

180
223



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**LA NULA EFECTIVIDAD DE LA PENA DE
MUERTE COMO MEDIDA EJEMPLAR Y
PREVENTIVA DE LAS CONDUCTAS ILICITAS**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FELICIANO MEDINA ORTEGA

ASESOR DE TESIS:
LIC. JORGE GUILLERMO HUITRON MARQUEZ



ACATLAN, EDO. DE MEXICO



NOVIEMBRE 1994



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.

DEDICATORIAS

A LA MEMORIA DE MI PADRE, FELICIANO MEDINA MILLAN:

Que con suave firmeza me forjó hombre,
impulsándome a remontar cada vez más alto el vuelo
en la marcha por el mundo, que es una aventura audaz
y magnífica a la vez...
Porque estoy convencido de que comparte conmigo,
cada respiro, desde allá donde hoy habita...
...con las estrellas.

A MI MADRE, PIPINA ORTEGA VIVEROS:

Por tu incansable amor
y tu confianza eterna;
por tu mucho sacrificio,
por tu inquebrantable espera;
como un sencillo, pero merecido
homenaje a tu dura tarea de ser...
MADRE.

A MIS HERMANOS, REYNA, MELANIA, SIRENIA, YOLANDA, SONIA, LUZ LIDIA, MARISOL, ERNESTO Y SIMON:

Porque los lazos que nos unen,
sean fortalecidos cada sol;
amalgamando afanes de superación en la derrota,
entereza de alma en la adversidad,
mutualidad que refleje diáfana
la suprema germinación de la semilla
que nuestros padres sembraron en el seno familiar.

AL LIC. JORGE MADRAZO CUELLAR

EXPRESIDENTE DE LA C.N.D.H.

COMISIONADO PARA LA PAZ EN CHIAPAS:

Como una especial manifestación de reconocimiento a su incansable labor, a favor de los Derechos Humanos, y uniéndome a la defensa de la bandera abolicionista que la caracteriza, ya a nivel internacional. Convencido de manera plena, de que tezones como el suyo, han de conseguir la supresión de la pena de muerte dentro del orden mundial.

A MI MAESTRO Y AMIGO,
LIC. JORGE HUITRON MARQUEZ:

Porque su recta trayectoria como profesional, y su total disposición a la amistad, dejarán siempre una grata huella en los que recibimos de Usted, el conocimiento que fertiliza la sensibilidad humana.

A MI CUÑADO,

C.P. JOSE ANTONIO GONZALEZ JUAREZ:

Porque tus palabras de apoyo,
infunden lo que es características
tuya por excelencia:
férrea voluntad, acción tenacidad...
... batalla incesante
en el camino que lleva el éxito.

A MI AMIGO,

LIC. SAUL RENTERIA ORTUÑO:

Con ese especial aprecio
al que se hacen dignos los hombres
cuya transparencia deja ver la se-
riedad, la capacidad, la motivación
y la humanidad características de la
plena integridad del ser humano.

A MI AMIGO,

LIC. MANUEL SUSUNAGA GUZMAN

Con profundo respeto y admiración
por la sencillez, impetu y tenacidad
que de manera constante se han hecho
presentes en su trayectoria personal
y profesional.

A MI AMIGO,

JULIO O. GUIOT:

Porque tu constante presencia,
y el hecho de encontrar en ti,
invariablemente, la mano tendien-
do a mi ayuda, ha convertido en
realidad la posibilidad que otorga
la vida, de elegir entre los amigos
a un hermano más, que comparta con
nosotros, cada momento vivido.

A MI AMIGO,

C.P. HUMBERTO LOPEZ:

Porque sólo la audacia y
el valor hacen justicia al
hombre, colmándolo de pleni-
tudes; y eso es lo que su
persona, destella al paso
del sendero de la vida.

A MI AMIGA,

LIC. MARTHA CHAVEZ:

Pues tu entereza ilumina el
camino de la justicia; por tu
incondicional ayuda, que emana
luces de amistad; porque tu te-
nacidad te llevará a alcanzar
horizontes inexorables.

A ALMA DELIA LOPEZ CASTAREDA

Especialmente ...

AGRADECIMIENTO

A LA LIC. TCH. ADELA SERRANO HARIN:

Por brindarme el apoyo necesario
para la realización y conclusión
de este trabajo.

A MIS AMIGOS:

LIC. HECTOR GUEVARA RAMIREZ;
LIC. FAUSTO M. GONZALEZ ARZATE;
LIC. ARTURO HURTADO CHAVEZ;
LIC. CARLOS MONTER;
LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ;
LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ;
LIC. MIGUEL GARCIA JIMENEZ;
LIC. J. ALEJANDRO CASTAREDA GONZALEZ;
LIC. NAYO PEREZ HERNANDEZ;
LIC. AURELIO RIVERA ROSALES;
LIC. ABRAHAM MARQUEZ LARES;
JOSE DE JESUS ANTONIO RAMOS RUIZ;
JUAN SALGADO Y OCTAVIO MUÑOZ FUENTES.

Con lo que he compartido momentos
gratos y difíciles de mi vida, brin-
dandome su amistad incondicional en
todo momento.

A MIS CUERADOS:

**ARTURO, PABLO, LUIS
Y CESAR, CON AFECTO.**

LA NULA EFECTIVIDAD DE LA
PENA DE MUERTE
COMO MEDIDA EJEMPLAR Y
PREVENTIVA DE LAS CONDUCTAS
ILICITAS

FELICIANO MEDINA ORTEGA.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I. EL DERECHO PENAL

Página

A) Concepto y fines	1
b) Características	5
C) Relaciones del Derecho Penal con otras ramas de la Enciclopedia Jurídica	11
d) Ciencias y Artes auxiliares del Derecho Penal	18

CAPITULO II. DEL DELITO

A) Etimología	35
B) La Escuela Clásica	36
C) La Escuela Positiva	42
D) La Terza Scuola	48
E) Concepto Jurídico del Delito	49
F) Bienes Jurídicos Tutelados	53

CAPITULO III. DE LAS PENAS

A) Penología y definición de la Pena	58
B) Fin de las penas y su justificación	64
C) ¿Es o no una pena, la pena de muerte?	69
D) Teorías que fundamentan la pena	73
E) Clasificación de las penas por su fin preponerante	82
F) Pensamiento de César Bonnesana, Marqués de Beccaria	88

CAPITULO IV. LA PENA DE MUERTE EN LA LEGISLACION MEXICANA

A) En el Derecho Precortesiano	97
B) En la Epoca de la Colonia	103
C) En el México Independiente	106
D) La Codificación penal a partir de la vida independiente en nuestro país	108
E) Análisis del Artículo 22 Constitucional	115

CAPITULO V. LA PENA DE MUERTE. EVOLUCION, EFECTIVIDAD, EJEMPLARIDAD Y PREVENCIÓN

A) Concepto	131
B) Historia. Periodos que pueden distinguirse en su evolución	133
C) Efectos de la pena capital	141
D) Razonamientos sobre la pena capital	146
E) Declaraciones y encuestas	155
F) En el Derecho Comparado	166
G) El punto de vista de los Derechos Humanos	176
H) Nuestra opinión sobre la pena capital, su regulación y su validez	179

CONCLUSIONES ----- 185

AFENDICE

CASO: Ricardo Aldape Guerra ----- 189

BIBLIOGRAFIA

ANEJO



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

Al hablar de pena de muerte, el factor central por analizar, es si dicha pena debe reimplantarse en el Código Penal en vigor para el Distrito Federal, así como en los demás Códigos de las Entidades Federativas del país en donde ya no existe, o si por el contrario, conviene abolirla de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por consiguiente en el Código Penal de Justicia Militar, que es una institución de nuestro Derecho Positivo.

El trabajo ha sido planificado en cinco capítulos, mismos que se desarrollan en función del contexto teórico que el tema requiere; un conjunto de conclusiones finales y un apéndice.

En el primer capítulo, nos ocupamos de puntos elementales del Derecho Penal, como concepto, fines y características, y su relación con otras ramas de la enciclopedia jurídica.

Es sobremanera interesante conocer el esquema que abarcan las CIENCIAS PENALES, toda vez que los aportes de otras disciplinas tales como la Criminología, la Antropología Criminal, la Psicología Criminal, la Sociología Criminal, la Endocrinología Criminal y la Penología, servirán para reforzar esta idea.

A lado de estas disciplinas, existen otras, conocidas bajo el nombre de ARTES AUXILIARES DEL DERECHO PENAL, que incluyen entre otras a la Medicina Legal, la Estadística Criminal, la Criminalística y la Política Criminal.

No obstante, que no se profundiza en estas últimas, servirán valiosamente como apoyo, en virtud de que sin ellas, el tema de estudio tendría una luz tenue, que al restarle objetividad, haría difícil emitir un juicio ecuánime.

En el capítulo segundo, se presenta un panorama del delito, al revisar la Escuela Clásica, la Escuela Positiva y la Terza Scuola, para concluir con el concepto jurídico del delito, hablando de los bienes jurídicos tutelados como corolario del capítulo.

El estudio de la pena, es muy interesante, e importante para la finalidad de nuestro trabajo, por lo que se analiza en el capítulo tercero. Dentro de este, se estudia también el pensamiento del eminente humanista Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, que pide la abolición de la pena de muerte, y que en su libro "De los delitos y las penas" logra imprimir un nuevo sendero de Derecho Penal, que ya se gestaba en el siglo XVIII, abogando por la disminución de las penas y buscando un cauce legal a la penalidad, marcando los medios de un proceso más justo y declarándose enemigo de las penas infamantes.

En el capítulo cuarto, se analiza en concreto la pena de muerte en la legislación mexicana, vista desde los inicios de ésta última en su etapa Precolonial, hasta la vida independiente en nuestro país; cerrando esta parte de nuestra tesis con el análisis del Artículo 22 Constitucional que es, precisamente, en el que se alude al tema que nos ocupa.

En el último capítulo se analiza la evolución de la pena de muerte, pasando por cinco periodos; de la venganza privada, de la venganza divina, de la venganza pública, del periodo humanitario y de la etapa científica.

Se incluye también en el capítulo quinto, un razonamiento jurídico sobre la pena capital, así como el punto de vista del derecho Comparado y de la incipiente, pero valiosa y bien fundamentada disciplina de los Derechos Humanos.

Así pues, al abordar el problema filosófico-jurídico más serio al que se ha enfrentado el hombre a lo largo de su historia, vemos que es menester un análisis exhaustivo y cauteloso de todo aspecto que converja en él, para poder concluir con una opinión propia, basada en argumentos válidos.

En el siguiente punto, y a manera de enmarcar el desarrollo del trabajo que presentamos, emitimos las conclusiones del mismo.

Para finalizar, incluimos un apéndice del caso Ricardo Aldape Guerra, quien fue sentenciado a muerte en el año de 1982, en el Estado de Texas de los Estados Unidos de Norteamérica, y que ha levantado voces muy airadas que exigen la no aplicación de la pena capital.

Consideramos interesante ocuparnos del tema "LA NULA EFECTIVIDAD DE LA PENA DE MUERTE COMO MEDIDA EJEMPLAR Y PREVENTIVA DE LAS CONDUCTAS ILICITAS", ya que la pena sangrienta no es la solución para aligerar la criminalidad que afecta a todo el ámbito de nuestro territorio, sino que son multitud de causas exógenas y endógenas. Además, la sanción capital, no es un recurso de gran aplicación en la actualidad, por lo tanto, lo que se debe buscar son métodos preventivos para evitar la delincuencia y la reincidencia.

El interés por analizar la pena de muerte, surgió debido a que en determinados países se priva de la vida por ciertos delitos a los individuos, lo que ha llenado de indignación a la opinión pública, caso concreto, el del joven mexicano Aldape Guerra.

En atención a lo arriba expresado, emitimos una propuesta, que se modifique el Tratado Binacional de procesos penales, celebrado entre México y Estados Unidos; a fin de que ambas naciones puedan intercambiar presos condenados a penas máximas, o bien, para que al inculpad mexicano le sea conmutada la pena por la inmediata inferior en gravedad; de este modo, al celebrar tratados internacionales con los países que regulan la pena de muerte en sus Códigos Penales, el Estado Mexicano protege a sus nacionales más allá de sus fronteras.

Esta situación nos orilla a pensar en lo necesario que se hace sensibilizar a las sociedades, tanto mexicanas como extranjeras, en torno a la situación de los presos condenados a la pena capital; y adhiriéndonos a la posición de la Organización Amnistía Internacional, proponemos que la sociedad misma participe activamente en la búsqueda de mecanismos que ayuden a evitar la ejecución de la nefasta pena, al enviar misivas a los gobernadores, legisladores, en fin, a todos aquellos que estén involucrados en los procesos de los connacionales condenados.

Asimismo, consideramos necesario el levantamiento de un censo, real y confiable, que brinde el número de mexicanos condenados a muerte, así como el delito por el que han sido sentenciados y el país en donde se encuentran, a fin de abrir posibilidades de ayuda oportuna, al realizar las correspondientes revisiones de cada caso.

Ante esta situación, es forzoso y necesario, y es también lo que proponemos: la abolición de IURE de la aberrante figura jurídica, que se encuentra consagrada en el Párrafo III del Artículo 22 de nuestra Ley Fundamental, en base a razones que con amplitud serán explicadas en el capítulo quinto.

Y de acuerdo a la convicción que se mantendrá a lo largo de este trabajo, consideramos de importancia enfatizar que, la permanencia de la nefasta pena en la Suprema Ley Mexicana, resta fuerza y fundamento jurídico a cuanta medida de ayuda se emprenda en pro de nuestros connacionales, y a las propuestas sobre la firma de tratados y convenios que, a nivel internacional, coadyuven a la salvaguarda del bien jurídico de más alta jerarquía.

Desde ahora podemos afirmar que ninguna ejecución legal se justifica, aunque ésta fuera por delitos tan graves como los enunciados en nuestra Constitución u otros como la violación; pues consideramos que con la eliminación física de los delincuentes, no se resuelve una problemática dada, ni se previene el delito; demostraremos pues, que esta pena no es útil ni necesaria, para que así, por fin, sea sentenciada a muerte.

Ojalá que con la presente tesis, coadyuemos en alguna forma, aunque sea mínima, con las ciencias criminales, y que nuestro México siga avanzando, como lo ha venido haciendo a través de la abolición de la máxima pena en los Códigos Penales de los Estados y del Distrito Federal, ya que si en determinado momento decidiera reinstalarla, sería un retroceso histórico; dicho de otra forma, regresaría a un pasado sin gloria, y sería de lamentarse el cúmulo de años de estudio de nuestros penalistas, que han elevado los actos sociales a la categoría de ciencia.

La realidad es que mientras se siga debatiendo sobre la legalidad o ilegalidad de la última pena, un sinnúmero de personas corren el riesgo de morir ejecutadas por la llamada "Pena Capital", es decir, la privación de la vida humana.



CAPITULO I
EL DERECHO PENAL



A) CONCEPTO Y FINES.

La expresión "Derecho Penal", estima Giuseppe Maggiore, se aplica para designar tanto al conjunto de normas penales (Ordenamiento Jurídico Penal), como a la ciencia del Derecho Penal (Sistema de Conceptos). Toda vez que ambos sentidos concuerdan con los dos momentos del concepto, que es actividad pensante y a la vez, objeto pensado. Además el Derecho Penal como actividad intelectual, es ciencia; como objeto de esa actividad es norma o conjunto de normas.

Así dicha expresión puede definirse de dos modos; según se haga referencia al ordenamiento normativo, o bien a la ciencia, es decir al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena.

Como se puede observar a primera vista al parecer, se trata de dos procesos antagónicos, sin embargo, son complementarios, y el mismo Maggiore, nos advierte "que estos dos aspectos del derecho penal, distintos por necesidad de estudio, son en sí inseparables. Forman dos procesos que se completan uno con otro, dos segmentos de círculo que se unen, hasta formar la totalidad de la ciencia como unidad de pensamiento y de ser". (1).

De la advertencia del citado autor, se desprende que se trata de un círculo completo, toda vez que el proceso científico (conocimiento de la ley) sigue el proceso normativo (formación y existencia de la misma ley), pero lo puede preceder, en cuanto la elaboración de conceptos útiles para la creación de la norma.

Empecemos por ilustrar el Derecho Penal bajo su primer significado, es decir, con referencia a su acepción normativa, explicada por tratadistas de Argentina, España, Italia y México.

El tratadista argentino Don Luis Jiménez de Asúa, ha formulado una definición de nuestra disciplina en la que explica largamente que es: "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción -----

1) Giuseppe Maggiore, Derecho penal, Volumen I, Temis, Bogotá, 1971, pág.4

estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando al infractor de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". (2).

El penalista español Eugenio Cuello Calón, escinde al Derecho Penal para su estudio en subjetivo y objetivo. El Derecho Penal en sentido subjetivo, es la facultad o derecho de castigar (jus puniendi), y lo define como: "derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas". (3).

El Derecho Penal en sentido objetivo, se refiere al conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico establecido por el Estado, es decir, a la totalidad de leyes que definen los delitos, penas y medidas de seguridad, y lo define así: "conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas". (4).

Por su parte el italiano Giuseppe Maggiore, dice: "Derecho penal es el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito (reo) es sometido a una pérdida o disminución de sus derechos personales (pena)". (5).

Desde este punto de vista, es decir del sistema de normas, el jurista mexicano Fernando Castellanos Tena, lo define como: "la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social" (6).

Como se advierte en tales definiciones y en la generalidad de las relativas al Derecho Penal en el sentido que nos ocupa, quedan puestos de relieve los conceptos fundamentales del mismo: normas, delito, delincuente, pena y medida aseguradora, entre ambas en virtud de que la norma asocia a la una con el otro. En suma y por parecernos la definición mas completa seguiremos al eminente jurista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo, quien define el Derecho penal objetivamente como: "el-

2) Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, Hermes, México, 1986, pág.18-

3) Eugenio Cuello calón, Derecho penal, parte general, Volumen I, Bosh, -- Barcelona, España, 1975, pág. 7.

4) Ibidem.

5) Giuseppe Maggiore, Volumen I, op. cit., pág. 4.

6) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos elementales de derecho penal, -- Porrúa, México, 1992, pág. 19.

conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas en los casos de incriminación". (7).

Por lo que respecta al Derecho Penal con referencia a su acepción científica Giuseppe Maggiore nos dice: "Derecho penal es el sistema de los conocimientos científicos relativos al derecho de la pena".(8).

Por su parte Castellanos Tena, lo estima: "como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual". (9).

Para finalizar, podemos afirmar que el estudio del Derecho Penal, como ordenamiento de preceptos, se complementa con el estudio del Derecho Penal como ordenamiento de conceptos: Ciencia del Derecho Penal.

Una vez establecidas las anteriores definiciones, creemos quedará claro lo que es del Derecho Penal, y así podemos establecer los fines que se persiguen en cuanto al mismo.

Previamente mencionaremos algunas denominaciones que ha recibido el Derecho penal a lo largo de la historia, como son: Derecho de Defensa Social, Derecho Represivo, Derecho Restaurador, Derecho Criminal, Derecho Castigador, Derecho Sancionador y otros más, pero siempre con el fin de imponer un castigo a los transgresores de la ley, por medio de la amenaza y ejecución de la pena.

El Derecho Penal persigue varios fines en cuanto a su esencia; es decir, como sistema normativo y científico postula lo que debe ser, pretende realizar la sinergia social, el equilibrio de las fuerzas sociales, en suma, mantener la solidaridad social armónica.

El fin perseguido por nuestra disciplina es, según el brillante penalista Francesco Antolisei: "impedir la comisión de los delitos; en otras palabras, combatir el lamentable fenómeno de la delincuencia o la criminalidad". (10).

7) Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 1980, pág. 17.

8) Giuseppe Maggiore, Volumen I. op. cit., pág. 4.

9) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 19.

10) Francesco Antolisei, Manual de derecho penal, parte general, Temis, Bogotá, 1989, pág. 1.

Para el célebre jurista Franz Von Liszt: "el derecho penal tiene como misión peculiar LA DEFENSA MAS ENERGICA DE LOS INTERESES ESPECIALMENTE DIGNOS Y NECESITADOS DE PROTECCION por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente". (11).

Consideramos necesario destacar de lo antes anotado, que la lucha contra la delincuencia o criminalidad aparece en primer plano como fin propio de nuestra ciencia, mientras que la pena, uno de los medios en esa lucha, queda en lugar secundario.

Ahora bien, de la opinión dada por el citado penalista, se deduce que el Derecho Penal tiene como fin supremo, la protección de los bienes jurídicos, tales como la vida, el patrimonio, la integridad corporal, la libertad sexual y otros que requieren de una defensa más enérgica, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar. Y para proteger dichos bienes se vale de la amenaza y ejecución de la pena.

Está bien claro que el Derecho Penal, no puede tener como finalidad "matar al que mata", porque esto solo sería mentalidad taliónica y de venganza, y la ley se pone al nivel del delincuente, por lo que no sería necesarios tantos años de estudio y transformación, que han elevado los actos sociales de reacción primitiva a la categoría de ciencia.

En el momento histórico actual el Derecho Punitivo, también logra la conservación de la sociedad readaptando al delincuente a la vida social; toda vez que en la época presente se cuenta con avanzados sistemas de prevención técnico-científicos al servicio del sistema penitenciario. Estos nuevos sistemas, que le ofrecen al delincuente toda una gama de atenciones para su verdadera readaptación a la vida social.

Así pues, desde los afanadores, los vigilantes, los trabajadores sociales, los psicólogos, los psiquiatras, el médico general, las actividades culturales, deportivas y recreativas, hasta las educativas, deben conjugarse hacia una misma meta; la reeducación del sujeto que lo lleve a su total recuperación social.

De esta manera, nuestra disciplina intenta realizar su última finalidad que según ha quedado anotada, a nuestro parecer consiste en readaptar al individuo a la vida comunitaria.

11) Franz Von Liszt, Tratado de derecho penal, tomo segundo, Reus, Madrid, 1927, pág. 5.

Si se le impone a un delincuente que está en proceso de readaptación como sanción la pena capital, se haría evidente una paradoja en el Derecho Penal, en virtud de que se otorgaría supresión en lugar de reeducación.

Por las razones arriba mencionadas, insistimos que el Derecho Penal no puede tener como finalidad "matar al que mata".

B) CARACTERISTICAS.

El catedrático Celestino Porte Petit, nos da las características de la Doctrina Penal, y son las que a continuación se precisan, en forma puramente enumerativa.

CARACTERES DEL DERECHO PENAL SEGUN LA DOCTRINA

- "a) Positivo o Jurídico.
- b) Público.
- c) Constitutivo o sancionador, según los - criterios.
- d) Original.
- e) Autónomo.
- f) Normativo.
- g) Valorativo.
- h) Cultural.
- i) Finalista.
- j) Imperativo.
- K) Personal.
- l) Social.
- m) Político.
- n) Afectivo y preventivo". (12).

De la enumeración anterior, estudiaremos únicamente las características que consideramos más relevantes, así vemos que el Derecho Penal es:

12) Celestino Porte Petit Candaudap, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, Porrúa, México, 1983, pág. 24.

- a) Público.
- b) Normativo.
- c) Valorativo.
- d) Sancionador.
- e) Personal.
- f) Finalista.

A continuación analizaremos someramente estos caracteres:

a) Público.

Es de orden público por normar relaciones entre el poder estatal y los gobernados. Si el Derecho Público es el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, es obvio que el Derecho Penal integra una rama del Derecho Público, al establecer una relación directa entre el poder público y los particulares destinatarios de sus normas.

La muerte que un sujeto ocasiona a otro, no afecta solamente su ámbito familiar, sino que interesa a toda la colectividad, y es con miras a su defensa como el poder público investiga la conducta ilícita y sanciona al autor.

En concreto se puede decir, que al cometerse un delito, la relación jurídica se enlaza entre el delincuente y el Estado, con imperio y autoridad y no entre aquél y el particular ofendido.

Exhibe también su indole pública desde el momento que sus normas aspiran proteger los intereses jurídicos de la sociedad en forma eficiente, dejando fuera de su ámbito regulador intereses estrictamente privados y derechos renunciabiles por los particulares.

Algunas disposiciones legales acuerdan cierta intervención a los particulares en el funcionamiento de la actividad represiva, como por ejemplo: instancia privada, acción privada, perdón del ofendido esto únicamente frente a los delitos de "querrela", como son en nuestra legislación, la calumnia y la injuria entre otros.

En los delitos mencionados anteriormente el carácter público del Derecho Penal no se resiente, pues siempre y por encima de la facultad reconocida en esta clase de delitos al particular ofendido le corresponde iniciar la acción e incluso, renunciar a la misma. Pero definitivamente, en última instancia quien única y exclusivamente aplicará la sanción será el Estado, imposible de ser sustituido en manera alguna por el particular.

b) Normativo.

Tiene carácter normativo, supuesto que se integra por normas que implican deberes de comportamiento.

Se presenta desde el momento mismo que sus normas aspiran a proteger intereses vinculados estrechamente con la comunidad.

El Derecho Penal revela su carácter normativo porque establece normas sobre el Deber Ser, también son valorativas, porque son el resultado de un verdadero juicio de valor. Ello se advierte con más claridad cuando se analizan los momentos que integran la norma, esto es, el Valorativo y el Imperativo. En el primero se dice por ejemplo: "matar es disvalioso, luego - segundo momento - no se debe matar". Advirtiéndose entonces que esa consecuencia (segundo momento de la norma), es el resultado de la primitiva valoración de la conducta que la misma prohíbe.

Exhibe fundamentalmente su índole normativa porque en función de un fin indudable de protección de bienes jurídicamente tutelados incorpora conductas violadoras de la norma que se contradicen con lo que "Debe Ser", procurando evitar que se produzcan y amenazando con severa sanción su efectiva producción.

Zaffaroni, hace una distinción al respecto: "Las normas penales se dirigen a los habitantes y a los jueces de distinto modo. Tanto a los ciudadanos como a los jueces se dirigen para que no las violen, pero en cuanto a los últimos, en tanto que considerados como órganos del Estado, no se dirigen a ellos para que no las violen, sino para que las tomen como criterio para resolver y determinar las respectivas consecuencias jurídicas." (13).

c) Valorativo.

Porque protege los valores más altos de la sociedad, toda vez que interviene únicamente y exclusivamente ante las transgresiones que dañan o ponen en peligro los valores fundamentales para el mantenimiento de la vida social.

Al respecto Soler nos dice: "El derecho penal funciona en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene solamente ante la vulneración de valores que una sociedad, en--

13) Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de derecho penal, parte general, Cárdenas Editor y distribuidor, México, 1991. pág. 91.

un momento dado reputa fundamentalmente". (14).

Los hechos que el Derecho Penal estima como valores son, antes que nada hechos del mundo exterior, objetos importantes para la vida comunitaria, intereses colectivos y por eso se llaman: "bienes jurídicos".

Empero tales bienes no son todos de igual jerarquía, el legislador una vez que los protege con la amenaza de la pena, gradúa la misma individualizándola legislativamente de acuerdo con el valor que da a cada uno, valorización que realiza a la luz del momento histórico, cultural y político-social que vive la comunidad donde la ley deberá regir.

Así por ejemplo, cuando se dispone: "El que prive de la vida a otro será castigado con diez años de cárcel". implícitamente se ha reconocido que la vida (bien jurídico tutelado), es un valor. Y por otro lado dispone: "el que injuria será sancionado con un mes de cárcel", implícitamente se ha reconocido que el honor (bien jurídico protegido). es también un valor.

En atención a lo anterior expresado, se quiere decir que existe una verdadera escala de valores dentro de la cual existe un más y un menos, ya que cuanto más severa sea una pena, más valioso será en general el bien jurídico tutelado por aquella, por lo tanto, el Derecho Penal dispone una mayor sanción penal.

Cuando se haga referencia a los bienes jurídicos tutelados se agregarán puntos de vista interesantes.

d) Sancionador.

Prestigiosos penalistas como Jiménez de Asúa, Cortés Ibarra, Carlos Binding, Pavón Vasconcelos y otros más, afirman que frente a los actos ilícitos o antijurídicos, y que el Derecho considera como tales, existe la pena que no es otra cosa que una severa medida ejemplar de lo que se vale nuestra disciplina para aplicar la sanción y de esta forma reprimir las conductas ilícitas y al mismo tiempo defender los bienes o valores, que no son otra cosa que conductas humanas previamente definidas.

14) Sebastián Soler, Derecho penal argentino I, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1973, pág. 20.

"El derecho penal siempre es sancionador en el sentido de que no crea los bienes jurídicos, sino que les agrega su tutela penal". (15).

El Derecho Penal exhibe su carácter sancionador al construir sus diversos tipos delictivos, pero no crea en forma autónoma y soberana las conductas ilícitas, sino que también sanciona violaciones a normas ubicadas en otras ramas del Derecho, toda vez que uno de sus fines, como ya hemos dicho, es proteger los bienes jurídicos que tienen mayor jerarquía y significación social, que deben ser protegidos con más energía.

e) Personal.

El Derecho Penal revela su carácter personalísimo, en virtud de sancionar única y exclusivamente al autor de una conducta ilícita, sin sobrepasar su esfera personal, es decir, la sanción no trasciende a sus familiares y amigos, toda vez que si muere el delincuente en el momento de estar purgando su condena, automáticamente se extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de lo dispuesto por el Artículo 91 del Código Penal para el Distrito Federal en vigor, que reza:

"ARTICULO 91.- La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la repara reparable del daño, y la de decomiso de los instrumentos con los que se cometió el delito y las cosas que sean efecto u objeto de él". (16).

Esta característica del Derecho Penal se encuentra fundamentada en el Artículo 10 del mismo Código Punitivo, que dice:

"ARTICULO 10.- La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delinquentes, excepto en los casos especificados por la ley". (17).

La propia redacción del artículo 11 del ya citado Código Penal confirma lo anterior cuando remitiéndose a los casos especificados por la ley, autoriza al juez, cuando lo estime necesario, suspender o disolver las agrupaciones, tales como sociedades, empresas o corporaciones de cualquier clase, con excepción del Estado cuando alguno de sus miembros

15) Eugenio Raúl Zaffaroni, op., pág 58.

16) Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, Ediciones Andrade, - México, 1990, pág 24-2.

17) Código Penal para el Distrito Federal. op. cit., pág. 3.

bros, representantes jurídicos comete un delito con los medios que para tal objeto le proporcione las mismas entidades, de tal manera que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella.

f) Finalista

El tratadista Jiménez de Asúa, nos indica que este es uno de los caracteres esenciales del Derecho Penal, toda vez que: "la Dogmática Jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro Derecho penal tiene carácter finalista". (18).

En efecto, coincidimos con la indicación de este citado autor toda vez que nuestra disciplina, ocupándose esencialmente de conductas, tal vez lo hemos advertido al destacar su carácter normativo y valorativo, no puede dejar de tener un fin, que no es otro que el de receptor y analizar todos aquellos intereses que constituyen la cultura, dirigiéndose al fin de la vida.

El Derecho Penal exhibe su índole finalista, porque tiene un fin en sí mismo que es la protección de bienes debidamente valorados por él en virtud de que en el campo de los valores, unos se encuentran en rango jerárquico superior a otros, empero tales bienes no nacen del Derecho nacen de la vida misma, como lo afirma este renombrado jurista, que basándose en la teoría de los kelsianos, apunta: "que el fin no pertenece al Derecho, cuyo contenido es la Política. El fin lo determinará ésta o la Sociología, pero no las leyes". (19).

El Derecho Penal tiene como fin dos enfoques: la seguridad jurídica que comprende la tutela de los bienes jurídicos, y la defensa social entendiendo por ésta los efectos de prevención especial que más adelante serán detallados.

Hemos apuntado en este capítulo, que la comunidad en general, exige la enérgica protección de bienes fundamentales, garantizar la supervivencia y la vida en sociedad, que son vitales para el individuo y para la comunidad que integra.

18) Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 20.

19) Ibidem.

C) RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DE LA ENCICLOPEDIA JURIDICA.

El Derecho Penal, está en estrecha relación con todas las demás ramas que integran la enciclopedia jurídica, toda vez que es parte total del ordenamiento jurídico.

Nuestra disciplina es una rama del Derecho Público interno y como tal está vinculada y tiene íntima conexión entre otras, con el Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Penal, Derecho Internacional y Derecho Comparado. Todos los cuales se refieren a los intereses del Estado, a la cosa pública, al todo social, en relación con los particulares, también sin duda, guarda relación con las disciplinas, tales como el Derecho Civil y Derecho Mercantil, que pertenecen a la rama del Derecho Privado, por regular relaciones entre particulares.

Consideramos necesario destacar que las mencionadas ramas e encuentran enlazadas y coordinadas entre sí, pues todas pertenecen a un mismo tronco: "El Derecho". Pero es de hacerse notar, que el ordenamiento jurídico penal está más íntimamente ligado con algunas de dichas ramas, en virtud de la frecuente remisión que se encuentra en las leyes penales a conceptos e instituciones que pertenecen a ramas jurídicas distintas del Derecho Penal.

Habida cuenta de esas relaciones, es fácil comprender las dificultades a que se ha dado lugar la formación de este ramo de Derecho Público para llevar a constituir un sistema de doctrinas autónomas.

Ahora bien, queremos resaltar que las relaciones que nos importan a nosotros son las que el Derecho Penal guarda con otras ramas jurídicas, puesto que es un Derecho sancionador de los demás y las distinciones existentes son solo de grado, pero no de esencia. Así tenemos que se relaciona inmediatamente con:

DERECHO CONSTITUCIONAL.

Se relaciona con el Derecho Constitucional, porque éste tiene por objeto establecer la organización, la forma, las facultades y funciones fundamentales de la vida del Estado, así como también la fijación de los límites de la actividad del poder público frente a los particulares, según las urgencias sentidas en un momento dado por la ----

comunidad; de donde el Derecho Penal por su parte, da satisfacciones a tales necesidades protegiéndolas a través de la amenaza y ejecución de la pena, para quienes la desconozcan. en otras palabras, estructura al Estado y sus funciones, además de reconocer las garantías individuales, donde el Derecho Penal no hace sino replantear las bases penales que de la Constitución recoge.

Por ahora basta observar que el concepto de Estado, fijado por el Derecho Constitucional, proporciona necesariamente la base de toda legislación penal.

