del Estado, en sus respectivos casos.

El Código Penal vigente, en su artículo 302 al señalar que: "comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro", no define propiamente el delito, sino únicamente indica su elemento material, conistente en la acción de matar a otro; la noción completa del delito se

(3) Ibidem. Pág. 112.

(4) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, 23a. edición, México, 1990, pág. 30.

forma agregando el elemento moral, es decir, es necesario que la causa externa sea imputable a un hombre por su realización intencional o imprudente.

De lo anterior, se desprende que el delito de homicidio contiene un supuesto lógico necesario para su existencia y dos elementos contitutivos:

- a) Una vida humana previamente existente; que es la condición lógica del delito;
- b) La supresión de esa vida, que es el elemento material y;
- c) Que dicha supresión se deba a intencionalidad o imprudencia delictivas, elemento moral.

Ahora bien, en virtud de que nuestra Constitución establece la pena de muerte únicamente para el homicidio calificado -entre otros delitos-, procederé al estudio de las agravantes señaladas en nuestra Carta Magna:

PREMEDITACION.

Desde el punto de vista de su etimología, premeditación es una palabra compuesta, en la que el sustantivo "meditación" indica juicio, análisis mental en que se pesan y miden los diversos aspectos, modalidades o consecuencias de un propósito o idea; el uso del prefijo "pre" -- indica anterioridad, que la meditación sea previa.

En el campo penal, la premeditación es una circunstancia subjetiva, por la que el agente resuelve, previo pensamiento reflexivo, la -

comisión de una infracción.

La segunda parte del artículo 315 del Código Penal, expresa -- que: "Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer". De lo cual se desprenden dos elementos necesarios:

- a) Un transcurso de tiempo más o menos largo entre la resolución y la ejecución del delito y;
- b) Que el agente, en el lapso de tiempo transcurrido haya meditado reflexivamente su resolución.

Considerando la premeditación en su más amplio sentido etimológico, ésta puede existir en cualquier tipo de delitos intencionales.

La premeditación, circunstancia subjetiva, podrá conocerse judicialmente por sus manifestaciones exteriores, tales como: adquisición -- previa de armas o instrumentos necesarios para la ejecución del delito, amenazas hechas con anterioridad, vigilancia sobre la proyectada víctima, etc.

Así mismo, existe la premeditación indeterminada, la cual consiste en que el sujeto activo, sin proponerse ofender a alguna persona en particular, con anticipación forma el designio deliberado de matar o lesionar a cualquier persona.

La escuela clásica considera la premeditación como la calificativa agravadora por excelencia, ya que el agente que reflexiona revela-

una mayor consciencia del acto delictivo y una mayor persistencia en el propósito. Contra tal criterio, y que es el seguido por nuestra legislación, han surgido numerosas protestas siendo de entre ellas tal vez la más importante la de Garófalo, quien considera que: "el carácter del homicida instintivo no depende de la reflexión más o menos prolongada. La rapidez del acto no tiene ninguna relación con la naturaleza corregible o incorregible del agente, y no es incompatible con la carencia del sentimiento de piedad; por el contrario, un homicidio cometido con premeditación no indica siempre un gran criminal ... Impallomeni agudamente hace notar que la premeditación no es la circunstancia más peligrosa, porque las estadísticas criminales demuestran que los homicidios frustrados son más frecuentes en los casos de premeditación que en los de ímpetu repentino" (5).

VENTAJA.

Desde el Código de 1871, al lado de la premeditación y de la -- alevosía, se incluyó en nuestra legislación como calificativa de lesiones y de homicidio, la ventaja, sin que en otros países existan antecedentes inmediatos de la misma.

Para la comprensión correcta de la original calificativa de ventaja, es necesario distinguir entre: a) el significado usual, vulgar o genérico de la palabra ventaja; b) los diferentes ejemplos legales o casos de ventaja enumerados en el Código Penal y; c) la calificativa de -- ventaja agravadora de penalidad en lesiones y homicidio.

(5) Ibidem. Págs. 69/70.

- a) En el sentido vulgar de la palabra, la ventaja es cualquier clase de superioridad (física, mental, por la destreza, por los instrumentos empleados, etc.) que una persona posee respecto de otra.
- b) El Código Penal en su artículo 316, presenta una enumeración de los casos de ventaja que pueden dar lugar a la aplicación de la penalidad agravada.
- Cabe mencionar que los ejemplos legales de ventaja que señala el artículo antes citado, no constituyen por sí solos la calificativa de ventaja, la que requiere otro requisito reglamentado en el artículo 317 (excepto la que se registra en legítima defensa y la que favorece al agredido que de no usarla hubiera corrido peligro su vida).
- c) El artículo 317 del Código Penal establece que: "sólo será considerada la ventaja como calificativa de los delitos de que hablan los capítulos anteriores de este título (lesiones y homicidio) cuando sea tal, que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto, ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa. Así pues, no basta la existencia de ventaja o superioridad de una persona respecto de otra, en la forma ejemplificada en las cuatro fracciones del artículo 316; para que la calificativa se complete es necesario que estas ventajas sean de tal naturaleza que el que hace uso de ellas permanezca inmune al peligro.

Al respecto el maestro González de la Vega considera que "No obstante el silencio de la Ley, que se limita a ejemplificar casos de -

ventaja objetivos y materiales, deberá estimarse inexistente la calificativa cuando el que posee la superioridad física la ignora racionalmente o, por fundado error, cree que el ofendido cuenta con los medios superiores de defensa, por lo que no sería lógico ni equitativo imputar una circunstancia al que accionó sin conocimiento de ella" (6).

ALEVOSIA

El Código Penal en su artículo 318 establece que "la alevosía - consiste en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer".

De este precepto se infieren dos circunstancias distintas, ambas conocidas por la común denominación de alevosía: a) La sorpresa intencional de improviso o la asechanza de la víctima, y; b) El empleo de cualquier otro medio que no dé lugar a defenderse ni a evitar el mal que se quiera hacer al ofendido.

Es importante observar que el Código Penal de 1929 empleaba en la redacción del precepto la palabra "asechanza" escrita con "c" y que - el Código de 1871 y el vigente utilizan la "asechanza" con "s", lo cual varía su significado gramatical.

- a) La primera forma de alevosía consiste en esperar un tiempo - determinado, en uno o diversos lugares, a un individuo ya --

(6) Ibidem. Pág. 72.

sea para darle muerte, o bien, para ejecutar sobre él actos de violencia. La asechanza o la intencional sorpresa de improviso a la víctima, son procedimientos exteriores de ejecución, preparatorios del delito, que exponen a grave peligro al ofendido; pero como el asecho a la víctima, la vigilancia que sobre ella se hace para tomarla de improviso, -- son actos preparatorios del delito, esta primera clase de alevosía coexiste casi siempre con la premeditación y, de hecho en el Derecho penal mexicano debe interpretarse, según el maestro González de la Vega, esta clase de alevosía como una recalificativa de la premeditación, en la que se toma en cuenta no sólo la reflexión delictiva, sino la arte ra preparación del delito" (7).

- b) La segunda forma de alevosía es aquella en que se emplea -- cualquier otra clase de medios que no dan lugar al ofendido a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer; en esta forma de alevosía no necesariamente se presenta la pre meditación, ya que siguiendo el impetu momentáneo, intencio nal aunque no reflexivo, se pueden cometer el homicidio o -- las lesiones, en condiciones de superioridad o en forma tan sorpresiva, que el ofendido puede quedar imposibilitado ante la acción agresiva.

Como anteriormente se señaló, la calificativa de ventaja no es sino una especie de esta segunda forma de alevosía, ya que la ventaja debe ser --

(7) Cfr. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. Pág. 74.

tal que el que la usa no corra riesgo alguno de ser herido ni muerto -- por el ofendido.

Por otra parte, y aún cuando la doctrina y la legislación penal mexicana estudia y preceptúa la calificativa de traición; en la presente investigación y en virtud de que dicha calificativa no está contemplada en el artículo 22 Constitucional, párrafo III, únicamente señalaré de forma muy breve algunas consideraciones al respecto. Así pues, nuestra doctrina señala que la traición es una forma más alevosa de la alevosía, una supercalificativa.

Los elementos de la traición, son, en primer lugar, una alevosía o sea el empleo de asechanzas o cualquier otro procedimiento que no dé lugar a la defensa ni a evitar el mal, y en segundo lugar, la violación a la confianza que la víctima tenía a su victimario.

IV.4 INCENDIARIO

"El incendio es fuego grande que abrasa edificios, mieses, árboles, u otras propiedades" (8).

Los incendios deben considerarse bajo dos aspectos; o bajo la relación que tienen con el orden público o bajo la que tienen con los particulares.

(8) ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". París, Librería de Rosa y Bouret, 1863, pág. 845.

en el orden público, el gobierno debe cuidar de prevenir los incendios- con reglamentos sabios y severamente ejecutados. En el orden civil el responsable debe responder y garantizar a los que sufren el daño.

El incendio puede ser causado por malicia, por culpa o por caso fortuito. Cuando es causado por culpa, negligencia, descuido o imprudencia, el culpable incurre en la obligación de reparar el daño. Cuando el incendio es causado por caso fortuito, por ejemplo, por un rayo, ninguna persona es responsable.

Pasemos a ver algunos casos de malicia en el incendio: Incendiarío, dice Escriche: "es el que maliciosamente pone fuego a edificio, mieses y otra cosa ajena" (9).

Entre los romanos el incendiario de una casa era apaleado y -- arrojado al fuego, según la Ley de las XII Tablas, pero las leyes posteriores variaban la sanción, ya que si el sujeto activo era de baja condición entonces era echado al fuego o a las bestias.

El Fuero Juzgo castigaba con la muerte de quema al incendiario de casa ajena (en la ciudad).

Según el Derecho Canónico, incurre el incendiario en la pena de excomunión, y no goza del beneficio de asilo.

(9) Idem.

Las Siete Partidas condenan a quemar vivo (al de más baja condición) si éste pusiese o mandase poner fuego a edificio o a mieses (Ley 9, Título 10, Partida 7).

Por último, el Código Penal en el tercer apartado del Artículo 315, dá por presumida la premeditación, "cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, etc."

IV.5 DELITO DE PLAGIO O SECUESTRO.

El diccionario dice que plagiar es: "apoderarse de una persona para obtener rescate por su libertad" (10).

El delito en estudio ha sufrido una serie de transformaciones, tanto por el cambio de costumbres como por el transcurso del tiempo. Así, durante el paganismo imperó el desconocimiento de la personalidad del hombre, el cual fué considerado como una simple cosa susceptible de propiedad privada la cual trajo como consecuencia la implantación de la esclavitud en la gran mayoría de los pueblos de la antigüedad. Mientras perduró la esclavitud fué muy frecuente el robo del hombre para ser vendido como esclavo y alcanzar un lucro.