En consecuencia, el titular del Derecho Penal lo es únicamente el Estado, toda vez que tiene la facultad para determinar los delitos, imponer las penas y aplicar las medidas de seguridad. Por lo tanto, la conexión tan estrecha entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, se advierte con solo tener en cuenta que si es el Estado el único sujeto capacitado para sancionar los delitos, éstos establecen inmediata relación entre el transgresor, el ofendido y el mismo Estado, y por ende, significa referencia obligada a éste.

Ahora bien, la Constitución General de la República, es la ley fundamental del Estado, en cuyos preceptos deben armonizarse todas las demás leyes, en virtud de que consagra garantías que marcan el cause del Derecho Penal; asimismo se establecen en ella como derechos del individuo. las bases de la legislación penal.

Entre los preceptos constitucionales que guardan íntima relación con el Derecho Penal sustancial o material y el formal, podemos citar los siguientes: 5o, 6o, 7o, 10o, 13o, 14o, 16o, 18o, 19o, 20o, 21o, y 22o, entre otros.

Debido a lo tedioso que sería transcribir literalmente todos los artículos que se mencionan en el párrafo anterior, estimamos conveniente, apuntar solamente el número 22o, por ser precisamente el numeral que tiene íntima relación con nuestro tema de estudio:

"Art. 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuesto o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás solo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar". (20).

DERECHO PROCESAL PENAL.

Previamente, es de suma importancia entender que el Derecho Penal no se realiza solamente con la descripción de los delitos y la fijación de las sanciones y medidas de seguridad. Es el Proceso Penal el que sirve de instrumento para su definición, y a nadie puede condenársele, sino mediante un juicio formal, toda vez que es una garantía de seguridad jurídica que se consagra en la Constitución Política vigente en los Estados Unidos Mexicanos, al disponer en su Artículo 14 que:

"Art. 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".(21).

Del segundo párrafo se desprende que tampoco el derecho a la vida es absoluto, porque si se cumplen los requisitos señalados por este Artículo, más lo que dispone el párrafo tercero del Artículo 22 Constitucional anteriormente transcrito, nadie podrá objetar que existe la posibilidad de que dadas ciertas circunstancias, la pena de muerte se puede llevar a efecto en México.

20) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Trillas, México--co, 1992 págs. 29 y 30.

21) Ibid, pág. 20.

Las concomitancias que surgen de los actos procesales, son de carácter formal, toda vez que la formalidad en el Proceso constituye una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, resumida en el principio de legalidad: *Nullum delictum sine lege*.

Así se limita la posibilidad de cometer una injusticia, en el sentido de sentenciar indebidamente a un procesado por un delito inexistente. Es una actividad funcional que impone derechos y obligaciones a quienes intervienen en la relación (juez, agente de Ministerio Público, inculcado, testigos, intérpretes, perito, etc.), y es el único medio para el desarrollo de la trabazón de Derecho Penal que el proceso define.

Además no se pueden llevar a cabo las sentencias condenatorias a muerte sino mediante juicio seguido ante los tribunales penales.

Resumiendo, diremos que las conexiones del Derecho Penal con el Procesal Penal son palpables, toda vez que la aplicación de aquél es nada menos que impracticable sin la existencia del Procesal Penal y al mismo tiempo es absolutamente inconcebible un Derecho Procesal Penal que ve fin en sí mismo, y que encuentre aplicación en la inexistencia del correlativo Derecho Penal.

DERECHO ADMINISTRATIVO.

Por un lado, la concatenación del Derecho Penal con el Administrativo es importante habida cuenta que aquél, a través de la pena tutela vastísimas actividades de la administración del Estado, es decir, garantiza mediante la sanción de carácter penal la permanencia de bienes superiores del Estado y la administración.

Está bien claro, que los delitos contra la administración pública, entran en el campo del Derecho Penal y no en el Administrativo, por consiguiente, es inequívoco que la imposición y la ejecución de la pena corresponde al Estado a través de tribunales penales.

DERECHO INTERNACIONAL.

Las relaciones entre el Derecho Penal y el Internacional son muchas e importantes, sus vinculaciones son evidentes al tratar el primero de resolver los problemas de estricto Derecho Nacional que surgen con motivo de la validez especial y personal de la Ley Penal. cuyas soluciones se ubican en el Derecho Público Interno.

Ahora bien, el ámbito espacial de validez se refiere al espacio territorial en que la norma penal va a tener vigencia; por regla general la norma penal tiene aplicación exclusivamente en el territorio que le dió vida.

En la institución llamada extradición, cuya reglamentación tanto interesa a uno como a otro Derecho, también encuentran la trabazón que los liga.

Las vías de comunicación, que cada día son más rápidas, facilitan al delincuente refugiarse en otros países, haciendo nulatoria, en algunos casos la acción persecutoria.

Como consecuencia de ello, encontramos que los países han celebrado convenios internacionales de extradición con el objeto de solucionar este tipo de conflictos, toda vez que se presentan numerosos problemas en la captura o entrega de los delincuentes prófugos de la justicia.

Actualmente, el delito tiende a internacionalizarse, de lo que dan ejemplo los narcotraficantes, los traficantes de blancas, los falsificadores de dinero, así como los grandes defraudadores internacionales, los criminales de guerra, terroristas, etc., lo que juntamente con los convenios funda las relaciones entre el Derecho Penal y el Internacional.

El jurista Miguel Angel Cortés Ibarra, nos dice: "Es oportuno expresar que, actualmente, no podemos hablar de la existencia de un Derecho Penal Internacional", pues esto implica la previa celebración de tratados o convenciones entre las naciones en los cuales se fijan los delitos reputados como internacionales, se determinen las penas aplicables y se elijan los tribunales con jurisdicción y competencia para conocer de estos específicos casos. Hasta la fecha no existen estos acuerdos; sin embargo, en diversos congresos verificados, se ha planteado la necesidad -

de elaborar un Derecho Penal Internacional con el objeto de protegerse contra actos que afectan o pongan en peligro la seguridad de las naciones".(22).

Un Código Penal Internacional es un ideal fecundo; pero al menos por hoy, demasiado ambicioso, nos conformamos con que nuestro país celebre tratados internacionales con el extranjero, a fin de proteger a sus nacionales más allá de sus fronteras, de la pena máxima.

DERECHO COMPARADO

Se relaciona con el Comparado, ya que este contempla el panorama total del Derecho, dando lugar así a un cambio de instituciones jurídicas o de influencias mutuas entre países.

El Derecho Comparado presenta una utilidad en el Penal que es indiscutible, como que él ha permitido el enriquecimiento constante de las instituciones penales, por tanto, sirve no solo para mantener esta incipiente uniformidad de disciplina social, sino para alimentarla y aumentarla, contribuyendo a un continuo intercambio internacional de fórmulas jurídicas.

Como ejemplo de lo anterior, cabe aducir que el Código Penal Mexicano, presenta influencia del Español, del Argentino, del Holandés y de otros; en tanto que el Chino (1934), está en algún aspecto influido por el mexicano.

Igualmente, el Derecho Comparado es útil para la interpretación del ordenamiento jurídico penal, con el fin de colmar lagunas, lo que forma un fondo de reglas jurídicas de aceptación universal, que el legislador de cada Estado no puede desatender.

DERECHO CIVIL

El Derecho Penal tiene con el Civil íntima conexión, porque en tiempos anteriores, aquél era absorbido en gran parte por el Civil, posteriormente el Penal se emancipa del Derecho Privado y constituye -----

(22) Miguel Angel Cortés Ibarra, Derecho penal, parte general, Cárdenas - editor y distribuidor, México, 1987, págs. 9 y 10.

una rama jurídica autónoma. Pero no obstante su independencia, el Derecho Penal mantiene con el Civil una estrecha trabazón, aspiran al mismo fin, regulan las relaciones de los hombres entre sí y protegen sus recíprocos intereses.

El Derecho Civil comprende la regulación del Derecho de familia y sucesiones, obligaciones y contratos; y para asegurar su respeto establece normas prohibitivas e imperativas, cuya violación implica la imposición de sanciones civiles, como por ejemplo: la restitución, la indemnización, el resarcimiento, etc., es decir, el Derecho Civil protege intereses generalmente particulares. Pero cuando el desconocimiento de las obligaciones adopta formas agudas, que provocan perturbaciones del orden público y aun especial peligro, en este caso interviene el Estado con su enérgico sistema represivo: el Derecho Penal, para imponer la sanción penal correspondiente.

Por otra parte, la más estrecha y necesaria concatenación entre ambas disciplinas las encontramos en el momento que el Derecho Penal tutela algunos bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho Civil, muy atinadamente Pavón Vasconcelos expresa: "El Derecho Penal, al tutelar algunos bienes conectados directamente con el Derecho Civil, estrecha sus relaciones con éste. El Código Penal sanciona el adulterio, las alteraciones del estado civil, el abandono de persona, la bigamia, el despojo de inmuebles y otros delitos más, que tutelan y garantizan bienes cuyo origen se encuentra en el Derecho civil. De ahí se afirma que entre ambas ramas del Derecho surgen estrechos y necesarios lazos". (23).

Podemos apreciar que el Derecho Penal se tiene que basar en conceptos meramente civilísticos, remitiéndose en consecuencia, el Derecho Penal al Civil, para la aplicación jurídica de algunas cuestiones.

DERECHO MERCANTIL.

El Derecho Penal tiene con el Mercantil una correlación al establecer determinados tipos penales que tutelan ciertas instituciones creadas por la ley mercantil, tales como: los títulos de crédito y delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso.

Las violaciones a preceptos mercantiles tienen sanciones especiales, tanto civiles como penales, con la discrepancia que la sanción civil es particular y la penal pública.

(23) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de derecho penal mexicano, parte-general, Porrúa, México, 1982, pág. 27

D) CIENCIAS Y ARTES AUXILIARES DEL DERECHO PENAL.

Es el momento pertinente para exponer el concepto de "Ciencias Penales" entendiéndolo por ellas Luis Rodríguez Manzanera, que: "es el esquema de las ciencias que se ocupan de estudiar en alguna forma las conductas consideradas antisociales y las normas que las rigen". (24).

Es sobremanera interesante conocer el esquema que abarcan las ciencias penales, toda vez que para el penalista de hoy, quien trata de penetrar hasta el secreto recóndito del delito, no bastan leyes penales, si no también sociológica, psicológica y técnica.

Al respecto diremos que entre estas ciencias, se encuentran la Criminología, la Antropología Criminal, la Biología Criminal, la Psicología Criminal, la Endocrinología Criminal y la Penología. A lado de estas disciplinas, existen otras conocidas bajo el nombre de Artes Auxiliares del Derecho Penal, que incluyen entre otras, la medicina legal, la criminalística, la estadística criminal y la política criminal.

Previamente, mencionaremos que tanto las ciencias penales como las artes auxiliares del Derecho Penal no intentan guiar la conducta humana, sino estudiar desde un punto de vista causal-explicativo, el nexo entre el delito y los factores que lo producen.

A continuación ilustraremos nuestro trabajo con el estudio de cada una de las ciencias y artes auxiliares del Derecho Penal, que anteriormente mencionamos.

LA CRIMINOLOGIA.

Empezaremos por hablar de la concepción de la criminología misma que Nicéforo Alfredo define como: "el estudio del hombre delincuente, del delito y de los medios de represión y de prevención adecuados; por lo que comprende el delito en sus nociones jurídica, filosófica, etnográfica, histórica, y cuantitativa; el delincuente en sus fases externa e interna, etnográfica, ambiental, más su clasificación y --

24) Luis Rodríguez Manzanera, Criminología, Porrúa, México. 1981. pág. 81.

responsabilidad; la pena como reacción contra el delito; por último, el problema de la prevención".(25).

Ante ámbito tan vasto, la criminología viene a representar el compendio de algunas ciencias penales, entre las cuales destacan: la Antropología, la Sociología, la Psicología, la Endocrinología, la Biología y la Penología; ciencias que, como en seguida veremos, asumen no obstante autonomía al enfocarse la problemática penal.

Se presenta así la criminología como una ciencia interdisciplinaria, es decir, que existe concurrencia de disciplinas, lo que no significa que éstas no tengan individualidad al ocuparse de determinados aspectos del fenómeno penalístico, sino que se auxilia de ellas para darle eficacia a su pensamiento, lo que otras ciencias, por ejemplo, la medicina se sirve del Derecho, el Derecho de la Filosofía.

La criminología, además de tener ante sí la tarea del estudio de la personalidad del delincuente, de quien ha violado la norma jurídica penal, aportará también al Estado los estudios que permitan al legislador dictar leyes preventivas o represivas basado en el conocimiento de los motivos o factores de la delincuencia; ayuda al juez, permitiéndole entrar en el mundo del delincuente, para conocer su personalidad; colabora al penitenciario para que sea efectiva la readaptación del criminal; coadyuva en las campañas de prevención de la delincuencia, tales como, contra el alcoholismo, la drogadicción, la vagancia, entre otras.

Ante disciplina tan amplia, Jiménez de Asúa considera que la criminología es la ciencia causal-explicativa, y será la ciencia favorita del porvenir, toda vez que profetiza que la "Criminología" absorberá al Derecho Penal, lo que otros penalistas no aceptan y refutan.

En lo concerniente a las ciencias penales que se sitúan dentro de la esfera de la criminología y que poseen independencia al ocuparse de determinados aspectos en la vida del delito, nos referimos a:

1.- La Antropología Criminal.

Conviene analizar la etimología de la palabra antropología que es a saber: antropos=hombre y logos=tratado; por tanto se la define -

25) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 25.

como la ciencia del conocimiento del hombre; luego entonces, la antropología criminal se concibe como el estudio de las características del hombre delincuente.

Esta disciplina se encarga, al decir de Miguel Angel Cortés Ibarra, "al hombre delincuente en su constitución orgánica y psíquica; analiza esencialmente los caracteres anatómicos y morfológicos del criminal". (26).

Maggiore, considera que la antropología criminal, "estudia los factores orgánicos y biológicos individuales del delito (degeneración, epilepsia, perturbaciones endocrínicas, etc.), considerando al delincuente como una especie natural anómala del hombre normal". (27).

El delincuente es, por tanto, para esta ciencia penal, el resultado de un triple orden de factores: la anatomía, la patología y la morfología del delincuente.

Sus antecedentes históricos son muy remotos, de los cuales nos dice Raúl Carracá y Trujillo lo siguiente:

"En la Edad Media las ciencias ocultas buscaron adivinar el destino humano: La astrología por las constelaciones, la Oftalmoscopia por los ojos, la Metoposcopia por los pliegues de la frente, la Quiromancia por los surcos de las manos, la Fisiognomía por la constitución del rostro y cabeza, dando lugar a que en el siglo XIII el Marqués de Moscardi, en Nápoles, por su dictamen pudiera decir las penas de horca y de cadena: *çAuditi testibus pro et contra, visa facies et examinata capite, non at cadenas, sed ad furcam, damnamus*" (28).

Como se puede observar, extremadamente grave resultaba la aplicación judicial en el siglo XIII, toda vez que el juzgador se basaba para dictar la pena de muerte, en los preceptos de las ciencias ocultas, antes apuntadas, en las declaraciones de los testigos, pero fundamentalmente en la mala fisionomía del delincuente como reza la frase escrita al final del párrafo citado y que en español significa: *çOídos los testigos de cargo y descargo, vista tu cara y examinada tu cabeza te condeno a la horca.*

La Demología que tuvo también importancia en esta época, pretendió explicar las causas de la criminalidad considerando que era ----

26) Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit., pág. 11.

27) Giuseppe Maggiore, Volumen I, op. cit., pág. 69.

28) Raúl Carracá y Trujillo, op. cit., pág. 40.

el demonio el culpable de la conducta criminal, por lo que los delincuentes eran castigados ordinariamente con la muerte, quemándolos vivos para borrar todo vestigio de maldad.

Durante el siglo XIX, son los médicos de las prisiones los que intentan darle al crimen un carácter científico, empiezan a considerarlo individualmente, sin ninguna relación con algo ancestral o diabólico.

Más tarde aparecen los frenólogos, que pretenden encontrar el carácter y los sentimientos de las personas en la configuración externa del cráneo, con su fundamento en la frase "tienes cara de criminal", que acompañada de la confesión del delincuente daba lugar a la aplicación de la pena sangrienta, es decir eran pruebas en contrario suficientes para sancionarlo con la pena que priva de la vida. Aclarando, que las confesiones se obtenían a través de la tortura, los legisladores se preocupaban más por castigar que por prevenir, lo que da lugar a que algunos estudiosos del Derecho denominados "humanistas", traten de depurar este sistema, como lo veremos en el capítulo tercero, concretamente al estudiar el pensamiento de César Bonesanna, "Marqués de Beccaria".

A César Lombroso, se le considera iniciador de la antropología criminal, debido al cúmulo de investigaciones que reunió con base a su experiencia. La tesis Lombrosiana, descansa en tres puntos fundamentales explicativos, a saber: el atavismo, la locura y la epilepsia.

Lombroso tiene el mérito de haber observado con detenimiento a los delincuentes en vida o bien en sus restos, tomando clases de medidas, informes, datos, etc., y relacionando sus anomalías somáticas y psíquicas, llegó a hacer famosa su clasificación en: delincuentes natos, delincuentes epilépticos, delincuentes locos, delincuentes de ímpetu, delincuentes ocasionales y locos morales.

Los caracteres somáticos observados por César Lombroso son fundamentalmente: el acentuado desarrollo de las mandíbulas y cigramas, frente huidiza, fosas orbitarias grandes, arcos superiores muy pronunciados, el cabello espeso y rizado, desproporción entre el desarrollo del cerebro y de la caja craneana y anomalías en las orejas, las cuales se presentan a menudo en hombres salvajes.

A lado de estas características somáticas, muestra también el delincuente, otros de índole psíquica, a saber: infrasensibilidad, ---

especialmente para el dolor (son frecuentes los tatuajes), la precocidad sexual la pereza, la inestabilidad, la inclinación al juego y al alcohol, supersticiones, la insensibilidad y la falta de remordimientos. De todo ello surge un especial tipo de delincuente, ya fisonómicamente conocible, al que considera Lombroso como atávico y en estado patológico.

Urgando en las profundidades antropopsíquicas del delincuente, termina por afirmar que la epilepsia, que ataca los centros nerviosos, es la definitiva causa de la delincuencia y, "Fuera de la epilepsia no hay en la Patología ninguna otra enfermedad que pueda al mismo tiempo fundir y reunir los fenómenos morbosos con el atavismo; el epiléptico comete a menudo actos atávicos como aullar, comer carne humana, etc." (29).

El delito encuentra así un fondo epileptoide, de ahí la afirmación del antropólogo alemán Paul Näcke, que la concreta así: "El delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial". (30).

En su obra "El Hombre Criminal" reseña Lombroso la embriología del crimen en plantas y animales, la pena aplicada es la muerte y está inspirada en la venganza, sentimiento no superado entre los normales.

La doctrina Lombrosiana, ha sido superada, pero aportó el "factor personal" como estudio en la producción del delito..

Con la antropología criminal, en efecto, la pena de muerte adquiere un nuevo valor, como medio de selección artificial de la especie humana, para eliminar de ella la temible variedad del delincuente nato.

Consideramos que el verdadero origen de la delincuencia no se encuentra únicamente en el factor personal, pero lo tanto este factor no es fundamental para privar de la vida a un ser humano, toda vez que ha sido superado, ya que actualmente esta ciencia se refiere, no solo al estudio psicosomático del hombre, sino también a sus costumbres, hábitos y cultura. Si se pudiera llegar a mejorar dichos aspectos, aligeraría la criminalidad y al mismo tiempo contribuiría a mejorar el factor antropológico.

29) Raúl Carancá y Trujillo, op. cit., pág. 41.

30) Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 49.

2.- La Biología Criminal.

Ahora pasemos a describir algo de la biología criminal, ésta estudia al delincuente en cuanto a un ser vivo, o sea, lo estudia en su fisiología, en el funcionamiento de sus organismo, en sus relaciones con el medio ambiente físico, ésto ha coadyuvado al estudio de las relación del crimen con la herencia, la edad, el sexo, la raza, y con otros factores de esta índole.

La biología criminal reconoció el factor personal como causa del delito y habla de la herencia; a este respecto, Rafael Garófalo, observa la herencia de los padres como la transmisión del delito y propone la eliminación del delincuente a través de la última pena, para que no puede engendrar semejantes suyos que repitan sus conductas ilícitas y, nos dice: "El delincuente, que lo es por efecto de una constitución física viciosa, representa la mayor parte de las veces un producto de la degeneración, ó bien un perjudicial comienzo de la degeneración humana. En ambos casos, la naturaleza, obrando en interés de la especie, procura eliminar desde luego al delincuente, ó impedir que éste deje una larga descendencia". (31).

Desde hace mucho tiempo se ha estudiado la influencia hereditaria de la conducta delictiva del alcohólico, del drogadicto, de la prostituta entre otros, por medio de investigaciones en familias de criminales: "A este propósito, se conocen genealogías dignas de mencionarse, como, por ejemplo, las de Lemaire y de Chrétien y la de Yuke, que contenía 200 ladrones y asesinos, 288 enfermos y 90, prostitutas descendientes todos de un mismo tronco en setenta y cinco años; su antepasado Max, había sido un borracho". (32).

La tesis garofaliana, de considerar a la herencia como causa de criminalidad, hoy en día, sin prejuzgar los avances de la genética se acepta, aunque el delito, en sí mismo, no se hereda, como carácter adquirido que es, se tienen en cambio ciertas disposiciones o tendencias a realizar conductas viciosas que se transmiten de padres a hijos, malformaciones e incapacidades físicas, nerviosas mentales, con lo que se comprende que el individuo puede, en condiciones de inferioridad frente a sus semejantes, acercarse más a la conducta antisocial. Por eso es necesario que el Estado busque medios preventivos y no represivos como los que exige Rafael Garófalo.

31) Rafael Garófalo, La criminología, La España moderna, Madrid, - - -
1890, pág. 258.

32) Ibid, pág. 123.

Consideramos que al factor personal de la herencia, se le da una importancia exagerada, de modo que etiqueta al delincuente como una persona "anormal", que generará hijos "anormales", sin tener en cuenta los factores criminógenos, que entre otros se encuentran: el alcoholismo, la promiscuidad, miseria y droga, que favorecen la aparición del delito y que por sí solos son incapaces de producirlo.

Por factor criminógeno, Rafael Márquez Piñero, entiende: "todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales". (33):

3.- La Psicología Criminal.

Hay un sinnúmero de definiciones en relación a esta disciplina, que estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos, y apuntamos las siguientes:

"La Psicología Criminológica es, basándose en su etimología el estudio del alma del sujeto criminal". (34).

"Estudia al delincuente en su aspecto psíquico. Analiza la vida del infractor buscando las causas del delito no en factores antropofísicos ni sociales, sino psicológicos". (35).

Así pues la psicología criminal trata de buscar las causas que inducen al sujeto a delinquir, qué significa para él su conducta antisocial, por qué la idea de castigo no le atemoriza, ni aún la pena capital, y lo hace desistirse de sus conductas criminales.

Para tal efecto, nos dice la Psicóloga Hilda Marchiori, es necesario "un análisis completo y exhaustivo del hombre delincuente requiere de por sí un trabajo interdisciplinario, un trabajo que permita la exposición del habitat de los individuos: de su familia, de su cultura con sus diferentes aspectos, de sus procesos de endoculturación, educación, enseñanza y organización social, de sus estructuras políticas, de su religión y de su arte". (36).

Entre los progresos de la psicología criminal, el de mayor trascendencia es sin duda, el psicoanálisis criminal, creado por el psiquiatra vienés Sigmund Freud.

33) Rafael Márquez Piñero, Criminología, trillas, México, 1991, pág. 47.

34) Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., pág. 64.

35) Miguel Ángel Cortés Ibarra, op. cit., págs. 13 y 14.

36) Hilda Marchiori, Psicología criminal, Porrúa, México, 1989, pág. 1.

El fundador del psicoanálisis para exponer su tesis, parte de la conocida fórmula tripartita del alma humana:

"Ello: es la región psíquica inconsciente, están los instintos dominados por el principio del placer.

El yo: es la segunda instancia, sometida al principio de realidad. Es, en gran parte consciente, el yo defiende a la personalidad contra las pulsiones del ello a través de los mecanismos de defensa.

Superyo: es la tercera instancia y resulta de la internalización de las prohibiciones y de las fuerzas represivas". (37).

El equilibrio entre las tres porciones anímicas da por resultado la conducta social; pero si el yo es absorbido por las exigencias del ello, surge la conducta antisocial.

La doctrina freudiana, ha pretendido explicar el estudio psicoanalítico de delincuentes y los que no lo son, al señalar que todo ser humano al nacer trae como herencia filogenética, tendencias e impulsos criminales y antisociales y, que posteriormente, son reprimidos u orientados a través de la educación, hacia otros fines para conseguir una adaptación social. Sin embargo, complementa Freud, analizando a los delincuentes, llegó a la conclusión de que el sentimiento de culpabilidad tiene una fuente de producción de tipo sexual, es decir, a través del psicoanálisis intenta descubrir los llamados "complejos", o sea los conflictos entre el ello y el superyo.

El complejo más común es el de Edipo, siendo una reacción a dos grandes intenciones delictivas; matar al padre o a quien lo represente y desear a la madre. Comparado con esto, la comisión de los delitos constituye un alivio para el individuo atormentado.

Otro progreso importante de la psicología criminal, fue la tesis personalista de Alfred Adler, que en su libro "El sentido de la vida", se refiere en torno al delito y a su prevención. Su doctrina se basa en tres postulados: los sentimientos de inferioridad, los impulsos de poderío y los sentimientos de comunidad.

Adler sostiene que el desarrollo del estilo de vida de todo ser humano, queda sujeto a un triple problema: El primero concerniente a la vida social y su actitud ante el prójimo. En este punto considera que -

37) Hilda Marchiori, op. cit., pág. 203.

existen anomalías en el interés social. Por lo general, quien comete un acto ilícito no tiene sentido de solidaridad ni de cooperación suficiente y cuando se le agota recurre al delito, es decir se refleja su incapacidad de convivencia. El segundo problema se refiere al trabajo, porque afirma que la mayoría de los delincuentes son personas no preparadas y no calificadas. El tercer problema consiste en el amor, en este sentido los delincuentes son cobardes, porque todo lo consiguen fácilmente y creen que el amor se puede comprar.

En este apartado también es importante mencionar la sicología penitenciaria, que el Lic. Jorge Djeda, dice: "Es aquella rama de la Psicología aplicada dirigida a la búsqueda de los mecanismos individuales y de grupo que conducen a la acción delictuosa y a los métodos para contrarrestarlo". (38).

La doctora Marchiori, pretende enfrentar dos interrogantes:
"¿ Quién es el individuo que delinque?
-¿ Qué haremos con él?

Con el estudio de la personalidad del delincuente queremos llegar al psicodiagnóstico del individuo, preveer un pronóstico y considerar el tratamiento adecuado para su readaptación, a través de una labor terapéutica integral". (39).

Entendemos, de acuerdo a la doctora Marchiori, que ha de establecer un vínculo entre el Derecho y la ciencia psicológica, para dar una evolución óptima a las medidas y normas penales a favor de la sociedad. Así pues, establecido dicho vínculo, a la psicología corresponde la determinación del diagnóstico del individuo para enfocar hacia él, el tratamiento integral más adecuado que lo lleve a la resocialización, ya que éste, engloba los siguientes fines: atenuar la gravedad del hombre, concientizar aspectos inconscientes de su psicopatología (al hacerlo consciente, se evita la reincidencia), favorecer el buen desarrollo de relaciones interpersonales, canalizar sus impulsos y verbalizar su problemática.

Es obvio que dada la variedad de caracteres que imperan en un centro penitenciario, el diagnóstico, deberá seguir métodos claros y confiables, éstos se basan principalmente en la aplicación de diferentes tests psicológicos y entrevistas, los que según el caso puede ser -----

39) Hilda Marchiori, op. cit., pág. 2.

aplicados en distintas categorías (individuales, grupales e institucionales). Por otra parte la evaluación del sujeto por un equipo multidisciplinario: trabajador social, psicólogo, médico, pedagogo laboral, vigilancia; dará al diagnóstico validez para poder iniciar una psicoterapia integral con miras a la readaptación.

Generalmente, los sujetos llamados peligrosos, carecen de estos servicios y oportunidades, de los que gozan el resto de los internos, y por lo tanto, están desprovistos de un psico-diagnóstico que les permita seguir un tratamiento, sin embargo, habría de considerar que estos individuos muestran conductas agresivas en respuesta a la hostilidad de que se ven rodeados. De recibir un tratamiento integral y adecuado, podría determinarse su grado de peligrosidad y pronosticar las posibilidades de readaptación.

Concluimos pues que, las interrogantes que plantea la doctora Marchiori, se contestan de la siguiente manera:

- ¿ Quién es el individuo que delinque? R= DIAGNOSTICO.
- ¿ Qué haremos con él? R= TRATAMIENTO

Compartimos ampliamente la opinión de que a los reos debe dárseles un tratamiento integral a partir de que son detenidos, procesados y sentenciados, por lo que afirmamos categóricamente, que la pena de muerte, deja de lado estos aspectos, básicos para la evolución de la convivencia social, y decimos que no pueden cerrarse las puertas a la psicología criminal aunque sea más fácil castigar a un individuo que conocer quien es el hombre, por qué realizó determinada conducta prohibida.

A lo largo de esta exposición, vemos como la humanidad, desde un punto de vista científico, ha visto el crimen como un fenómeno individual, como lo hizo primeramente, la antropología criminal, posteriormente la biología criminal y más tarde la psicología criminal. Estas tres ciencias muestran cierta arbitrariedad al agrupar a los hombres en categorías siempre distintas: locos y normales, criminales y no criminales; enfermos y sanos. Y así, como se ha dicho que un hombre que está sano es un enfermo, (no del cuerpo, sino del alma), también se dirá que un hombre honesto es un posible delincuente y aunque sea inocente, se le puede sancionar con la pena capital (en caso de aberración Jurídica; pero creemos también que un delincuente puede volver a ser un hombre honesto a través de la rehabilitación, para permitir que pueda reintegrarse nuevamente a la sociedad.

4.- La Sociología Criminal.

Ahora bien, nos ocuparemos del estudio de la sociología criminal, que estudia al delincuente desde el punto de vista social, tendiendo a encontrar sus causas más que en el factor personal, en el medio ambiente social.

Cortés Ibarra considera que la sociología criminal: "Estudia el delito como fenómeno social, pretende establecer científicamente que el delincuente es producto de factores sociales, los cuales, ejercen influjo en la conformación de su personalidad. Encuentra las causas de la delincuencia en el ambiente social". (40).

Los primeros estudios sociológico-criminales, se remontan a la Escuela Cartográfica de Guerre y Quetelet, y con la Escuela Socialista de Marx y Engels, que sostienen que la criminalidad está en función de las sociedades económicas.

Después aparece el Doctor Alejandro Lacassagne, fundador de la Escuela de Lyon, inspirado en las ideas de Comté y Pasteur, y como reacción contra la doctrina Lombrosiana, formuló su teoría del medio social así: "El medio social, decía, es el caldo de cultivo de la criminalidad; el microbio es el criminal, un elemento sin importancia hasta el día que encuentra el caldo que lo hace fermentar". (41).

Para Lacassagne, los signos de la degeneración no son como Lombroso aseguraba, una manifestación de atavismo, sino que provienen de las malas influencias del medio, es decir, de la alimentación, de las bebidas perturbadoras del sistema nervioso, enfermedades como la tuberculosis, la sífilis y de otros cuyo microbios bullen en las viviendas de los criminales.

Para la tesis Lacassagniana, no será con la aplicación de la pena de muerte como se acabará con la violencia social, sino con la exterminación del microbio - injusticia, miseria, explotación, olvido -, es decir, el microbio es el responsable de la criminalidad, un elemento que explota el día que encuentra el caldo que lo hace fermentar, y el remedio será, una buena organización social.

40) Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit., págs. 12 y 13.

41) Citado por Eugenio Cuello Calón, Derecho penal I, op. cit., pág. 36.

La doctrina de Lacassagne resulta muy general al afirmar que la criminalidad se evitará con una buena organización social; pero resulta obsoleta pues nunca existirá una organización perfecta. Lo vemos en alguno países como Estados Unidos de Norteamérica y Ex-URSS, que se entienden como las mejores organizaciones sociales, tienen un alto índice de criminalidad y el mismo cambio o desarrollo social, genera nuevos delitos y al mismo tiempo diversos tipos de delincuencia, que hasta entonces no se conocían o se daban.

Más tarde aparece Enrico Ferri, quien utilizó la expresión de sociología criminal en 1892, en la segunda edición de su libro "Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal", en donde se le da gran impulso a esta ciencia, y por eso se le considera el padre de la sociología criminal, la define como: "ciencia de la criminalidad y de la defensa social contra ella, es decir, el estudio científico del delito como hecho individual (condiciones físico-síquicas del delincuente) y hecho social (condiciones del ambiente físico y social), para organizar la defensa social preventiva y represiva". (42).

Del concepto apuntado anteriormente, se desprende claramente que para ferri, el campo de la sociología criminal, no solo estaba limitado al estudio o investigación de las causas del delito, sino también a la prevención y represión del mismo, y más importante es para él prevenir los delitos a través de institutos penales que castigarlos. Habla de tres tipos de factores que intervienen en la criminalidad: los individuales, los físicos y los sociales, pero no en forma aislada sino conjunta.

Los factores individuales o antropológicos, son los inherentes a la persona y se dividen en fisiológicos y psíquicos, los primeros se refieren a la constitución orgánica del criminal, como son las anomalías orgánicas del cerebro, de los reflejos y todo los caracteres corporales en general. Los segundos comprenden la constitución psíquica del criminal, como son las anomalías de la inteligencia y de los sentimientos en general. Y de caracteres personales del criminal, como son: la herencia, el temperamento, la profesión, la clase social, la edad, el sexo, la educación, etc.

42) Citado por Giuseppe Maggiore, Volumen I, op. cit., pág. 70.

Los factores físicos, son los que emanan de la naturaleza, como son: la temperatura, el suelo, el clima, la altitud, etc.

Los factores sociales, son los que producen del contacto entre los seres humanos, como son: ambiente familiar, la formación educativa, las malas compañías, ambiente urbano y rural, zonificación de la delincuencia entre otras.

"La Sociología Criminal estudia, pues, la realidad del acontecer criminal colectivo, masivo, estática y dinámicamente, considerando sus causas exógenas y endógenas y sus efectos". (43).

Efectivamente, y en esto estamos de acuerdo, las situaciones económica, social, política y geográfica, sin olvidar a la herencia biológica y de los acontecimientos históricos, influyen en la conducta del ser humano, pero sin determinar o anular el libre albedrío.

A nuestro juicio, la delincuencia es un problema social, no solamente porque se expresa por conductas ilícitas sancionadas por el Derecho penal, sino también, porque giran alrededor de la sociedad los microbios en que se desarrolla la vida del hombre; miseria, la sub-alimentación, analfabetismo, ignorancia y las continuas frustraciones. Los diversos sistemas socio-económicos, producen determinadas conductas antisociales, esto es, que no baste solamente un estudio de la personalidad del hombre, sino que es necesario y fundamental, un análisis dinámico de nuestra sociedad.

5.- La Endocrinología Criminal.

Para contestar con claridad meridiana, lo que es endocrinología criminal, es conveniente estudiar lo que se entiende por endocrinología, en lo conducente al Diccionario Médico Familiar, dice: "Endocrinología es la rama de la medicina que se ocupa de las glándulas endócrinas, de las hormonas que segregan y de los efectos que cada una de estas glándulas ejercen sobre las demás y sobre el resto del organismo". (44).

Después de haber descrito lo que debe entenderse por endocrinología, haremos el estudio de lo que debe entenderse por criminal, para que, de esta manera quede explicada, la definición de endocrinología criminal. Se califica de criminal, porque concreta su estudio a las conductas ilícitas.

43) Héctor Solís Quiroga, Sociología criminal, Porrúa, México, 1977, pág. 6.

44) Diccionario Médico Familiar, Reader's Digest, México, 1982, pág. 271.

Es pues la endocrinología criminal, la ciencia que intenta descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna, esto es, trata de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la etiología y aparición del delito.

Esta ciencia adquirió interés y cierta importancia con los estudios realizados por Nicolás Pende, que intenta descubrir el origen de la delincuencia en el defectuoso funcionamiento de las glándulas de secreción interna; tiroides, hipófisis, páncreas, timo, suprarrenales, etc. Estas glándulas vierten al torrente sus correspondientes hormonas secretadas, las cuales actúan sobre diversos órganos.

Ahora bien, cuando estas glándulas no cumplen satisfactoriamente su misión, se presentan alteraciones metabólicas provocando alteraciones psíquicas, como son: las depresiones, la ansiedad, el complejo de inferioridad, el miedo, los celos, entre otros, que a su vez motivan la realización de conductas de tipo delictuoso.

Como se puede observar, para esta nueva tendencia el delito es producido por causas endógenas, única y exclusivamente.

6.- La Penología.

De la penología puede decirse que es el estudio de las sanciones que se imponen al criminal. Se refiere a todas las técnicas usadas para tratar de rehabilitar al delincuente.

Dice Carrancá y Trujillo que: "La penología o tratado de las penas estudia éstas en sí, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus sustitutivos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad y por ello abarca un campo más extenso que la ciencia penitenciaria". (45).

El campo de la penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad en todos sus aspectos.

45) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 49.

Observamos que dentro de las ciencias criminológicas, se encuentran ciencias del mundo del "ser", que estudian tanto al criminal como a su víctima; a diferencia de la ciencia jurídico-represivas, como al Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal, que son ciencias del mundo del "deber ser", que indican, como debe ser el hombre, qué debe hacer, qué no debe hacer para conservar el orden social.

Dicho lo anterior, dejamos por concluido lo relativo a las ciencias del Derecho Penal e iniciaremos los comentarios relativos a las artes auxiliares.

Las principales artes auxiliares del Derecho Penal son las que a continuación se precisan:

A) La Medicina Legal.

Antolisei explica que la medicina legal "Contiene el conjunto de los conocimientos médicos necesarios para el estudio y la aplicación del derecho, y en ella entra también la siquiatria forense, que estudiando las enfermedades siquicas, ofrece un particular interés para el penalista". (46).

En efecto, la medicina legal, coopera con la administración de la justicia penal aportando los conocimientos médicos, por medio de los cuales se establece la calificación y cuantificación de algunos delitos como son: el homicidio, las lesiones, el aborto y los delitos sexuales entre otros.

Hasta el siglo XIX, la medicina legal y la toxicología, auxiliaban a los jueces para el esclarecimiento de cierto tipo de delitos, en donde los venenos fueron usados con frecuencia; estas ciencias fueron precursoras de la criminalística, y debemos aclarar que los principales iniciadores de la medicina legal fueron: Ambrosio Pare y Pablo Schavia, quienes publicaron un manual de medicina legal en el que especificaban como hacer la necropsia en 1575.

46) Francesco Antolisei, op. cit., pág. 21.

B) La Criminalística.

El maestro Juventino Montiel Sosa, en su cátedra de criminalística, da un concepto general diciendo: "Es una ciencia auxiliar del Derecho penal, que descubre y verifica científicamente un hecho que puede ser delito y el presunto autor, mediante la aplicación de conocimientos científicos a la pesquisa del procedimiento criminal". (47).

Rodríguez Manzanera apunta: "La Criminalística es el conjunto de procedimientos aplicables a la búsqueda, descubrimiento y verificación científica del hecho aparentemente delictuoso y del presunto actor de éste". (48).

Del anterior concepto, así como del texto legal, se desprende que esta disciplina tiene una vinculación estrecha y un inapreciable valor en el campo del Derecho Penal.

Como antecedentes históricos de la criminalística, diremos que en el siglo XIX, las investigaciones policíacas se guiaban por el empirismo, donde se practicaba la intuición y el sentido común; y químicamente no se obtenían resultados muy satisfactorios, lo que dió lugar a que algunos países incrustaran delincuentes en los organismos policíacos, considerando que sería de gran ayuda para dilucidar sus problemas, toda vez que los malhechores serían las personas idóneas para atrapar a los demás criminales, por conocer el "modus operandi" de los otros.

Francia, actuó en la misma forma, incorporando al cuerpo de policía a uno de los más grandes delincuentes de la época, a Eugene Francois Vidoc, fundador de la Surete (seguridad), en 1811, quien fue uno de los mejores policías del mundo.

Ahora bien, como es sabido el hombre en sus inicios utilizaba las huellas, rastros, marcas y señales, para seguir a otro de su misma especie y para identificarlos. Estas investigaciones y pesquisas empíricas a través del tiempo han adquirido un nombre propio, que les dió Hans Gross, en 1894, creando la "Criminalística", para descubrir el cuándo, cómo dónde, por qué y para qué de una conducta ilícita.

47) Juventino Montiel Sosa, Apuntes de la cátedra de criminalística, - ENEP "Acatlán", 1978.

48) Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., pág. 70.

CAPITULO II
DEL DELITO



A) ETIMOLOGIA

Abordar el tema del delito en nuestro estudio, es tratar de conocer su significado correcto y saber si su realización merece como sanción la pena capital.

Previamente, diremos que "La palabra "delito", deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino".(49).

Así pues, la palabra delito, etimológicamente significa: dejar o abandonar el buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Delito, infracción, ofensa, crimen, acto delictivo, todas son palabras empleadas como sinónimos, pero ninguna de ellas ha encontrado una definición universal con validez para todos los tiempos y lugares.

Por lo que nos atrevemos a decir que vanos han sido los esfuerzos de los penalistas por encontrar una definición universal del delito, y es que no la hay en virtud de que está íntimamente ligada a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época. Los hechos que han tenido ese carácter lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, conductas no delictuosas han sido erigidas en delitos.

Popularmente, el delito se ha entendido como el hecho contrario a la ley Penal de máxima gravedad, es decir que la mente popular no tiende a preocuparse por esencias o contenidos, simplemente conecta dos cosas que observa de algún modo relacionadas.

Para clarificar la concepción del delito, presentaremos un breve esbozo de lo que éste ha significado en la Escuela Clásica, en la Escuela Positiva y en la Terza Scuola, finalizando con el concepto jurídico que se maneja en la actualidad.

49) Ignacio Villalobos, Derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, --- México, 1990, pág. 202.

B) LA ESCUELA CLASICA.

Para dar la definición del delito en la escuela clásica, nos basaremos principalmente en la doctrina del ilustre penalista Francesco Carrara que lo define así: "La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (50).

En esta definición se puede ver claramente como el fundador de la escuela clásica, intencionalmente, no utiliza la expresión de acción, sino la de infracción, toda vez que el acto delictivo no se deduce de la prohibición de la ley, ni del hecho material por separado, sino del choque entre ambos, y para no confundirlo con el vicio (que es abandono de la ley moral) y el pecado (que es la violación a la ley divina), agrega la palabra Estado, Asimismo escribe que debe ser promulgada, para que los ciudadanos la conozcan y puedan ser obligados a acatar la ley, y así proteger su propia seguridad que es donde radica la esencia de la categoría del delito, en virtud de que es la ley del Estado la que lo crea. También precisa que tal violación debe ser el resultado del acto externo del hombre, con lo cual excluye de la ley penal las simples opiniones, proyectos, deseos y pensamientos, y limita el campo de acción a la conducta realizada por el ser humano, único ser dotado de capacidad y voluntad que puede ser agente activo del delito, tanto en sus actos positivos como en los negativos, dicho en otras palabras, acciones u omisiones; y añade la calificación de imputabilidad moral, en donde fundamenta la responsabilidad de los actos del sujeto, por lo cual es imputable.

Además, el delito es socialmente dañoso por el trastorno que causa y porque atenta contra la seguridad de los ciudadanos. En resumen, la definición nominal del delito como "ente jurídico", solo es pues sancionable en cuanto a una ley previamente dictada por el poder estatal lo defina y sancione.

50) Francesco Carrara, Programa de derecho criminal, Volumen I, parte ---- general, Temis, Bogotá, 1972, pág. 43.

El principal exponente de la escuela clásica, nos advierte que: "El delito, como hecho, tiene origen en las pasiones humanas...El delito, como entre jurídico, tiene origen en la naturaleza de la sociedad civil". (51).

Aquí surge una clave para el estudio; V. gr.: El que priva de la vida a otro, efectivamente comete un homicidio, que puede ser delito; si contiene los elementos de la definición carreriana, o simplemente puede ser un hecho, como lo es el caso del verdugo que decapita o del soldado que fusila, es decir, se comete un homicidio legal, porque con la acción permitida por la ley, se da lugar al no delito, ni aun en errores jurídicos.

La fórmula "ente jurídico", nos revela ahora en la tesis carreriana, su diferencia del delito como hecho.

En el siglo XIX, la escuela clásica del Derecho Penal, formó la primera ideología penal moderna con matices humanistas, y los organizó en una Summa Doctrinal. En ella se inspiraron los códigos penales de Europa y los de América Latina, entre ellos el de México, que en 1871 promulgó uno en postulados característicos, que son, acuerdo a Castellanos Tena:

1. Igualdad en derechos.
2. Libre albedrío (capacidad de elección).
3. Entidad delito (con independencia del aspecto interno del hombre).
4. Responsabilidad moral (consecuencia del libre arbitrio).
5. Pena proporcional al delito (retribución señalada en forma fija).
6. Método deductivo, teleológico o especulativo (propio de las ciencias culturales". (52).

Igualdad en derechos, se entiende que la ley debe ser igual para todos los hombres, pues todos nacemos con los mismos derechos naturales y positivos, reafirmados por la esencia humana: animal-racional.

Libre albedrío, el delincuente es un individuo plenamente responsable en su obrar, toda vez que, "La imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío". (53).

51) Francesco Carrara, Volumen I, op., pág. 50.

52) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 58.

53) Ibid, pág. 55.

Sin el libre albedrío no se podría justificar ni explicar la presencia del Derecho Penal, puesto que toda persona que nace inteligente y libre es responsable de sus actos ante el poder estatal. El maestro Carrara no pasó por alto las excepciones al indicar: "No son inteligentes: el feto en el claustro materno, el infante, el demente y el que está durmiendo". (54).

De lo anterior se desprende obviamente, que los sujetos sin afección de voluntad son imputables, y las personas, ya sea por su temprana edad o por estar afectadas de sus facultades mentales o cualquier otra causa que impida a sus actos resultar libres, son por tanto inimputables, ya que no se encuentran en condiciones que les permitan distinguir el bien del mal.

Tomando como base nuestra legislación penal, diremos que a los enfermos mentales no se les considera delincuentes, ni se les priva de la vida, sino que se les somete a un tratamiento psiquiátrico.

Es curioso ver que hay menores de edad que tienen plena capacidad de querer y entender, a pesar de su corta edad, pero se considera inimputables para responder penalmente de sus actos, por lo que cuando realizan conductas ilícitas que se encuentran dentro de la ley sustantiva penal, no se configuran los delitos respectivos.

Podemos decir entonces que los menores de edad quedan fuera del Derecho Penal, no por carecer de inteligencia, sino por la calidad con que se encuentran revestidos, como lo es la minoría de edad.

Para subsanar en cierta medida esta laguna jurídica, el Estado ha creado el Consejo para Menores Infractores en el Distrito Federal, institución que señala las normas especiales para dar tratamiento a estos individuos, a fin de lograr su readaptación a la vida comunitaria social.

Sobre la imputabilidad Carrara, ha elaborado un juicio mediante el cual el legislador imputa a un ciudadano una conducta, que ha sido por la ley declarada como tal, es el resultado de tres juicios diversos y expresa lo siguiente: "El juez encuentra en aquel individuo ---

54) Francesco Carrara, Volumen I, op. cit., pág. 55.

la causa material del acto, y le dice: tú lo hiciste: imputación física. Halla que aquel individuo realizó ese acto con voluntad inteligente, y le dice: tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral. Encuentra que aquel hecho estaba prohibido por la ley del Estado, y le dice: tú obraste contra la ley: imputación legal. Y sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito".(55).

Entidad delito, el delito es un ente jurídico, una creación de la ley y la pena debe lesionar al transgresor únicamente en relación con la culpabilidad por el hecho ilícito y no por lo que pueda ser.

El maestro de Pisa, establece otra característica de la escuela que fundó: la responsabilidad moral como consecuencia del libre albedrío.

A continuación estudiaremos someramente lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad, en virtud de que en ocasiones suele equipararse con la imputabilidad.

Para Castellanos Tena: "La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta la sociedad por el hecho realizado".(56).

De este concepto se desprende que un individuo imputable tiene la obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales, es decir, se sujeta a un proceso donde resulta absuelto o condenado.

Este mismo autor además indica: "se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente; así, los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo el acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva". (57).

55) Francesco Carrara, Volumen I, op. cit., pág. 36.

56) Fernando Castellanos Tena, op. cit. pág. 219.

57) ibidem.

La responsabilidad resulta pues, de una relación entre el sujeto y el Estado, en donde éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta que puede ser desde leves penas hasta disponer de la vida del imputable.

Habiendo dicho lo anterior, nos podemos preguntar, si los órganos del Estado se equivocan cuando ejecutan a un individuo con la sanción de muerte, ¿son responsables?.

El Lic. César Sepúlveda, nos da la respuesta: "Se ha llegado a afirmar como un dogma intangible la irresponsabilidad del Estado poder -público- frente a sus miembros, en la teoría clásica de la soberanía. En esta doctrina el Estado es una persona de esencia suprahumana, puede equivocarse, cometer faltas, pero es irresponsable. El poder público no puede estar sometido a la gran ley de la responsabilidad, esté por encima de esa ley, que no se hizo para él". (58).

Por fortuna, el carácter infalible del Estado ha sufrido cambios de evolución, hoy se reconoce sobre su categoría suprahumana, su constitución humana, que más que ser perfecta, es perfectible. Cuántas veces hemos oído la célebre frase de labios de un legislador: ¡Usted perdone, la Justicia Mexicana se equivocó, ya apareció el culpable!; siendo que esto sucede después de varios años de que un justo e inocente está en prisión; y si se aplica la pena capital, ni siquiera se podrán disculpar.

Creemos, y así se sostendrá a lo largo de esta tesis, que la irresponsabilidad en los casos de error judicial, es un defecto común a todas las penas, una vez que ha sido consumadas. Sin embargo, por tratarse de una irresponsabilidad casi siempre absoluta, y por estar en juego la vida, el más preciado de todos los bienes jurídicos, la pena de muerte debe ser rechazada, pues el riesgo que se corre de sacrificar una sola víctima inocente es demasiado grande por las escasísimas y muy discutibles ventajas que tal situación nos pudiera reportar.

58) César Sepúlveda Gutiérrez, La responsabilidad internacional del es-
tado y la validez de la cláusula Calvo, Porrúa, México, 1944, pág.--
243.

Método deductivo, teleológico o especulativo, puesto que postulando la defensa social considera la finalidad con la que fue creada la norma jurídica y el contexto social que dió lugar al delito, a fin de que, al aplicar la sanción, se satisfaga tanto a la esencia íntima del delito, como a las exigencias sociales prevalecientes.

En síntesis, y al amparo del objetivo que perseguimos en este trabajo, puede decirse que los puntos rescatables de la escuela clásica son: el establecimiento de proporcionalidad y la reducción de la severidad de la pena, a fin de que la aplicación de ésta satisfaga, tanto a la correspondencia impuesta por el delito, como a las necesidades sociales del momento; de tal manera, que al estar definidos antelación y claridad en un código y al ser aplicadas pronta y certeramente, representen la salvaguarda de los derechos de cada ente social, sin ser al mismo tiempo una agresión para el pueblo, toda vez que el postulado generador de la ideología es la defensa social.

Además del gran Carrara, existieron otros expositores importantes, como Rossi y Carminagni, cuyas ideas y modos de pensar enriquecieron a la escuela clásica.

Fellegrino Rossi, otro gran jurista, además de político diplomático y poeta, considerado precursor de la escuela clásica. Rossi nos expresa que la pena es la remuneración por un mal realizado, aplicada por un juez legítimo. Dice que el derecho a castigar se fundamenta o halla sus bases en el orden moral, ya que el Derecho Penal tiende a la realización de ese orden y su finalidad no puede verse alejada de la justicia moral. "La pena tiene como fin la justicia y como límite la utilidad". (59).

Giovanni Carminagni, en cambio estaba convencido de que dicha circunstancia no se atribuía a la justicia moral, sino a la necesidad política, en virtud de que los delitos se castigan para defender la seguridad de los componentes del Estado, y era firme partidario de la prevención, al negar todo valor a la represión.

Para la escuela clásica, la noción del delito es fundamental para estructurar el marco jurídico del Derecho Penal. En este-

59) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 33.

sentido, los clásicos se preocuparon por el contenido técnico del delito.

Dentro de los elementos de la relación delictiva encontramos: Un sujeto activo primario, que es el delincuente (el que realiza la infracción); un sujeto activo secundario, representado por el instrumento; sujeto pasivo, que puede ser la persona o cosa en la cual recaen los actos materiales del criminal; el objeto, que es el derecho abstracto violado y señalado en la ley. Además de éstos, Ricardo Abarca agrega: "una voluntad inteligente, un mal ejemplo social, una acción moral y un daño material". (60).

Para dicha escuela, el delincuente es una persona normal, por ende se le exige responsabilidad de sus conductas ilícitas al infringir la ley penal que previamente se las indicó. Sin embargo, los penalistas de hoy, aunque reconocen ampliamente la tesis carreriana, opinan que su concepción del delincuente ha sido superada.

C) LA ESCUELA POSITIVA.

Los máximos exponentes de la escuela positiva fueron Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso; quienes reaccionaron en contra de los razonamientos jurídicos y deductivos utilizados por los clásicos.

Concretamente, los positivistas consideran al delincuente como el resultado del factores exógenos y endógenos. Estos parámetros se deben entender en sentido amplio, es decir que se deben contemplar aspectos internos y externos como la herencia genética, la edad, la profesión, la situación económica, entre otros: Todas estas circunstancias, influyen en el hombre y son determinantes en la formación de su peligrosidad social.

Con base en ello, la prevención especial debe ser el fin del Derecho Penal, encaminado fundamentalmente a la readaptación social del criminal, a su curación de aquella enfermedad llamada delito. Al reeducar al delincuente, se le evita cometer nuevos delitos, se le mejora socialmente, y al mismo tiempo se le defiende a la sociedad contra el peligro que representa.

60) Ricardo Abarca, El derecho penal en México, Jus, México, 1941, pág.- 125.

Por esto, el verdadero estudio de la justicia penal debe estar encaminado al análisis del delincuente y al estudio del delito; en consecuencia se le debe aislar de la sociedad, imponiéndole una medida aseguradora y reintegrándolo a la misma, hasta que su conducta criminal haya desaparecido.

Enrico Ferri, en pro de su escuela, también señalaría los elementos componentes del delito, y el jurista Abarca nos los hace saber: "Sujeto activo en la técnica de Ferri es el delincuente; sujeto pasivo, la víctima del delito, el ofendido cuyos derechos son violados; el objeto material es la cosa sobre la cual se ejecuta el delito; el objeto jurídico es el derecho o bien jurídico violado; la acción psíquica es la actividad espiritual que determina el delito, en la relación de causa a efecto; la acción física es el movimiento corporal que produce la violación de derechos o bienes ajenos; el daño privado lo sufre la víctima directa del delito; y el daño público lo resiente toda sociedad con la ejecución de cualquier delito". (61).

Enrico Ferri no solo proporcionó los elementos del delito, sino se exageró, al grado de decir, que no hay delito, únicamente delincuentes.

Rafael Garófalo, no se quedaría atrás y pretendió encontrar una definición universal del delito, valedera en todo lugar, espacio y tiempo, mezclando ingredientes causales explicativos, es decir, causas antropofísicas y sociales, a fin de demostrar que el delito es un hecho natural, expresándolo de esta manera: "es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, ó sea, la PIEDAD y la PROBIDAD. Es, además, necesario que la violación hiera, no ya la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino la medida media en la que son poseídos por comunidad, y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". (62).

De este concepto garofaliano se desprende que el delito natural es la violación a los sentimientos de piedad y probidad, es decir, que al delito lo constituye única y exclusivamente dos categorías:

61) Ricardo Abarca, op. cit., pág. 125.

62) Rafael Garófalo, op. cit., pág. 77.

1. Los delitos que lesionan al sentimiento de piedad se conforman por conductas que producen un daño físico a las personas, como las lesiones y el homicidio; un dolor físico y moral como el rapto; y, una lesión moral como lo es el caso de la calumnia y la difamación de honor.

2. Los delitos que lesionan el sentimiento de probidad son aquellos que atentan contra las propiedades y pertenencias de otros, así como contra los derechos civiles de las personas.

Agrega el autor, que dichos sentimientos son poseídos por una población en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. En consecuencia, si la moralidad mínima y relativa consiste en la adaptación del individuo a la colectividad, esta adaptación se hace imposible si se ejecuta la sanción de muerte.

Así pues, se deduce que el concepto antes apuntado es contradictorio y estrecho, por lo que ha merecido justificadas críticas por los juristas y con razón, ya que esta doctrina deja fuera del concepto del delito todos los demás sentimientos que fluyen en la sociedad, como son el patriotismo y la religión entre otros.

Garófalo, clasificó a los delincuentes, primero señala a los natos, los cuales carecen definitivamente de sentimientos altruistas, los violentos, que están privados del sentimiento de piedad; y los neurasténicos, que no tienen sentimiento de probidad.

Ahora bien, Garófalo en su libro "La Criminología", pide penas eliminatorias, en específico pena de muerte, para aquellos delincuentes que violen el sentimiento de piedad; y le basta con pedir sanciones civiles, o sea, medios de indemnización como sucedáneos de la pena para aquellos que violen el sentimiento de probidad; a este respecto el autor señala afirmaciones tan ilógicas como: "Con una matanza en campo de batalla la Nación se defiende de sus enemigos exteriores y con una pena capital de sus enemigos interiores". (63).

Por nuestra parte, surge una interrogante: ¿caso el propio Estado, al ir eliminando a cada uno de los miembros de la Nación, no llegaría a destruirse por sí solo?

63) Citado por Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., pág. 255.

Es de suma importancia destacar que Rafael Garófalo, fundamenta su concepto del delito principalmente en el sentimiento de piedad, en cuya violación sustenta su posición respecto a la pena capital, aspecto en el que nosotros nos ubicamos en oposición, y de la misma manera que él, nos basamos en la piedad, pero para defender el primero y máximo de los derechos humanos: la vida.

Dada nuestra posición, consideramos necesario señalar, que no se comprende por qué Garófalo exige la aplicación de la pena de muerte, ni por qué expresa su desagrado de que las penas adquirieran el carácter de correcciones disciplinarias, ni por qué pida la aplicación absoluta de la pena que priva de la vida como medio de eliminación y de intimidación, ni por qué, en fin, hace en su libro tantas otras afirmaciones inspiradas en la concepción de la pena como venganza, como castigo como retribución del mal causado, en una palabra, en la concepción antigua de la pena; a él, que precisamente en su definición de delito natural señala la piedad como uno de los dos únicos sentimientos sociales absolutamente necesarios para mantener la armonía entre los hombres y sin la cual, éstos se dispersarían, actuando cada uno por su lado.

Aunque Garófalo estimó la supresión de los delincuentes como una función propia de la pena, y señala la pena de muerte como el medio más eficaz para luchar contra la criminalidad, esto ennegreció el espíritu propio de la escuela positiva, a la que perteneció, toda vez que los positivistas se preocuparon más por la prevención del delito, que por buscar medios de represión.

César Lombroso, es el otro escritor italiano que hizo célebre la escuela positiva; él clasificó a los delincuentes en: natos, epilépticos, locos, de ímpetu, ocasionales y locos morales.

Por su parte y respecto al delito Lombroso escribió: "El delito, lo mismo que toda otra enfermedad, es susceptible de cura, lo cual según las tendencias de la ciencia moderna, que debe ser ante todo profiláctica y causal, es decir, que ha de encaminarse en lo posible más bien a prevenir la enfermedad atacándola en sus causas con aquellos medios que con feliz denominación ha llamado Ferri sustitutos penales". (64).

Cabe reflexionar un momento y agregar un tema muy interesante que trató Lombroso en lo concerniente a la educación-. "Grande es la importancia de la educación para impedir el desarrollo de la criminalidad, favoreciendo la transformación de la psicología infantil que los huérfanos y los hijos ilegítimos dan a la criminalidad de los menores" .(65).

Si bien es cierto, que la delincuencia permanece a pesar del progreso cultural de una sociedad, es innegable que la educación contribuye a reducirla. Por desgracia, ha sido comprobado que en naciones con elevada instrucción, se han gestado los más perfeccionados ilícitos e inclusive, los llamados nuevos delitos.

Consideramos pues, imperante la necesidad de que exista educación integral (instrucción, cultura, tradiciones), a fin de evitar, en la medida de lo posible, la incidencia de delitos.

Así, y del mismo modo que la escuela clásica caracterizó su filosofía en postulados, la escuela positiva también lo hizo, enunciándolos de la siguiente manera, según Castellanos Tena:

1. El punto de mira de la justicia penal es el delincuente.- El delito es sólo un síntoma revelador de su estado peligroso.
2. Método experimental.- (Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación).
3. Negación del libre albedrío.- (El hombre carece de libertad de elección). El delincuente es un anormal.
4. Determinismo de la conducta humana.- Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.
5. El delito como fenómeno natural y social.- Si el delito es resultado necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.
6. Responsabilidad social.- Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social: Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.

65) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, op. cit., págs. 56 y 57.

7. Sanción proporcional al estado peligroso.- La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.

B. Importa más la prevención que la represión de los delitos.- La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas".(66).

Para los expositores de la escuela positiva (fundamentalmente Ferri) no existe el libre albedrío, sino que simplemente se trata de una utopía y lo que es más, no aceptan ninguna forma de libertad humana. No obstante que los individuos se encuentran clasificados, se evade su responsabilidad, es decir, a diferencia de los clásicos, los positivistas fundamentan la imputabilidad en el hecho social, aseverando que todos los sujetos son responsables de sus conductas antisociales, incluidos los menores de edad, los ebrios y los retrasados mentales. Y como consecuencia, niegan también la inimputabilidad. De esta forma atacan los postulados que presentó la escuela clásica.

Ahora bien, al parecer uno de los problemas principales de ambas escuelas, es lo referente al libre albedrío. Como certeramente afirma Ignace Lepp: "La libertad no debe confundirse con el libre albedrío, como con frecuencia lo hace tanto partidarios del determinismo y también los de la libertad. El libre albedrío es el poder que tiene el hombre de elegir entre dos cosas o dos actos igualmente posibles... Hay también situaciones concretas que no dejan lugar alguno al libre albedrío: el condenado a muerte no puede elegir entre la vida y la muerte. No deja por ello de ser libre, pues tiene la posibilidad de aceptar, de soportar el sufrimiento o la muerte, o de rebelarse..."(67).

El delincuente es por tanto para dicha escuela, una persona anormal, afectada por factores psíquicos, biológicos y sociales principalmente. El delincuente representa a las razas salvajes primitivas, en los cuales no existe sentimiento alguno, de ahí que Lombroso y Garófalo hicieran su clasificación.

66) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 66.

67) Citado por Juan Federico Arriola, La pena de muerte en México, Trillas, México, 1989, págs. 56 y 57.

Es de importancia resaltar que los positivistas se preocupaban más por la prevención que por la represión de los delitos, para ellos no existe diferencia entre las penas y las medidas de seguridad, porque, como se indicó en líneas anteriores, no aceptaban la inimputabilidad.

D) LA TERZA SCUOLA

Como resultado de las diferencias de opinión entre los clásicos y los positivistas, aparecieron corrientes eclécticas, entre las cuales citaremos la terza scuola.

La terza scuola o escuela del positivismo crítico, apareció en Italia, teniendo como representantes principales a Alimena y Carnevale.

La postura de la terza scuola, se sitúa eclécticamente entre clásicos y positivistas, es decir, que tanto admite y rechaza puntos de ambas escuelas. Así, del pensamiento de Alimena y Carnevale, extraemos: "La defensa social como fundamento del derecho de castigar; la reforma social como primer deber del estado en la lucha contra la delincuencia, pues el delito es un hecho social; la negación del libre albedrío, la posibilidad de dirigir las acciones humanas; la distinción entre imputables e inimputables y la coacción psíquica como condicionantes de la pena" .(68).

De esta fusión filosófica, surgen los siguientes postulados característicos:

1. Distingue el Derecho Penal de criminología.
2. Se considera el delito como un fenómeno complejo, producto de factores exógenos y endógenos.
3. Rechaza las clasificaciones positivas del delincuente, pero acepta - que hay delincuentes ocasionales, habituales y normales; no acepta el llamado tipo criminal.
4. Deben existir tanto penas, como medidas de seguridad.
5. Se conserva el concepto de responsabilidad moral.
6. No acepta el determinismo absoluto ni el libre albedrío.

68) Jorge Ojeda Velázquez, Derecho punitivo, Trillas, México, 1993.
pág. 36.

7. El fin de la pena no es tan solo el castigo y la retribución, sino también la corrección y la educación. La pena debe llevar a la readaptación.

8. En el delito impera la causalidad. La imputabilidad está basada en los actos del hombre.

9. La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, así, los imputables son aquellos que tienen la capacidad de sentir la amenaza de la pena.

Observamos en este esbozo de las escuelas penales, que éstas, a veces adoptan posiciones irreconciliables, mas no perdamos de vista que una y otra, solamente son períodos sucesivos de elaboración de la filosofía penal, y que a lo largo de su desenvolvimiento, se ha logrado enfocar al delito desde diferentes ángulos de contemplación, lo que sin lugar a dudas, ha de traer a la sociedad el progreso de la ciencia jurídico-penal.

Este progreso que hemos mencionado, deberá ser el que guie a la actuación del Estado y de la acción social no al castigo basado en la arbitrariedad, pues esto solo daría lugar a los abusos del poder; sino a la nobilísima función de corregir y suprimir en todo lo posible todas las diferencias y desigualdades de la organización social para la mejor integración de cada individuo que a ella pertenezca.

E) CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO.

Desde el punto de vista jurídico, se ha elaborado dos definiciones del delito, a saber: De tipo formal y de carácter substancial, a los cuales haremos referencia en incisos separado.

1) Definición Jurídico-formal.- Generalmente se ha definido como: "todo hecho al cual el ordenamiento jurídico lo describe como consecuencia una pena". (69).

69) Francesco Antolisei, op. cit., pág. 115.

En este sentido, el Código Penal para el Distrito Federal en vigor, lo define así: "ARTICULO 72.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". (70).

Es decir, que el delito formal es una conducta punible.

En principio, tal definición parece simplista, y sin más indagaciones se diría que el delito atiende a una concepción bitómica o dicotómica, de acuerdo con el contenido del artículo 72 del citado código punitivo; toda vez que la conducta y la punibilidad se obtienen del texto de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo legal.

Sin embargo, esta definición formal, resulta estrecha en virtud de que excluye la incorporación de elementos que conforman la esencial naturaleza del delito.

2) Definición Jurídico-substancial.- Los estudiosos del Derecho Penal, volvieron los ojos a la doctrina para llegar a una definición substancial del delito que responda realmente a la esencia jurídica, de este modo Antolisei, nos dice: "Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, está en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena (criminal)". (71).

La doctrina ha profundizado mucho en el estudio del delito para explicar el sentido dogmático y jurídico del mismo, para lo cual ha elaborado dos teorías, a saber:

- a) Teoría totalizadora o unitaria.
- b) Teoría analítica o atomizadora.

a) Teoría unitaria, de acuerdo con la cual el delito es un concepto unitario y orgánico, es un bloque monolítico que, si bien es susceptible de presentar aspectos diversos, no es de manera alguna fraccionable. Francesco Antolisei, partiendo de esta teoría ha expresado: "La verdadera esencia y - podríamos decir también - la realidad del delito, no está en los distintos componentes de él, y tampoco en la unión de todos ellos, sino en la totalidad y en la unidad intrínseca del él: solo contemplando el delito de este modo, es posible comprender su verdadera significación".(72).

70) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 2-2

71) Francesco Antolisei, op. cit., pág. 119.

72) Ibid, pág. 146.

b) Teoría analítica, establece que el delito debe estudiarse descomponiéndolo en sus propios elementos, pero no aisladamente, sino considerándolos en conexión íntima, pues existe una vinculación indisoluble, en razón de la unidad del mismo.

Nosotros aceptamos la teoría analítica, la cual, sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos.

Pero...¿ qué es elemento ?. El penalista Porte Petit, nos da la siguiente respuesta: "Elemento, del latín *elementum*, significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que concurre a formarlo". (73).

Entonces aplicando esta definición, decimos, que elemento del delito, es todo componente sine qua non, que entra en estructura del mismo y se obtiene a la vez de su descomposición.

Ha quedado claro que es un elemento, ¿pero cuál son los elementos esenciales del delito y de dónde se obtienen? El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, al respecto nos dice: "Un concepto substancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándonos, por tanto, a un criterio pentatómico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad". (74).

En efecto, en líneas anteriores apuntamos que la conducta y la punibilidad se obtenían de la redacción del artículo 7º del citado código penal y del núcleo respectivo de cada tipo legal.

Ahora bien, relacionando este precepto con el propio ordenamiento penal obtenemos los elementos siguientes: la tipicidad, si encuadra una conducta a alguno de los tipos que describe el catálogo penal; la antijuridicidad, en cuanto que habiendo tipicidad, no esté el agente amparado o protegido por una causa de exclusión del delito de las que recoge el artículo 15, en sus respectivas fracciones; y, la culpabilidad, formulada expresamente en el artículo 8º, cuando precisa que los delitos pueden ser: dolosos o culposos.

73) Celestino Porte Petit Candaudap, op. cit., pág. 267.

74) Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., pág. 159.

Ilustraremos nuestro trabajo con algunas propuestas que toman esencialmente en cuenta tres, cuatro, cinco, seis o siete elementos, que en él han observado sus respectivos apologistas.

Giuseppe Maggiore, da una propuesta triédrica, toda vez que considera que: "El delito no es acción más antijuridicidad más culpabilidad, sino, según el aspecto por el cual se considere, es todo acción, todo antijuridicidad, todo culpabilidad. Por esto se dice exactamente que es acción antijurídica y culpable". (75).

Edmundo Mezger, por su parte da una fórmula tetratómica del delito, al señalar sus elementos "una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena". (76).

Max Ernesto Mayer, también da una fórmula tetratómica, pero con distintos elementos y dice que es el "acontecimiento típico, antijurídico e imputable". (77).

Ernesto Beling, elabora una propuesta hexatómica del delito, al decir que es "la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad".(78).

Luis Jiménez de Asúa, proporciona una propuesta más completa, pues abarca un mayor número de elementos, en la siguiente definición: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (79).

Como se puede observar la mayoría de los autores son partidarios de la teoría analítica; toda vez que al dar la definición jurídico-substancial del delito, ponen en juego, según su personal criterio, menor o mayor número de elementos que los propios juristas consideran necesarios en su integración.

A nuestro juicio, los ingredientes constitutivos que concurren a integrar la naturaleza esencial del delito son los -----

75) Giuseppe Maggiore, Volumen I, op. cit., pág. 271.

76) Edmund Mezger, Derecho penal, parte general, Cárdenas editor y dis - tribuidor, México, 1990, pág. 82.

77) Luis Jiménez de Asúa, op. cit. pág. 206.

78) *ibid*, págs. 205 y 206.

79) *Ibid*, pág. 207.

siguientes: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Del enlace de todos estos elementos surge la luz del delito, la falta o ausencia de uno de ellos da lugar al no delito, que viene a ser la imposibilidad de considerar como delito un hecho que tenía la apariencia de serlo.

F) BIENES JURIDICOS TUTELADOS.

Hablar de delito, implica necesariamente inferir los valores denominados bienes jurídicos tutelados, puesto que éstos representan el objeto jurídico del primero, es decir, el *quid* que el Estado pretende proteger mediante la amenaza y la ejecución de la pena que previamente ha establecido en las normas legales.

En la realización del delito, se distinguen de manera clara dos objetos: uno formal y otro sustancial; encontrándose en el primero el derecho del Estado al cumplimiento de los preceptos legales y en el segundo el interés de mantener la seguridad en la consistencia, dicho de otra forma, la vista genérica de la conservación de la vida en común; y de manera específica, el tema que atañe directamente a este inciso, la protección del bien del sujeto pasivo del delito, es decir, el interés que ha sido ofendido, el cual puede variar de acuerdo a cada circunstancia; oscilando entre la vida, la libertad y el patrimonio entre otros.

Analizando así, de lo general a lo particular, llegamos concretamente al estudio de los bienes jurídicos tutelados.

El significado que entraña el término bienes jurídicos, tiene su fundamento de manera evidente, en el significado de lo que es un bien, lo que en el terreno jurídico suele equipararse con lo que es el interés; toda vez que ambas nociones expresan la misma realidad, dado que no se puede tutelar el bien sin tutelar el interés de un individuo y viceversa; así, encontramos que "Bien es aquello que tiene una aptitud para satisfacer una necesidad de un sujeto; interés es la relación entre el sujeto y el bien". (80).

80) Jorge Ojeda Velázquez, Derecho punitivo, op. cit. pág. 59.

Ahora bien, al elevar el término a la categoría de jurídico, se indica el rango social de ese bien, de tal manera que un bien jurídico penal, es aquel bien que resulta indispensable para una armónica y adecuada convivencia social.

En estos términos, Jiménez de Asúa afirma: "Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Estos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico". (81).

De este modo, corresponde al Derecho Penal, sancionar las conductas ilícitas que perturben la vida comunitaria y que han sido catalogadas como valores fundamentales del orden social; así, la salud, la vida, la integridad corporal, el patrimonio, entre otros, pertenecen a este tipo de bienes.

La tutela de bienes jurídicos, como función del Derecho Penal, es un rasgo característico de una concepción liberal del Estado. El Derecho Penal ha de proteger en primera instancia, los bienes vitales de la comunidad, de la colectividad, de los que ya han sido mencionados algunos; pero es un hecho que existe un valor de estimación especial; puesto que en él; descansan todos los otros, este bien es la vida; cuya esencia no es únicamente material, sino también cultural, encajada perfectamente en el repertorio de comportamientos y patrones de existencia de la vida en sociedad, de tal modo, que representa la piedra angular que sustenta todos los demás valores del hombre.

Se hace necesario recordar las palabras de A. Rocco al decirnos que es la vida, cuando afirmó: "condición primera de manifestación y desenvolvimiento de la misma personalidad humana, el presupuesto de toda humana actividad, el bien más alto en la jerarquía de los bienes humanos individuales". (82). Con ello queda claro, que en el campo de los bienes jurídicos, la vida se encuentra en un rango jerárquico superior a los demás bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, cuyo aspecto normativo, debe mostrar una adecuada conexión con las aspiraciones y necesidades expresadas por el pueblo, mismas que por naturaleza, -----

81) Luis Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 20

82) Citado por Jorge Perálta Sánchez, Pena de muerte, aborto y eugenesia, Joaquín Porrúa, México, 1988, pág. 56.

manifiestan directa inclinación a los derechos humanos como valores jurídicos primordiales, es decir al derecho a la vida.

Ahora bien, si bien es cierto que el delito no es otra cosa que la ofensa, ya sea como lesión o como puesta en peligro a un bien jurídico individual o colectivo, de manera necesaria, la aplicación de una pena, como sanción a ese delito, implica la afectación de bienes jurídicos del delincuente, la que se efectúa a fin de garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la sociedad; mas en este aspecto, es necesario considerar que han de evitarse los excesos y buscar la proporcionalidad de la sanción, como se expondrá más adelante, y de acuerdo a Zaffaroni, quien determina: "La coerción penal debe reforzar la seguridad jurídica, pero cuando sobrepasa el límite en la injerencia de los bienes jurídicos del infractor causa más alarma social que el delito mismo". (83).

Consideramos que ha quedado claro, por lo expuesto a lo largo de este trabajo, que la vida ocupa un lugar preponderante dentro de los bienes jurídicos tutelados por nuestro derecho; ya Jiménez Huerta lo ha afirmado al decir: "cuando se pierde la Vida, todos los demás valores humanos salen sobrando" (84).

A la luz de lo anotado, nos atrevemos a decir que la pena de muerte, es una sanción que lesiona directamente el bien jurídico de la vida, lo que nos hace pensar que la aplicación de dicha pena, no hace posible la conservación de la comunidad, ya que con tal procedimiento, se hace evidente una contraposición en el derecho Penal, toda vez que lo que intenta proteger, lo destruye mediante la pena de muerte; además de resaltar el hecho de que con la citada sanción, no solo se manifiesta la incapacidad de corregir, sino que priva a sus ciudadanos de aquello que no les puede dar.

Pensamos asimismo, que con la pena máxima, se atenta de manera plena y directa contra la colectividad misma, ya que cada uno de los individuos delincuentes que se fuesen eliminando, representarían una -

83) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., pág. 51

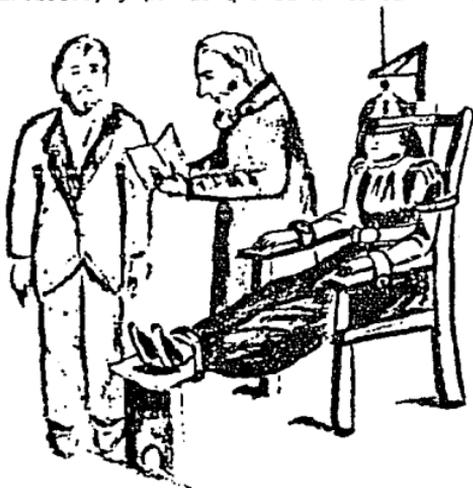
84) Citado por Jorge Peralta Sánchez, op. cit. pág. 56.

disminución, muy lejos de lo natural, en el global de miembros de la misma, sin olvidar además la consideración de que esa sociedad es la que los ha formado; es claro entender que el resultado será contraproducente y se estará contraviniendo uno de los fines del Derecho Penal al manifestar oposición al mantenimiento del orden social, con cada ejecución realizada.

Dicho de este modo, es fácilmente inferible que el bien jurídico de la vida y la pena de muerte, no son compatibles, sino diametralmente opuestos, en lógica consecuencia, al defender la pena máxima se viola en primer término el bien jurídico de la vida, poniéndose de manifiesto la ineptitud del Estado para educar y reeducar a los individuos a la vida social.

Puede así decirse con certeza, que debe tenerse siempre a la vista, en la escala de los valores jurídicos, que la vida del ser humano es el derecho por excelencia, el máximo de los bienes jurídicos que posee cualquier individuo, y que es el Estado al que pertenece con imperio y autoridad el deber de tutelarlos; por lo tanto no puede, bajo ninguna norma, tener del derecho de privarlo.

Como seres humanos que somos, penetrados por el respeto a todo el género humano, mantenemos firmemente la convicción de que el más alto de los bienes jurídicos, y por el que se ha de luchar con prioridad, es el de la vida.



CAPITULO III
DE LAS PENAS



A) PENOLOGIA Y DEFINICION DE LA PENA.

Como apuntamos anteriormente, la penología se encarga del estudio de las sanciones que se imponen al delincuente, se refiere a todas las técnicas que son puestas en práctica para tratar de resocializar al mismo. Dice el doctor Rodríguez Manzanera que, la penología se ha considerado generalmente: "como el estudio de los diversos medios de represión y prevención de las conductas antisociales (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria". (85).

Este último concepto nos especifica que el campo de la penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad, además de la actuación de las instituciones post- carcelarias.

Así, a la penología hoy en día, no le basta integrarse solamente al estudio de la aplicación de la pena, sino que va más allá, cronológicamente hablando, es decir, abarca también el vasto campo de evitabilidad del delito, en cuanto a la peligrosidad del sujeto (medidas de seguridad). Pero el drama penal, no termina con el cumplimiento de la sanción, las consecuencias de ésta persiguen al liberto a su salida de las instituciones o establecimientos donde halla estado recluido y lo hacen acreedor a un auxilio postliberacional, que consiste, según el Dr. en Derecho Sergio García Ramírez en : "...ayuda de todo tipo a los liberados. Al hablar de auxilio de todo tipo se engloban el material y el moral;"(86), ciertamente, el sujeto recién liberado requiere tanto apoyo material como moral, puesto que se dá entre ambos una complementación adecuada para impulsar al individuo a obtener una efectiva reincorporación a la sociedad, toda vez que el más alto objetivo del tratamiento penitenciario es, preparar al hombre para vivir en libertad, y no habituarlo a la sociedad artificial de un penal.

Estos casos de asistencia postpenal dirigidos al ex-reo, deberían proporcionarse también a la familia del sentenciado y ejecutado con pena de muerte, que se ve estigmatizada, empobrecida y lastimada. Tomando en cuenta que esta ayuda no todos los libertos la necesitan por -

85) Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., pág. 74

86) Sergio García Ramírez, Manual de prisiones, Porrúa, Mexico, 1980, -- pág. 203.

igual, y habrá algunos que no la necesiten en absoluto.

Ahora bien, el problema de la pena en general, que será tratado en el presente capítulo, precisa adelantar que la pena emana del concepto jurídico de culpabilidad. En efecto, comprobada la culpabilidad es ineludible, teóricamente, la aplicación de la pena. Pero la culpabilidad, piedra angular del Derecho Penal, no solamente mira hacia el delito realizado, sino que se preocupa también, por el momento anterior a la realización, en cuanto a la peligrosidad del sujeto se refiere, es decir, el moderno Derecho Penal, es más preventivo que represivo.

Se afirma lo anterior, porque dentro del campo de la culpabilidad ocupa un importante lugar la peligrosidad del sujeto, y precisamente las medidas de seguridad miran solo a la peligrosidad, esto nos lo indica Villalobos de la siguiente manera: "La medida de seguridad, a diferencia de la pena que tiende a prevenir el delito desde antes que se cometa, por medio de la intimidación, y que se aplica por la responsabilidad de un delincuente, mira solo a la peligrosidad del sujeto; por esto es que, habiendo en los irresponsables una característica de peligro, a tales sujetos no se puede aplicar sino medidas asegurativas".(87).

"Se ha dicho que no basta las penas para combatir eficazmente la delincuencia, sino que se hace necesario complementar con medidas de seguridad". (88).

Es claro pues, que no hay posibilidad de desvincular el estudio de la pena y medidas de seguridad; ya por cuestiones de prevención o intimidación, ya por conductas de peligrosidad, o bien, por la responsabilidad que cubra a un delincuente; lo cierto es que estos dos aspectos de la ciencia jurídica se complementan para dirigirse a un mismo fin; pero, ¿qué se entiende por medidas de seguridad? Encontramos la respuesta en palabras de Zaffaroni: "Las medidas que se hallan en la legislación comparada y que se pretende que integran la coerción penal, basándose en la peligrosidad y distinguiéndose de las penas, con las que se pretende que integran el concepto general de "sanciones penales", suelen denominarse de varias maneras, siendo las más comunes la de "medidas de seguridad". (89)

87) Ignacio Villalobos op. cit., págs. 528 y 529.

88) Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit., pág. 482.

89) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., pág. 78.

Por su parte, el maestro Villalobos afirma: "...son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos". (90).

En esta última cita, el maestro nos explica que las medidas de seguridad no se sirven de la intimidación como las penas y sin embargo, buscan la misma finalidad en sí de ellas, como es la de prevenir futuros ataques a la sociedad por parte de cierto individuo que tiene determinadas características que lo llevan muy de cerca a la tendencia delictiva.

"En materia criminológica, prevenir es el conocer con anticipación la probabilidad de una conducta criminal, disponiendo los medios necesarios para evitarla". (91).

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República Mexicana en materia de fuero federal, en su artículo 24 señala tanto las penas como las medidas de seguridad.

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. Derogada.
8. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
9. Amonestación.
10. Apercebimiento.
11. Caucción de no ofender.
12. Suspensión o privación de derechos.
13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

90) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 528.

91) Luis Rodríguez Manzanera, op. cit., pág. 126.

14. Publicación especial de sentencia.
15. Vigilancia de la autoridad.
16. Suspensión o disolución de sociedades.
17. Medidas tutelares para menores.
18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. Y de más que fijen las leyes.

Está bien claro que la importancia de las medidas de seguridad consisten en su señalamiento dentro de nuestro código punitivo.

Por tanto, debemos buscar la diferencia entre los conceptos de pena y medida de seguridad, razón por la cual hemos consultado a Castellanos Tena, quien explica: "La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc.". (92).

Así pues, de acuerdo a esta cita, consideramos que esta aclarada la diferencia entre lo que es pena y lo que son medidas de seguridad.

Otra razón importante para considerar las medidas de seguridad, está en la narración que cita el penalista Carrancá y Trujillo: "...el Congreso Penitenciario de Praga (1930) votó que las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social".(93).

A manera de conclusión señalaremos, que el fin de la penología se manifiesta eminentemente práctico, buscando ante todo la prevención del delito y dejando de lado cualquier idea de venganza o retribución, así como el interés de reestablecer un orden jurídico aparentemente roto, toda vez que ésta, ve con prioridad al hombre infractor y no a la norma sancionadora.

92) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 324.

93) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 686.

Así, dejamos cerrados los comentarios sobre la penología para dar paso al análisis de las ideas fundamentales sobre el concepto de pena.

DEFINICION DE LAS PENAS

Inicialmente, mencionaremos la etimología de la palabra pena, que al parecer proviene de las latinas "poena", que quiere decir castigo o suplicio; o de "podus", peso; que puesto sobre uno de los platillos de la balanza compensa el delito que cae sobre el otro; las cuales a su vez pudieron derivarse de la griega "poine", que significa dolor físico, sufrimiento, fatiga, pesar; o de la palabra sánscrita "punia" significativo de pureza, virtud, purificación por el dolor; indicando así, en general, que es el resultado del acto antisocial cometido.

Como se puede observar, en los distintos significados de la palabra pena, no se incluye el término de eliminación o privación de la vida; por lo que es de pensarse que este concepto ha sufrido una desviación al realizarse la ejecución de la pena capital; lo que ha dado como resultado una confusión entre lo que es un castigo, y lo que no deja de ser un abuso del poder público.

Ahora bien, el término pena tiene diferentes acepciones que nos da el material enciclopédico así como los estudiosos del Derecho Penal que ha definido la pena de la siguiente manera:

A) El Diccionario Básico Larousse, la define escuetamente al afirmar: "Castigo impuesto por un delito o falta". (94).

B) En su Diccionario Jurídico, Roberto Atwood, nos proporciona una breve explicación de lo que debe entenderse por pena, de la manera siguiente: "Pena: Es el padecimiento que la sociedad impone al que comete un delito". (95).

C) Un poco más explícito en lo que se refiere a la pena en general, Guillermo Cabanellas, en su diccionario de Derecho Usual, opina lo siguiente: "PENA. Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados. ◊Dolor físico. ◊Pesar.

94) Diccionario Básico Larousse, Ramón García Pelayo y Gross, Ediciones-Larousse, México, 1987, pág. 227.

95) Roberto Atwood, Diccionario Jurídico 1982, Editor y distribuidor Librería Bazán, México, 1982, pág. 187.

96) Guillermo Cabanellas, Diccionario de derecho usual, Tomo III, Litoral Viracocha, Unica edición, Buenos Aires, Argentina, 1954 pág. 103.

«Esfuerzo, dificultad, «trabajo; fatiga». (96).

De este punto de vista enciclopédico, nos trasladaremos ahora al análisis de otros autores en lo que respecta a la definición de pena.

En términos de Castellanos Tena, se define diciendo: "... que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico".(97).

Jorge Djeda Velázquez, entiende a la pena de la siguiente manera: "La pena es la real privación o restricción de bienes al autor del delito que el poder ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial, determinada jurídicamente en su máxima por la punición impuesta y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que las sufre". (98).

En términos de Francesco Antolisei, la pena se define como: "... el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un mandato, de esa misma ley". (99).

Edmund Mezger, define la pena desde el punto de vista del derecho en vigor y lo hace en los siguientes términos: "...imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido". (100).

Otra definición que también es importante de tomar en cuenta es la proporcionada por Carrancá y Trujillo, a saber: "...la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social". (101).

Esta opinión nos parece plenamente humanitaria y consideramos que si se aplicara la pena en la forma en la que lo da a ----

97) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 318.

98) Jorge Djeda Velázquez, Derecho punitivo, op. cit., pág. 80.

99) Francesco Antolisei, op. cit., pág. 484.

100) Edmund Mezger, op. cit., pág. 353.

101) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., pág. 686.

entender este autor, no existiría en la actualidad la pena de muerte, porque habiendo anotado la definición anterior nos podemos preguntar: ¿La pena de muerte efectivamente da un tratamiento a los delincuentes?.

Como ya vimos, la definición de la pena está dada por casi todos los autores con una misma finalidad, que es la de conservar el orden, que es justo castigo impuesto por el Estado al delincuente, y que éste debe sufrir por el ilícito cometido.

En conclusión, la pena es un castigo impuesto por el Estado a fin de reestablecer el orden social que fue roto por la conducta ilícita de un delincuente.

Para finalizar este apartado, nos atrevemos a formular una definición desde el punto de vista del Derecho Penal de la siguiente manera:

La pena es, tradicionalmente, un mal conminado por la ley penal a todos los ciudadanos e infringido por la ley del Estado a aquellos que son culpables de una infracción penal.

Por otra parte, la pena en su acepción vulgar, implica también aflicción, angustia, pesar, etc., lo que siendo una concepción meramente popular, no puede desligarse por completo del concepto jurídico, en lo que al aspecto de conminación psicológica individual concierne.

B) FIN DE LAS PENAS Y SU JUSTIFICACION.

Es necesario señalar que el Derecho Penal ha considerado delimitar el fin de la pena, es decir, el objetivo que se persigue con su imposición, razón por la que acudimos a Francesco Carrara, quien nos explica que: "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, aun cuando faltaran todos estos resultados". (102).

102 Francesco Carrara, Volumen II, op. cit., pág. 68.

Carrara nos da a entender que la pena ha evolucionado, porque ya no se pretende la venganza del ofendido, ni busca el temor entre los ciudadanos, ni tampoco el resarcimiento de los daños ocasionados, pues esta situaciones pueden ser las consecuencias lógicas de la pena. Así, el gran Clásico, afirma: "El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad". (103).

Agrega este mismo autor: "Una vez cometido el delito, el peligro del ofendido deja de existir porque se convierte en un mal efectivo; pero el peligro que amenaza a todos los ciudadanos comienza entonces, es decir, el peligro de que el delincuente, si permanece impune, renueve contra otros sus ofensas, y el peligro de que otros, incitados por el mal ejemplo se entreguen también a violar las leyes". (104).

De lo anterior se deduce que la aplicación de la pena, lleva implícita la corrección del culpable, la advertencia para aquellos que también tienen tendencias antisociales y al mismo tiempo, brindar a los hombres honestos la sensación de seguridad y tranquilidad.

Por su parte, el jurista Edmundo Mezger, señala que el fin de la pena es la prevención del delito, lo que explica de la siguiente manera: "La prevención del delito se puede realizar por dos caminos, o sea, actuando sobre la colectividad, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o comete o ha cometido un delito. Llamamos a la actuación sobre la colectividad prevención general y a la actuación sobre el individuo, prevención especial". (105).

El jurista Sebastián Soler, comparte la posición de Mezger, ya que considera que: "Si miramos a la pena en sus dos momentos, el de la amenaza y el de la aplicación, veremos que ella es un mal cuyo fin es evitar el delito". (106).

Para dar mayor claridad a este aspecto, hemos considerado necesario hablar con más amplitud de la prevención general y de la prevención especial.

103) Francesco Carrara, Volumen II, op. cit., pág. 68.

104) Ibid, pág. 69.

105) Edmund Mezger, op. cit., págs. 370 y 371.

106) Sebastian Soler, Volumen II, op. cit., pág 351.

La prevención general, es la actuación pedagógico-social sobre la colectividad, que funciona como un inhibidor a la tendencia criminal, es decir, es la intimidación de la colectividad, la amenaza a los miembros de ésta para que se abstengan de delinquir.

Se considera a la prevención general como la función primordial de la pena, pues ésta inicia en el momento legislativo en que la amenaza es lanzada a la conciencia colectiva, como un aviso a todos, continuando en el proceso y la ejecución; demostrando así a los terceros que no puede existir la impunidad, pues ésta es -tal vez- el más grave de los factores criminógenos.

La prevención general pretende los siguientes fines:

1. Intimidación.
2. Consideración o respeto a la personalidad.

1. Intimidación: para definir este concepto, nos basaremos en lo expresado por Castellanos Tena y Villalobos, quienes nos señalan: "...evitar la delincuencia por el temor de su aplicación". (107). y "...sin el cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito" (108).

Es claro así, que el contrapeso que detendrá al delito es la intimidación, que aparece como consecuencia de la conminación, imposición y ejecución de una pena, dicha intimidación surte efecto psicológico en los hombres, haciendo que éstos eviten las tendencias criminales y busquen así una mejor convivencia social.

2. Consideración o respeto a la personalidad. La pena, bajo este concepto, pretende ser justa, para que se realice de una forma verdadera, razón por la que la consideración o el respeto a la personalidad, se relaciona íntimamente con el criterio de humanidad.

Que sea justa, indica que la pena debe ser aplicada indistintamente al débil o al poderoso, si delinquen en las mismas condiciones, por lo que a la pena de muerte corresponde, generalmente las víctimas de ésta, son personas de escasos recursos, negros o sujetos que -

107) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 319

108) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 523.

luchan por causas populares, entrañando por lo tanto una manifiesta desigualdad. Asimismo, estimamos, que la pena máxima resulta injusta también para aquellos que se relacionan directamente con ella, sin ser el ejecutado mismo, como el verdugo, los jueces y la familia del reo.

A este respecto Mezger afirma: "Solamente una pena justa y humana ejerce una verdadera función "preventiva general" sobre la conciencia de la colectividad". (109).

Lo que cabe especificar de él por qué una pena debe ser intimidatoria, es que si no lo fuera, los habitantes de una comunidad, tenderían a la delincuencia; al ser la pena intimidatoria, los integrantes de la sociedad no deben inclinarse hacia la conducta antijurídica, ésta los tiene al margen de los delitos.

Es pretensión de la pena de muerte, la intimidación colectiva, sin embargo, desechamos la idea de que las penas más feroces son las que mejor previenen, ya que la crueldad no ha hecho un efecto práctico en la evolución de la delincuencia.

Prevención especial. Una vez puesto de manifiesto que la pena tiene efectos preventivos de orden colectivo, cuando intenta evitar los delitos a través de una amenaza que promete un mal, válida para todos los individuos como advertencia.

La prevención especial es la continuidad necesaria a la prevención general, toda vez que si la prevención general falla, es decir, cuando la simple amenaza de una pena no funciona para inhibir al delincuente, entonces aparece la prevención especial, que es la aplicación de la misma.

La prevención especial es, al decir de Mezger: "...actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa más delitos". (110).

Las formas particulares de la prevención especial más comúnmente utilizadas son: la aplicación de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación con relación a un sujeto, esto es, al delincuente para hacer efectiva la intimidación, dicho de otra forma, ---

109) Edmund Mezger, op. cit., pág. 373.

110) Ibidem.

para cumplir la amenaza de la intimidación que la pena promete, con el fin de evitar la reincidencia y a su vez nuevos delitos.

De este modo, la prevención especial persigue los fines de seguridad y corrección.

1. Seguridad. Los miembros de una comunidad socialmente organizados deben estar asegurados contra la delincuencia y para tal efecto se utiliza la pena privativa de la libertad.

De este modo, la pena asume su carácter de ejemplar, por lo que se hace necesario citar que: "...al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal..."(111).

"...para que no sólo exista una conminación teórica en los códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real". (112).

Consideramos fundamental la real efectividad de este carácter ejemplar de la pena, en el sentido de que ésta, sea vista en verdad como ejemplo y seguridad en lugar de convertirse en un mal necesario.

La pena de muerte no cumple con el objetivo de la prevención especial, pues la ejemplaridad no ha tenido resultados en sujetos que habiendo presenciado ejecuciones de este tipo, no experimentaron temor alguno. De aquí que se ponga en tela de juicio el poder de prevención de la nefasta pena.

2. Corrección. Que sea correctiva indica la posibilidad de resocializar al delincuente, a través de un tratamiento adecuado para que continúe por el sendero señalado por la ley, que lo conduzca hacia su tranquilidad y hacia su reincorporación social y productiva, evitando así la repetición del acto delictivo.

Cabe retomar los términos de Quiroz Cuarón cuando escribió: "Ya es tiempo de decidir si se busca y si se quiere una vengan-

111) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 319.

112) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 523.

za colérica o una solución y prevención del crimen".(113); para clarificar lo que al término de corrección se refiere, puesto que es por medio de ésta, que se abre la posibilidad de hallar la solución al delito y, desde luego, de prevenirlo.

Obvio es decir que la pena de muerte excluye esta oportunidad, toda vez que no hay cabida a la corrección del sujeto, una vez que ésta se ha consumado, supuesto que el individuo pierde toda oportunidad de rehabilitarse, de existir posibilidades personales de hacerlo, no hay manera de que pueda demostrarlo estando ya muerto; por lo tanto concluimos: esta pena no persigue ningún fin humanista, ni encuentra base en principios éticos y pedagógicos.

"La justificación de la pena estatal resulta en primer término de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de una comunidad social humana". (114).

Encontramos pues que la justificación de la pena se encuentra implícita en su fin mismo y primordial que es, como se dijo antes, la prevención del delito y por ende la conservación del orden social, todo esto, a través de criterios justos y humanos.

La pena de muerte no se justifica, toda vez que no persigue ningún fin de los ya enmarcados, mismos que debe perseguir toda pena para poder calificarse dentro de tal categoría.

C) ¿ ES O NO UNA PENA, LA PENA DE MUERTE ?

Contestamos esta interrogante a partir de la descripción y breve análisis de los caracteres de la pena, que entre otros se encuentran: aflictiva, cierta, igual, personal, pública, suficiente, necesaria, elástica, correctiva, reparable y legal; mismos que a continuación se exponen:

1. Que sea aflictiva, quiere decir que la pena en sí implica aflicción o sufrimiento para el que la recibe, en términos de Francesco Carrara: "Se llaman aflictivas las penas que hacer sufrir fisi-

113) Alfonso Quiroz Cuarón, La pena de muerte en México, Ediciones Botas, México, 1962, pág. 87.

114) Edmund Mezger, op. cit., pág. 379.

mente al culpable, sin llegar a quitarle la vida".(115).

Como se puede ver, la pena revela su carácter aflictivo en el sufrimiento que padece el delincuente al recibirla; mas ha de tenerse cuidado de no caer en la confusión de que la muerte sea aflictiva en cuanto al sentido jurídico que la pena requiere, antes bien, en dicho sentido la muerte constituye un exceso en el sufrimiento, que automáticamente le resta a la muerte, como pena, su carácter de aflictividad.

2. Que sea cierta significa, como su nombre señala que existe certeza, es decir, que haya verdad en el castigo que la intimidación promete a aquellos individuos con tendencias delictivas y a la población en general.

Asimismo, la certeza de la pena debe cubrir la aplicación de ésta, no solo en el sentido de que el delincuente reciba una sanción, sino también en lo que respecta al tratamiento que éste ha de recibir para llevarle a la readaptación social.

3.- Que sea igual quiere decir, que se aplique indistintamente a todos aquellos que infrinjan las leyes en las mismas condiciones, sean del estrato social que sean; del mismo modo, la igualdad de la pena extiende su significado hasta los momentos sucesores de la sentencia, en los que le tratamiento de rehabilitación es aplicado, señalando así, que cualquier delincuente, el primario, el reincidente, e inclusive el peligroso; deben recibir la terapia correspondiente con miras a su readaptación social.

4. Que sea personal implica que necesariamente, su ejecución debe recaer de modo exclusivo sobre el sujeto culpable, esto es, la pena no debe conllevar ningún efecto trascendental, no debe pues, afectar a sujetos inocentes aun cuando tengan alguna relación con el culpable.

Si bien es cierto que el moderno Derecho Penal, las penas ya no son trascendentales desde el punto de vista jurídico, si lo son desde el punto de vista penológico; un claro ejemplo de ello lo encontramos en la pena de muerte que es cien por ciento trascendental, dado el inenarrable daño que ella ha causado, principalmente, a los fami-

115) Francesco Carrara, op. cit., pág. 113.

liases del reo privado de la vida, que generalmente han quedado en la viudez y la orfandad.

5. Que sea pública, señala la imperiosa necesidad de que con antelación se describan en los códigos las penas correspondientes a cada delito infligido, a fin de que los ciudadanos conjuguen con su cultura, la información necesaria para no violar la ley.

Este carácter en la pena capital, se manifiesta, la mayoría de las veces contradictorio: "El espectáculo de las ejecuciones públicas no produce sobre las masas una impresión de escarmiento y de terror, sino que, por el contrario, producen un efecto desmoralizador y sobre ciertos individuos hasta obra de modo morboso atractivo al delito". (116).

En efecto, la pena de muerte a través de la publicidad, lejos de realizar una función intimidatoria o preventiva, está creando en la ciudadanía un sentimiento de odio y rencor hacia el Estado; y en algunos espectadores provoca un capricho malsano, al tratar de imitar al reo ejecutado.

Además es sabido que muchos condenados a muerte han presenciado ejecuciones, por ende, no es ejemplar.

6. Que sea suficiente significa que sea proporcional a la comisión del delito, es decir, que no exista un más o un menos en la fijación de la pena, para favorecer o perjudicar al condenado.

Estamos de acuerdo, en que exista proporcionalidad en el delito y la pena; siempre y cuando la pena no constituya un exceso de sufrimiento para el sujeto que ha delinquido.

"Como pena excesiva puede considerarse también la pena de muerte, puesto que concluye totalmente con la persona del delincuente". (117).

7. Que sea necesaria significa que haga falta o sea menester para un fin, o sea, que no se pueda prescindir de ella, que sea indispensable.

116) Eugenio Cuello Calón, Derecho penal, parte general, Volumen II, op. cit., pág. 802.