Aunque con la abolición de la esclavitud el delito desapareció en su forma primigenia, perdura en las leyes modernas, aunque con las -

(10) Citado por DE P. MORENO, Antonio. "Curso de..." Op. Cit. P5g. 319.

transformaciones inherentes a los cambios sociales. Estas transformaciones han operado tanto en orden a la esencia del delito como al lugar de su correcta clasificación. En cuanto a lo primero, porque ya no se exige como requisito esencial el ánimo de lucro sino que se admite también el ánimo de venganza; y en cuanto a lo segundo, porque dejó de ser un delito contra el patrimonio para serlo ahora contra la libertad.

El delito de plagio o secuestro, tipificado en el artículo 366 del Código Penal es un tipo especial y calificado, en relación con el de arresto o detención ilegal. Esta naturaleza especial y calificada resulta de lo preceptuado por dicho artículo, el cual señala que: "se impondrá de 5 a 40 años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos -- cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro".

El delito en cuestión adquiere autonomía conceptual cuando en la detención arbitraria concurre alguna o algunas de las seis circunstancias descritas en el citado artículo. Así, la fracción I se refiere, en una de sus formas a la finalidad de obtener un lucro, y se describe con la siguiente frase: "para obtener rescate..." Siendo ésta, la forma más común de comisión, ya que la palabra secuestro en su acepción gramatical significa: "la acción de aprehender y retener a una persona exigiendo dinero por su rescate. Y por rescate se entiende el dinero que se pide o se entrega para que la persona arbitrariamente detenida recobre su libertad" (11).

(11) JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". T. III, 2a. edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, Pág. 138.

"Los penalistas describen la figura del secuestro como el raptó furtivo, seguido de detención ilegal de una persona, realizado con ánimo de codicia y subordinando la devolución de la misma al rescate mediante dinero entregado sigilosamente y bajo la amenaza condicional ordinaria de la muerte del secuestrado, si no accede al pago" (12).

Cabe señalar que actualmente el secuestro se ha recrudecido, - recayendo especialmente sobre personas de alto grado político, diplomático o económico, cuyo rescate no necesariamente ha de consistir en dinero; pudiéndose tratar de joyas u otros objetos de valor o cartas o documentos de interés histórico, familiar o personal.

Esta forma típica de secuestro queda perfeccionada en el mismo instante en que se efectúa la detención arbitraria, con finalidad de obtener rescate. Y para su consumación no se precisa que el sujeto activo hubiere logrado obtenerlo.

La reconstrucción gramatical de la fracción I señala que la detención arbitraria tiene también el carácter de plagio o secuestro, cuando se efectúa para "...causar daños o perjuicios a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla".

La expresión "daños" es aplicable y abarca cualquier ruina, asolamiento, pérdida o desperfecto que se cause a la persona arbitrariamente detenida en su patrimonio. La palabra "perjuicios" se refiere a los -

(12) Idem.

demás males de naturaleza material o gastos que pudiera resentir en su patrimonio la persona detenida. Bastando que el sujeto activo únicamente hubiere tratado de causar los daños y perjuicios, sin que éstos se hayan dado.

La fracción II por su parte, hace referencia a los daños materiales o morales causados al plagiado en su persona, por los servicios empleados durante su arbitraria detención. Implican daños morales, las amenazas graves; representan daños materiales el uso de maltrato o de tormento. En opinión del maestro Jiménez Huerta, es el uso de las amenazas graves, de los malos tratos o el tormento (con la finalidad de -- que sea más penosa la privación de la libertad) lo que cambia y convierte la detención arbitraria en secuestro o plagio (13).

La fracción III del artículo 366 contempla especialmente el caso de "si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o causarle daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza" Lo que particulariza esta forma de secuestro y la separa de las anteriores, es la pretensión del o de los sujetos activos de que la autoridad realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza. Se trata -- pues, de una extorsión dirigida a la autoridad pidiéndole que se abstenga de ejercer sus funciones. No es necesario para la consumación de esta modalidad de secuestro, que se hubiere privado de la vida o causado-

(13) Cfr. JIMENEZ HUERTA, Mariano. Op. Cit. Pág. 141.

daños a la persona detenida en calidad de rehén o a terceros, ni tampoco que la autoridad hubiere cedido a la extorsión que se le ha hecho. - Basta con que la amenaza hubiere sido expresada en tiempo, situación y circunstancias que pudieran hacerla factible.

La fracción IV del artículo en cuestión, señala que "si la detención se hace en camino público o en paraje solitario". Aludiéndose aquí, a una de las formas de mayor trascendencia antijurídica y que producen mayor alarma social, ya que con su uso se lesionan la libertad individual de la persona detenida, la libertad de tránsito por las vías de comunicación y la tranquilidad pública. Debiéndose entender por "camino público", la descripción contenida en el artículo 165 del propio Código Penal: "se llaman caminos públicos las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere; excluyendo los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones". Por paraje solitario ha de entenderse cualquier sitio, lugar o estancia que en el momento de ejecutarse la detención es tuviere despoblado o deshabitado.

En parecidos fundamentos se basa la forma de detención arbitraria mencionada en la fracción V y en similares razones se finca su conversión en secuestro o plagio: "si quienes cometen el delito obran en grupo", entendiéndose por grupo -para efectos penales- una pluralidad de personas actuando conjuntamente. Aunque en la Ley no se especifica el número de personas necesarias para integrar el grupo, es posible señalar que la concurrencia de tres personas es suficiente para integrar --

dicho grupo. Por último, la fracción VI del artículo 366 establece que la detención arbitraria tiene el carácter de plagio o secuestro "si el robo de infantes se comete en menor de doce años por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor. Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión".

La naturaleza de este hecho típico halla su razón en la gran alarma social y en la facilidad que encierra su ejecución, dada la nula o muy poca resistencia que puede oponer un niño menor de doce años. Esta facilidad aunada a la angustia sufrida por los padres del niño, y en algunos casos, a la efectividad de estos secuestros para lograr el propósito que el plagiario se propuso alcanzar, explican el rigor penal que el hecho en la Ley recibe.

Asimismo, es notorio que la fracción en estudio contiene algunos errores técnico-jurídicos; en primer lugar, debe señalarse el desacierto que encierra el llamar "robo de infante" al hecho de su secuestro ya que la palabra robo no es conectable a ningún ser humano, sino sólo a las cosas y a los animales; en segundo lugar, el tipo señala: -- "por quien sea extraño a su familia", dejando con ello un campo muy amplio para saber qué debemos entender por familia, ya que este concepto se estrecha en línea recta y se amplía en la colateral, lo que igual -- acontece por una parte, con el concepto de consanguinidad y de afinidad.

IV.6 SALTEADOR DE CAMINOS.

El artículo 286 del Código Penal establece:

"Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o de -- exigir su asentimiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los -- medios y el grado de violencia que se emplee, e independientemente de -- cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con -- prisión de uno a cinco años".

El delito de asalto antes descrito, forma parte de los delitos contra la paz y seguridad de las personas. Tutela la paz y seguridad de las personas fuera de la órbita de las ciudades y en lugares peligrosos por su ubicación: en despoblado o en paraje solitario.

El Código de 1871 en su artículo 385 describe el paraje solitario de la siguiente manera: llamese paraje solitario no sólo al que está en despoblado, sino al que se halla dentro de una población, si por la - hora o por cualquier circunstancia no encuentra el robado a quien pedir socorro.

El primer elemento del delito es el lugar en que debe cometerse el asalto.

El segundo elemento es el uso de la violencia sobre la persona, violencia que puede ser física o moral ya que la Ley no hace distinción alguna, siendo cualquiera los medios empleados y el grado de violencia-

ejecutada.

El elemento subjetivo del delito es el móvil de la conducta delictiva, los fines que pretende el agente del delito, que pueden ser, - simplemente causar un mal a la víctima; o bien, obtener de ella un lucro o su asentimiento para el logro de un determinado propósito en el - que sea indispensable su intervención: su acción, su simple omisión u - omisión comisiva.

Para la consumación del delito en estudio, no es indispensable que el sujeto activo del delito logre sus fines delictivos. El asalto-causará siempre, por la propia naturaleza de la acción un mal a la víctima.

Cuando el agente del delito obtiene el fin que persigue con su acción delictuosa; y éste es la comisión de algún delito que la Ley considere como tal, en los términos del artículo 18 del Código Penal y de las fracciones I y II de su artículo 13, resultará responsable del delito de asalto y del otro en el que es coparticipante la víctima del asalto; que en este caso puede quedar excluida de responsabilidad en el delito a que fué obligada a cometer, siempre y cuando se encuentre en la situación que prevén las fracciones I ó IV del artículo 15 del Código Penal. Si el sujeto activo del delito obtiene del pasivo el lucro que se propuso, o causó a éste, con la violencia, un mal en su integridad - corporal o lo priva de la vida; o bien, origina con su acción otro ataque a un bien jurídico tutelado a la persona de su víctima, también se le acumularán los delitos que resulten en cada caso.

Finalmente el artículo 287 del Código mencionado indica:

"Si los salteadores atacaren una población, se aplicarán de veinte a -- treinta años de prisión a los cabecillas o jefes, y de quince a veinte - años a los demás".

Cabe señalar que si los salteadores cometen algún otro delito- se aplicarán las reglas de acumulación.

Escriche define al salteador de caminos, como "aquei delincuente que sale a los caminos y roba a los pasajeros" (14).

Sobre el delito de asalto, "el Presidente Manuel Avila Camacho, publicó en el Diario Oficial del 31 de octubre de 1944 el Decreto que eg tablece los casos en que se aplicará la pena de muerte a los salteadores en caminos o en despoblado.

El artículo 1^o de dicho decreto imponía la pena capital al salteador en camino o en despoblado, siempre que concurrieran las siguientes circunstancias: que se cometa homicidio; se viole a una persona; se le dé tormento, o se le causen lesiones de las sancionadas en los artículo los 291, 292 y 293 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.

(14) ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario razonado de legislación y ..." Op. Cit. Pág. 845.

Este Decreto define al salteador en camino o en despoblado como: todo aquel que ataque por sorpresa a otro u otros, con el propósito de causarles un mal en su persona o en sus bienes, o de obtener un lucro, o de exigir su asentimiento para cualquier fin o de impedir su libre tránsito, cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se empleen"(15).

IV.7 PIRATERIA.

El Capítulo I del Título Segundo del Código Penal "Delitos contra el Derecho Internacional", es el correspondiente a la piratería. Se forma de dos artículos:

Art. 146.- Serán considerados piratas:

- I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave -- mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada a alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;
- II. Los que, yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y
- III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más -- naciones hagan el corso sin carta de marca o patente -- de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practican-

(15) Citado por LARA GUERRERO, José Sergio. Tesis Profesional. Escuela-Libre de Derecho, México, 1979, pág. 102.

do actos de depredación contra buques de la República-
o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvie-
ren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmen-
te aplicarse en lo conducente a las aeronaves.

Art. 147.- Se impondrán de quince a treinta años de prisión y-
decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripu-
lación pirata.

Pirata significa: "ladrón que anda robando por el mar". "Pira-
tería: robo o presa que hace el pirata". Piratar: "apresar o robar em
barcaciones, más comunmente cuando navegan".

Las Partidas decían que el delito consistía en robar a otros en
el mar con navíos armados (16).

El Doctor Carrancá y Trujillo considera que "Piratas y Corsa-
rios son, ambos, ladrones de mar; por extensión también pueden serlo de
los ríos navegables. Se equiparan a los salteadores en tierra firme" -
(17). En el Derecho Internacional se considera como piratería a todo -
acto de violencia perpetrado a mano armada en el mar o por expediciones
que provengan del mar .

En el Derecho Anglosajón el concepto es sólo formal. Así, la -
piratería consiste en la navegación no autorizada o no cubierta por pa-

(16) DE P. MORENO, Antonio. "Curso de..." Op. Cit. Pág. 514.

(17) Idem.

bellón legítimo. Cuando los piratas están autorizados por algún Estado-beligerante para cometer actos de violencia contra otras naves enemigas, estamos en presencia de los corsarios. Extendiéndoseles al efecto, patente de corso o carta de marca. El artículo 73 fracción XIII de nuestra Constitución concede facultades al Congreso de la Unión para reglamentar la forma como deben expedirse las patentes de corso.

Existen legislaciones que consideran el delito de piratería como una variedad del delito de robo. Otras legislaciones lo consideran como el delito que se comete contra el Estado, y otras más tutelan con él la seguridad en la navegación.

En la Conferencia Internacional para la unificación del Derecho Penal, que tuvo verificativo en París en el año de 1931, se convino en castigar los actos de piratería que consistieran en el apoderamiento de un navío o de una aeronave, de los bienes que se encontraran a bordo de ellos, su destrucción; o la captura, muerte o lesiones causadas a la tripulación de tales embarcaciones.

La fracción I del artículo 146 del Código Penal señala privativamente como sujetos activos del delito que sanciona a quienes pertenezcan a la tripulación de una nave mercante mexicana, de una extranjera o de otra que carezca de nacionalidad.

Los elementos materiales del delito y sus acciones consumativas pueden ser:

- a) Apresar a mano armada una embarcación;

- b) Cometer a mano armada también, depredaciones en la embarcación;
- c) Hacer violencia física o moral (la Ley no hace distinción) a las personas que se hallen abordo de la embarcación apresada a mano armada, por la tripulación pirata.

Es de observarse que lo que caracteriza a algunas de las acciones consumativas antes descritas, es la agresión a mano armada a una embarcación para apoderarse de ella, cometer en ella actos de saqueo, o -- bien, ejercer actos de violencia física o moral sobre las personas que se hallen a bordo de la embarcación pirateada.

El elemento subjetivo del delito es siempre específicamente intencional y doloso.

Asimismo, la fracción II del artículo no exige que el sujeto activo del delito sea miembro de la tripulación de la nave pirata. Basta que vaya a bordo de ella con cualquier carácter.

Los elementos materiales de la acción son: 1^o) Apoderamiento de la embarcación en que viaja el sujeto activo, por cualquier medio idóneo, que puede ser distinto del uso de la violencia, con armas; 2^o) El consumativo del delito, que debe consistir precisamente en la entrega de la embarcación, objeto del apoderamiento a un pirata.

El elemento subjetivo del delito es la acción intencional.

En relación a lo que dispone la fracción III, debe señalarse -- que se llama corsario a la embarcación armada en corso y a quien manda una embarcación armada en corso competente de un determinado gobierno. Corso es la campaña que hacen los buques mercantes, con patente de un -- gobierno, sea para perseguir a los piratas o a las embarcaciones enemigas. Desprendiéndose de lo anterior, que los únicos sujetos activos po sibles del delito son los corsarios, que hagan el corso, sin carta de pa tente, de ninguna de las naciones beligerantes, con patente de dos o -- más de éstas o de una de ellas.

La Ley señala dos condiciones objetivas de punibilidad: estado de guerra entre dos o más naciones y; la falta de autorización de alguna o algunas de las naciones, en cuyo favor actúe el corsario.

IV.8 DELITOS EN MATERIA CASTRENSE

En el Instituto Armado, la justificación de la pena capital, es la disciplina, la cual desde las primeras formas de ejército que surgie ron, ha sido pilar fundamental para la adecuada organización y funciona miento de este organismo, el cual tiene funciones que por sus indiscuti bles relevancias se deben imponer castigos severos a las conductas in fractoras de las normas establecidas, con la finalidad de cumplir satis factoriamente lo estipulado por la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza -- Aérea Mexicanos.

El Código de Justicia Militar (expedido en el año de 1933 por -- el que fuera Presidente sustituto Abelardo L. Rodríguez) detalla múlti-

ples hipótesis que contemplan la pena de muerte. Debido a lo tedioso -- que serfa transcribir literalmente todos los artículos en que se impone dicha pena, es conveniente señalar únicamente los principales casos que dan motivo a la pena máxima. Así pues, algunos de ellos son: la insubordinación con vías de hecho causando la muerte de un superior, traición a la patria, espionaje, delitos contra el derecho de gentes, delitos -- contra el honor militar, deserción, rebelión, falsa alarma, asonada, infración de deberes especiales de marinos, aviadores y centinelas; y -- otros más, relacionados con nuestra bandera, guardias, tropa formada, -- abuso de autoridad, etc.

A fin de explicar un poco más lo anterior, señalaré que el artículo 203 del citado Código, establece que se considerará traidor a la patria:

- I) Quien induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a México, o se concierte con ella para el mismo fin;
- II) Se pase al enemigo;
- III) Se levante en armas para desmembrar el territorio nacional...

Cabe señalar que debido al gran número de fracciones (XXII) únicamente se señalan las tres primeras hipótesis del artículo en cuestión.

ESPIONAJE

En el ámbito castrense, la palabra espíar se aplica al hecho de la averiguación acerca de los secretos militares de una nación y trasmittirlos a otra, la cual el Código marcial contempla en el artículo 206: "será castigado con la pena de muerte, a quien se introduzca en las pla

zas, fuertes, o puestos militares o entre las tropas que operen en campaña, con objeto de recoger noticias útiles al enemigo y comunicarlas a este".

DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

Es bien sabido, que el medio militar se diferencia considerablemente al del común y con plena justificación, en virtud de que el militar tiene en sus manos un armamento y una situación que muchas personas civiles quisieran poseer para llevar a cabo con mayor eficacia sus fechorías, pero, en base a la disciplina impuesta a los integrantes del Instituto Armado, no se dá el caso que con este instrumento y circunstancia, ejecute actos en perjuicio de extranjeros y repercuta en nuestra nación; pero en todo caso, de llegar a presentarse esto, el artículo 208 del Código de Justicia Militar, impone al sujeto activo de la conducta la máxima pena.

REBELION

El delito de rebelión, es considerado, quizá el de mayor gravedad para la seguridad pública de cualquier país en que se presente, en virtud de que al llevarse a cabo dicho movimiento, comunmente no es por decisión improvisada, sino que en todas las operaciones los líderes son previamente consultados, y precisamente en ellos radica la nocividad del presente ilícito. El artículo 219 del Código de Justicia Militar señala a quienes se castigará con la pena de muerte en su modalidad de rebelde.

**VIOLENCIAS CONTRA CENTINELAS, GUARDIAS, VIGILANTES, SERVIOLA,
GUARDIAN O SALVAGUARDIAS**

El presente hecho delictivo, está previsto con una severa penalidad, en razón de la misma naturaleza del delito, en cuanto a que la seguridad de las instalaciones militares, se encuentran precisamente en manos de los centinelas, guardias, vigilantes, etc.; quienes se encuentran investidos de autoridad suficiente para garantizar la seguridad -- que se les ha encomendado, en base a las consignas que para ello reciben.

En virtud de la delicadeza de las funciones de estos individuos, y estando conscientes todos los militares de tal circunstancia, es injustificable una conducta de violencia contra ellos por parte de los mismos militares, poniendo en peligro la vida, tanto del soldado que se encuentra desempeñando el servicio, como la del personal que se encuentra en las dimensiones que abarca la jurisdicción bajo la custodia del agredido.

ASONADA

Rafael de Pina define la presente conducta delictiva como: "Reunión más o menos numerosa realizada tumultuosamente con propósito de obtener por medio de la violencia una finalidad de tipo social" (18).

Por su parte el Código de Justicia Militar preceptúa (artículo - 286) que se castigará con pena de muerte al que cometa el delito de Aso-

(18) DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 110.

nada, y cometen dicho delito: "los que en grupo de cinco, por lo menos, o sin llegar a ese número cuando formen la mitad o más de una fuerza -- aislada, rehusen obedecer las órdenes de un superior, las resistan o recurran a vías de hecho para impedir las".

COBARDIA

El artículo 397 señala que "se castigará con la pena de muerte:

I.- El que por cobardía sea el primero en huir en una acción de guerra, al frente del enemigo, marchando a encontrarlo o esperándolo a la defensiva.

II.- El que custodiando una bandera o estandarte, no lo defiende en el combate hasta perder la vida, si fuere necesario.

III.- El Comandante...

Asimismo, la insubordinación causando la muerte del superior se contempla en el artículo 285 del multicitado Código.

El abuso de autoridad causando la muerte al inferior se establece en el artículo 299, fracción VII.

En cuanto a la falsa alarma, ésta tiene que ser en forma dolosa, es decir, que con este dolo, se provoque una confusión o desorden en la tropa o en las formaciones de los buques, o aeronaves, en las dotaciones o en la población donde las fuerzas estuvieren; si se dan cualquiera de estas hipótesis, opera entonces la pena de muerte.

C A P I T U L O V

LA PENA CAPITAL

V.1 CONCEPTO

La pena de muerte es la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consiste en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico - que la instituye.