117) Ricardo Abarca, Derecho penal mexicano, op. cit., pág. 391.

La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. En su primera frase, el Artículo 82 de la célebre Declaración señalaba: "La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias..."(118).

Al relacionar la característica de la pena de ser necesaria, con la pena de muerte, nos damos cuenta de que ésta no es tan necesaria como pudiera creerse, pues en los países donde más se aplica, la delincuencia sigue en aumento. No es indispensable y si se puede prescindir de ella, toda vez que existen otras penas que en realidad son necesarias, pues su aplicación así lo ha demostrado en cuanto a readaptación concierne, mismas que se pueden conmutar por la pena capital.

8. Que sea elástica señala que la duración de la pena es susceptible de variar, todo en base al comportamiento del sujeto, que será el reflejo del tratamiento de readaptación a que sea sometido. Lógico es pensar que la pena de muerte excluye esta oportunidad.

9.- Que una pena sea correctiva implica que ésta propicie que el interno desarrolle sus capacidades de socialización, claro es, que mediante un tratamiento adecuado; de tal manera que una pena correctiva, es aquella que orilla al sujeto a su readaptación.

La pena de muerte no cumple con este carácter, porque anula toda oportunidad del sujeto de demostrar sus posibilidades de rehabilitación social.

10. Reparable quiere decir que el daño ocasionado por el infractor sea reparado, en la medida de lo posible, ya sea con una indemnización, con reparación de daño o multa, o con la privación de la libertad.

Consideramos que la privación de la vida no repara en absoluto el daño causado por el delito, más bien frena la posibilidad de que se lleve a efecto dicha reparación.

11. Que sea legal quiere decir que la pena debe estar previamente determinada en la ley, la que debe ser expedida con anterioridad al hecho en cuestión, y ser exactamente aplicable al delito de que se trata, en virtud del principio de la legalidad (nula poena sine lege).

118) Sergio García Ramírez, Manual de prisiones, op. cit., pág. 135.

En contra del homicidio legalizado, se ha dicho que el Estado obra tan despiadada y premeditadamente, como el peor de los airados asesinos; pero por supuesto, este segundo crimen se ha cometido en nombre de la legalidad; ya lo dice Daniel Sueiro: "Si es lícito matar todo es lícito". (119).

Ahora podemos decir, sin temor a equivocarnos, que en la llamada pena de muerte no convergen los caracteres que a la pena se atribuyen, lo que demuestra que ésta no es en realidad una pena, ya lo dijo Don Francisco Zarco, es un verdadero asesinato que la sociedad comete en uno de sus miembros.

Agregamos, con el fin de aclarar, que la pena de muerte lejos de buscar el restablecimiento del orden externo de la sociedad, produce un desorden interno en la misma.

Para finalizar este inciso, y quede clara nuestra posición, es menester aclarar que a lo largo de este trabajo se ha dado en denominar "pena de muerte" a lo que en verdad no es pena, lo cual tiene su razón en los efectos prácticos que un estudio de esta índole requiere.

D) TEORIAS QUE FUNDAMENTAN LA PENA

Los cuestionamientos que buscan el origen y la necesidad de la pena constituyen un problema de filosofía jurídica, toda vez que se indaga la razón última, que está fuera del campo de cualquier derecho dado.

Sobre el problema filosófico se ha elaborado numerosas doctrinas que tratan de justificar la pena, reduciéndose a tres grandes teorías, a saber: Absolutas, Relativas y Mixtas.

I. Teorías Absolutas.

Para éstas, la pena encuentra su fundamento en sí misma, es una consecuencia necesaria e ineludible de la comisión del delito, ya sea porque éste deba ser reparado, ya sea porque deba ser retribuido; ---

119) Daniel Sueiro, La pena de muerte y los derechos humanos, Alianza -- editorial, Madrid, 1987, pág. 11.

por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito, como la causa al efecto, y ésta es precisamente la razón de su aplicación.

Las teorías absolutas han sido subdivididas por Carlos Binding en: teorías de la reparación y teorías de la retribución, según al título que se aplique la pena.

Las teorías de la reparación consideran que el delito es algo que puede repararse y que la pena es el único medio de reparación. De esta forma: "Kohler sostiene que la conducta delictiva está determinada por motivos altamente inmorales; la pena que tiene un carácter dolorífico, de expiación, purifica la voluntad inmoral que constituye el origen del mal; la pena por medio del sufrimiento conduce al delincuente a la moralidad". (120).

Por lo que respecta a la pena de muerte, diremos que ésta no representa un medio de reparación y que además existen otras penas por las que pueden conmutarse; añadiremos también, que si se priva de la vida al sentenciado, ya no se le puede conducir a la moralidad señalada por Kohler.

Ahora bien, es un hecho la existencia de los errores judiciales y del falseamiento de pruebas, lo que puede llevar a un sujeto a ser condenado a una pena, que de ser pena máxima, deja fuera de manera manifiesta la susceptibilidad de la reparación, lo que la convierte en irreparable e ilícita; de tal suerte, que la supresión de la vida humana requeriría, cuando menos, una justicia perfecta y por ello, fuera del poder humano.

Las teorías de la retribución suponen que el delito constituye un mal en sí mismo irreparable, pero que necesariamente debe aplicarse la pena, por ser ésta una forma inevitable de retribución, a fin de restablecer el orden que ha sido quebrantado.

Estas ideas están integradas, concretamente, en la teoría de la retribución divina, de la retribución moral y de la retribución jurídica, según se considere que dicho orden social violado tiene un fundamento divino, moral o jurídico.

120) Miguel Ángel Cortes Ibarra, op. cit., pág. 478.

1. Teoría de la retribución divina; sobre el tema nos habla Sebastián Soler, y nos dice lo siguiente: "Para esta doctrina, el estado no es una creación estrictamente humana, sino la exteriorización terrenal de un orden querido por Dios. La pena aparece como el medio por el cual el estado vence a la voluntad que hizo nacer el delito y que se sobrepuso a la ley suprema; Es una necesidad ineludible para mostrar el predominio del derecho". (121).

Como retribución, divina se supone la existencia de un orden querido por Dios, que no debe violarse; quien infringe ese orden, ofende a Dios; por lo cual el poder estatal interviene con la ejecución de la pena, con el fin de lograr el arrepentimiento del transgresor de la ley suprema.

Luego entonces, encontramos que la pena de muerte está en contra de esta teoría, toda vez que visto desde el punto de vista divino, no es un medio señalado en el Decálogo y el mismo Dios prohíbe que entre los hombres acontezca la mencionada pena.

Indudablemente, con la aplicación de la pena de muerte, el Estado tiende a rebasar, por decirlo así, a la ley divina, al disponer de la vida creada en el hombre.

2. Teoría de la retribución moral; tiene como máximo expositor a Manuel Kant, quien nos dice que la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y la justicia que debe cumplirse hasta sus últimas consecuencias: "Aun cuando la sociedad civil se disolviese con el consenso de todos sus miembros, el último asesino que se encontrase en prisión debe ser ejecutado, a fin de que cada uno no lleve la pena de su conducta y la sangre no recaiga sobre el pueblo que ha reclamado su castigo". (122).

Sin embargo, este punto de vista nos remite a pasajes del Antiguo Testamento, donde encontramos que: "El principio de la razón práctica lo lleva a la equiparación de males, lo que concluye en la forma clásica del Talión, según la cual quien mata debe morir". (123).

121) Sebastián Soler, Volumen II, op. cit., pág. 321.

122) Citado por Jorge Ojeda Velázquez, Derecho punitivo, op. cit., pág. 71

123) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, pág. 965.

Como retribución moral debe entenderse el restablecimiento de la ley moral al imponerse la pena.

"Los partidarios de la retribución moral sostienen que es una exigencia profunda e incoercible de la naturaleza humana que el mal sea retribuido con el mal, como el bien merece un premio. Como el delito constituye una violación del orden ético, la conciencia moral exige que el mal sea castigado". (124).

Si pensáramos que la teoría de la retribución moral es funcional, de acuerdo al caso en que haya de ejecutarse la sanción capital en alguien que ha privado de la vida a una persona, tendríamos que pensar, con lineamiento en la teoría que ahora estudiamos, que al sujeto que ha matado tres veces, habría que "matarlo tres veces también", por lo que concluimos que la pena de muerte no se justifica por el principio de la retribución moral.

3. Teoría de la retribución jurídica; Federico Hegel es otro filósofo que hace aportaciones al Derecho Penal, considerando al delito como un atentado contra el derecho, por lo que la pena se convierte en la consecuencia lógica del mismo. Así, esta retribución jurídica, viene a complementar a la moral.

"Para Hegel, el derecho es la realización de la libertad del espíritu. El delito es una negación aparente del Derecho, por lo que es invulnerable. Se reafirma con la aplicación de la pena como realidad única espíritu. La pena establece el imperio indestructible del Derecho; no persigue otro fin sino retribuir con un mal al delincuente". (125).

En efecto, la pena garantiza estabilidad en el régimen jurídico, mediante la amenaza y ejecución de aquélla, siempre y cuando sea justa, es decir, aquella que no destruya la relación de proporcionalidad con el delito, ya que por ser retributiva, debe ser proporcional al delito cometido.

124) Francesco Antolisei, op. cit., pág. 488.

125) Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit., págs. 478 y 479.

Así las cosas, la pena muerte de carácter retributivo jurídico, resultaría el contrapeso exacto de la pena que se aplica, o sea, la fórmula del Talión; y ésta no está justificada por el Derecho, o dicho de manera más clara, no es Derecho.

II. Teorías Relativas.

"A diferencia de las absolutas, no consideran que la pena es un fin en sí misma, sino que tiene un fin: Es un medio necesario para la seguridad social o la defensa social, que es lo que da sentido a la represión": .(126).

Dentro de esta idea general son diversas las teorías específicas que explican la razón de ser y la forma de actuar de la pena.

A continuación procedemos a enlistarlas.

a) La teoría contractualista.- Tiene su origen en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, al afirmar que: "el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo este derecho no viene de la naturaleza; está, pues, fundado sobre convenciones". (127).

Del pensamiento anterior se entiende que la paz social se fundamenta en un acuerdo de voluntades de la sociedad, también supone ese fundamento para la pena. Esta teoría contractualista muestra que la pena tiene un fin de defensa social y el delincuente es un especie de traidor al pacto; por lo que al sentenciar a un reo culpable con la pena de muerte, más que un ciudadano, se sentencia a un enemigo; lo que resulta inaceptable, en virtud de que cada ciudadano no ha tenido el derecho de facultar al Estado para disponer de su propia vida a través del pacto entre ambos.

b) La teoría de la prevención mediante la coacción psíquica, es representada por Juan Anselmo Fewerbach, quien considera que el fin específico del Estado es evitar los delitos, y para ello se vale de la coacción, pero no de la coacción física que es lo característico de ---

126) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, op. cit., pág. 965.

127) Citado por Sebastián Soler, Volumen II, op. cit., pág. 325.

su poder y que no es posible ni eficaz en la mayoría de los casos, sino de una forma de coacción psíquica anterior al delito.

Este pensador opina que la fuerza que lleva a los sujetos a delinquir es de naturaleza psíquica; como son sus pasiones y apetitos; puesto que esos impulsos psicológicos pueden reprimirse haciendo saber a toda la población que a la comisión del delito surgirá un mal mayor (la pena), que se deriva de la insatisfacción de su deseo.

Esta coacción psíquica opera por parte del Estado, amenazando con una pena la violación posible de la ley, y mostrando a los sujetos la eficacia de aplicación de esa pena, cuando la ley es infringida a fin de demostrarles la inconveniencia de quebrantar la ley y al mismo tiempo disminuir el deseo de los individuos de cometer más delitos.

El pensamiento de este autor lo podemos resumir en tres postulados:

1. La imposición de la pena precisa de un hecho consumado y tiene por objeto contener a todos los ciudadanos para que no cometan conductas ilícitas.
2. La ejecución de una pena significa la conexión del mal con el delito establecido por una ley.
3. Para que la pena tenga efectos de coacción psíquica, es necesario que sea enunciada en términos precisos y no indefinidos.

c) Teoría de la defensa indirecta.- Esta encuentra su base en el pensamiento de Giandomenico Romagnoli. Este pensador niega que las bases del Derecho Penal se encuentren en el Contrato Social, afirmando que se fundamenta en el imperio de la necesidad, estas ideas son expresadas en su obra: "Génesis del Derecho Penal".

Para este autor, el Estado tiene derecho a defenderse del delito, puesto que éste quebranta el orden social; por lo que el principio rector de esta teoría, se basa en la postulación de la amenaza de una pena, la que actúa como contraimpulsio frente a los impulsos delictivos del infractor, así disuade al individuo de violar la ley, para alcanzar su finalidad prioritaria, descrita como defensa social.

En función a esta meta de proteger la integridad social, se ha sostenido por muchos, el argumento de dicha defensa como parábola de la comunidad, sobre todo en el caso de la pena de muerte; sin embargo, habrá que continuar con el análisis de estas teorías de la pena, para determinar con la seguridad necesaria, cual ha de ser la más adecuada línea a seguir.

Todas las anteriores teorías integran la corriente de la prevención general de delincuencia, en virtud de que están dirigidas a todos los coasociados del Estado.

Por otra parte, existen pensadores que no pretenden evitar los delitos a través de medidas generales, sino destinan a cada sujeto en especial, a cada delincuente, y reciben el nombre de teorías de la prevención especial; de las que citaremos las más significativas:

d) Teoría correccionalista.- El fundador de la escuela correccionalista y por lo tanto quien sustenta esta teoría es Carlos David Augusto Roeder; él considera que la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; y que dicha reforma no debe ceñirse a la legalidad externa de las acciones humanas, sino a la íntima y completa justicia de su voluntad; de este modo, Roeder, concibe a la pena como un tratamiento correccional.

Por lo tanto, la pena ha dejado de ser un mal para el delincuente, toda vez que, según los correccionalistas, su objeto no consiste en inspirar temor, ni intimidar, sino al contrario, debe procurar su reforma a través de una especie de reeducación.

La pena de muerte, es contraria totalmente a esta teoría, ya que nunca podrá reeducar al delincuente con su imposición.

III. TEORIAS MIXTAS.

Para estas teorías el fundamento de la pena se encuentra conjugando los dos principios enunciados, puesto que reconocen que a lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, sin conceder a ninguno de tales principios un carácter predominante. Se afilian a estas teorías que actualmente gozan de mayor difusión y aceptación: Francesco Carrara, Adolf Von Merkel Y Carlos Binding.

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

a) Francesco Carrara.- Es quien representa la síntesis y la más alta expresión de la escuela clásica. Fue un ilustre jurista, además de filósofo y literato. Su obra "Programa del Curso de Derecho Criminal", junto con sus "Opúsculos de Derecho Criminal", representa lo más destacado del Derecho Penal de su época.

Carrara define la pena como: "El mal que, de conformidad con la ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades". (128).

Carrara aborda en su teoría el mecanismo punitivo del Estado; al manifestar la causa formal del mismo; La autoridad, entendida ésta, como el principio fundamental para administrar el bien público, a sabiendas de lo que se hace y con pleno conocimiento de causa, de este modo, el maestro de la escuela clásica afirma"... el principio fundamental del derecho punitivo lo encuentro en la necesidad de defender los derechos del hombre, y en la justicia encuentro el límite de su ejercicio, así como en la opinión pública hallo el instrumento moderador de su forma". (129).

De las ideas fundamentales en las que Carrara expresó su teoría, se extraen:

1. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales; una voluntad inteligente y libre, y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para él mismo
2. La pena, como el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho, sino violación del mismo.

El contenido de la teoría Carreriana es confirmado por Bertrand Russell, cuando escribió: "Los gobiernos, desde que empezaron a existir, desempeñaron dos funciones, una negativa y otra positiva. La función negativa ha consistido en evitar la violencia ejercida por particulares, proteger la vida y la propiedad, establecer las leyes -----

128) Francesco Carrara, Volumen II, op. cit., pág. 34.

129) Ibid, pág. 63.

penales y ponerlas en vigor... las funciones positivas de los gobiernos han aumentado considerablemente. En primer lugar, está la educación, que consiste no sólo en la adquisición de conocimientos, sino también en inculcar ciertas lealtades y creencias". (130).

Es clara la contraposición de la presente teoría a la descrita anteriormente de la defensa indirecta, concluyendo pues, que de acuerdo a Carrara, el derecho a castigar del Estado, encuentra su límite en la justicia y no en un erróneo concepto de defensa social, donde por defender a un muerto, hay que matar a uno más.

b) Adolf Von Merkel.- Opina que la pena debe aplicarse cuando sean ineficaces o insuficientes aquellas medidas asegurativas del fundamento psicológico de respeto al Derecho. Su finalidad es la de tutelar los bienes jurídicos violados y debilitar las causas que originaron el delito.

Las ideas de Merkel se ven enriquecidas desde el punto de vista del Derecho moderno, toda vez que ahora, la pena no es solamente manifestación de poder al servicio de la conservación social, sino también un instrumento para elevar las condiciones de vida, es decir, para el desarrollo y progreso social.

c) Carlos Binding.- Ve a la pena como una consecuencia necesaria del delito y advierte que aunque el delincuente se convirtiera en un hombre honesto su acto ilícito no deberá quedar impune. En su opinión es también una forma de reafirmar el Derecho sobre la conducta ilícita.

En su obra "Las normas y su contravención" Binding concibe a las normas como prohibiciones, afirmando que el delito choca contra dichas prohibiciones, pero no contra la ley penal y que a su vez, dichas normas se deducen de los tipos legales. Concluye categóricamente, que toda violación a las normas implica una sanción, una pena que conlleve a eliminar la impunidad.

Señalamos para concluir, que nos adherimos a las teorías mixtas, ya que éstas significan la modernidad, y que por tanto, las perspectivas que ofrecen sobre el derecho son más claras, objetivas y ----

130) Bertrand Russell, Autoridad e individuo, Fondo de cultura económica, México, 1973, págs. 36 y 37.

también humanas; y que consideramos que la pena que priva de la vida no se justifica, ni es útil ni necesaria en nuestra legislación, como demostraremos en el desarrollo de esta tesis.

E) CLASIFICACION DE LAS PENAS POR SU FIN PREPONDERANTE.

Desde nuestro punto de vista, y atendiendo al fin que las penas se proponen, hemos considerado pertinente dividir las en :

- a) Reparatorias; las que buscan suprimir el estado o acto antijurídico y - reparar los daños causados.
- b) Represivas; las que conllevan una finalidad únicamente retributiva.
- c) Readaptativas; las que consideran el tratamiento y la adaptación del - individuo delincuente a la sociedad.
- d) Eliminatorias; aquellas que buscan más la desaparición del delincuente- que la misma retribución.

Observemos que esta clasificación va dirigida directamente al "Yo" del delincuente, atendiendo al propio fuero del criminal, ya que las penas que se apliquen serán en proporción al grado de tendencia antisocial que exista en el interior del sujeto, es decir, que entre más grave sea la comisión del delito, más grave será la pena que sufra el delincuente; así, se trata de ver el grado de probabilidades que tiene el individuo para reformarse, o bien, para caer en la reincidencia.

Para lograr un mayor entendimiento acerca de esta clasificación de las penas por su fin preponderante, presentaremos un estudio, aunque muy somero, de cada una de ellas, a saber:

A) Penas reparatorias.- Entendemos por éstas todas aquellas que se cumplen a través de una sanción pecuniaria (reparación de daño o multa); la que ha de ser en lo posible, la respuesta económica del infractor para lograr suprimir el delito, y de esta manera restituir el daño.

Por pena pecuniaria, Jorge Djeda Velázquez, entiende: "...son aquellas que disminuyen el patrimonio del activo del delito ya que imponen una obligación de pagar, restituir e indemnizar el Estado -----"

primeramente, o a la víctima o víctimas por el mal causado"(131).

La multa representa una sustituto ideal de las penas cortas privativas de la libertad, siendo adecuada a delincuentes que ha demostrado escasa peligrosidad, o en aquellos que el delito tiene origen de lucro.

De esta manera, podemos ver que la multa reúne las siguientes características: no es inmoral, es divisible, apreciable y reparable, y, podemos afirmar que constituye una muy estimable fuente de ingresos para el Estado.

La reparación de daño, como su nombre lo indica, consiste en reparar el daño causado, que con su conducta ilícita cometió el procesado.

b) Penas represivas.- La pena, como una represión del delito, tiende a que siempre será castigado el sujeto que quebrante una ley, es decir, que a todo daño causado deberá haber una respuesta, que en este caso es la imposición de la pena.

Encontramos que las penas represivas que mayor relevancia han tenido a lo largo de la historia son:

1. La pena corporal.
2. la pena privativa de la libertad

La pena corporal, es el castigo que recibe directamente el cuerpo del inculgado, que de acuerdo a la ley, es merecido por haber ofendido a la sociedad.

Entre las penas corporales que han desfilado a lo largo de la historia, podemos mencionar: la tortura, los azotes, las mutilaciones, la castración y un sinnúmero de sufrimientos físicos que fueron concebidos para que el delincuente no cayera en la reincidencia.

Hemos de hacer énfasis en que el castigo corporal ha caído en el desuso, aunque su frecuencia de aplicación fue mucha en la Europa pre-iluminística, en donde se aplicaron todo tipo de penas corporales, a fin de castigar al reo de manera física, haciendo sufrir su cuerpo como testimonio a la comunidad para que sirviera de ejemplo y de intimidación.

131) Jorge Djeda Velázquez, Derecho punitivo, op. cit., pág. 126.

Por otro lado, al enfocarnos a la pena detentiva, encontramos que, privar de la libertad, concretamente, quiere decir que se ha de recluir a un delincuente a consecuencia de un delito cometido; lo cual se lleva a efecto en establecimientos especiales, por un lapso de tiempo que ha sido previamente fijado, claro está, de acuerdo a la comisión del delito y a las leyes vigentes.

La prisión es una pena que priva de la libertad, y sobre esto, nos da luz el tratadista argentino Soler, al decirnos: "las penas privativas de libertad se caracterizan por la internación del condenado en un establecimiento cerrado, en el cual debe permanecer durante el tiempo que la sentencia determina".(132).

Observamos pues, que para este penalista, la pena de prisión es la privación de la libertad de tránsito, o como él la llama, libertad ambulatoria, restricción que en su sentido estrecho se vió justificada en otros tiempos por el fin que perseguía: la represión.

Encontramos que en los inicios de la pena privativa de la libertad, el único y exclusivo fin a alcanzar era la represión del reo, toda vez que éste, lejos de ser sometido a un tratamiento de readaptación mediante la educación o reeducación y el trabajo, ingresaba al penal solo para ser custodiado y mantenido haciéndole sentir el rigor de la ley al reprimir su libertad personal.

Al amparo de esta perspectiva, la privación de la libertad se vió muchos años como mero castigo, lo cual produjo consecuencias indeseables para la sociedad, pues el reo al ser liberado llevaba consigo una carga de resentimiento que le impulsaba a delinquir nuevamente, o sea, a reincidir.

Es claro, que la evolución de las ideologías introduce modificaciones en la perspectiva de los hechos, de tal suerte que, la pena privativa de la libertad, en los tiempos actuales, han perdido el fin de represión que le caracterizó anteriormente, para ceder el paso a un fin esencialmente pedagógico y social, que es el de la reforma y la readaptación social de los detenidos.

132) Sebastián Soler, Volumen II, op. cit., pág. 368.

c) Penas readaptativas-. Son las que consideran el tratamiento resocializador del delincuente cuando éste se encuentra privado de la libertad. En estas penas, en la que el Estado le somete a un tratamiento científico-criminológico individual; por tanto podemos decir, que las penas readaptativas se resumen en la siguiente fórmula: PRISION+EDUCACION+TRABAJO = REINTEGRACION DEL DELINCUENTE A LA SOCIEDAD SIN PELIGRO DE REINCIDENCIA.

Señalamos, que el fin de la pena ha ido modificándose de acuerdo a la evolución de las ideologías en el tiempo; así, hoy por hoy las penas corporales han cedido el paso a aquellas restrictivas de la libertad personal, cuyos contenidos aflictivo, retributivo, intimidatorio y de defensa social, han cedido el paso a un superior: el de readaptación social; de lado del carácter retributivo, la pena detentiva se ha ido enriqueciendo de un contenido y de una finalidad terapéutica y educativa.

La humanización de la pena ha venido a sustituir aquel orientamiento moralístico e intuitivo practicado hace algún tiempo y la reeducación del detenido se ha fundamentado en el nuevo concepto de; "tratamiento del delincuente" (que es un mal social que no solo requiere represión y castigo, sino cura y readaptación).

La modernidad ha traído una serie de cambios que dan luz a los fines por excelencia pedagógicos y sociales que ahora son propios de la pena, mismos que han puesto de manifiesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también: "Pacto de San José de Costa Rica", por haber sido signada precisamente en esa ciudad centroamericana, el día 22 de noviembre de 1969, y firmada por nuestro país sin ninguna declaración o reserva.

En los elementos de nuestra fórmula hemos citado la prisión, no solo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasionó, sino porque afecta directamente la libertad del sujeto, lo que ha de ser aprovechado para administrar un tratamiento penitenciario, que visto como una terapia, tenga por objeto curar y sanar aquellos que han caído en el delito, lo cual solo será logrado mediante una actividad práctica continua, y mediante una obra constante de -----

sostén moral; las cuales organizadas en actividades laborales, educativas, culturales, deportivas, recreativas, médicas, psiquiátricas, religiosas, asistenciales, y otras guían al reo a su readaptación, recuperación y reincorporación a la vida social.

Al citar el trabajo y la educación, nos referimos a los elementos mínimos con que debe contar el tratamiento penitenciario, mismo que ha de hallar su fundamento en los resultados de estudios de personalidad que realizarse al detenido una vez que ingresa al penal.

El tratamiento penitenciario al cual hemos aludido, está considerado dentro de las leyes concernientes, como son: la ley de Normas Mínimas de 1971, el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal y el Reglamento del Patronato de Asistencia Post-liberacional; este tratamiento insta la existencia de un régimen progresivo y técnico, con periodos de estudio de personalidad, de diagnóstico y de tratamiento de clasificación de los detenidos, a fin de que éstos, reciban la terapia adecuada a las características de su individualidad.

El tratamiento de readaptación, incluye las relaciones del detenido con el mundo exterior, como lo es la visita íntima, cuyo objetivo es mantener las relaciones maritales del detenido en forma sana y moral; asimismo se considera la pertinencia de los servicios médicos.

De esta manera, puede lograrse la reincorporación de los individuos a la sociedad, pues a través de los medios educativos se previene la reincidencia, y a través del trabajo se les conduce a la solidaridad y a la utilidad social, lo que actuará como moderador de su conducta y contribuirá a la formación del sujeto como ente económicamente activo, es decir, que su regreso a la libertad, podrá desempeñar un arte, oficio o cualquier otra actividad que le permita tener un medio de vida digno y honesto.

En base a lo anterior, puede decirse que el tratamiento científico-criminológico individualizado, al llevar al delincuente a su reincorporación a la vida social sin peligro de reincidencia, se alcanza la meta más alta en política criminal en beneficio de la sociedad.

d) Penas eliminatorias.- Son aquellas que pretenden prácticamente "eliminar" la peligrosidad que un delincuente representa en un momento dado.

En términos de Ignacio Villalobos, la eliminación es susceptible de presentarse: "...temporalmente, mientras se crea logra la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles".(133).

Podemos descifrar con claridad, en esta cita, las tendencias a las que puede orientarse la eliminación, la temporalidad y la perpetuidad, mismas que, de manera breve y sencilla puede explicarse de la siguiente manera:

La pena puede ser eliminatoria temporal, cuando el delincuente, una vez lograda su enmienda y desaparecida su peligrosidad, puede cesar la pena; encontramos en este caso las penas restrictivas de la libertad, de las que se han expuesto ya los aspectos característicos y las que a través de la reeducación y el trabajo del individuo, dentro del centro penitenciario procuran eliminar la peligrosidad de éste, ya sea la que esté manifiesta o bien, la que pudiera ser potencial.

Ahora bien, la segunda tendencia de la eliminación, señalada como perpetuidad, indica que la pena no desaparece, mientras el sujeto no de muestras de enmienda y readaptación, posición que si se prolonga, pareciera dejar como único camino, la eliminación definitiva del individuo, más que la eliminación de la peligrosidad latente.

A este respecto, y remontándonos a los datos que nos hablan del transcurso de las penas en los tiempos, hemos encontrado que, la pena de muerte se empleaba de manera común y adoptando muchas modalidades ya que la ejecución encontró su variedad en la duración y entidad del dolor físico del sujeto, todo en función y proporción directa de los diferentes delitos, así como de la posición social de los condenados, adjudicándose de este modo la pena de muerte, el carácter de espectáculo deprimente y amonestación pública, esto es, intimidación colectiva hacia la comisión de delitos.

133) Ignacio Villalobos, op. cit., págs. 524 y 525

Respecto a la pena capital, que encuadra perfectamente en la clasificación de eliminatorias, cabe citar a Alfonso Quiroz Cuarón, quien escribe: "Con claridad expresó esto Francisco I en 1534: La pena tiene por objeto "dar temor, terror y ejemplo a todos y a los malos".(134).

No es exacto decir que la pena de muerte sea ejemplar, puesto que por dicho calificativo se entiende la presencia de una situación positiva que revela una virtud; y en estos términos, es claro que matar no es una virtud, sino un acto contrario a la naturaleza humana.

A manera de conclusión, podemos afirmar que si el fin que el Estado infiere a la pena es la defensa social, es evidente que la pena capital, al servir para eliminar a los elementos considerados nocivos para la sociedad, representa un atentado directo contra la misma, como un organismo viviente que es, y lejos de permitir que pueda desarrollarse con armonía, libre de los individuos que le causan agravios; engendra y potencializa la agresión en su seno, por lo cual, la pena máxima no es justificable socialmente.

Hoy se insiste en que las penas tienen un sentido preferentemente medicinal, de recuperación al culpable, de readaptación social a través del trabajo y la educación como parte importante de la privación de la libertad; fusión totalmente imposibilitada al eliminar al sujeto en cuestión.

F) PENSAMIENTO DE CESAR BONNESANA, MARQUES DE BECCARIA.

Sin duda, a César Bonnesana, se debe el mérito de que se cuestione por vez primera la licitud de la pena de muerte, al ser objeto de su atención en amplia producción jurídica su estudio, en el clásico y excepcional libro "Tratado de los delitos y de las penas" (1764), que encierra en sus páginas el más grande contenido humanista que los habitantes del globo hayan leído.

134) Alfonso Quiroz Cuarón, op. cit., pág. 9

El texto en cuestión, consta de XLII capítulos, en los que se expresa una serie de conceptos, los que constituyen las bases generadoras del Derecho Actual, y en donde se revela la luminosidad y amplitud de criterio de este eminente humanista.

El Marqués de Beccaria, dudó mucho antes de sacar a la luz pública el producto de sus consideraciones de los delitos y su consecuente las penas, dada la ideología prevaleciente en aquella época, que por ser la precedente al iluminismo, no daba cabida a los términos claros y liberales en los que Beccaria atacó la presencia de la tortura y la pena de muerte; no obstante el producto de César Bonnesana, no so lamentablemente lo llevó a ser un clásico del Derecho Penal, sino que impulsó determinadamente la gestación de los principios básicos del Derecho Penal Moderno.

El ilustre pensador de Milán, adujo que, para fundamentar el origen de las penas y el derecho a castigar es necesario considerar la formación de los primeros grupos sociales, y allí encontrar el primer crimen y la primera norma de castigo impuesta por el conglomerado social.

Argumentaba que las primeras leyes fueron una necesidad, una respuesta a la anarquía reinante y el deseo de conservación del mismo núcleo social ante la perspectiva de su desintegración. Para evitar tal desintegración, es que surge en los seres humanos la imperiosa necesidad de establecer normas de convivencia, en torno a esto, Beccaria escribió: "Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con seguridad y tranquilidad". (135).

Encontramos implícito, en las palabras de Beccaria, el hecho de que la reunión de cada parte de libertad sacrificada por cada miembro de la sociedad, constituye la soberanía de la nación; en la que reside la administración y defensa de la misma.

135) César Beccaria, De los delitos y las penas, Clásicos universales --- de los derechos humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, pág. 42.

En efecto, podemos decir con seguridad, para que los seres humanos puedan vivir y convivir socialmente, es innegable el sacrificio de esa porción individual de libertades en la medida misma en que éstas puedan afectar las libertades individuales de sus congéneres; surge y se afirma de esta forma el derecho a castigar dentro del núcleo social. Pero a la vez entraña, como dijo nuestro autor en estudio, un depósito dado al gobernante, depósito que significa poder, y un poder necesario para organizar y estructurar jurídicamente el contenido social, político y económico del conglomerado, pues como nos sigue diciendo, que todos ellos tratan de quitar su parte de libertad sacrificada y aún de usurpar la de los demás.

Antes de seguir adelante, debemos señalar que Beccaria encuentra su base y su límite en la teoría del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau de lo que surge automáticamente las consecuencias que mencionaremos en seguida.

"La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social". (136).

De las anteriores líneas extraídas de la formidable obra de Beccaria, se puede adivinar fácilmente, que únicamente el legislador puede decretar en las leyes penales, las penas correspondientes a las distintas transgresiones, y nunca el magistrado, a quien pertenece únicamente la aplicación de las leyes a los casos concretos, Además nos sigue diciendo: "...por tanto, un magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente".(137).

De aquí resulta, consecuentemente, que ningún magistrado puede agregar nada de propio a las leyes, concepto que hoy en día se ve claramente reflejado en nuestro Derecho Punitivo.

La segunda consecuencia se refiere a las partes, es decir a la sociedad y a los miembros, que se encuentran unidos por un contrato y en virtud de ello tienen una obligación. Esta obligación, debe -----

136) Césare Beccaria, op. cit., pág. 43.

137) Ibidem.

ser general, abstracta, para todos y que une igualmente al rico y pobre con el más humilde, sólo significa, que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número. La violación de cualquiera de ellos empieza autorizar la anarquía, "es que el soberano, que representa la misma sociedad, no puede formar sino leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no puede juzgar sobre si uno ha violado el contrato social, puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano que afirma la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la niega; es, por tanto, necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares". (138).