Por sus caracteres esenciales puede ser definida como: destructiva, en cuanto al eliminar de modo radical e inmediato la existencia humana no permite enmienda ni resocialización alguna del condenado; irreparable, en cuanto su aplicación en el supuesto de ser injusta impide toda posterior reparación; y rígida, toda vez que no puede ser graduada, condicionada ni dividida.

V.2 CONSIDERACIONES DE TIPO JURIDICO

Muchos de los argumentos esgrimidos ya sea por partidarios o enemigos de la pena capital, son más que de tipo jurídico de tipo sociológico. Sin embargo, y toda vez que la pena de muerte es considerada como -- una medida de política criminal que puede ser usada por el Estado (y de hecho es utilizada) en un momento determinado a fin de reprimir y prevenir determinado género de delitos, debería ser planteada en términos puramente jurídico-penales; es decir, desde un punto de vista finalista.

La sanción penal es ante todo finalista y está subordinada a la realización de los fines del Derecho sobre el delincuente; es decir, procura la reparación del derecho violado en cuanto a que dicha reparación-

es posible y procura además, la reintegración del delincuente a la sociedad.

La pena que usa como sanción el Derecho penal ha sido considerada como la más imperfecta de las jurídicas, puesto que no repara el derecho violado en su totalidad; mientras que las sanciones civiles, por ejemplo la inexistencia, priva totalmente de efectos al acto, en cambio la sanción penal no puede lograr esa total privación de efectos por la naturaleza misma de la conducta con motivo de la cual se aplica; puede declararse inexistente un acto jurídico, pero no puede declararse inexistente un homicidio. Es entonces cuando surge la sanción penal, cuando las penas especies de la coacción jurídica fracasan; cuando la amenaza de privación de efectos o la de inexistencia del acto ha sido insuficiente para detener al individuo en la realización de una determinada conducta; ante el hecho consumado, el Derecho penal reacciona mediante una de las sanciones que le son propias.

En consecuencia, el problema de la pena de muerte debe plantearse partiendo de la siguiente pregunta: ¿Es realmente eficaz la pena de muerte?

Ahora bien, si tomamos en cuenta lo escrito en párrafos anteriores, esto es, la reintegración del delincuente a la sociedad y la reparación del derecho violado, como fines mismos de la pena; creo que nos encontramos en posibilidad de contestar la pregunta antes planteada.

Asimismo, dicha interrogante abarca dos dimensiones: la jurídica y la criminológica; la jurídica en cuanto a que toda pena debe ser -

esencialmente finalista, y la criminológica por cuanto a que el Estado encargado de dirigir la lucha contra el delito puede escoger o rechazar una determinada sanción para reprimir las conductas antisociales, o -- bien, para prevenir la repetición de las mismas.

Al respecto, en páginas posteriores trataré la ausencia de Derecho del Estado para aplicar la pena capital, así como la ineficacia de la misma.

V.3 CONSIDERACIONES EN TORNO AL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE MUERTE EN MEXICO

Independientemente de las connotaciones filosófico-morales, sociológicas o políticas que presenta la pena de muerte, en el terreno jurídico se plantea en primer término como una cuestión constitucional. - Su posible aplicación debe encontrar sustento en las disposiciones jurídicas que determinan el ser del Estado, las cuales pueden prohibirla o permitirla ya sea de manera expresa o tácita.

La Constitución Mexicana no prohíbe expresamente la pena de -- muerte en términos generales; sin embargo, sí hace alusión explícita a -- dicha pena para prohibir su aplicación en caso de delitos políticos -- (art. 22) los cuales se tipifican en el Código Penal de aplicación Federal. Estos son, según su artículo 144: rebelión, sedición, motín y -- el de conspiración cuando tenga por objeto cometer cualquiera de los -- tres primeros.

En el mismo artículo 22 Constitucional se autoriza, de manera -- limitada la pena capital para ciertos delincuentes exhaustivamente enu-

merados, ellos son: el traidor a la patria en guerra extranjera, el parricida, el homicida con alevosía, premeditación o ventaja, el incendiario, el plagiario, el salteador de caminos, el pirata y los reos de delitos graves del orden militar.

La anterior relación corresponde a delitos tipificados con el mismo nombre en nuestra legislación penal por lo que toca a la traición a la patria, el parricidio, el homicidio con las calificativas indicadas y la piratería.

El incendiario no es autor de un delito específicamente tipificado. El incendio puede ser medio para cometer los delitos de terrorismo, daño en propiedad ajena, homicidio y lesiones. Respecto de estos dos últimos configura la presunción de premeditación.

El plagiario sería el responsable del delito tipificado como secuestro en el Código Penal para el Distrito Federal y en cuanto al salteador de caminos cabría decir que es el autor de un robo con violencia perpetrado en un camino, delito que no aparece tipificado específicamente con el doble agravamiento que supone: la violencia por una parte, la cual sí está prevista como agravante y el lugar de su comisión, en este caso un camino, el que no se encuentra considerado como cusa de aumento de la pena, en tanto que, por ejemplo, la comisión de ilícito en casa habitada sí está preceptuada como agravante pero, por supuesto, no podría dar lugar a la pena de muerte según lo estipulado por el texto constitucional.

Si bien dicha pena aparece permitida para estos casos por nuestra norma suprema, en la práctica ha sido desterrada en nuestro país y en la actualidad no se aplica en ninguna entidad de la República. Como es sabido, la facultad de legislar en materia penal se atribuye en México a los Estados. El último de ellos que derogó la pena de muerte de su legislación penal fué Sonora en 1974 (1).

En varios casos se ha prohibido la pena de muerte en las normas constitucionales estatales. Esta es la situación en los Estados de Baja California Sur (art. 20), Colima (art. 50), Hidalgo (art. 90), Michoacán (art. 162), Quintana Roo (art. 30), Sinaloa (art. 157) y Veracruz (art. 10). La Constitución de este último Estado prevee la posibilidad de suspender esta garantía por decisión de la legislatura local.

La abolición de la pena de muerte por las Constituciones locales es perfectamente posible en nuestro sistema constitucional pues lo dispuesto en el artículo 22 de la Carta Magna supone un derecho subjetivo público mínimo, que puede ser ampliado, mas nunca restringido, por disposiciones de rango inferior.

La garantía de respeto a la vida que se contiene en tal precepto, al determinar limitaciones precisas a la posible aplicación de la pena máxima, puede ser extendida por los Estados-como varios lo han hecho-hasta llegar a su prohibición absoluta. Es de observarse que el --

(1) GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas". Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, -- pág. 142.

artículo 22 Constitucional habla de que la pena de muerte "sólo podrá imponerse en los casos que señala, pero no "deberá" aplicarse a ellos necesariamente.

La evolución que se ha dado en este campo presenta un caso en que la realidad práctica ha superado a lo dispuesto por la norma llegando a la realización efectiva de lo que en 1857 era considerado un ideal a alcanzar.

Podríamos decir que la práctica constitucional mexicana ha proscrito la pena capital, en algunos casos manifestándolo en las Constituciones Estatales y en otros por la vía de no incluirla como pena en la legislación penal correspondiente.

Este resultado responde a una tradición Constitucional que ha manifestado constantemente su repudio al castigo consistente en la privación de la vida y lo ha aceptado sólo como un mal necesario al que es preciso acudir solamente de modo excepcional.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE MUERTE ANTES DE LA CONSTITUCION DE 1857

Los documentos Constitucionales de nuestro país surgidos del Movimiento de Independencia e inmediatamente posteriores a su consumación no aluden a la pena de muerte. La preocupación de estos ordenamientos en relación con las penas se centra en la tortura y la confiscación.

La Constitución española de Cádiz de 1812, que tuvo vigencia en México e influyó en el pensamiento y la práctica constitucionales poste

ribres, prohibía el tormento, la confiscación de bienes y las penas -- trascendentales, pero nada decía de la pena de muerte la cual quedaba implícitamente admitida.

Morelos en sus Sentimientos de la Nación de 1814 preveía la -- abolición de la tortura.

La primera Constitución del México Independiente del 4 de octubre de 1824 no mencionaba la pena de muerte; prohibía "para siempre" --con la ingenua pretensión de legislar para la eternidad, propia de -- esos tiempos-- la pena de confiscación de bienes y desautorizaba el empleo del tormento (2).

En el mismo sentido se pronunció la Constitución Centralista de 1836. Tampoco ésta se refería a la pena capital pero se entendía tácitamente permitida (3).

Las mismas ideas prevalecieron, en términos generales, en el -- Proyecto de Reformas de 1840 y en el Proyecto de Constitución de 1842.

"No deja de asombrar la especial lógica que ha operado no sola-

(2) DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. "México a través de sus Constituciones" Antecedentes, Origen y Evolución del Articulado Constitucional.T.III. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, México 1985, págs.22/4

(3) Idem. Pág. 25.

mente en México sino en toda la cultura occidental, la cual ha reaccionado contra la crueldad de la tortura y los efectos de la confiscación de bienes o las penas trascendentales, al extremo de proscribirlos, pero ha sido menos enérgica con la pena de muerte, como si aquellas medidas fueran de una entidad mayor a ésta. Al respecto, cabría preguntarse: ¿Existirá un tormento más cruel que el esperar la propia muerte fijada para cierto día y hora? ¿Habría algún condenado que no cediera gustoso todos sus bienes con tal de conservar la vida?

Sólo la implacable razón del Estado explica tal contrasentido.— Quien tiene el poder puede ser lo suficientemente humanitario para no torturar o privar de sus propiedades a un individuo pero no tanto como para renunciar a matarlo cuando la "justicia" así lo exige. Como si — acabar con la existencia de alguien fuera moralmente menos malo que hacerlo sufrir intensamente o desposeerlo de todo lo material. Así, el primer texto Constitucional vigente en nuestro país que aludía a la pena de muerte (art. 181 de las Bases Orgánicas de 1843) señalaba que:— "la pena de muerte se impondrá sin aplicar ninguna otra especie de padecimientos físicos que importen más que la simple privación de la vida" (4). En la línea humanista que ha inspirado al Derecho Mexicano en esta materia se inscribe, en cambio, una referencia anterior contenida en el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente del 26 de agosto de 1842. La fracción XIII del artículo 5^o establecía: "para la abolición de la pena de muerte, se establecerá a la mayor brevedad el régimen penitenciario; y entre tanto, queda abolida para los delitos —

(4) Iden. Pág. 26.

puramente políticos, y no podrá extenderse a otros casos que al salteador, al incendiario, al parricida, y al homicida con alevosía y premeditación".

Es muy notable la influencia que la minoría derrotada en 1842-tuvo sobre la redacción posterior de nuestras Constituciones, ya que - la esencia de aquel proyecto y varias de sus palabras permanecen hasta nuestros días.