Observamos claramente que no puede ser el soberano mismo el que acusa y juzga al mismo tiempo, es decir, juez y parte, sino que debe existir un tercero, que en este caso sería un magistrado independiente como última instancia en este conjunto, concepto que también hoy en día es obvio, pero que no lo era en tiempos del gran César Bonhesana.

"La tercera consecuencia es que si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese por lo menos inútil".(139).

Según se puede desprender de esta premisa que es inútil la atrocidad de las penas, toda vez que las mismas no aumentan la seguridad social. Aquí surge una clave para el desarrollo de nuestra tesis, ya que la pena de muerte no es útil, y cabe la posibilidad de conmutarse por otras, como intentamos demostrar en este trabajo.

"Cuarta consecuencia. Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores". (140).

Exige, en el capítulo denominado "Oscuridad de las leyes", que éstas sean claras, precisas, comprendidas por todos y escritas en la lengua del pueblo y no en una lengua extraña para él mismo, pues ---

138) Césare Beccaria, op. cit., pág. 43

139) Ibidem.

140) ibidem, pág. 44.

los aleja de la comprensión necesaria para acatarlas. Además se deberá difundir su conocimiento a través de una prensa libre y penetrante entre el público.

Asimismo Beccaria se refiere a la prisión, afirmando que ésta debe ser aplicada solo en aquellos casos en que han sido reunidos todos los elementos que acrediten su justa aplicación, a saber: confesión, testimonial y demás necesarias; señala que es a la ley a quien corresponde establecer las penas y sanciones y no a los jueces para evitar parcialidades políticas o personales y agrega al referirse en concreto a la prisión, que es ésta la consecuencia inmediata a un delito, incluso antes de la declaración del mismo, a fin de que en base a ésta, se determine, mediante las leyes, la sanción proporcional al mismo. Enfatiza que: "A medida que las penas vayan siendo moderadas, que se eliminen la miseria y el hambre de las cárceles, que la compasión y la humanidad penetren más allá de las rejas, inspirando a los inexorables y endurecidos ministros de la justicia, las leyes podrán contentarse con indicios cada vez más débiles para proceder a prisión". (141).

César Beccaria se postuló de manera futurista en sus escritos, por lo que actualmente encuadra sus ideas de modo perfecto en los términos del moderno tratamiento penitenciario.

Ataca en otro capítulo el abuso de los "Indicios y formas de justicia" y exige la publicidad para las pruebas, en virtud de que con ello se garantiza el control de la opinión pública.

Indaga en otro capítulo, el valor de los testigos y las condiciones que debe tener a efecto de su credibilidad, con auténtica maestría psicológica, toda vez que señala en sus conceptos lo que hoy por hoy es una realidad dentro del juicio penal, al poner en tela de juicio la credibilidad de un sujeto que haya tenido relación amistosa o aversiva con el reo en proceso.

Al mencionar el capítulo de la tortura nos expresa: "Una crueldad consagrada por el uso en la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, bien para constreñirlo a confesar un delito, bien por las contradicciones en que hubiere incurrido, bien para descubrir a los cómplices, bien por no sé qué metafísica e incomprensible purgación de infamia, o bien, finalmente, por otros delitos de los que podría ser culpable, pero de las que no está acusado" (142)

141) César Beccaria, op. cit., págs. 47 y 48.

142) Ibid, págs. 55 y 56.

En el fondo de las palabras citadas, la principal motivación que César Beccaria tuvo para explayar sus ideas tan a destiempo en su tiempo, tan edificantes para ese futuro que hoy vivimos como presente, y que no es otra cosa que su manifestación contra la tortura, que tan fértil terreno halló en los siglos XV y XVI.

En el capítulo sobre la suavidad de las penas, el cuales considerado como uno de los más significativos y memorables, en virtud de ser un alegato apasionado contra la inútil crueldad y en el que nos lanza la siguiente interrogante: "¿Quién no se estremece de horror al leer la Historia ante bárbaros e inútiles tormentos que fueron inventados y aplicados con frío ánimo por hombres que se llaman sabios?".(143)

Habla así Beccaria, delineando uno más de sus aportes penales, pues bien cierto es que la eficacia de la pena no es cuantificable en su intensidad, es más, que de hecho no hay resultados favorables al respecto, por algo el desarrollo de la civilización sumándose a la evolución penal, ha erradicado paulatinamente de sus estructuras jurídicas a la crueldad.

Mas la obra Marqués de Beccaria alcanza su apogeo en el capítulo, destinado a "La pena de muerte", pues en él se enuncia el principio más revolucionario, sin antecedentes ni precursores en el Derecho Penal, ni tampoco en la filosofía o ética de los pueblos: La exigencia de la abolición de la pena capital.

Basa su idea abolicionista en las sociedades que tienen un gobierno bien organizado, y lo expresa textualmente de esta manera: "Esta inútil prodigalidad de los suplicios que no ha hecho nunca mejores a los hombres, me ha impulsado a examinar si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado". (144).

México, cuenta en la actualidad con un régimen penitenciario organizado, y por lo tanto, la pena de muerte no es útil en su sociedad.

Agrega el autor: "No es, pues, la pena de muerte un derecho ya que he demostrado que no puede serlo, sino una guerra de la nación con un ciudadano, porque juzga necesaria o útil la destrucción de -

143) Césare Beccaria, op. cit., pág. 65.

144) Ibid, pág. 67.

un ser: pero si demuestro que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad". (145).

Con esta afirmación de Beccaria, aceptamos el argumento de que no es un derecho de la sociedad la pena de muerte, en virtud de que nadie, ni la sociedad, ni el hombre mismo tiene derecho de quitarse la vida. Al decir el renombrado humanista, "la pena de muerte es una guerra de la Nación contra un ciudadano", pensamos que, efectivamente el Estado está declarando una guerra en contra de sus propios súbditos, porque al aplicar la pena de muerte, se está poniendo en práctica una venganza.

Más adelante, el filántropo nos advierte que la pena de muerte carece de eficacia intimidatoria, ya que su aplicación es pasajera y poco durable, no así la prisión perpetua, en la cual el reo es castigado día a día, y al respecto citamos: "Yo mismo seré reducido a tan larga y misera condición si cometo semejantes delitos, es mucho más poderosa que la idea de la muerte, que los hombres ven siempre en una oscura lontananza". (146).

Al hablar de la prontitud de la pena, Bonnesana considera necesario sacar al inculpado del penoso estado de incertidumbre que lo embarga al decir: "El menor tiempo debe medirse tanto por la necesaria duración del proceso, como por la antigüedad de quien tenga derecho a ser juzgado antes". (147).

En este sentido y en específico en cuanto a la pena máxima se refiere, encontramos que no ha sido aún conducida la más alta evolución en los sitios donde aún es practicada, puesto que se hace esperar al sentenciado, tiempo que implica lesión psicológica por su ejecución; amén de lo mencionado anteriormente y lo que será mencionado, entorno a la carencia actual de argumentos válidos para sostener la nefasta pena.

En cuanto a la proporción de los delitos y las penas, el eminente Beccaria la proyecta en relación inversa, pues expresa que lo ideal será que los delitos sean raros en proporción del mal que ocasionan a la comunidad, y establece también otra relación al afirmar que el mejor medio para evitar la comisión de delitos en la educación, atendiendo claro,

145) Césare Beccaria, op. cit., pág. 67.

146) Ibid, pág. 68.

147) Ibid, pág. 75.

a la socialización de valores, de tal modo que, en la medida que se incrementa la educación del pueblo y la escala de valores, el delito se verá notablemente disminuido.

Nuestro autor en estudio concluye: "Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes". (14).

Hemos presentado las expresiones más significativas del pensamiento de César Bonnesana como un panorama general de lo que nos dió lugar a la gestación del Moderno Derecho Penal.

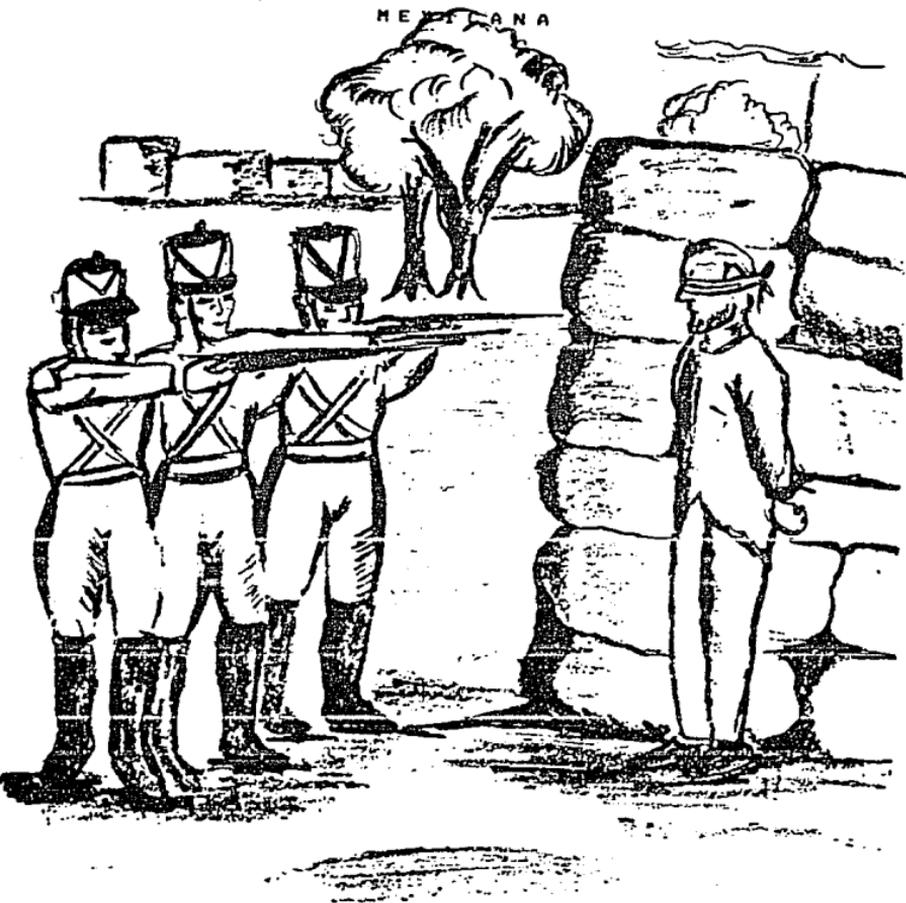
Leer a Beccaria, se traduce necesariamente en humanismo y futura visión del desarrollo de las sociedades, toda vez que a partir de él es que se dió una reducción en el número de delitos, se estableció mayor proporcionalidad entre la pena y el delito, se dió a la pena característica como prontitud, suavidad y eficacia, asignando a ella el fin de evitar la comisión de delitos más que el de castigar pues dejó a la luz que no es con la crueldad de la pena como se evitan los delitos, si no con la educación del pueblo.

Es innegable que los procesos evolutivos del Derecho Penal han tomado gran parte de la filosofía manifestada por Beccaria en sus postulados, tan acordes con nuestro tiempo y tan fuera de contexto en el suyo, razón por la que ocasionó acaloradas polémicas y severas críticas.

No es ahora la ocasión de reanudar discusiones acerca de la posición penal sustentada por el Marqués de Beccaria, sino la de retomar las expresiones más edificantes para la construcción de una sociedad armónica y para la organización de un sistema penal al servicio de la humanidad y no como verdugo de la misma.

148) Césare Beccaria, op. cit., pág. 110.

CAPITULO IV
LA PENA DE MUERTE EN LA LEGISLACION
MEXICANA



A) EN EL DERECHO PRECORTESIANO.

Iniciaremos el estudio de los antecedentes históricos de las penas en México, con un somero análisis de la manera en que estaba constituido el México Prehispánico.

Se sabe que el territorio nacional se encontraba ocupado por varias civilizaciones neolíticas: la Olmeca, cuyo florecimiento data de los últimos siglos anteriores a la Era Cristiana; la Maya, que se ubicó entre las actuales regiones de Tabasco y Honduras; la Tolteca, que se vió situada en Tula; la Chichimeca, quienes originalmente vivían en el noroeste del territorio mexicano, sobre todo en el río Lerma, el lago de Chapala y Durango; y, por último, cronológicamente hablando, la Azteca, que se encontró en un principio en Chapultepec, para posteriormente, ubicarse en el Lago de Texcoco, donde construyeron la grandiosa ciudad de Tenochtitlan.

En la periferia de las culturas que hemos mencionado, mismas que pueden considerarse como fundamentales en la historia, encontramos otras, como la Totonaca, que se ubicó en la zona costera del Golfo, la Zapoteca y la Mixteca, en la sureste y la Tarasca de lado del Pacífico.

Como vemos, la variedad de culturas existentes en el territorio nacional era amplia, pero encontramos que en la generalidad de ellas, el ordenamiento penal era drástico y rígido, aunque se cuenta con pocos datos precisos acerca de las ideas penales que prevalecieron antes de la llegada de Hernán Cortés, los estudios realizados a este respecto, presuponen que los distintos reinos y señoríos tenían una forma reglamentaria para reprimir las conductas ilícitas y que la pena fue cruel y desigual.

A este respecto, Raúl Carrancá y Trujillo nos comenta: "En cuanto a los pueblos organizados sobre el territorio de México hasta el descubrimiento (1511), las ideas más seguras de los historiadores son: las desigualdades jerárquicas y sociales; aristocracias guerrera y sacerdotal que el poder militar y religioso han ido siempre juntos para el dominio de los pueblos -, flotando sobre las desigualdades económicas; en una palabra, oligarquías dominantes y, como consecuencia, la justicia -----

penal diferenciada según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores". (149).

En efecto, según estudios recientes se cree que los náhuas alcanzaron metas insospechadas en el Derecho Penal, hay datos pues, de que el juez tenía amplia facultad para fijar las penas, que iban desde la prisión dentro del propio domicilio, hasta la esclavitud y la misma pena de muerte.

Con estos comentarios pasamos a analizar en nuestro siguiente apartado las ideas fundamentales de las penas en las culturas establecidas en Mesoamérica, quienes tenían concepciones de la vida y la muerte muy particulares. Nos ocuparemos básicamente de tres culturas: la Maya, la Tarasca y la Azteca, por ser éstas las que resultaron más relevantes en función de la actividad de los europeos poco después del descubrimiento de América.

1.- Las leyes penales en el pueblo Maya.

Este pueblo, a diferencia de otros núcleos, presenta perfiles muy especiales; una gran sensibilidad, un sentido de la vida más refinado y una concepción metafísica del mundo más profunda.

No obstante los atributos que presentaron los mayas en su manera de ser, sus leyes penales se caracterizaron por su severidad. En esta cultura, quienes tenían la función de juzgar eran el "batab"(juez local), y los "tupiles" (policías- verdugos), mismos que ejecutaban las sentencias inmediatamente, por ser inapelables, a no ser que el castigo fuera de lapidación, ya que en este participaba toda la comunidad maya.

En Mayapán, las penas principales que se aplicaban eran la de la muerte y la esclavitud; la pena capital se aplicaba a los adúlteros, traidores a la patria, homicidas, deudores, incenciaros dolosos y corruptores de doncellas entre otros. La pena de esclavitud era aplicada a los ladrones; pero si el ladrón era un señor principal, se le labraba la cara desde la barba hasta la frente.

E)

149) Raúl Carrancá y Trujillo, op. cit., págs. 111 y 112.

Raúl Carrancá y Rivas alude a Fray Diego de Landa, quien nos describe como castigaban los mayas, con las siguientes palabras: "Que a esta gente les quedó - escribe Landa- de Mayapán costumbre de castigar a los adúlteros de esta manera: hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban los principales en casa del señor, y traído el adúltero atábanle a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente; si él le perdonaba, era libre; si no le mataba con una piedra grande (que) dejábale (caer) en la cabeza desde una parte alta; a la mujer por satisfacción bastaba la infamia que era grande, y comúnmente por esto las dejaban". (150).

El delito de homicidio generalmente era sancionado por los mayas con la pena de esclavitud.

Como se puede apreciar, en cualquiera de los tres delitos (adulterio, homicidio y robo), la pena de muerte no era necesariamente aplicada, y en el caso concreto del adulterio, podía ser sustituida por el perdón.

El historiador y jurista yucateco Eligio Ancona, refiere lo siguiente: "El Código penal maya, aunque puede ser presentado como una prueba de la moralidad de este pueblo, contenía castigos muy severos y generalmente desproporcionados a la culpa, defecto de que adolece la legislación primitiva de todos los países. No había más que tres penas: la de muerte, la esclavitud y el resarcimiento del daño que se causaba. La primera se imponía al traidor a la patria, al homicida, al adúltero y al que corrompía a una virgen; La segunda al ladrón, al deudor y, según hemos dicho ya, al extranjero y al prisionero de guerra. Se condenaba al resarcimiento de perjuicios al ladrón que podía pagar el valor del hurto, y también probablemente al matador de un esclavo, que se libraba de la pena del talión pagando el muerto o entregando otro siervo en su lugar (Landa)". (151).

Con esta cita presentamos un panorama general de las leyes mayas, que, de alguna manera, nos aporta la idea de los contenidos penales que manejó esta cultura.

150) Citado por Raúl Carrancá y Rivas, Derecho penitenciario, cárcel y - penas en México, Porrúa, México, 1986, pág. 34.

151) Ibid, pág. 39.

2.- Las leyes penales en el pueblo Tarasco:

En lo que se refiere a los tarascos, se sabe mucho menos que de las demás culturas, más sí se conoce a ciencia cierta su crueldad.

Entre éstos, el derecho a juzgar estaba en manos de Calzontzi; y en ocasiones la justicia era ejercida por el sumo sacerdote o Petámuti.

No obstante, los pocos datos históricos que sobre el Derecho Penal de este pueblo se encuentran, la "Relación de Michoacán" nos ofrece: "Durante el ehuataconcuaro, en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor (Petamuti) interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día, y acto continuo dictaba su sentencia: Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era leve, sólo se amonestaba en público al delincuente. En caso de reincidencia por cuarta vez, parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey la pena era de muerte, ejecutada en público. El procedimiento para aplicarla era a palos; después se quemaban los cadáveres"(152).

Resumiendo, los principales delitos y las penas correspondientes entre los tarascos eran los siguientes:

El adulterio habido con una mujer del soberano o Calzontzi, se castigaba con la muerte del adúltero y además trascendía a toda su familia, sus bienes eran confiscados; cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba a él y a su servidumbre, también se les confiscaban sus bienes; a los forzadores de mujeres se les rompía la boca de oreja a oreja y después se les mataba y confiscaban los bienes; los herejes o hechiceros, eran arrastrados vivos o lapidados. El homicidio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey, se castigaron con pena de muerte, misma que se ejecutaba en público y cuyo procedimiento de aplicación era a palos, para después, quemar los cadáveres.

152) Raúl Carracá y Rivas, op. cit., pág. 46.

3. Las leyes penales entre los aztecas.

El reino azteca, por ser el pueblo de momento de la conquista, nos ofrece datos por demás importantes el estudiar su Derecho Penal, pues aunque su influencia no llegó hasta la legislación posterior se considera que constituye, en esta etapa, el Derecho Penal más evolucionado en cuanto a sus ideas se refiere.

En efecto, el Derecho Penal azteca, reprimía de una manera enérgica todas las conductas delictuosas que pudieran poner en peligro el orden social existente, así como también toda lesión a la integridad de las personas, a su honor, a sus propiedades, es decir, todos aquellos comportamientos que, de alguna forma, violentaban los bienes jurídicos más preciados en esa época y que eran severamente sancionados, en muy frecuentes casos con la pena de muerte.

Este pueblo dominó la mayor parte de la Altiplanicie Mexicana, pero además influenció con sus ideas a todos los pueblos bárbaros que se encontraban establecidos y que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.

En esta cultura, el que juzgaba y ejecutaba las sentencias era el emperador azteca Colhuatecutli, Tlatoqui o Hueitlatoani que junto con sus hermanos, primos o sobrinos formaban el Tlacotan.

Es de notar que entre los aztecas el Derecho Penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito y esto da lugar a que los delitos y las penas se representen en los códigos.

Los delitos entre los aztecas se consideraban por violación a la costumbre o desobediencia a las órdenes del soberano.

Consultando la obra "Historia del Derecho Mexicano", de Floris Margadant, encontramos circunstancias que nos parecen paradójicas entre los aztecas respecto a algunas cosas baladies en particular; así por ejemplo, la embriaguez pública era vista con repugnancia y castigada con severidad, por tanto, si un noble se embriagaba en circunstancias agravantes (por ejemplo, dentro de palacio), se exponía a la pena de muerte.

Confirmando lo anterior, Floris Margadant dice: "Es curioso que el hecho de ser noble, en vez de dar acceso a un régimen privilegiado, era circunstancia agravante: el noble debía dar el ejemplo, "noblesse oblige". (153).

Cabe hacer notar que usamos el calificativo paradójicas en función a la época histórica de aquellos tiempos y las características que la revistieron.

El Derecho Penal azteca adoptó represiones drásticas por la ideología que las llevó a la concepción de conductas consideradas por ello como muy antisociales.

El respeto a los padres fue considerado como esencial para la conservación del orden social, las faltas en este aspecto podían ser castigadas con la muerte. Pero no solo esos casos fueron castigados de tal manera, la pena de muerte era aplicada a los delitos de adulterio tanto para el hombre como para la mujer adúlteros, la homosexualidad, la violación, el incesto y el estupro.

La calumnia grave, el encubrimiento y el falso testimonio, así como el homicidio, la sedición y la traición, también se castigaban con la pena de muerte.

El robo de mazorcas era sancionado también con la pena de muerte, lo que se explica por la pobreza general y el hecho de que, en una sociedad agrícola, cada campesino siente sus escasas propiedades como producto de sus arduos labores.

En cambio, el delito de riña y lesiones, solo daba lugar a la indemnización: En general, las penas entre los aztecas eran infamantes: esclavitud, prisión, demolición de la casa del delincuente, pérdida de la nobleza, confiscación de bienes y muerte; ésta última es la sanción más corriente en las normas legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue pintoresca y cruel, siendo el método principalmente empleado el ahorcamiento.

La ejecución de la pena de muerte entre los mexicanos se realizó de manera variada, a saber, a garrotazos, ahorcamiento, apedreamiento, estrangulamiento, la muerte en la hoguera y el desgarramiento del cuerpo.

153) Guillermo Floris Margadant, Introducción a la historia del derecho mexicano, Textos universitarios, UNAM, 1971, pág. 27.

Hemos hecho resaltar, en este apartado dedicado al pueblo azteca, los aspectos más sobresalientes de las penas en el terreno del Derecho Prehispánico, procurando encontrar en estas manifestaciones de tipo rudimentario, los antecedentes de la pena de muerte en México, o mejor dicho la afinidad de ésta con el reino azteca y la similitud o divergencia que presenta respecto a otros núcleos en sus sistemas penales.

A la luz de lo expuesto anteriormente, podemos decir que, la pena capital, en aquellos tiempos, se aplicó profusamente y de una manera indiscriminada e indiscutida por los primeros pobladores de México, y que aún así, no fue ni por mucho, una institución de Derecho, sino al contrario fue un arma que en menos del poder o del clero, sirvió como desahogo de las pasiones sociales.

Así pues, el Derecho penal primitivo se encuentra, como es natural, completamente proporcionado al grado de cultura de sus pueblos, y al ser perturbada la paz y la tranquilidad, los medios de que se vale para restablecer el orden están perfectamente ajustados a la ideosincracia de los individuos de la comunidad.

B) EN LA EPOCA DE LA COLONIA.

Con la conquista, los españoles se "relacionaron" con los aborígenes, y como es ya bien sabido, los españoles ocuparon un lugar preponderante mientras que los indígenas fueron sólo siervos y esclavos de la nueva sociedad.

Se dice que el Emperador Carlos V. estaba en disposición de respetar y conservar las leyes y costumbres de los indígenas, a menos que se opusieran a la moral o a la fé católica, no obstante, la participación de ellos fue nula en la formulación de la nueva legislación y quienes aportaron los principios básicos fueron los conquistadores, por lo que resulta obvio que la legislación de la Nueva España fue netamente europea.

En estos términos, se denota durante el periodo colonial un desorden legislativo, pues al enfrentarse dos ideosincracias antagónicas, no fué fácil para los indígenas aceptar tan trascendentales cambios en las instituciones jurídicas, socio-económicas y religiosas,

dando lugar a que los conquistadores emplearan profusamente la pena de muerte en castigo a los inconformes y a los no sometidos, tanto desde el punto de vista político y religioso como el económico.

Es así, como en la conquista se da nueva vida a la pena de muerte, aplicada no ya como un arma del Derecho Penal, sino como una medida de defensa político-religiosa.

Al observar esta circunstancias, al maestro Quiroz Cuarón se refiere a la pena de muerte de la época virreinal de esta manera: "Se dirige esta pena a despertar el temor y el terror; somete instintivamente a los buenos, que no necesitan este lenguaje y queda incomprendido para los malos".(154).

Asimismo, nos parece necesario citar: "En el período colonial, la pena de muerte, servía, como lo hace siempre, al vencedor; el interés económico conducía a la explotación; el político a obtener la posesión de la tierra; y el religioso a "convertir" y "salvar" las almas de los pobladores de Anáhuac, aun a costa de perder los cuerpos; nacen los repartimientos y encomiendas con el exterminio y la despoblación que constituyen lo que hoy conocemos bajo el nombre de genocidio". (155).

Así, el virreinato llegó a ser el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a tierras americanas.

Por otro lado, no hay que olvidar que en las colonias regía supletoriamente todo el derecho de Castilla; es así como tuvieron aplicación: El fuero real en el año de 1255, la ley de las siete partidas en los aspectos de carácter penal publicado en el año de 1265, el ordenamiento de Alcalá en 1348; las ordenanzas reales de Castilla en 1484, las leyes de Toro en 1505; la nueva recopilación en 1567 y la novísima recopilación de Indias en el año de 1805.

Las leyes de España, sin duda alguna correspondientes a un Estado más avanzado en civilización, vienen de una manera importante a modificar las leyes imperantes del país conquistado.

Estas leyes castigaban a los indígenas con mayor rigor por las faltas cometidas, casi todas las penas fueron personales, tales -----

154) Alfonso Quiroz Cuarón, op. cit., pág. 9

155) Ibid, págs. 11 y 12.

como el destierro, trabajos forzados en conventos u obras públicas, relegación, castración de los negros y por supuesto la pena de muerte.

Por tanto, los principales delitos y las penas correspondientes durante la colonia eran los siguientes:

1. La herejía, rebeldía y afrancesamiento, se castigaba con relajamiento y muerte en la hoguera, el proceso y ejecución de la pena estaba a cargo del Santo Oficio.
2. La idolatría y propaganda política contra la dominación española era sancionada con relajamiento al brazo seglar y muerte en la hoguera, - en la plaza pública.
3. El que ejercía la Astrología y la Demología era sacado a la calle en el auto de fé de la fecha de la sentencia, en hábito y con insignias de penitente, vela de cera verde en las manos y sogá al cuello. Abjurar de Levi de sus creencias, sufrir doscientos azotes y pena de galeras por cinco años. El proceso y ejecución de la pena era a cargo de la Santa Inquisición o Santo Oficio.
4. El robo era castigado de diversas formas; por muerte en la horca en el lugar de los hechos, o muerte en la horca y después corte de las manos; o muerte en la horca y posterior descuartizamiento del cuerpo para poner las partes en las calzadas y caminos de la ciudad.
5. El asalto se castigó con garrote en la cárcel, después sacar el cuerpo y ponerlo en la horca.
6. El homicidio, muerte en la horca en el lugar de los hechos.

Como se puede observar, en la lista de delitos y penas de la época colonial, se repiten los mismos delitos con penas semejantes a las de la época prehispánica; con la diferencia de que en la colonia era la Santa Inquisición quien se encargaba de aplicarlos, lo que demuestra el carácter altamente religioso que predominó en la organización colonial.

¿Cuál es la razón?. En primer lugar, como lo expusimos en párrafos anteriores, una absoluta desorganización en materia legislativa, en segundo lugar, disimilitud de criterios y de doctrinas a veces alarmante.

De este modo, en el delito de robo, la variedad osciló entre la muerte en la horca en el lugar de los hechos en un caso, o muerte en la horca con posterior descuartizamiento del cuerpo para poner las partes en la calzada de la ciudad en el último de los casos.

Sobre el particular, no se debe perder de vista que se trataba de una legislación eminentemente pragmática que se hacía al compás de la misma vida criminal. No era sin embargo una improvisación legislativa; ya que se inspiraba en un buen número de leyes que se remontaban a los primeros siglos de la historia legislativa de España, de ahí la escasa evolución de sus contenidos.

Concluimos pues, que la pena de muerte, se aplicó durante el virreinato fundamentalmente a los herejes, salteadores de caminos y a aquellos que se rebelaron contra el gobierno español. Con ello queda muy claro, que durante los tres siglos de dominio español en América, la pena de muerte se hacía presente en la historia de la nación.

C) EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Al iniciar el 15 de septiembre de 1810 la independencia de la Nueva España y nacer con este hecho histórico el México Independiente, iniciaremos en este apartado el estudio de las penas, comenzando por la etapa insurgente, es decir, por los movimientos cruciales que cambian la ruta del país.

Los criollos, al sentir la situación que reinaba en la Nueva España, vieron cada vez menos posibilidades de ver llegar la independencia a través de un Congreso Nacional, por lo que algunos de ellos prepararon movimientos armados. Las conspiraciones principales fueron: La de Valladolid en Michoacán en el año de 1809 y la de Querétaro en el año de 1810, ésta última es la que dió lugar al levantamiento del Cura Hidalgo y por ende al inicio de la revolución de independencia.

El movimiento insurgente más importante, sin lugar a dudas, es el levantamiento de Don Miguel Hidalgo y Costilla, que tuvo la oportunidad de encender la guerra; y si bien es cierto que no llegó a formular un programa de organización política, sí elaboró un programa ----

social, que se concentró en el Bando de Hidalgo, del día 6 de diciembre de 1810, a fin de solventar los gastos de guerra; es en este Bando cuando encontramos un antecedente o una mención de la pena de muerte, en virtud de que en la primera declaración se establece la siguiente disposición:

"1º Que todos los dueños de esclavos deberán darles libertad dentro del término de diez días, so pena de muerte, la que se les aplicará por trasgresión de este artículo".(156).

Tiempo después, Ignacio López rayón, quien fuera sucesor de Hidalgo en la dirección del movimiento insurgente, formuló un proyecto constitucional al que se dió el nombre de "Elementos Constitucionales" dicho documento, no contiene ningún precepto en el que aluda a la pena de muerte.

La Constitución Española de Cádiz de 1812, tampoco menciona en forma expresa la pena capital.

La Constitución de 1814, careció de vigencia práctica, aunque fue sancionada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, con el título de "Derecho Constitucional para la libertad de la América Mexicana" dice lo siguiente al referirse a la pena de muerte:

"Art. 198. Fallar o confirmar las sentencias de deposición de los empleados públicos sujetos a este tribunal: Aprobar o revocar las sentencias de muerte y destierro que pronuncien los tribunales subalternos, exceptuando a las que han de ejecutarse en los prisioneros de guerra y otros delincuentes de Estado, cuyas ejecuciones deberán conformarse a las leyes y reglamentos que se dicten separadamente".(157).

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, no expresa en sus leyes algo especial a la pena de muerte.

Después del movimiento de independencia en 1810, hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte, como arma de lucha contra los enemigos políticos. Era pues, la pena de muerte, en aquel estado caótico en que se vivía, el arma ideal de los contendientes, que por andar tras la ambicionada victoria no se llegaron

156) Roberto Baez Martínez, Derecho constitucional, Cárdenas editor y -- distribuidor, México, 1979, pág. 60.

157) Felipe Tena Ramírez, Leyes fundamentales de México, 1808-1991, -- Porrúa, México, 1991, pág. 52.

a ocupar de una codificación de leyes penales que vinieran a regir la conducta de los hombres, sino que únicamente se procuró la organización de la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto.

D) LA CODIFICACION PENAL A PARTIR DE LA VIDA INDEPENDIENTE DE NUESTRO PAIS

La consumación de la independencia no implicó cambios en el Derecho Penal; proponiéndose en 1838 que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación, a consecuencia de esto, sólo quedó una legislación fragmentaria y dispersa; y precisamente cuando el poder público se establece de una manera más firme y la primera constitución del país es discutida, es cuando en el mundo entero se ha iniciado, de una manera explosiva, el debate sobre la legitimidad o ilegitimidad, la conveniencia o inconveniencia de la pena capital, debate que en México se prosigue con verdadera furia y cuyo inicio se narra en la historia del Congreso Constituyente de 1857:

El proyecto del Artículo 33, que después se convertiría en el Artículo 23 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1857, decía de la siguiente manera:

Artículo 23.- "Para la abolición de la pena de muerte, queda á cargo del poder administrativo el establecer, á la mayor brevedad, el régimen Penitenciario. En tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse á otros casos mas que al traidor á la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, á los delitos graves del orden militar y á los de piratería que definiere la ley". (158).

De la redacción del artículo transcrito se desprende que, la comisión que integraba el Congreso Constituyente ponía como condición para la abolición de la pena de muerte, que el poder administrativo estableciera el régimen penitenciario y sólo establecía restricciones para muy pocos casos de una manera transitoria, y aún para ellos quedaba el recurso del indulto.

158) Felipe Tena Ramirez, op. cit., pág. 610

Al respecto el diputado Francisco Zarco opinó que una cosa tan preciosa y sagrada como la vida del hombre no debería dejarse a la discusión del gobierno y la lentitud de autoridades subalternas.

La abolición de la pena de muerte, añadió, va a depender de la pereza de los albañiles o de la falta de materiales. Aconsejó también que ya que la comisión no estaba decidida a proclamar desde ese momento la abolición de la pena capital, al menos debía de fijar el término preciso para que cesare la pena.

Sobre las restricciones transitorias proclamadas por el artículo que nos ocupa, el diputado Guillermo Prieto, consideró que había sido mal resuelto y expresó: "para mantener la pena de muerte se dice: debemos matar al hombre porque no tenemos donde encerrarlo, porque nos molesta escuchar sus gemidos, porque somos impotentes para moralizarlo, y para no tropezar con ciertas manchas de sangre, queremos borrarlas con más y más sangre...".