El triunfo del Plan de Ayutla enarbolado por los liberales permitió la expedición del Estatuto Orgánico Provisional de la República - Mexicana el 15 de mayo de 1856. En su artículo 56 se recogió parte del propósito de la minoría de 1842, su texto elude la intención abolicionista pero limita la pena a cierto número de delitos, aunque amplía la lista contenida en el artículo 5º, fracción XIII del Voto particular ya aludido, adicionando "al traidor a la Independencia, al auxiliar de un enemigo extranjero, al que hace armas contra el orden establecido y a - quienes cometieran delitos puramente militares fijados en la ordenanza - del ejército".

LA PENA DE MUERTE EN LA CONSTITUCION DE 1857

La discusión de este asunto en el Congreso Constituyente de -- 1856/57 fué de una gran lucidez. Voces como la de Guillermo Prieto, - José Ma. Mata, Francisco Zarco e Ignacio Ramírez, se levantaron en pro de la abolición a la que se consideraba como objetivo por alcanzar y - contra el cual no se presentaron objeciones. La Comisión que suscri - bió el Proyecto, no obstante, consideraba que la supresión de esta pe-

na debería quedar condicionada al establecimiento de un régimen penitenciario.

Pese a que había consenso en cuanto a la abolición de la pena máxima, prevaleció el criterio de que ello no era posible en tanto no se contara con un sistema penitenciario adecuado. Se discutió sobre la posibilidad de fijar un plazo de cinco años para que la prohibición definitiva operara, considerando que durante él se podría proceder a poner las cárceles en las condiciones debidas, pero, finalmente, la primera parte del artículo quedó en los siguientes términos: "para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del Poder Administrativo el establecer a la mayor brevedad, el régimen penitenciario".

El mismo precepto, que fué el 23 de aquella Constitución continuaba diciendo: "entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos mas que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la Ley".

Respecto a la abolición de dicha pena aplicable a los delitos políticos, Francisco Zarco propuso en el Congreso que se evitara la vaguedad de la expresión "traidor a la patria" que proponía la Comisión como uno de los casos de excepción en que podría imponerse la pena capital, pues de otro modo quedaría sin efecto la abolición ya aprobada relativa a los delitos políticos. Por tal razón, la Comisión precisó que la traición a la patria que podría dar lugar a la pena capital sería --

solamente la que se cometiera en "guerra extranjera", esto es, en el caso en que nuestro país se encontrara en guerra con otro país, mas no -- tratándose de acciones bélicas, tan frecuentes en aquellas épocas en el interior del país.

El gobierno de Porfirio Díaz hizo retroceder lo alcanzado en la primera parte del artículo 23 y, mediante la Reforma que entró en vigor el 14 de mayo de 1901 suprimió la referencia al propósito abolicionista condicionado al establecimiento de un régimen penitenciario. Además, incorporó el plagio como otro caso en que podría imponerse la pena de muerte.

LA PENA DE MUERTE EN LA CONSTITUCION DE 1917

En el Congreso Constituyente de Querétaro, el debate en torno al tema en estudio no alcanzó la calidad humanitaria del que le precedió -- por 60 años. El Proyecto de Venustiano Carranza prácticamente reproducía el texto tal y como quedó después de la Reforma de 1901.

La aspiración de abolir la pena de muerte aparecía en los debates pero la presencia cercana de los acontecimientos revolucionarios no permitió que prosperara. Los únicos cambios que proponía el proyecto -- consistían en adicionar al violador entre los delincuentes que podrían ser ejecutados y suprimir el calificativo de "graves" para los delitos del orden militar que podían producir el mismo efecto.

Después de una serie de debates, la Comisión consideró que la situación prevalectente en nuestro país no hacía factible decretar la --

eliminación de la pena capital. El Diputado De los Ríos enfocó su argumentación a hacer notar que la redacción del artículo significaba un retroceso respecto de la Constitución de 1857 y que reproducía el texto que la dictadura de Díaz había introducido con la Reforma de 1901.

El Diputado Del Castillo se opuso vehementemente a la pena de muerte insistiendo en que su aplicación tiende a dirigirse preferentemente a quienes están social y económicamente desamparados.

Finalmente la corriente abolicionista quedó en minoría y el artículo se aprobó en los términos del proyecto.

V.4 LEGISLACION PENAL

En el orden Federal, la historia de la legislación penal mexicana para el Distrito y Territorios Federales conoce tres Códigos: el de 1871, el de 1929 y el vigente de 1931.

El primer momento histórico de la codificación penal federal se inicia con la sanción del Código Penal de 1871, Código "Martínez de Castro" o "Código Juárez", que se expide bajo el régimen del gobierno de Benito Juárez. Este ordenamiento de orientación clásica infuido por un espíritu positivista, ya que en él se admiten algunas medidas preventivas y correccionales, tuvo una vigencia que se prolongó hasta 1929, en que se expidió un nuevo Código, iniciándose así un segundo momento histórico de la legislación penal mexicana; el Poder Ejecutivo de la Federación designó una Comisión para que redactara un Código para el Distrito-

y Territorios Federales, a la que en 1929, se incorporó Almaraz, sancionándose en 1929, el Código que lleva el nombre de éste. Dicho Código, - según su principal autor, debía estar fundado en la escuela positivista puesto que no consideraba correcto presentar como reforma sustancial, - un Código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia; aspiración que no fué conseguida por razones de diversa índole, que hicieron que su vigencia sólo durara dos años, pues en 1931 se publicó el que todavía está en vigor. El contenido del Código de 1931 ha sido constantemente modificado con el correr de los años; se le han introducido muchas reformas y hasta se han elaborado varios proyectos para sustituirlo.

Ahora bien, cabe decir, que los únicos Códigos Penales que contemplaron dentro del capítulo de penas a la pena de muerte, lo fueron - el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos Federales o "Código Martínez de Castro", sancionado en 1871 y "el Proyecto de Reformas al Código Penal de 1871", ya que en los Códigos -- subsiguientes, esto es, en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929 y en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931, la pena de muerte fué derogada dentro del Capítulo de Penas.

Para los efectos del presente trabajo, considero pertinente hacer una breve referencia a la exposición de motivos y texto del Código Penal de 1871.

Martínez de Castro, referente a la pena de muerte, en su exposición de motivos, dice: "... Cuando estén ya en práctica todas 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 fondo bastante a proporcionarse después los recursos necesarios para subsistir; cuando en las -- prisiones se les instruya en su religión, en la moral y en las primeras letras; y por último, cuando nuestras cárceles se conviertan en verdaderas penitenciarías de donde los presos no puedan fugarse, entonces - podrá abolirse sin peligro la pena capital. Hacerlo antes sería, a mi juicio, comprometer la seguridad pública, y tal vez reducir a nuestra sociedad al extremo peligroso de hacerse justicia por sí misma, adoptando la bárbara Ley de Lynch" (5).

Al respecto, he de señalar que si bien es cierto que se ha avanzado notablemente en el régimen penitenciario, también es cierto, que - la corrupción sigue existiendo en los modernos Centros de Readaptación o Reclusorios por lo cual considero que no hemos llegado, y lo que es peor, creo que se haya muy lejano el momento en que se llegue a ese -- estado ideal del que nos habla Martínez de Castro. Para probar lo antes dicho, bastaría consultar la nota roja de cualquier periódico.

Algunos de los artículos relativos al Código Penal de 1871 son los siguientes:

(5) LEYES PENALES MEXICANAS. Tomo I. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Taller Gráfico de la Nación, México, 1979, págs. 341/2.

- Artículo 143.- "La pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida, y no podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución".
- Artículo 144.- "Esta pena no se podrá aplicar a las mujeres, ni a los varones que hayan cumplido 70 años".
- Artículo 248.- "La pena de muerte no se ejecutará en público, sino en la cárcel o en otro lugar cerrado que el Juez designe, sin otros testigos que los funcionarios a quienes imponga este deber el Código de Procedimientos, y un sacerdote o ministro del culto del reo, si éste lo pidiere"
- Artículo 249.- "La pena de muerte no se ejecutará en domingo ni en otro día festivo de los designados como tales por la Ley; y se concederá al penado un plazo que no pase de tres días; ni baje de 24 horas, para que se le ministren los auxilios espirituales que pida, según su religión, y haga su disposición testamentaria".
- Artículo 250.- "La ejecución se participará al público por medio de carteles que se pondrán en los parajes en que se acostumbra fijar las leyes, en el lugar de la ejecución y en el domicilio del reo, expresando su nombre y delito".
- Artículo 251.- "Su cuerpo será sepultado sin pompa alguna, ya sea que el

entierro lo mande a hacer la autoridad, o ya que lo verifiquen los parientes o amigos del reo..."

Como ya se comentó, el Código Penal de 1871, es el único que prescribía la pena de muerte. dentro de su catálogo de penas, así como también varios Códigos Penales de los Estados la incluían, entre ellos el Código Penal del Estado de México, pero a partir del Código Penal de 1929, se suprime dentro del catálogo de penas y a la fecha ningún Estado conserva en su Código Penal dicha pena.

V.5 LA PENA DE MUERTE NO ES UNA PENA

Para saber si la pena de muerte es una pena, se deben conocer los fines de ésta; fines que fueron estudiados en el Capítulo I, inciso I.4 del presente trabajo. Sin embargo, y a manera de retomar las ideas expuestas en el Capítulo mencionado, he de señalar que desde mi particular punto de vista, las ideas aportadas por CARRARA son tal vez de las más objetivas y acordes al pensamiento contemporáneo. Así, dicho autor considera que la pena ha evolucionado, porque ya no se pretende la venganza del ofendido, ni procurar el temor entre los ciudadanos, ni tampoco el resarcimiento de los daños causados, porque estas situaciones pueden ser las consecuencias lógicas de la pena.

Concluyendo de manera contundente afirmando que: "el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad"

(6).

(6) CARRARA, Francisco. "Programa de Derecho criminal". Vol. II, ed. Temis Bogotá, 1957, págs. 68/70.

Por su parte el maestro CASTELLANOS TENA se muestra de acuerdo con el criterio de Carrara, pero además para que la pena logre ese fin - último, que coadyuvaría a conseguir el bien público temporal, es necesaria la reunión de cinco características: ejemplar, intimidatoria, correctiva, justa y eliminatoria. Cabe hacer notar que aún cuando el maestro - Castellanos Tena considera como característica de toda pena a la eliminación, dicho doctrinario es partidario de la abolición de la pena de muerte.

Maggiore dice que: "las penas eliminatorias ponen al culpable - definitivamente fuera del consorcio social, quitándole toda posibilidad de delinquir (tales como la pena de muerte y el presidio de por vida)"

(7).

Ahora se debe investigar si la pena de muerte es ejemplar, intimidatoria, correctiva y justa.

"La negación de que la pena de muerte es pena ejemplar no es -- idea moderna, porque hasta nosotros han llegado las memorables palabras de Ovidio Casio: Majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosi -- quam occisi (es mayor ejemplo el de un vivo miserablemente criminal, que el de un criminal muerto)" (8).

Como ejemplar debe entenderse una situación positiva que mues -

(7) Citado por ARRIOLA, Juan Federico. "La pena de Muerte en México". Ed. Trillas, México, 1989, pág.74.

(8) Ibidam. Pág. 74.

tre una virtud. Matar evidentemente no es ninguna virtud; ya que implica una destrucción y es un acto contrario a la naturaleza. Por el simple hecho de que la pena de muerte cause terror no se puede considerar que ésta sea ejemplar; se ha comprobado que muchos criminales habfan presenciado ejecuciones públicas, y esto no los atemorizaba, sino que pensaban escapar de la detención, o encontraban en la pena de muerte una manera de alcanzar la fama y el martirio en su sentido actual.

Para la gente ecuánime, la pena capital contiene un efecto intimidatorio; sin embargo, como se señaló anteriormente, a personas con planes delictuosos no les preocupa la existencia del fusilamiento, de la essilla eléctrica, de la horca, de la inyección letal o de cualquier otro método.

No hay cabida para la corrección en la pena de muerte, porque el individuo acusado no tiene oportunidad de probar su inocencia y el que no lo sea nunca podrá demostrar su rehabilitación a la sociedad. Por tanto, esta pena no persigue ningún fin humanista, basado en principios éticos y pedagógicos.

Carrara llegó a sostener que la palabra justicia degeneró su contenido por el abuso de que fué objeto, a tal grado que ajusticiar se convirtió en sinónimo de ahorcar.

Por lo expuesto anteriormente, considero que la pena de muerte no es en realidad una pena, ya que no reúne las características como tal, ni pretende el restablecimiento del orden externo en la sociedad, y

lo que es peor, provoca un desorden interno terrible que conmueve a muchas conciencias.

V.6 PENA DE MUERTE Y DERECHOS HUMANOS

Una buena manera de captar las implicaciones prácticas del concepto de Derechos Humanos es entenderlos de forma negativa, es decir, como restricciones impuestas a ciertas acciones que tienen efecto sobre los sujetos de derechos.

Desde un punto de vista lógico, el derecho estricto de una persona a una acción u omisión por parte de otra persona, para ser efectivo requiere una obligación o prohibición correlativa a esta otra de actuar o abstenerse de hacerlo de una determinada forma respecto de la primera.

Un derecho en sentido estricto es, por tanto, o bien positivamente a obtener algo de alguien, o bien negativamente un derecho a no sufrir interferencia o a no ser tratado de determinada manera. Para su titular, pues, poseer un derecho equivale, genéricamente, a ser acreedor al beneficio e inmune al perjuicio resultante de las acciones u omisiones que constituyen la obligación de otros.

Al hablar entonces de Derechos Humanos se hace referencia a ciertos tipos de acciones u omisiones destinados a producir o tutelar determinados bienes fundamentales de la persona. Por tales, se entienden aquellos que son la condición de la posibilidad de la existencia o del ejercicio de otros derechos. Se concibe estos derechos como "fundamentales"-

porque sobre ellos se asienta la negativa a reconocer a la sociedad la potestad omnímoda para definir el bien de las personas. Se les ha llamado "naturales" porque pueden invocarse por encima y aún en contra de -- derechos positivos reconocidos en un ordenamiento legal. También pueden calificarse de "morales" por su vinculación indisoluble a la libertad y a la dignidad que constituyen el núcleo ético de la persona humana. A la luz de la Filosofía moral habría de determinarse, pues, cuando y hasta qué punto puede limitarse la libertad de una persona por, o en aras de, la libertad de otra.

En definitiva, el concepto de derechos fundamentales, naturales o morales de la persona define restricciones y constrañimientos básicos en el modo como los otros pueden tratarla. Pero sí existe un bien fundamental en este sentido parece lógico que lo sea aquel que va aparejado a la existencia misma de la persona, el puro y simple vivir. Las precisiones y cualificaciones, ya sea de los conceptos de vida y de persona -- por ejemplo, el de vida "digna" o de vida "llena de sentido"--, ya sea -- del momento en que ésta comienza o termina como vida "personal", ya sea de las circunstancias que hacen inevitable elegir entre dos vidas, plantean cuestiones teóricas y prácticas de importancia vital.

Existe una premisa común dentro del grupo abolicionista de la pena máxima, dicha premisa es la siguiente: "nadie tiene derecho a privar a nadie de la vida". En una interpretación mínima de este derecho, -- lo primero que queda excluido, es pues, el homicidio voluntario. O al -- menos, el que se realiza por cuenta o en provecho propio, salvo el que se trate de defender una vida frente a un agresor injusto cuando no --

existen otras alternativas. Existe un amplio consenso al reconocer la licitud moral y jurídica del homicidio en defensa propia. Pero cuando se habla de pena de muerte la cuestión se traslada a un plano diferente. Dejando aparte los argumentos puramente retribucionistas que apelan al supuesto derecho de la sociedad a vengarse del delincuente, los defensores de la pena de muerte apelan mayoritariamente a las razones de utilidad común que permiten elegir un mal menor para algunos en aras de un beneficio mayor para otros.

Si los derechos morales de la persona se interpretan como constreñimientos y restricciones sobre las acciones de unos con la finalidad de procurar o tutelar ciertos bienes de las personas de otros, hay que precisar la naturaleza de los bienes que tratan de fomentar o proteger. Solo así podrá a su vez entenderse la naturaleza de las dificultades que se plantean cuando parece necesario restringirlos o transgredir los en provecho de un bien común que se supone superior.

Uno de los argumentos en favor de la pena de muerte dá por supuesto que la sociedad representada por el Estado es, o actúa, como -- agente único e individual que elige los diferentes estados de cosas según contribuyan a su propio bien. Aquí es donde suele producirse la -- falsa analogía de la amputación del miembro enfermo en beneficio de la salud del cuerpo en su conjunto. Pero entonces sería permisible violar los derechos de un individuo para optimizar el bien común. No parece -- objetable la posibilidad de limitar ciertos tipos de libertades individuales en aras del bien social. Pero la restricción de los derechos -- fundamentales, como el derecho a la vida, plantea cuestiones cualitati-

vamente diferentes.

El bien de las personas que sus derechos morales protegen no - pueden valorarse desde un punto de vista social, sino que ha de incluir una referencia al punto de vista de la propia persona. La pena de muerte es, pues, la negación de la persona misma.

V.7 JURISPRUDENCIA

PENA DE MUERTE, IMPROCEDENCIA DE LA.

Independientemente del debate que se suscita entre abolicionis-
tas y partidarios de la pena de muerte, y de los argumentos que algunos
autores han expuesto en torno de la posible trascendencia de dicha san-
ción, en tanto que en el artículo 22 Constitucional se autoriza la pena
de muerte para el homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, esto
es, para el autor del delito de homicidio calificado, resulta ineficaz-
cualquiera argumentación contra el registro de la pena de muerte en al-
gunos Códigos punitivos de la República y de la aplicación de la misma-
por parte del órgano jurisdiccional, pues aún en el supuesto de que deg
de el punto de vista teórico se alegara la ineficacia o trascendencia -
de la pena capital, permitida por el legislador constitucional, queda -
plenariamente legitimada en los casos consignados por la Carta Magna.

Amparo Directo 9361/63, pág. 27, Benigno Calderón Pérez, 9 de abril de -
1965, época 6a., Tomo XCIV.

TITULO: PENA DE MUERTE.

Es evidente que un simple error de imprenta, no puede variar -

el texto auténtico de la Constitución, en el que, de manera expresa, se establece que "sólo podrá imponerse la pena de muerte ... al homicida -- con alevosía, premeditación o ventaja ..." no siendo, por tanto, necesaria la concurrencia de las tres calificativas.

Quinta época, Tomo II.

PENA DE MUERTE (LEGISLACION DE TABASCO)

A diferencia de lo que disponen otras legislaciones, la del Estado de Tabasco exige, para la aplicación de la pena capital, el concurso de las tres calificativas, ya que el artículo 308 del Código Penal establece: "al autor de un homicidio calificado, se castigará: I.- Con la pena capital, cuando lo haya ejecutado con premeditación, alevosía y ventaja... " con el empleo de la conjunción "y" (en lugar de "o" utilizada en algunos Códigos) es indudable que la pena máxima sólo puede ser aplicada cuando concurren la premeditación, la alevosía y la ventaja.

Amparo Directo 4864/56, Ramón Romero Mora, 3 de diciembre de 1957, Sexta época, pág. 50.

PENA DE MUERTE

El artículo 22 Constitucional, al permitir la imposición de la pena de muerte a determinados delincuentes, no hace referencia alguna a la apreciación de las circunstancias que puedan intervenir en el caso, ni a la edad del inculpado.

Tomo XXV, pág. 1285, época 5a., 7 de marzo de 1929.

TITULO: PENA DE MUERTE, SUBSTITUCION DE LA, POR LA DE PRISION DE 30 AÑOS. NO ADMITE GRADUACION.

El artículo 292 del Código Penal de Oaxaca determina que a los autores de un homicidio calificado se les aplicará la pena de muerte, - misma que, conforme al artículo 84 del ordenamiento legal invocado puede ser sustituida "por la de treinta años de prisión", por lo que es - de concluirse que como la pena substitutiva es rígida, esto es, que no admite graduación entre un mínimo y un máximo, no puede resultar excesiva.

Amparo Directo 5758/69. Roberto Montaña García, 11 de enero de 1974.

PENA DE MUERTE, EN EL FUERO DE GUERRA.

De conformidad con el artículo 22 Constitucional, la pena de - muerte no sólo puede imponerse al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, sino a otros delincuentes, entre ellos, a los reos de delitos graves del orden militar, como indiscutiblemente lo es el que comete el delito de insubordinación con vías de hecho, causando la muerte del superior.

Quinta época, pág. 1273, Tomo XXXIX, octubre 18 de 1933.

MILITARES PENA DE MUERTE. INSUBORDINACION CON VIAS DE HECHO, CAUSANDO MUERTE.

Tratándose de un miembro del ejército, la Ley Castrense, para - mantener la disciplina en el Instituto Armado, señala la máxima penal -

dad, como es la de muerte cuando se ejecutan hechos de esta índole y dicha penalidad la autoriza la parte final del artículo 22 de la Constitución General de la República.