¿Y para quién se legisla? Para el pobre pueblo a quien dice el legislador: "No te doy trabajo ni educación; pero te doy cadena: no te puedo dar moralidad; pero te doy horca. Muere, y paga mi indolencia y mi abandono". (159).

Sin embargo, y a pesar de que la doctrina abolicionista fue reconocida de una manera unánime, el artículo en cuestión fue aprobado por 63 votos a favor contra 16, quedando así aplazada la abolición completa hasta que se contara con el sistema carcelario.

Así pues, el sentir general del Congreso Constituyente del 57, expresado en forma brillante entre otros, por Francisco Zarco, Guillermo Prieto, Ignacio Ramírez e Ignacio Vallarta, era de franco rechazo a la pena capital, y si en definitiva quedó aprobada, fue porque se le consideró útil en virtud de que el Estado no contaba con otra sanción con la cual fuera posible sustituirla y su funcionamiento se rige por el Reglamento General de los Establecimientos Penales del Distrito Federal, promulgado poco tiempo después.

El 29 de septiembre de 1900, se inaugura la Penitenciaría de México, es decir, 43 años después quedaba cumplida la condición enunciada en el artículo 23 de la Constitución de 1857 para la abolición

159) Citado por Raúl Carrancá y Rivas, op. cit., págs. 268 y 269.

total de la pena capital, Pero sin embargo, la Cámara de Diputados prefirió reformar el multicitado artículo, rehuendo así a la promesa de tal abolición y el 14 de mayo de 1901, es reformado y queda así:

"Art. 23.- Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos. 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 plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar" (160).

Así pues, cuando debió haber sido cumplida una promesa por nuestros legisladores, bastó con una reforma al artículo en cuestión que, continuó dando vigencia a la pena máxima, aun cuando haya estrechado su cobertura.

Sin embargo al estallar la revolución de 1910, no solo se desató la violencia, sino que dicha pena pervivió en la letra y en la práctica.

Más adelante, en la discusión del artículo que enuncia la pena de muerte, en la sesión del 12 de enero de 1917, y escuchándose las voces de los constituyentes Cravioto, Pastrana Jaimes, Román, Ilizaliturri, De los Ríos, Cedano, Porfirio del Castillo, José Rivera, Fernando Lizardi y Palavicini; se emitieron argumentos en ambos sentidos en relación a la ya antigua controversia que ocasiona la máxima pena; pero llegando al fin a la admisión de la pena de muerte, con el criterio general de ser un mal necesario, redactándolo prácticamente de modo textual a como se contuvo en la Constitución de 1857; así el Congreso Constituyente de 1917 admitió tal pena considerando empero, que debiera desaparecer al momento de existir un sistema penitenciario de la nación en funciones adecuadas.

En las discusiones de dicho artículo se citaba que, finalmente, con seguridad, las legislaturas ordinarias posteriores la irían aboliendo conforme se desarrollara la sociedad.

160) Felipe Tena Ramírez, op. cit. pág. 713.

El Congreso Constituyente de 1917, fue ciertamente previsor, conocía como es claro, cuales son los delitos más repulsivos y que más indignación causan a la sociedad. De acuerdo a ciertos criterios, quizá podrían agregarse a esa lista de delitos merecedores de la pena máxima el narcotráfico y la violación de menores; sin embargo, en este trabajo, se hace necesario reflexionar que, durante años la civilización, la cultura, el humanismo, han ido haciendo que la pena de muerte sea vista en México, como algo indeseable y bárbaro, propio de los países atrasados.

Por otra parte, es importante y necesario considerar la trayectoria de la legislación en cuanto a códigos penales se refiere, pues debido a la anarquía reinante en la aplicación de la legislación penal fue señalada la conveniencia de la formulación de los mismos y para ese efecto se designó una comisión en 1862, la cual fue interrumpida por la Intervención Francesa, durante el Imperio de Maximiliano, quien mandó poner en vigor el Código Penal Francés.

Código Penal de 1871.

En 1868, se formó una nueva comisión, la cual estaba integrada por Don Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Eulalio Ortega e Indalecio Sánchez Gavito, teniendo como modelo el Código Español de 1870; y al año siguiente el 7 de diciembre de 1871 fue aprobado el proyecto por el poder legislativo que comenzó a regir para el Distrito Federal y el territorio de Baja California en materia común y para toda la República en materia federal, el 19 de abril de 1872, Este ordenamiento se conoce como el Código de 71 o Código de Martínez de Castro.

En el Código de 71, la pena de muerte encontró acomodo impulsada por el jurista Martínez de Castro, ya que su voto fue fundamental para el efecto.

Al igual que los integrantes del Congreso Constituyente de 1857, Martínez de Castro estaba convencido de que el momento oportuno para borrar la pena capital de las legislaciones mexicanas, era aquel en que nuestro país contara con un adecuado sistema penitenciario, toda vez que es el único, sin duda, con que pueden alcanzarse los dos grandes -----

finas de las penas, el ejemplo y la corrección moral". (161).

Como se puede apreciar, Martínez de Castro era netamente un abolicionista condicional.

Mientras tanto, la aplicación de la pena capital debía ser la más humana posible, y así lo estableció el artículo 143 del mismo código:

"Artículo 143. La pena de muerte se reduce á la simple privación de la vida, y no podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, ántes ó en el acto de verificarse la ejecución". (162).

La aplicación exentaba a las mujeres y a los varones mayores de setenta años.

Respecto a los delitos, se aplicaba solamente en supuestos graves, como robos con violencia (Art. 404), homicidio calificado (Art. 551), parricidio (Art. 568), secuestro (Art. 619, Fracción IV) y traición (Art. 1080, Fracción I y Art. 1081).

Cabe hacer notar que la ejecución de la pena de muerte se llevaba a cabo en lugar cerrado o en la cárcel; en día no feriado, previa invitación al público mediante carteles puestos en lugares visibles y otorgándose un plazo al penado no mayor de tres días ni menor de 24 horas para que se le administraran los auxilios espirituales de su religión y pudiera efectuar sus disposiciones testamentarias.

Así, en la época del porfiriato, se llevó a cabo miles de veces la citada pena, de modo que la represión fue una de las características del régimen del Gral. Porfirio Díaz.

Cuando en 1910 estalló la Revolución Mexicana, no solo se desencadenó la violencia, sino que la pena de muerte se hizo presente de manera constante en códigos y en hechos. En 1916, Venustiano Carranza decretó aplicarla a quienes incitaran a la suspensión del trabajo en empresas destinadas a prestar servicios públicos, y en general, a toda persona que provocara el impedimento de la ejecución de los servicios.

Larga fue la vigencia del Código Penal de 1871, conser ---

161) Citado por Raúl Carrancá y Rivas, op. cit., pág. 298.

162) Raúl Carrancá y Rivas, op. cit., pág. 325.

vando siempre entre su articulado la pena capital, pero al fin y al cabo de 50 años, las esperanzas de los abolicionistas se vieron coronadas al aparecer el efímero Código Penal de 1929.

Código Penal de 1929.

Este código, también llamado Código de Almaraz fue el primero que tuvo el privilegio de borrar de su articulado la pena de muerte; para ello, la comisión redactora tras enconados debates, y gracias a las influencias que sobre ella ejercieron Don Guadalupe Mauricio y Don Luis Chico Goerne, y después de hacerse un análisis general acerca de la evolución de la pena, así como también de hacer un recuento de los argumentos en pro y contra de la pena máxima, vió la realidad de nuestro ambiente social y consideró que la supresión de la pena capital podría traer como consecuencia una transformación lenta de nuestras costumbres y tendencias.

Se negó de una manera rotunda que la desaparición de tal pena pudiera estimular la criminalidad, afirmándose por lo contrario, que tal desaparición vendría a ser un factor importante para un nuevo y mejor orden social.

El entonces presidente, Lic. Emilio Portes Gil, fue quien consumó esa ley que abolió la pena capital, expresando ideas y puntos de vista en torno al asunto, que resulta interesante incluir en nuestro trabajo por su concordancia al mismo. De este modo, el Lic. Portes Gil, develó un carácter humano, acorde con la realidad mexicana, al suprimir la pena de muerte en el Código penal de 1929, que aunque transitorio, con vastos fundamentos, en virtud de la nula ejemplaridad observada en las ejecuciones precedentes, enfatizando que, medida "tan ejemplar" solo condujo a la incentivación de los delincuentes, induciéndolos a cometer más y más delitos.

Fue de esta manera que el máximo castigo, desapareció del catálogo de las penas en el Código de 1929.

Código Penal de 1931.

En 1931, y con motivo de la elaboración de Código Penal la comisión redactora no vaciló en conservar la abolición de la pena máxima, toda vez que no encontró razón para establecer dicha sanción.

Este código fue promulgado el 13 de agosto de 1931, por el presidente Pascual Ortiz Rubio, y hasta la fecha, dicha pena no ha sido incluida nuevamente en nuestros códigos penales.

Por otra parte, la pena de muerte ha desaparecido del Derecho Penal Ordinario Nacional, es decir, ha quedado suprimida en los 31 Estados que integran la República Mexicana y en el Distrito Federal.

Con razón, el jurista García Ramírez nos dice: "En el panorama del Derecho secundario estatal la pena de muerte ha decaído por completo. Jamás se ha dado el caso de que un Estado abolicionista mexicano rectifique el camino y reimplante la sanción capital". (163).

Estamos de acuerdo con García Ramírez en cuanto a que no ha surgido la reimplantación de la pena de muerte en los Códigos Penales de los Estados, ni de el Distrito Federal, razón por la cual consideramos la alta susceptibilidad de derogación del Párrafo III del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ya que en el Art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que México participó, en su punto 3 establece que: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". (164).

Con lo anterior dejamos por concluidos los comentarios de carácter histórico sobre las penas en México, en los que hemos resaltado de manera especial los aspectos que a la pena de muerte atañen, para pasar directamente a la legislación vigente; el análisis del Artículo 22 Constitucional.

163) Sergio García Ramírez, Manual de prisiones, op. cit., pág. 143.

164) Sergio García Ramírez, Los derechos humanos y el derecho penal, -- Miguel Ángel Porrúa, México, 1988, pág. 70.

E) ANALISIS DEL ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su numeral 22 estipula:

"Artículo 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso del enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

Queda 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 o, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar". (165).

Indudablemente en el Párrafo III es en el que se encuentra legalmente fundamentada y prevista la aplicación de la pena máxima.

Es claro, que la pena de muerte se encuadra en el mismo contexto en el que se encuentran las penas más desastrosas del control social penal, ahí, donde se manifiesta de forma expresa la prohibición de penas crueles, inusitadas y trascendentales; sin embargo, ¿qué acaso la pena que priva de la vida, no participa de estas calificaciones ?, definitivamente sí, y nos lo confirma Sergio García Ramírez:

"No extraña que la mención a la muerte se haga en el mismo texto donde se habla de sanciones crueles, inusitadas y trascendentales. Acaso, consciente o inconscientemente, se sabe que la muerte participa de estas calificaciones. Cuando se ha querido impugnarla en otros -----"

165) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., --
pág. 29 y 30.

países, mirando sobre todo hacia el texto anglosajón, sus adversarios aducen que la pena capital debe desaparecer porque es, precisamente, un castigo cruel, inhumano, trascendente".(166).

Se hace necesario para poder continuar, el esclarecer términos que se encuentran en nuestro artículo de estudio, así como en citas a las que hemos acudido; así, en primer término, definiremos qué es una pena inusitada y qué una pena trascendental, respecto a lo que Juan Federico Arriola; nos dá luz con estas palabras:

"Semánticamente, inusitado es lo inusual, por lo que se podría entender que este precepto se refiere a las penas fuera de uso pero, en realidad, la connotación jurídica indica que la pena debe estar consagrada en las leyes. Así, se confirma el axioma nulla poena sine lege, y la pena trascendental consiste en castigar tanto al delincuente como a otras personas no precisamente involucradas en el delito cometido, lo cual es una injusticia evidente, por lo que se violaría la personalidad en la sanción penal". (167).

En nuestro punto de vista, consideramos que la abolición "De Facto", no es suficiente para poder decir que la pena de muerte no existe en México, sino que es necesario compeler por la derogación del Párrafo III del Artículo 22 Constitucional para abolir "De Iure", en la legislación común y en la militar, en tiempo de paz y de guerra, la última pena.

Afirmamos lo anterior, pues al estar en vigor el citado párrafo, nadie podrá soslayar, que en cualquier momento y dadas ciertas circunstancias, sea dable la aplicación de la pena de muerte en nuestro territorio, sin encontrarse objeción para ello dado que está regulada en la ley fundamental.

La abolición "De Iure" de la pena capital, no sólo se presenta como forzosa y necesaria, sino que de darse marcaría un avance fundamental para alcanzar el Estado de Derecho anhelado por cualquier ciudadano de bien; si la sangrienta pena se obstina en permanecer en la Carta Magna, el Estado de Derecho Mexicano, no será verdadero, toda vez que sólo existirá en la letra constitucional.

166) Sergio García Ramírez, Los derechos humanos y el derecho penal, op. cit., pág. 209.

167) Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 86.

En esta posición, consideramos que la pena máxima debe abolirse aún en materia castrense, pues no tiene caso que se prive de la vida a un militar, siendo las fuerzas armadas una institución altamente reconocida a cualquier nivel.

Expresamos de manera manifiesta, nuestro acuerdo en que ambas sociedades, tanto civiles como militares, se desarrollan en dos campos distintos, en cuanto a la forma de trabajo se refiere, las actividades, son pues, desiguales, pero el hombre y sus fines son los mismos: el derecho a la vida es el mismo; el soldado, el piloto o el marino, también tienen zozobra y tranquilidad, también quieren progresar y alcanzar metas. Así, aunque su misión sea diversa a la civil, no por ello debe existir perplejidad; es mejor pensar en seleccionar al hombre y sancionarlo de acuerdo a su status en el conglomerado social.

Pero se puede objetar diciendo que el militar tiene la misión especial de velar por la seguridad de la Nación, que es un ser humano educado y entrenado para dar la vida por la Patria, por lo que si delinque, debe ser reprimido con mayor rigor, ya que son muy altos los valores con los que él tiene contacto, pero en función a esos valores citados, ¿qué acaso no puede ser más peligroso un delincuente civil?

Por nuestra parte concluimos que, ya sea un militar o un civil, ambos se encuentran revestidos de la calidad de ser humano y por lo tanto el hecho es el mismo, así pues, ante cualquier tipo de sociedad, nuestra actitud para la pena de muerte es reprobatoria.

De lo anterior, debemos concluir que el Congreso Constituyente de 1917 prohibió terminantemente la pena de muerte para los delitos políticos y para todos aquellos no enumerados expresamente por la disposición citada y, al mismo tiempo, dejó al arbitrio de cada una de las Entidades Federativas, así como de las fuerzas militares en su caso, el determinar la imposición o falta de esta última pena; en los casos previstos, la prohibición de la pena capital no es absoluta, y se establecen casos detallados en los que se permite su aplicabilidad, sin imponerla como obligatoria para las autoridades civiles y militares. Esto quiere decir que si los Congresos Locales deciden prever la multicitada pena en los Códigos Punitivos para los casos específicos, estarán dentro del marco de la ley; sin embargo, se incurriría en violación de los tratados internacionales de los que México ha sido copartícipe.

Antes de estudiar cada uno de los delitos por los cuales cabe la posibilidad de aplicar la nefasta pena, es necesario referirse brevemente al tema de los delitos políticos, se aclara que éstos quedan estrictamente prohibidos para la aplicación de la pena de muerte. En consecuencia, se debe dilucidar su naturaleza para comprender su contexto en la ley fundamenta.

Delito Político.

El jurista Ignacio Burgoa, en cuanto al delito político dice:

"Todo hecho delictivo vulnera o afecta determinado bien jurídico (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.) Cuando la acción delictuosa produce o pretende producir una alteración en el orden estatal bajo diversas formas, tendiente a derrocar a un régimen gubernamental determinado o, al menos, engendra una oposición violenta contra una decisión autoritaria o exigir de la misma manera la observancia de un derecho, siempre bajo la tendencia general de oponerse a las autoridades constituidas, entonces el hecho o los hechos en que aquélla se revela tienen el carácter político y, si la ley penal los sanciona, adquieren la fisonomía de delitos políticos". (168).

El doctor Burgoa ha descrito con claridad lo que son los delitos políticos, y el Código Penal para el Distrito Federal, los señala en su Artículo 144:

"ARTICULO 144.- Se consideran delitos de carácter político los de rebelión sedición, motín y el de conspiración para cometer los"(169).

Entre los elementos de la relación delictiva del delito político, encontramos: un sujeto pasivo, un sujeto activo y el objeto, que son ubicados de la siguiente manera.

El sujeto pasivo.- El Estado.

El sujeto activo.- El delincuente, el que realiza la conducta ilícita.

El objeto.- Sería el abolir o reformar la ley fundamental, o eliminar de sus cargos a ciertos funcionarios públicos.

168) Ignacio Burgoa, Las garantías individuales, Porrúa, México, 1992, - pág. 664.

169) Código penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 38 bis.

La Constitución Política, como ya hemos visto, prohíbe sea aplicada la pena capital a los delincuentes políticos, sin embargo, la realidad nos señala que de hecho se ha aplicado esta pena, precisamente por delitos políticos, ya que se han valido de ella personalidades con jerarquía política, para hacer desaparecer a sus rivales.

Juan Federico Arriola, nos dice: "La terrible realidad de los delitos políticos se sintetiza en los seres humanos que reciben el nombre de presos políticos, todos ellos privados de su libertad, algunos por instigaciones violentas, otros quizá sólo por sus manifestaciones políticas contrarias al régimen en que viven. ¿Que país está exento de presos políticos?" (170).

En cuanto a la reclusión de reos, el Artículo 26 del Código Penal expresa: "Los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos serán reclusos en establecimientos y departamentos especiales". (171).

Se presenta en este artículo otra contradicción con la realidad, y es ahora Jesús Rodríguez y Rodríguez quien explica: "...el lugar donde se les recluye es el mismo que el destinado a los delincuentes del orden común, en flagrante violación del citado mandato legal" (172).

Ahora bien, la Carta Magna considera como delitos merecedores de la pena de muerte los siguientes: traidor a la Patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con premeditación, alevosía o ventaja; al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos y a los delitos graves del orden militar, mismos que para continuar con nuestro análisis desglosaremos:

A) Traidor a la Patria en guerra extranjera.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su Artículo 123, expone diversos casos que son punibles por considerarse como traiciones a la Patria, en las que son enunciadas todas aquellas situaciones en las que un individuo comete un delito contra la seguridad -

170) Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 88.

171) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 10-2

172) Citado por Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 88

de la Nación, sin embargo, la imposición de pena que se indica en el citado Código es la prisión de 5 a 40 años y multa, lo que nos hace ver que el Párrafo III del Artículo 22 Constitucional, se encuentra discordante con el Código Penal.

B) Parricidio (ver anexo).

El Artículo 323 del Código Penal establece: "Se da el nombre de parricidio: al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco" (173).

El mismo Código, en su Artículo 324, señala la pena que ha de imponerse al que cometa delito de parricidio se le aplicará de 13 a 50 años de prisión"(174). Vemos nuevamente que no se acude a la pena máxima.

C) Homicidio con alevosía, premeditación o ventaja.

Estudiando ahora el homicidio calificado, vemos cuales son los elementos que lo integran:

Premeditación: Etimológicamente es una palabra compuesta, en la que el sustantivo meditación, significa 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". (175).

A partir de lo metódico que pudiera parecer el concepto escrito, es posible realizar diferentes acepciones que jurídicamente se han dado a la premeditación, ya que por la subjetividad que implica su presencia, aún no es establecida su relación con otras pautas jurídico penales, de tal suerte que, para clarificar el enfoque que puede adherirse a la premeditación se ha hablado de:

a) **Premeditación**, como la calificativa agravadora por excelencia, basándose en la responsabilidad penal y en el discernimiento que tiene lugar en el individuo cuando éste medita reflexivamente para cometer un --

173) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 81.

174) Ibid, pág. 82

175) Francisco González de la Vega, Derecho penal mexicano, los delitos, Porrúa, México, 1973, pág. 67.

ilícito, como es descrito en nuestro Código Penal; en este caso intervienen de manera determinante dos elementos: la anticipación y la reflexión, es decir, el tiempo y la naturaleza interna del sujeto: La premeditación, como calificativa agravadora de las penas, en el caso de las lesiones y el homicidio, cambia radicalmente los términos de la pena, al elevar sustancialmente la severidad de la misma.

b) La premeditación, en cuanto a la subjetividad que representa, puede verse manifestado en las conductas exteriores y previas del sujeto, tales como vigilancia de la víctima, adquisición de armas, en fin, cuanto movimiento configure como parte de un plan previamente elaborado para el fin.

c) Se habla de premeditación indeterminada, cuando el sujeto, sin un previo objetivo, ni plan anticipado, ocasiona lesión a una persona cierta y determinada, bien porque se encuentre en un lugar dado, bien por que reúna ciertas características, en fin, lo cierto en este caso, es que la intencionalidad del hecho ha sido en esencia, incierta; sin embargo, ha sido resuelto calificarlo y por ende, agravarlo, en función a la tutela que de bienes jurídicos existe.

Ahora bien, hablando de la ventaja, en el sentido estrictamente semántico, la ventaja implica cualquier clase de superioridad que caracteriza a una persona en relación a otra. Esta agravante es de esencia netamente mexicana, y si bien se señalan parámetros a seguir, es menester aclarar que, jurídicamente hablando, la ventaja no puede encuadrarse de manera drástica en una definición semántica, dado que las circunstancias que acompañan a un delito, pueden favorecer a un sujeto independientemente de reunir cualquier índole de características superiores al otro, o no; además de que penalmente, la ventaja como calificativa agravante, solo podrá ser considerada si el delincuente no atraviesa por situaciones de riesgo o peligro.

El catálogo penal del Distrito Federal nos habla taxativamente de la ventaja en las cuatro fracciones del Artículo 316. Pero el Artículo 317 la considera como calificativa "... 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". (176).

Dicho artículo en su parte final, explica que se requiere que la ventaja sea absoluta, es decir, que no dé margen a la defensa, así prácticamente, la ventaja se encuentra refugiada en la segunda forma de alevosía definida por nuestra ley penal.

La alevosía consiste, según el Artículo 18 del citado Código Penal en: "... sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".(177).

La alevosía implica cautela por parte del delincuente, a fin de asegurar la comisión del delito sin que él corra riesgo alguno.

Se encuentran en la definición citada, dos elementos: el finalístico y el externo. El elemento finalístico se proyecta teleológicamente con la idea-fin de impedir la defensa del sujeto pasivo; y el elemento externo, que se hace visible en los medios practicados por el sujeto para llevar a efecto su planeado ilícito, sin problemas para él.

Se han evidenciado tres formas de manifestación externa de alevosía: la asechanza, la sorpresa y el empleo indiscriminado de estrategias que coarten la defensa del individuo víctima.

El sorprender de improviso a la víctima, generalmente impide que ésta se pueda defender. Así por ejemplo, el vigilar constantemente a una persona es un acto preparatorio del delito; por lo que esta primera clase de alevosía coexiste casi siempre en la premeditación.

De asecho, se deduce que el alevoso resolvió, reflexionó con anterioridad el delito. La alevosía de asechanza o de sorpresa imprevista puede suponer la premeditación; pero ésta última puede existir sin la anterior.

La segunda forma de alevosía, es aquella en que se emplea cualquier otra clase de medios que no dan lugar a que se defienda el ofendido y éste, por estar de espaldas no puede defenderse de la agresión.

Hemos analizado ya los elementos que participan en la integración de un homicidio calificado, pero será interesante ahora, aludir el artículo 320 del multicitado Código Penal que señala: "Al autor de un homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión". (17B); una vez más no se atañe a la pena capital, aun siendo ---

177) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 81.

178) Ibidem.

uno de los delitos señalados por la Constitución como merecedor de ella.

D) Incendiario.

El incendiario, dice Escriche, es: "El que maliciosamente pone fuego á edificios mieses ó otra cosa ajena". (179).

Al incendiario, el Código Penal para el Distrito Federal lo contempla en una modalidad del delito de daño en propiedad ajena en el Artículo 397, que a la letra dice: "Se impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro..."(180). Asimismo, el Artículo 399 bis del mismo código señala que: "Los delitos de abuso de confianza y daño en propiedad ajena siempre se perseguirán a petición de la parte ofendida". (181).

Se hace presente otra vez la incongruencia en nuestras leyes y la poca funcionalidad que caracteriza el Párrafo III del Artículo que hoy nos ocupa.

E) Plagio o secuestro.

La palabra plagio contempla en sus inicios "... tanto la sustracción de un siervo en daño de su dueño como el secuestro de un hombre libre para venderlo como esclavo".(182).

Al proclamarse la abolición de la esclavitud, el delito de plagio, en su primera forma, quedó borrado, mas en las leyes modernas quedó escrito con características nuevas, que son causa de las mutaciones sociales, por lo que ya no se exige como requisito esencial el ánimo de lucro, sino que también se incluye el ánimo de venganza.

Sobre la trascendencia penalística que se confiere al significado de secuestro, se ha escrito: "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 que se entrega para que la persona arbitrariamente detenida recobre la libertad".(183).

179) Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas, "Escriche Mexicano", por el Lic. Antonio de J. Lozano, Orlando Cárdenas editor, Irapuato, Gto., 1ª edición, 1992, pág. 632.

180) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 96-10.

181) Ibid, pág. 96-11.

182) Mariano Jiménez Huerta, Derecho penal mexicano, Tomo III, Porrúa, - México, 1986, pág. 136.

183) Ibid, págs. 137 y 138.

El plagio o secuestro se encuentra regulado en el Artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal.

La Fracción I del mencionado artículo establece: "I.- Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquella;" (184).

El contenido del rescate, puede consistir en alhajas, dinero o bien, algún objeto de interés para el delincuente; por lo que se refiere a daños y perjuicios, la primera aplicación comprende cualquier pérdida, ruina, deterioro causado en los bienes patrimoniales del secuestrado; los perjuicios aluden a quebrantos, males, deméritos o gastos que repercutan en el patrimonio del plagiado.

La Fracción II del ordenamiento legal en cita, menciona: "II.- Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;" (185)

En ésta, se alude a los daños físicos o morales que se causan a la persona secuestrada.

La Fracción III del mismo artículo, indica: "III.- Si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o causarle un daño, sea a aquélla o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza;" (186).

Aquí, existe una pretensión del sujeto activo para que la autoridad realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza, por ejemplo, poner en libertad a ciertos reos, retirarse de determinado lugar, en fin; el hecho es que representa una verdadera extorsión que deja en manos del poder público la vida del rehén.

La Fracción IV, contiene otra de las circunstancias que erigen en secuestro la privación de la libertad; "IV.- Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;" (187).

En este caso, es menester acudir al Artículo 165 del mismo código, para determinar la circunstancia especificada: "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

184) Código Penal para el Distrito Federal, op. pág. 92.

185) Ibidem.

186) Ibidem.

187) ibidem.

se permita y las dimensiones que tuviere, excluyendo los tramos que se hallen dentro de los límites de las poblaciones". (188).

La acepción que se dá al término de paraje solitario es amplia, pues se incluye en ella no solo las calzadas que conducen a poblaciones y ciudades, sino también aquellos sitios, que dentro de las mismas, se caracterizan por extrema soledad a altas horas de la noche.

La fracción V, indica que también se puede originar el delito de secuestro "Si quienes cometen el delito obran en grupo;" (189); entendiéndose por grupo, banda, cuadrilla, partida, sin especificar la ley el número de personas que deban integrarlo.

Para finalizar el análisis del Artículo 366, apuntaremos su fracción VI, que a la letra dice: "Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor". (190).

En este caso, se ve claramente que se habla de la palabra robo, la cual no es aceptada en el lenguaje jurídico actual, puesto que es aplicable solo a cosas muebles.

Así, una vez señaladas todas las situaciones que adquieren carácter de plagio, se hace menester citar la sanción que el Código Penal marca para ellas, en el mismo artículo que se especifican; "Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa,..."(191); encontrando que no se hace mención a la pena de muerte, como sería de esperarse si la fracción III del Artículo Constitucional que nos atañe, tuviera funcionalidad actual.

F) Asalto.

El Escriche Mexicano define al salteador de caminos como: "El que sale a los caminos y roba a los pasajeros".(192).

El Código Penal en vigor para el Distrito Federal lo prevee en los artículos 286 y 287 respectivamente, que corresponden a los delitos contra la paz y seguridad de las personas, en el capítulo de allanamiento de morada.

188) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 43.

189) Ibid, pág. 92.

190) Ibidem.

191) Ibidem.

192) Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas, op. cit., pág. 1069.

La conducta típica está constituida por el uso de violencia sobre una persona (fuerza física o coacción psíquica sobre el asaltado).

La tipicidad de la conducta en el delito de asalto, está condicionada por una referencia al lugar, pues ha de efectuarse en despoblado o paraje solitario; entendiéndose por despoblado el lugar desierto, yermo o desprovisto de edificaciones ocupadas y por paraje solitario el que se halle muy esporádicamente transitado.

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

Dicho decreto, estableció con claridad los casos en los que la pena capital tuvo acceso de aplicación y aprobó la suspensión de garantías individuales.

Más adelante, el 28 de diciembre de 1945 y el 21 de enero de 1946, se publicó un nuevo decreto, "que levanta la suspensión de las garantías acordada el 12 de junio de 1942, y restablece el orden constitucional, ratificando y declarando vigentes las disposiciones que el mismo especifica" y en el Artículo 11. Fracción III, aclara: "La pena de muerte establecida por la legislación de emergencia se substituye por la de treinta años de prisión". (193).

Actualmente, el delito de asalto en despoblado, se encuentra inmerso en el capítulo de Allanamiento de Morada, del ya multicitado Código Penal, y su penalidad es de acuerdo a lo señalado en los artículos 286 Y 287.

"ARTICULO 286.- 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 asentamiento para cualquier fin; y cualesquiera que sean los medios y grado de violencia que se empleen, e independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará con prisión de uno a cinco años" (194).

193) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 102-11.

194) Ibid, pág. 76.

"ARTICULO 287.- Si los salteadores atacaren una población, se aplicará de veinte a treinta años de prisión a los cabecillas o jefes, y de quince a veinte años de los demás". (195):

Con esto, se manifiesta de nueva cuenta, que el Párrafo III del Artículo objeto de nuestro análisis es propio de una época ajena a la actual, es decir, discordante con la modernidad del Derecho Positivo.

g) Pirata.

El delito de piratería tiene por escenario la extensión de los mares y constituye un atentado contra los bienes y las personas, perpetrado con barcos armados al efecto. Este delito se encuentra tutelado por la Fracción I del artículo 146 del multicitado Código penal para el D.F., que establece: "Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo; "(196).

El mismo código, en su artículo 147, señala la sanción a este delito: "Se impondrá de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata". (197).

Nos encontramos una vez más, con la incongruencia que impera en nuestro Código Punitivo y la Carta Magna; y dado que en cada punto analizado de este párrafo III del artículo en análisis se ha hecho evidente la discordancia, concluimos, que si bien, la pena de muerte ha desaparecido de nuestros códigos penales, siendo suplantada por sanciones ajenas drásticas y que denotan objetividad y a la vez modernidad y positivismo; no tiene sentido que permanezca a la luz de la ley, la permisón que se hace en el párrafo Constitucional citado, por lo que sugerimos sea derogado.

195) Código Penal para el Distrito Federal, op. cit., pág. 76.

196) Ibid, pág. 38 bis vta.

197) Ibidem.

H) Delitos graves del orden militar.

En este, aspecto pertinente nos remitamos al contenido que en materia castranse se anota al respecto.

El legislador militar ha hecho uso de la acción que la Ley Fundamental otorga y, en consecuencia, el Código de Justicia Militar prevé el castigo mortal en numerosos artículos dentro de los cuales se encuentra el 122, Fracción V; 142, 151, 174, Fracción I; 190, Fracción IV; 203; 206; 208; 210; 219; 237; 252; 253; 272; 274, Fracciones I y III; 279, Fracción I; 282, Fracción III; 285, Fracción IX; 286; 290; 299, Fracción VII; 303, Fracción III; 305, Fracción II; 311 in fine; 312; 313 in fine; 315; 318 Fracción VI; 319, Fracción I; 321; 323, Fracción III; 338, Fracción II; 356; 359; 362; 363 in fine; 364, Fracción IV; 376; 385; 386; 389; 397 y 398.

Debido a lo tedioso que sería transcribir literalmente y explicar todos y cada uno de los artículos arriba enumerados, estimamos conveniente, apuntar solamente los principales casos que dan motivo a la pena capital militar, en los que encontramos que se priva de la vida por los siguientes delitos:

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, rebelión, deserción, falsa alarma, asonada, infracción de deberes especiales de marinos, aviadores y centinelas, y otros más relacionados con nuestra bandera, guardias salvaguardias, tropa formada, ejército, abuso de autoridad, entre otros.

En los inicios de este análisis, hicimos ya, los comentarios que denotan nuestra posición en este aspecto de la sociedad militar, subrayamos nuevamente, que aunque el Código de Justicia Militar conserve en sus líneas enunciados que permitan la pena capital, es nuestra opinión contraria a ello, por ser los militares individuos adiestrados para servir a los más altos valores y sobre todo por encontrarse revestidos de la calidad de ser humano que todo Derecho, que se diga positivo, debe proteger.

Ahora bien, una vez que se ha considerado que el Código de Justicia Militar prevé la pena de muerte y bajo qué circunstancias -----

la aprueba y aplica, en base a lo enunciado en la Constitución Mexicana, a saber: "...para delitos graves del orden militar". (198), cabe una crítica reflexión a la aparente compatibilidad entre ambas leyes.