Sexta época, segunda parte, Volumen XLVI, pág. 22.

V.8 SITUACION LEGAL DE LA PENA DE MUERTE EN EL MUNDO CONTEMPORANEO

a) Países abolicionistas para todos los delitos.

Según el informe de Amnistía Internacional, en 1989 había 35 países en los que la Ley no preveía la pena de muerte para ningún tipo de delito, ni ordinario ni extraordinario. Situación por lo general relativamente reciente. Estos países, en orden alfabético son: Australia, Austria, - Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Francia, Haití, Honduras, Islandia, Islas Marshall, Islas Salomón, Kiribati, Liechteintein, Luxemburgo, Micronesia, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Panamá, Portugal, República Democrática Alemana, - República Dominicana, República Federal de Alemania, San Marino, Santa Sede, Suecia, Tuvalu, Uruguay, Vanautu y Venezuela.

b) Países que han abolido la pena de muerte sólo para delitos ordinarios.

Son aquellos países en cuya legislación la pena de muerte como castigo jurídico está prevista sólo para delitos considerados excepcionales, ta

les como los tipificados en las leyes militares o cometidos en circunstancias realmente excepcionales. Esta situación se ha producido muy recientemente y se refiere a los 18 países siguientes: Argentina, Brasil, Canadá, Chipre, El Salvador, España, Fidji, Israel, Italia, Malta, México, Nueva Zelanda, Papua, Nueva Guinea, Perú, Reino Unido, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles y Suiza.

c) Países abolicionistas de hecho.

Trátase de aquellos países en los que la pena de muerte se mantiene en vigor, incluso para delitos ordinarios, pero que, de hecho, no se han practicado ejecuciones durante los últimos 10 años hasta 1989. Son los 27 países siguientes: Andorra, Anguila, Bahrein, Bélgica, Bermudas, Bhubutan, Bolivia, Brunei Darussalam, Comoras, Costa de Marfil, Djibouti, Grecia, Hong Kong, Irlanda, Islas Caimán, Islas Turks Y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Madagascar, Maldivas, Montserrat, Nauru, Niger, Paraguay, Samoa Occidental, Senegal, Sri Lanka y Togo. Aunque en todos estos países no se han registrado ejecuciones durante los últimos 10 años, la pena de muerte sigue imponiéndose y no en todos ellos se sigue la política de conmutarla de forma sistemática.

d) Países retencionistas.

Se trata de aquellos países o territorios en que la pena de muerte se mantiene en activo, incluso para delitos ordinarios. Amnistía Internacional da cuenta de un centenar en 1989, y son los siguientes: Afganistán, Albania, Angola, Antigua, Arabia Saudita, Argelia, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Benín, Birmania, Botsuana, Bulgaria, Burkina Faso, Bu-

rundi, Camerún, Congo, Corea del Norte, Corea del Sur, Cuba, Chad, Checoslovaquia, Chile, China, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Estados Unidos de América, Etiopía, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guatemala, Guinea, Guyana, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irak, Jamaica, Japón, Jordania, Camboya, Kenia, Kuwait, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Malasia, Malawi, Mali, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nepal, Nigeria, Omán, Pakistán, Polonia, Rumania, Singapur, Siria, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Surinam, Tailandia, Taiwan, Tanzania, - Trinidad y Tobago, Túnez, Turkía, Uganda, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Vietnam, Yemen, Yugoslavia, Zaire, Zambia y Zimbawe. Según Amnistía Internacional, en la mayor parte de estos países y territorios ha habido ejecuciones durante los últimos 10 años.

PRIMERA.- Considerando que la eliminación física de los delincuentes - mediante la muerte fué una práctica común en las sociedades arcaicas, la cual formaba parte de los procedimientos tribales-religiosos que conformaban el aparato de impartición de justicia en aquellas épocas; resulta un lamentable atraso - que el hombre en la actualidad siga manteniendo una institución tan rudimentaria como lo es la pena capital, es decir, dicha pena sólo puede conciliarse con el concepto de la reacción entendida en el sentido más primitivo, la pena-venganza. Ahora bien, considero que nuestro pensamiento actual tiene - la suficiente capacidad para entender que: pagar un mal con idéntica medida de mal es la forma más fácil, aunque no la - más eficaz para restablecer el equilibrio perturbado, es decir, la sanción al dar lugar a otro homicidio, es simple y sencillamente aplicar la primitiva Ley del Talión.

Con la finalidad de llegar a la conclusión principal de la presente investigación, esto es, que la pena de muerte en nuestros tiempos es una pena ineficaz y anacrónica; es necesario responder de manera satisfactoría a los argumentos expresados por los partidarios de la pena capital; tales argumentos se basan fundamentalmente en el principio de la seguridad colectiva, principio de retribución, principio de intimidación y en la ejemplaridad de la pena máxima. Asimismo, es necesario señalar también, los principales argumentos expresados por la corriente antiaboliconista.

SEGUNDA.- Cuando se ejecuta a un delincuente considerando simple y sen

CONCLUSIONES

cillamente el principio de la seguridad de la colectividad, no se hace otra cosa sino castigarlo por un delito que aún no ha cometido y que nadie puede afirmar con absoluta certeza si cometerá en el futuro (ya que se le ejecutará bajo la consideración de que dicho delincuente en el futuro volverá a delinquir tomando en cuenta el delito ya cometido), negándosele además, toda posibilidad de readaptación a la sociedad. Razón por la cual es aceptable la opinión de algunos doctrinarios en el sentido de que la pena de muerte es la expresión más viva de la pérdida de la Fé en el hombre.

Así mismo, considero en este punto, que si de lo que se trata con la implantación de la pena capital es proteger a la sociedad de manera eficaz, para ello basta la condena perpetua o los trabajos forzados.

Por otra parte, creo que la pena de muerte no tiene la misión de salvar a la sociedad (siendo a lo mucho un medio, aunque por cierto muy poco justo y humano para alcanzar esa misión); pero aunque así lo fuese, considero que el fin de la sociedad está subordinado al del hombre (quien es a fin de cuentas quien la integra), ya que la personalidad colectiva de aquélla no puede absorber la personalidad individual de éste. Así pues, no es la finalidad del Estado aplicar la pena de muerte, sino asegurar la conservación del hombre y no su destrucción. Si bien es cierto que el Estado en un momento determinado tiene como función san sancionar al delincuente, también es cierto que antes debe proporcionar le educación, fuentes de trabajo, lugares de esparcimiento, et., causas que son muy importantes para eliminar la fricción social, causa de la -

comisión de hechos delictivos; en consecuencia, si el Estado no procura un ambiente sano y seguro, lo lógico es que sus miembros caigan en la - desesperación, violencia, robos, asesinatos, drogas, etc. Así, al aplicar el Estado la pena capital, surgen algunas preguntas muy interesantes tales como: ¿Revela la aplicación de la pena de muerte la incapacidad del Estado para mantener el orden social? ¿Moralmente deja de ser - un crimen privar de la vida a un individuo de forma legal? ¿Qué tanto - se beneficia la sociedad con la muerte de un delincuente?. Además cabe reflexionar sobre la participación que tiene la sociedad civil en la -- elaboración de leyes y castigos, así como la función de la hegemonía de los poderosos en la elección de qué cosa se castiga y cómo..

No es posible aceptar que en nombre del Derecho, se ejecute a un ser humano, aunque éste haya atentado contra otras personas, ya que aunque se dude, el asesino más cruel sigue siendo un ser humano. También es de tomar en cuenta que el recurso de la pena capital es frecuentemente ejercido contra integrantes de sectores marginados de la población y por motivos raciales y étnicos.

TERCERA.- Aunque con el devenir de los años las instituciones jurídicas han ido perfeccionándose, el principio de la retribución, cuya esencia es la idea de venganza, parece ser el mismo principio que hoy en día fundamenta la pena capital. Incluso personas con poco conocimiento sobre el tema en cuestión han dicho que si no existiera pena capital, el pueblo para satisfacer - su consciencia jurídica ofendida, realizaría actos de linchamiento, es decir, se tomaría la justicia por su propia mano;

sin embargo, se ha demostrado que esta afirmación es totalmente infundada.

Por otra parte, cabe señalar que la venganza cuyo significado específico alude al desquite y leyes taliónicas, existe solamente en la especie humana. En tal sentido pueden ser la Criminología, la Etología y la -- Psicología, las disciplinas que más nos pueden ilustrar en torno a la -- pena de muerte como conducta agresivo-vengativa en contraposición con -- el Derecho Penal y la Penología que sólo permiten aproximaciones descriptivas y dogmáticas, pero no análisis críticos.

Es innegable que la mayor parte de la población acepta que los humanos poseemos una fascinación cuasissádica por la violencia, v.g.: el morbo que despiertan las revistas que describen crímenes violentos, la curiosa avidez que despierta la nota roja; el hecho de que el boxeo, el toreo y las peleas de gallos, sean espectáculos para masas; sin embargo, y considerando lo anterior, es muy voluble y contradictorio el sentir -- del pueblo cuando se presenta ante él la pena capital. Así, dicha pena es solicitada por el mismo pueblo dependiendo de las circunstancias con -- cretas del delito cometido, y sobre todo, de la distancia entre la comi -- sión del delito y la ejecución del actor. El delincuente inspira horror en el momento de consumir el crimen, pero cuando se haya en el patíbulo no se le mira ya como agresor sino como víctima. Así pues, en base a -- lo expuesto y considerando que la agresividad es adquirida y no innata, se puede afirmar que la muerte de algún individuo por un crimen cometido no es el deseo de la gran mayoría de la población, es decir, la venganza que pide el pueblo para quien cometió un hecho delictivo, sólo se

manifiesta en el momento mismo de la comisión del delito y no después - de que se razona fríamente.

CUARTA.- Según estudios realizados, la eficacia intimidante de la pena capital no existe como tal; y en el supuesto de que dicha pena ejerciera cierto efecto intimidante en los criminales, sería - interesante conocer y experimentar si es posible conseguir este efecto de alguna otra manera; tal vez sea más intimidatorio para el delincuente saber que si comete determinado ilícito se rá privado de su libertad durante el resto de su vida y obliga do a realizar actividades o trabajos forzados. Así mismo, con sidero que una persona al decidir cometer un acto penado con - la muerte, tal vez ni siquiera tenga conocimiento de dicha pena, y si lo tiene, es evidente que la misma no lo intimida.

Además no es muy ético (sentimiento, por cierto, exclusivo del humano)- que el hombre sea el instrumento utilizado para intimidar a los demás - hombres. Si el hombre es capaz de cometer algún delito, no es posible- considerar a ese sujeto como responsable único, sino también se debe to mar en consideración la responsabilidad del grupo social, ya que toda - causa sigue un efecto y son las circunstancias las que producen el resultado. El hombre es siempre afectado por factores endógenos y exógenos y el ambiente en que se desenvuelve es determinante, de allí que de ba ser auxiliado por el grupo social para resolver su problema de desa- daptación social.

Estudios criminológicos han demostrado también que no existen-

diferencias significativas en cuanto a los índices de criminalidad en - lugares donde es aplicada la pena de muerte y aquéllos en los que no se aplica.

Por lo anterior, considero que si se demuestra simplemente que la pena capital no es intimidante, entonces nada ni nadie puede defender la vigencia de la misma en las diferentes legislaciones. Aún suponiendo que dicha pena produzca cierta intimidación general, no considero -- que esa intimidación alcance tal fuerza que baste para justificar una - pena tan grave.

QUINTA.- Considerando que es un hecho que el resultado de cualquier juicio o proceso puede contener error judicial, debido a una serie de cuestiones -ya estudiados en el contenido del presente-trabajo- y tomando en consideración que la justicia impartida por humanos no puede ser perfecta, las penas impuestas por éstos, deben ser relativas, graduales y eventualmente reparables, características de las cuales no goza la pena de muerte. Las - demás penas, aún las más duras penas de prisión, no excluyen - la posibilidad de reparación en caso de error, pues los sufrimientos físicos y morales del condenado injustamente, pueden - ser de alguna manera compensados.

Cabe señalar que el número de errores judiciales que han motivado la -- muerte de inocentes, alcanza cifras muy importantes tal vez mayores de las publicadas, pues hay que tomar en cuenta no sólo las descubiertas y conocidas sino la cifra de los desconocidos.

SEXTA.- La ejemplaridad de la pena capital no está demostrada según estudios realizados por criminólogos de todo el mundo y sobre todo de los Estados Unidos. Y cómo podría ser ejemplar un acto contrario a la naturaleza que lleva esencialmente una destrucción; si es que por ejemplar entendemos una situación positiva que muestre una virtud, y matar evidentemente no es ninguna -- virtud. Por el simple hecho de que la pena de muerte cause -- terror no se puede considerar que ésta sea ejemplar. Además, -- y en el último de los casos, cómo puede ser ejemplar el asesinato furtivo que se comete de noche en el patio de una cárcel.

SEPTIMA.- Considerando que la pena ha evolucionado porque ya no se pretende la venganza del ofendido, ni procurar el temor entre los ciudadanos; la pena de muerte no es una pena en virtud de que uno de los fines esenciales de ésta es el lograr la corrección del delincuente, es decir, la readaptación a la sociedad del -- individuo que ha cometido un acto delictivo; por lo cual es -- evidente que la pena capital no puede satisfacer esta finalidad.

OCTAVA.- La pena de muerte debe desaparecer de la legislación mexicana; ya que si bien es cierto que en tiempos pasados esta pena tuvo una posible justificación consistente en la rudimentaria manera de solucionar conflictos, actualmente hemos alcanzado una notable evolución en este sentido, pues ahora la pena persigue objetivos racionales de prevención especial, de reeducación del delincuente, etc., por lo que es necesario coordinar todos los -- avances técnico-científicos y ponerlos al servicio del sistema

penitenciario; es decir, los reclusorios o centros de readaptación social deben contar con excelente equipo tanto humano como material, a -- fin de que dichos centros sean realmente la vía para una readaptación -- social de personas que han delinquido.

Es difícil entender cómo si la práctica ha superado a lo dis -- puesto por la norma, la pena de muerte sigue vigente en nuestra Carta -- Magna, y digo esto ya que ningún Estado de la República Mexicana contem -- pla en su legislación penal dicha pena; además del análisis histórico -- de las causas que dan lugar a la pena capital, encontramos que éstas -- son muchas veces la consecuencia del momento que se vivía en nuestro -- país (salteador de caminos, incendiario, traición a la patria en guerra -- extranjera) y que de manera por demás evidente, las circunstancias de -- épocas conflictivas de fines del siglo pasado y principios del actual -- en nuestro país hoy en día han desaparecido. Por lo anterior, creo que es el momento de poner el Derecho en armonía con los hechos, la aboli -- ción de facto consagrada por la práctica o más bien, por la no práctica de la pena capital en México, debe ser reemplazada por una abolición de iure.

Por otra parte, considero que dicha pena debe abolirse incluso en la materia castrense, ya que aunque las actividades civiles y milita -- res son campos distintos en cuanto a ramas de trabajo, el hombre y sus fines son los mismos, la naturaleza humana es idéntica. El soldado, el marino, también son seres humanos con sentimientos, y susceptibles de -- cometer errores y actos ilícitos.

NOVENA.- Del hecho innegable de que en los últimos años ha aumentado el número de países que han abolido la pena de muerte y muchos de los países que aún la tienen lo hacen a título de pena excepcional o no la llevan a cabo, se infiere que dicha pena resulta ser ineficaz y anacrónica.

DECIMA.- La gran mayoría de delincuentes para los que la opinión generalizada pide la pena de muerte, son en realidad personas con gran desajuste emocional, es decir, personas desequilibradas mentalmente y por tanto, de acuerdo a nuestra legislación penal, no son susceptibles del mismo tratamiento que se les da a individuos considerados como sanos.

DECIMO PRIMERA.- Cuando se habla de Derechos Humanos, se hace referencia a determinadas acciones u omisiones destinadas a tutelar ciertos bienes fundamentales de la persona. Y parece lógico que si existe un bien fundamental que proteger es el que va aparejado a la existencia misma de la persona, pero si ésta es privada de su existencia entonces creo que el hablar de Derechos Humanos no tiene sentido alguno. Es cierto que los defensores de la pena capital apelan a razones de utilidad común y consideran que la sociedad representada por el Estado, puede elegir si determinada persona debe o no morir, lo cual conlleva a aceptar que es permisible violar los derechos de un individuo para alcanzar el bien común, hasta aquí todo parece razonable, sin embargo, el bien de las personas que sus derechos morales protege no es posible valorarse desde un punto de vista social, sino desde un punto de vista de la propia persona.

B I B L I O G R A F I A

- ARRENS, E. "Historia del Derecho". Traducción de Giner y A.G. Linares. Ed. Impulso, Buenos Aires, 1945.
- ANTOLISEI. "Manual de Derecho Penal". Buenos Aires, s/editorial, 1960.
- ARANCIO RUIZ, V. "Historia de Derecho Romano". Traducción de F. Pelmaecker e Ivañez, Ed. Reus, Madrid, 1943.
- ARRIOLA, Juan Federico. "La pena de muerte en México". Ed. Trillas, México, 1989.
- BARBERO SANTOS, Marino. "Pena de muerte: el ocaso de un mito". Ed. De - Palma, Buenos Aires, 1985.
- BECCARIA, Cesare. "De los delitos y de las penas". Ed. Temis, 2a edición Bogotá, Colombia, 1990.
- BLAZQUEZ, Niceto. "Estado de Derecho y pena de muerte". Ed. Noticias, -- S.A, Madrid, s/año.
- CAMUS, Albert. "La pena de muerte". Ed. Emece, Buenos Aires, 1960.
- CAMUS-KOESTLER. "La pena de muerte". Traducción de Peyrón, Buenos Aires, s/editorial, 1969.
- CARNELUTTI. "El problema de la pena de muerte". Traducción de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947.
- CARRARA, Francisco. "Programa de Derecho Criminal". Ed. Temis, Vol. II, Bogotá, 1957.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "Derecho penitenciario, cárcel y penas en México - co". Ed. Porrúa, S.A, México, 1974.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho penal mexicano". Parte General, ed. - Porrúa, 11a edición, México, 1976.
- CUELLO CALON, Eugenio. "La Moderna Penología". Ed. Bosch, casa editorial - S.A, Barcelona, 1958.
- DE P. MORENO, Antonio. "Curso de Derecho Penal Mexicano". Parte Especial T.II, ed. Porrúa, S.A, México, 1988.
- DE PIMA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Ed. Porrúa, México, 1986.
- ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería de Rosa y Bourat, París, 1863.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Ed. Esfinge, 2a edición, México, - 1976.

- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. "¿ Es la pena de muerte eficaz y justa?. Coimbra T.I, México, D.F, s/año.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas". Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981.
- GARCIA VALDEZ, Carlos. "No a la pena de muerte". Ed. Edicusa, Madrid, 1975.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, - S.A, 23a edic. México, 1990.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Ed. Porrúa, S.A, T.III 2a. edic. México, 1974.
- LARA GUERRERO, José Sergio. "Tesis Profesional". Escuela Libre de Derecho, México, D.F, 1979.
- MALO CAMACHO, Gustavo. "Hacia la Abolición de la pena de muerte en México". Comisión de Administración de Reclusorios, - D.D.F, México, D.F, s/año.
- MAURACH, Reinhart. "Tratado de Derecho Penal". Traducción de Juan Cordoba, Vol. I , Ed. Ariel, Barcelona, 1962.
- MERKEL, Adolfo. "Derecho Penal". Traducción de Pedro Dorado, T.I, La Nueva España, Madrid, s/año.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno". Parte General, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1963.
- REYES E, Alfonso. "La Punibilidad". Universidad Externado de Colombia, - 1978.
- ROEDER, Carlos. "Doctrinas Fundamentales Reinantes sobre el Delito y la Pena". Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876.
- SALETILLES, Raimundo. "La individualización de la pena". Ed. Hijos de Reus Editores, Traducción de Juan Hinojosa, Madrid, - 1974.
- SOLEZ, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1956.
- VIERA, Hugo. "Penas y medidas de seguridad". Universidad de los Andes, - Facultad de Derecho, Mérida-Venezuela, 1972.
- VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano". 3a. edición, Ed. Porrúa, - México, 1975.

P U B L I C A C I O N E S

- **INFORME DE AMNISTIA INTERNACIONAL. "LA PENA DE MUERTE"**. Barcelona, España, 1979.
- **AMNISTIA INTERNACIONAL**. Resolución 1984/50 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 25 - mayo de 1984. Informe 1985, Apéndice V.
- DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. "Mexico a través de sus Constituciones"**. - Antecedentes, origen y evolución del artículo Constitucional, T.III, Cámara de - Diputados del Congreso de la Unión. LII - Legislatura, México, 1985.

L E Y E S

- Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, 50 edición, México, - 1992.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, 96a - edición, México, 1992.
- LEYES PENALES MEXICANAS**. Tomo I, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Taller Gráfico de la Nación, México, 1979.