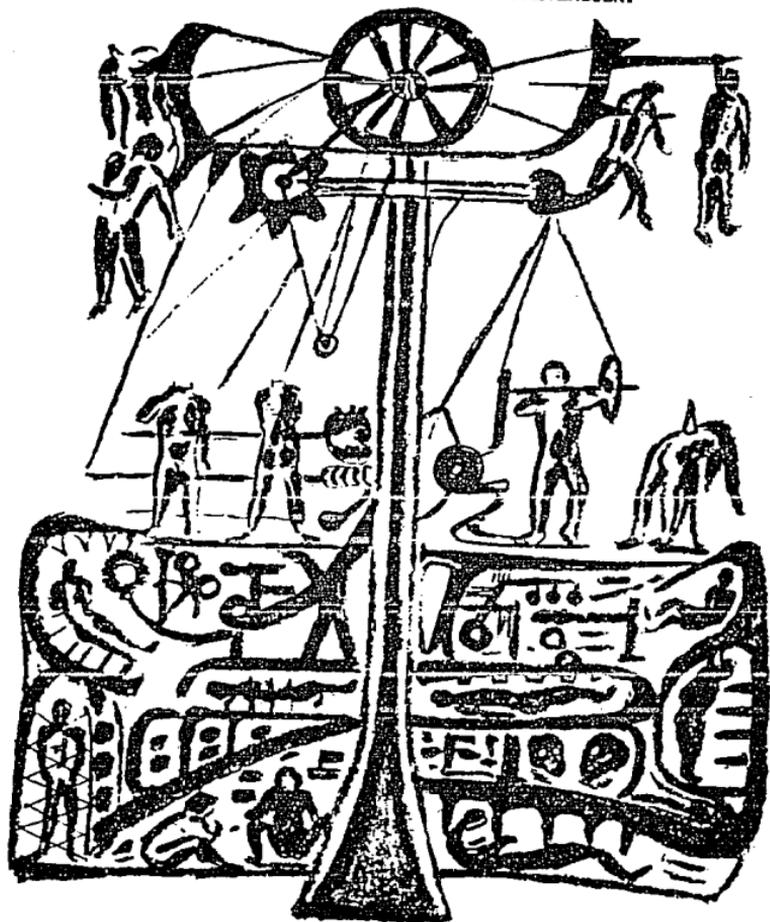
Encontramos que, la Constitución Política, en su Artículo 22, Párrafo III, se manifiesta en términos ambiguos, al señalar: "delitos graves del orden militar", expresión con la que deja abierta la opción a variedad de interpretaciones, donde en un momento dado, puede caerse en la subjetividad del criterio, o apreciación; o bien, en la adopción de criterios tan amplios, que sobrepasen los límites impuestos por el mismo artículo, cuando se dice "queda prohibida la pena de muerte para los delitos políticos".

Con esto queremos llegar al hecho de que delitos catalogados como políticos, como la rebelión, el motín y la sedición, por el artículo 144 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, observan otra concepción en el Código de Justicia Militar, que apegándose a la Ley Fundamental, no considera políticos el motín, la rebelión y la sedición, al igual que el Código penal; observamos que en la materia castrense, se señala la pena de muerte para el motín y la rebelión, lo que nos hace pensar que no los tiene catalogados como políticos, mientras que la sedición si la considera dentro de esta clasificación, toda vez que para ésta no prevé dicha pena.

Esta somera comparación entre Constitución Política, Código Penal y Código de Justicia Militar, germina en nosotros la opinión de que en función a los diversos planteamientos de las leyes, se estratifica a los hombres, eximiendo a unos, arriesgando a otro, creando ciudadanos de primera y de segunda clase, cuando la ley, desde su esencia, debe ser igual para todos, militares o civiles.

198) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., --
pág. 30.

CAPITULO V
LA PENA DE MUERTE
EVOLUCION, EFECTIVIDAD, EJEMPLARIDAD Y PREVENCIÓN.



A) CONCEPTO.

Después de haber hecho la necesaria introducción al estudiar en capítulos anteriores, temas de gran interés para el Derecho Penal y, que están íntimamente ligados con la pena de muerte, expondremos algunos conceptos que se han dado sobre la misma, para luego hacer una breve reseña histórica.

Francesco Carrara escribe con énfasis: "Penas capitales son las que privan de la vida al delincuente". (199). Puede parecer una definición demasiado escueta, sin embargo, enmarca en muy pocas palabras en que consiste la sanción.

Ignacio Villalobos, expresa al referirse a la pena máxima: "Apenas si es necesario decir que con este título de "Pena Capital" se hace referencia a la privación de la vida o supresión radical de los de delincuentes que se considera que son incorregibles y altamente peligrosos". (200). Al leer esta definición, vemos con claridad que la nefasta pena se aplica a los delincuentes incorregibles, es decir, a las personas que no pueden llegar a regenerarse, sin remedio, a aquéllos que se piensa no podrán llegar a la readaptación de la vida en común; aunando a esto la calidad de altamente peligrosos; en consecuencia, el criminal debe cumplir ambas cualidades para ser acreedor a la última pena.

El citado tratadista considera, como último recurso, eliminar para siempre a ciertos individuos juzgados como incorregibles y altamente peligrosos, consideramos que es un tanto arriesgado llegar a una conclusión como ésta, toda vez que no hay lugar para la corrección en la pena de muerte, ya que el reo ejecutado no tiene oportunidad de probar que sea inocente, y en caso de culpabilidad, no podrá demostrar su readaptación a los miembros de la comunidad.

Ahora bien, por lo que respecta a la calidad de altamente peligrosos, cabe decir que en ella no podemos incluir a todos los reos, ya que hay delitos que, aunque son penados, no ameritan una sanción tan severa como la muerte, y que aquéllos a los que se considere pertinente --

199) Francesco Carrara, op. cit., Volumen II, pág. 100.

200) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 542.

adjudicar este calificativo, merecen ser susceptibles de participar en procesos rehabilitatorios que nulifiquen, o bien disminuyan dicho adjetivo, y por ende les facilite el camino a la vía social.

Es opinión de los penalistas modernos, que la sanción de muerte implica una violación grave de las leyes naturales y sociales, razón que nos lleva a establecer la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo.

En este aspecto, es por demás interesante la tesis que sustenta Truyol y Serra: "Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro- equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consignados y garantizados" (201).

En España, Javier Hervada, un estudioso del Derecho Natural, expresa enfáticamente: "Lo lícito por derecho natural puede convertirse en ilícito por disposición positiva, pero no lo contrario, es decir, lo ilícito por derecho natural no puede transformarse en lícito por ley positiva". (202).

Creemos, que dicha expresión llega oportunamente a reforzar la postura en contra de la pena de muerte que sustentamos, toda vez que el homicidio es ilícito por ley natural, por consiguiente, no puede ser lícito por ley positiva, aun cuando se encuentre regulado en las legislaciones; asimismo, se ha pretendido, de forma errónea, hacer creer que quienes actúan conforme a la ley positiva -funcionarios y verdugos-, se colocan en la esfera de la licitud.

Por otro lado, no se puede pasar por alto, que el Derecho Natural y el Derecho Positivo, sean complementarios, ambos se necesitan, se retroalimentan para formar un sistema jurídico sólido.

Cabe subrayar, de acuerdo a la ley causa-efecto, que para comprender un problema es necesario analizar las causas que lo originaron, porque sin esto, ninguna solución sería viable.

Fundadas las ideas anteriores, nos atrevemos a formular dos conceptos de la sangrienta pena en estudio.

201 Citado por Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 78.

202 Javier Hervada, Introducción crítica al derecho natural, Editora de revistas, México, 1985, pág. 175.

1. La pena de muerte, conocida también con los nombres de pena máxima, pena capital y en sus inicios como pena ordinaria, tiene por objeto privar de la vida, a aquellas personas acusadas de haber cometido ciertas conductas ilícitas, mediante los procedimientos y órganos de ejecución que marca la ley positiva.

2. La pena de muerte, constituye una agresión extrema contra la integridad física y mental del condenado a perder la vida, que se encuentra indefenso a disposición de las autoridades competentes.

Para concluir, y enmarcar nuestras formulaciones acerca de la pena capital, cabe citar las palabras del jurista Juan Federico Arriola: "La pena de muerte significa impotencia para enfrentarse a la compleja naturaleza humana". (203).

B) HISTORIA, PERIODOS QUE PUEDEN DISTINGUIRSE EN SU EVOLUCION.

En cuanto a la historia, en el capítulo anterior, apuntamos ya que la penalidad como castigo ha sido de una evolución constante, y el Derecho Punitivo ha venido humanizándose paulatinamente con un continuo devenir de mayor a menor severidad, observándose también ese fenómeno respecto de lo que se ha llamado: homicidio legal, sanción de muerte, pena capital, máxima pena, última pena, es decir, la pena de muerte.

Ciertamente, la pena de muerte es tan antigua como la humanidad misma, ha sido aplicada por la generalidad de los pueblos; babilonios, fenicios, griegos, romanos, germanos, aztecas, mayas, tarascos; con razón, Barbero Santos afirma: "La pena de muerte acompaña a la humanidad como su trágica sombra". (203).

Al revisar las leyes arcaicas, es natural encontrar consignas como estas "no mateis si no quereis ser muerto", o bien "el que mate sea muerto"; estos designios revelan la famosa "Ley del Talión", cuya vigencia en los pueblos primitivos se explica en función a que aquéllos aún no habían desarrollado en plenitud su espíritu.

De este modo, desde el Código de Hammurabi, que apareció con los Fenicios en el siglo XVII A. de C., encontramos ya señalado el respeto a la vida o a la integridad corporal del hombre, pues indicó límites claros en las penas respecto al delito cometido, por desgracia,-

203) Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 104.

204) Marino Barbero Santos, La pena de muerte, el ocaso de un mito, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 3

lo que pudo haber sido una base de humanitarismo, se desvirtuó a través del tiempo, al aparecer las clases dominantes, las que al cuidar su posición, atentan contra la vida del hombre, ya no por venganza de un mal sufrido; sino para asegurar una privilegiada posición social.

Es por eso que encontramos métodos severísimos y crueles en los periodos que el Derecho Penal ha clasificado, como son: la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, el periodo humanitario y el periodo científico, mismos que aludiremos a continuación.

Es conveniente remontarnos a las fases históricas con el propósito de analizar si era o no razonable el aplicar la última pena; esto nos conduce a las interrogantes sobre ¿si las actitudes tomadas por las sociedades arcaicas y modernas fueron por estar ausentes toda idea de justicia y reintegración al orden social-jurídico?, o bien, ¿si actuaron arbitrariamente por así convenirles?.

En efecto, cuando el primitivo grupo social se encontraba en la etapa de formación, el castigo de las conductas ilícitas encontraba rudimentarias soluciones; así, es indispensable nos remontemos a la era en que el hombre primitivo, luchando por sus bienes personales o su vida lesionaba o mataba, o por el contrario, resultaba lesionado o muerto por sus agresores; y manifestándose en sus actos como instrumento de conservación la idea de venganza, nos referimos expresamente al periodo de la venganza privada. En este periodo, es por medio de la fuerza que se repele a la fuerza de una manera intuitiva y se castiga de una forma brutal, llegando hasta la muerte para defenderse del sujeto criminal.

Puede decirse, que en los primeros grupos sociales, la idea de justicia nace a la luz de la más primitiva intuición de venganza, consolidando las normas de convivencia por el carácter consuetudinario que presentaran y por el respaldo del grupo social, puesto que dichas normas no encontraban un órgano específico para establecerse, era el grupo en general, el encargado de cumplirlas y hacerlas cumplir a sus miembros, evidentemente a través de medidas bárbaras; esta primitiva manera de organización, no dió lugar pues, a la concepción de una idea de justicia más humana; por lo que es aquí, donde se encuentra el origen de lo que más tarde sería llamado pena de muerte; no es extremo entonces decir, que la pena de muerte, nace simultáneamente con la historia de la humanidad.

Posteriormente aparece otra etapa del Derecho Penal, denominada de la venganza divina, en la que se presenta también el concepto de venganza, pero con un nuevo atributo, la divinidad, donde al ser humano castiga para vengar la ira de su Dios.

La sanción de muerte pretendía solamente defender de los peligros de un entuerto que se cree producido por fuerzas mágicas o curativas, así como del delincuente considerado demoníaco.

En esta etapa, la sanción capital tiene un carácter simbólico, se ejecuta con un determinado ritual en el que interviene el grupo social, con el fin de purificarse de la mancha que sobre todo él ha recibido, por la ofensa inferida a la Deidad. Los malhechores inmolados mueren conscientes de que sus vidas ofrecidas al Dios iritado será, fuente de más vida y que ellos no mueren en forma definitiva, sino que pasan a una mejor vida y así salvan al conglomerado del oprobio suscitado; cuando el criminal huía, era sacrificado un animal, a fin de aplacar la ira de los dioses.

Dictar la sentencia de muerte, correspondió durante la venganza divina, a los sacerdotes, por ser ellos los representantes de la deidad; mientras que la ejecución podía ser realizada por cualquiera, por constituir una obligación moral para suprimir la ofensa.

En las dos formas de venganza, tanto en la privada como en la divina, se encuentra una misma finalidad, la eliminación de los delincuentes, con la diferencia de que en la primera era el hombre por sí mismo quien se hacía justicia, y en la segunda era la divinidad la que exigía el castigo del culpable.

Dentro de la venganza divina, todavía no encontramos una justificación jurídica de la pena de muerte como medio de punición, ya que era una práctica común, formaba parte de procedimientos triviales religiosos, que constituían el aparato de impartición de justicia de ese tiempo.

Más tarde, cuando el hombre se transforma en un ente eminentemente social, en virtud de que solo con la convivencia social logra alcanzar sus fines individuales y sociales, acorde con la fórmula que hace más de dos milenios pronunciara Aristóteles con la figura del ---

"Zoon Político", y con la cual, la reacción individual, en la comunidad se transfiere de la mano del agraviado a la mano de un tercero, generalmente representado por el jefe de la comunidad, clan, gen o tribu.

El hombre ya ligado a una "gens", no se encuentra solo, porque cuenta con el derecho de ser protegido y "vengado", por medio de sus representantes legítimos, basándose ya no solo en consideraciones de orden moral o religioso, sino razones jurídicas; circunstancias que constituyeron lo que se ha denominado venganza pública.

El espíritu vengativo que caracterizó a las sociedades primitivas, llegó incluso a cubrir conductas meramente animales, hecho descrito por Castellanos Tena en las siguientes palabras: "Por su falta de definición sexual, fue quemado vivo en 1474, en Basilea, el gallo a quien se atribuía haber puesto un huevo. Recuérdese el proceso instaurado en Europa al papagayo que gritaba "viva el rey", contraviniendo las ideas de la triunfante revolución". (205).

Es claro que lo anterior, rebasó los límites de la justicia, y que este tipo de actos representaron únicamente una ironía de la venganza entonces imperante.

En este período medio de la historia, la pena de muerte se prodigó bajo innumerables formas públicas, crueles e inhumanas, de las que mencionaremos:

1. La pena del Culleum, "Consistía en arrojar al condenado a ella cubierta la cabeza con un gorro de piel de lobo y calzados los pies con zapatos de madera, metido en un saco de cuero y acompañado de un can, un gallo, una víbora y una mona, al mar o a un río". (206).
2. El enterrar vivo, es un suplicio que se inventó en Venecia, porque se creía que las cosas nocivas e inquietantes debían ser enterradas.
3. La muerte por el fuego podía ejecutarse de diversas formas, arrojamiento del culpable atado de pies y manos a la hoguera; la suspensión de un palo bajo al cual se prendía fuego; el cocimiento en agua, vino o aceite, en fin la muerte por el fuego fue usada de múltiples maneras por la generalidad de los pueblos antiguos.

205) Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 149.
106) Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 64.

4.El colgamiento, admite también variantes diversas: podía ser en la cima de un monte mediante horca de sable, o bien, el colgamiento del malhechor por las manos, con un buen peso atado a los pies, hasta que perecía.

5.El enrodamiento es una pena de origen germánico y de calidad despiadada, consistió en quebrantar al reo los miembros y la columna vertebral con una rueda.

6.Apedreamiento y lapidación, fueron maneras usadas para castigar las conductas ilícitas que provocaban la ira de la divinidad; se aplicó al parricida, a las prostitutas y a los idólatras.

Como ejemplo de lo anterior, citaremos el caso narrado por

Cassasús:

"El lujo de crueldad de esta pena llegó al grado máximo en Venecia, los jueces venecianos tenían un grupo de personas que se encargaban de estudiar la mayor forma de suplicio, para los condenados a muerte. Inventaron el enterrar vivo, como también el de cocer a los sentenciados. El sistema más espantoso para dar muerte a un hombre era, sin duda alguna, el enterrar vivo. Dictada la sentencia, el condenado era conducido ante el Juez, quien después de darle a conocer la forma como había de morir le mostraba un ataúd, diciéndole: "Dentro de unos instantes estarás dentro de este ataúd, empezará a sentir asfixia; después estarás bajo tierra y querrás despedazar la caja; te sangrarás el cuerpo de desesperación; aullarás como un perro; te acordarás del crimen que cometiste; sentirás un espantoso remordimiento; pedirás perdón a gritos, pero nadie te escuchará; empezarás a sentir que te faltan las fuerzas; harás el último esfuerzo para liberarte de la estrecha prisión; el aire te faltará al fin y haciendo un gesto espantoso, quedarás muerto. Ahora te llevaré a que conozcas la historia completa que te he contado. Y el infeliz era encerrado en el ataúd y sepultado bajo tierra". (207).

Después de haber descrito el enterramiento en vida de un sentenciado, cabe destacar que al hombre destruido así se le imponen dos muertes: Una el sufrimiento psicológico moral, previo a la misma muerte, y la eliminación física; siendo la primera peor que la segunda -----

207) Citado por Fernando Castellanos Tena, op. cit., pág. 336.

pues implica un sufrimiento continuo hasta el momento de la ejecución.

Es menester señalar que, el gran número de delitos que se estimaban acreedores a la pena capital era aproximadamente 115 en la Francia de fines del siglo XVIII, alrededor de 225 en el sangriento código inglés de principios del siglo XIX; entre dichos delitos se encontraban entre otros: el robo de nabos, la asociación con gitanos, daños causados a los peces en los estanques, envío de cartas con amenazas.

El abuso de la pena de muerte, fue de tal magnitud "que en algunos pequeños lugares de señorío alemanes se ejecutaba a vagabundos con el único fin de que no prescribiera - por falta de uso del patíbulo durante el tiempo establecido- el derecho feudal de horca y de cuchillo". (208).

En esta fase del Derecho Penal, es explicable que se haya aplicado con toda naturalidad la pena capital ya que los grupos comunales mostraban incipiente desarrollo y se estaba apenas en el principio de las ideas evolutivas penales, es decir, no había aún en ellas, principio alguno de proporcionalidad, la generalidad de las penas caía en la severidad, razón por la cual era común la presencia de la pena de muerte.

Al evolucionar el Derecho Penal, surge el denominado pensamiento de Ilustración, también llamado de Las Luces, que se concreta, en el aspecto punitivo, a la dulcificación de los castigos, lo que se llama etapa humanitaria, misma que encuentra su base y su límite en el Contrato Social.

El efecto más importante del Derecho Penal humanitario, es sin lugar a dudas, la abolición de la pena de muerte, sin embargo y muy lamentablemente, aún es insuficiente, ya que continúa aplicándose el castigo capital como medida de punición en algunos países.

Pocos fueron los pensadores que atacaron abiertamente a la pena que priva de la vida; la verdadera campaña en su contra comenzó con César Bonnesana, Marqués de Beccaría, a través de su obra: "De los delitos y las penas", publicada anónima, por prudencia político-religiosa, en Livorno, en 1764, a partir de la que se inicia el movimiento abolicionista, se consigue la supresión de formas severas de ejecución de la pena capital.

208) Citado por Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 7.

El logro del Marqués de Beccaria, fue plausible, porque su voz que decía una propuesta, una queja, una esperanza, encontró eco en Europa inmediatamente.

"La primera ley que, con palabras de Antón Oneca, altera desde sus raíces al sistema penal" del antiguo régimen es la promulgada en 1786 por Leopoldo de Toscana: gradúa las penas conforme a la gravedad del delito, hace desaparecer el tormento, limita el arbitrio judicial y suprime la pena capital." (209).

A esta ley toscana, siguieron otras del mismo carácter en muchos países, entre los que se encuentran: Alemania, donde por influjo de Bentham y Hommel fue abolida; en Austria, Sonnenfels, influyó para que José II la borrara en 1787; en Rusia, Catalina II la redujo a tres delitos; en Suecia Gustavo II la limitó a dos delitos; Inglaterra que en la guerra judicial de los treinta años que inició Romilly en 1865 y finalizó en 1837 con el advenimiento al trono de la reina Victoria, redujo los 225 delitos capitales a solo 15; Francia "El Code Penal Francés" de 1791 redujo, verbigracia, los delitos capitales de 115 a 32 y estableció como única modalidad de ejecución la guillotina, sin aditamento de suplicio alguno. "La pena de muerte-proclama el Art. 2 de 1791- consistirá en la simple privación de la vida" (210).

Por cierto, Francia fue uno de los países donde más se practicaba las ejecuciones capitales por medio de la guillotina en los años siguientes a la Toma de la Bastilla.

Por lo mismo, Víctor Hugo fue uno de los pensadores que reaccionó en contra de esta modalidad, y lo manifestó en su inmortal obra "Los Miserables", en la cual calla con lujo intelectual a los morticolas y muestra repudio total a la pena de muerte, escribiendo con énfasis: "Es una equivocación de la ley humana. La muerte pertenece solo a Dios". (211).

Se advierte en este período ya, una controversia acalorada sobre la pena capital, entre sus partidarios y adversarios, quienes tuvieron como base de sus razonamientos, principios éticos y religiosos, razón por la cual nos atrevemos a afirmar que aún en ese tiempo el Estado ejerció el derecho a castigar, únicamente como mandatario legal y no como responsable ante la sociedad.

209) Citado por Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 8.

210) Ibid, págs. 151 y 152.

211) Víctor Hugo, Los miserables, Tomo I, origen, México, 1985, pág. 19.

Hasta este punto, en todos los períodos que ha recorrido la pena de muerte, se observa gran variedad de formas para privar de la vida.

Las modalidades macabras de la pena de muerte, que anotamos anteriormente, en la actualidad han sido sustituidas por las siguientes: la horca, la guillotina, el garrote, la silla eléctrica, la cámara de gas, la lapidación, el fusilamiento y la inyección letal.

Sin lugar a duda, hay diferencia entre esos métodos de tortura y muerte y las variantes que hoy se emplean en las naciones consideradas como "civilizadas". Lejos han quedado así, tanto las formas impropias de ejecución de la pena máxima, (el homicidio con fines mágicos o curativos y el canibalismo), como sus formas genuinas ya citadas.

Pero la historia sigue sin cambiar el hecho de la aplicación de la muerte penal y lo único que se ha hecho, es modificar las variedades de aplicación; de la soga al hacha, y de ésta a la guillotina; del quemar vivo a la silla eléctrica; del enterrar vivo a la cámara de gas; del apedreamiento al fusilamiento y del envenenamiento a las inyecciones letales.

Podrá cambiar el método de ejecución en los distintos sistemas jurídicos o países a través de la pretendida "modernidad" o "tecnificación" del máximo suplicio, pero lo cierto es que todos son crueles, degradantes e inhumanos.

De una forma u otra, el hecho siempre ha sido uno: hacer morir al hombre, escudándose en la irrisoria teoría de que así jamás volverá a cometer un nuevo delito.

La lucha ha sido larga en los distintos sistemas jurídicos; pero lo cierto es que desde Oriente; Roma y el Derecho Germánico, pasando por el oscurantismo dominante en el medioevo, el castigo capital siempre ha existido, afortunadamente, desde mediados del siglo XIX, en algunos países, empieza a abogarse por la abrogación total de la última pena (Lo que es la etapa científica); en este período, prosigue cada vez más firme la corriente abolicionista doctrinal, tomando como mayor exponente al gran clásico Francesco Carrara.

El fundador de la escuela clásica, no aceptaba en términos generales la muerte a manera de castigo, con su lema "muerte a la

muerte", ya que según Carrara, resultaba absurdo matar al que mata para salvar al muerto, y menos aun a la sociedad, pues ésta nunca ha dejado de existir por no castigar con la muerte a sus ciudadanos, de este modo criticó severamente la tesis de la pena máxima como legítima defensa de la sociedad.

El desarrollo de la civilización, ha traído consigo una idea moderna de Estado y de control social, donde las sanciones funcionan como modeladores de conductas humanas y son aplicables solo dentro de un marco ideológico-cultural, debidamente determinado y referenciado. Es así, que los Códigos Penales representan la herencia directa de aquel Contrato Social, pues han constituido y constituyen el único medio por el cual pueden saberse tanto permisiones como prohibiciones, así como las consecuencias de la desobediencia a éstas últimas.

En el siglo XX se presenta una disminución progresiva del castigo capital, aunque con altas y bajas determinadas fundamentalmente por los fanatismos políticos-religiosos, las guerras y las regresiones jurídicas.

Podemos aseverar que en la actualidad la pena de muerte se está aboliendo continuamente; los Estados buscan con toda razón la manera de castigar a los delincuentes sin destruirlos; más aún, buscan readaptarlos a la sociedad de la que temporalmente fueron excluidos y por ende, se trata de lograr un régimen penitenciario tal, que los reos regresen a la comunidad como personas útiles y cooperadoras.

C) EFECTOS DE LA PENA CAPITAL.

¿Es eficaz la sanción de muerte?. La contestación es un rotundo NO, y en las siguientes líneas trataremos de demostrarlo.

En orden a su eficacia es pertinente lo expresado por Bloch Michel, cuando dijo: "para que la pena de muerte sea realmente eficaz, es necesario que las ejecuciones sean repetidas en épocas bastante aproximadas, para que las ejecuciones sean aproximadas es indispensable que las ofensas sean frecuentes; de ese modo, la pretendida eficacia del suplicio capital se basa en la frecuencia de los crímenes que aquél debe prevenir". (212).

212) Citado por Jorge Peralta Sánchez, op. cit. pág. 68.

De lo anterior se colige que para que verdaderamente sea eficaz la pena capital es necesario que las ejecuciones sean en forma frecuente y no en la forma actual, rara y esporádica, para que pueda tener un valor útil en los conglomerados sociales, como medio de eliminación absoluta y como efecto de intimidación.

En México, la última ejecución capital tuvo lugar en la ciudad de Puebla, según Carranca y Trujillo en el año de 1937.

Es muy cierto que han pasado más de 50 años sin practicar el terrible castigo en nuestro país, y que ciertamente fue usado contadas ocasiones.

De tal suerte, que han sido momentos históricos lo que han dictado el desarrollo de la pena de muerte, razón por la que consideramos, que no es un recurso de gran aplicación, pues en los Estados cuyo acervo cultural y por tanto cuya tradición jurídica, política y social, llegan a conservar o incluir la pena capital en sus legislaciones, ésta aparece prácticamente como letra muerta, aunque hay excepciones claro está, operando de hecho un abolicionismo consuetudinario, lo que indica que lo que ha de buscarse son métodos preventivos para evitar la delincuencia, y no represivos. Asimismo, pensamos que, lejos de aplicar una medida ejemplar están reflejando una vez más que los sistemas punitivos resultan ineficaces para lograr una verdadera corrección de los delincuentes y al mismo tiempo reflejan impotencia para enfrentarse a la naturaleza humana.

Ahora, se debe investigar si los efectos que implica la última pena justifican su existencia.

1. Efecto Intimidatorio.

A la aplicación de la pena de muerte, se ha observado que ésta no cobra efecto intimidante o inhibitorio alguno en sujetos criminales, ya que éstos, al momento de la comisión del delito, no piensan en la posibilidad de ser ejecutados como respuesta a su acto ilícito, lo consideran como una posibilidad remota que, de darse, puede ser franqueada por una buena representación jurídica; sin embargo, y lejos de disuadir sobre la evitación de conductas ilícitas, sí produce efectos contrariamente opuestos, es decir, criminógenos, creando sobre los delincuentes una extraña y anormal atracción al delito.

La sangrienta pena a través de la publicidad, lejos de realizar una función de ejemplaridad, está formando en la ciudadanía un sentimiento de odio y rencor hacia el Estado, porque éste con su imposición, está enseñando al hombre a matar, a ser sanguinario, a destruir, a abrir la puerta más falsa y fácil, pero equivocada en la búsqueda de soluciones: mas no a respetar la vida de sus semejantes, ni a ser temeroso por el efecto intimidatorio que pretende alcanzar.

Por lo anterior se concluye, que la máxima pena carece de efectos intimidantes, pero presenta efectos criminógenos por constituir en sí misma un acto humano de violencia física.

2. Efecto de Glorificación.

Ampliamente explicado por Hans Von Henting y que consiste en que miles de personas encontraban en la pena capital una forma de alcanzar la fama y el martirio en su sentido actual, lo cual se contrapone abiertamente a la denominada teoría del "castigo ejemplar". El vulgo clama indulto, el sentenciado se siente héroe de gran drama.

Partiendo de las características que señalan a un individuo como "normal", hemos considerado que, existen personalidades en el delincuente que son muy variables, modos de pensar y concepciones de la vida muy diferentes que no se atemorizarían ante la nefasta pena; es más, hay seres fanáticos que, al parecer no sienten aprecio por su vida, para comprobar esta ineficacia bastaría con el siguiente ejemplo: Un terrorista sabe perfectamente que si llega a ser descubierto podría ser privado de la vida, pero hay circunstancias que están por encima de ellas (al menos en el momento en que delinque, no piensa sino en cumplir los fines propuestos), mas si es capturado, de qué sirve la pena de muerte, ¿operará la función intimidatoria? No, toda vez que pueden venir otros terroristas, y luego otro intento más, y así interminablemente.

3. Efecto Psicológico-Moral.

En este apartado es necesario analizar no sólo el acto en sí de destruir a una persona, sino además ese lapso que debe soportar el sentenciado desde la condena formal hasta la ejecución material.

Al respecto, Jorge Peralta Sánchez, catedrático de la ENEP "Acatlán", ha expresado: "En un homicidio intencionado se priva de la vida ilegalmente e injustamente, pero esta muerte es instantánea, es la mera ejecución.

En la pena de muerte es todo lo contrario. En esta pena, además de la muerte material, existe un "reglamento", una "premeditación" pública, conocida por la víctima futura, lo que implica un sufrimiento psicológico-moral más monstruoso que la misma muerte". (213).

Efectivamente, quienes están condenados a muerte sufren un estado de severa depresión, tanto física como mental antes de la ejecución -se les haya dicho previamente o no-, la fecha exacta de su muerte. Cuando el reo sentenciado sabe la fecha, por lo menos se le quita el temor a ser despertado en cualquier instante para enfrentarse al método macabro de su eliminación, e inclusive así, la profunda angustia que sufre el inculcado puede ser tan grande como para provocarle una psicosis. Como ya hemos dicho, al condenado se le producen dos muertes: una física y otra psicológica.

4. Efecto de Irreparabilidad.

La pena capital por su propia naturaleza no admite que sea reparado el daño causado por ella, en virtud de que consiste en la privación de la vida humana y no hay forma de recuperarla una vez perdida. En caso de error judicial, cuya existencia es imposible negar, la justicia carece de todo recurso para proclamar la inocencia del ejecutado y reparar en lo posible el daño causado: Tal aconteció por ejemplo, en el caso del panadero de Venecia en el discurso profundo por el Lic. Romás Prida: "No, la pena de muerte, no sirve para nada; pero sería suficiente el hecho de que es irroparable, para que todos los hombres de corazón se mostraran sus enemigos. Todos vosotros lo sabéis; un día el Tribunal de Venecia condenó y ejecutó a un pobre panadero que fue sentenciado por un crimen que no había cometido. El Municipio de Venecia, desde aquella fecha, ordenó que -

213) Jorge Peralta Sánchez, op. cit., págs. 69 y 70.

todas las noches se encendiera una lámpara que los que hayan visitado aquella ciudad habrán visto arder al costado de la catedral de San Marcos, bajo una inscripción que dice: "Oh jueces, acordaos del pobre panadero !"Yo deseo que en mi patria jamás tengamos que encender lámpara semejante, pero para ello es preciso que quede abolida la pena de muerte en todas sus formas, judicial y administrativamente". (214).

Queda claro, al texto de la cita y al amparo de la realidad social actual, que la falibilidad y la vulnerabilidad de las instituciones humanas se hacen presentes de manera innegable en un sin número de ejecuciones inocentes que los ojos de la historia ha contemplado.

5. Efecto Trascendental.

De igual modo al ejecutar al reo, se originan graves problemas económicos y sociales al conglomerado social, emanados de la afectación a los familiares del aniquilado, que se ven estigmatizados en la pobreza, viudez y orfandad, porque con la liquidación se hace sufrir a seres inocentes que son familiares del victimado; la sociedad los señalará con índice de fuego y lo que es peor, los que económicamente dependieron de él, verán cortado de un golpe el diario sustento y como lo único que encontrarán para subsistir serán desprecios, se verán obligados a atacar a esa comunidad que tan mal los ha tratado. Es sabido que se prohíben constitucionalmente las penas trascendentales, ¿no es ésta una de ellas?.

Así podemos ver, que los efectos que produce la pena de muerte con su aplicación son crueles, degradantes, inhumanos y trascendentales, por lo tanto, no justifican su existencia.

214) Ramón Prida, La pena de muerte, Cuadernos "Criminalia", México, --- 1945, págs. 39 y 40.

D) RAZONAMIENTOS SOBRE LA PENA CAPITAL.

La pena de muerte ha sido apasionadamente criticada por sus enemigos, así como también defendida por sus seguidores, ya desde conceptos éticos, ya religiosos o filosóficos; o bien políticos y jurídicos.

El hecho es que, actualmente ha surgido una cuestión que nos interesa con igual intensidad que los conceptos anteriores y es el hecho de saber si la máxima pena es útil o conveniente para la conservación de la vida en común; es decir, si este tipo de media cumple con los propósitos deseados por toda comunidad política.

No es exacto concluir que la pena de muerte sea conveniente porque algunos países industrializados la siguen contemplando y aplicando; de aquí surge una pauta: Si países como la República Federal Alemana y como la República Federal Italiana, que son dos de las organizaciones más desarrolladas tanto cultural como económicamente y de hecho ha desaparecido en sus catálogos penales el multicitado castigo, no vemos por qué en México se sigue regulando.

Ahora, vamos a separar las posturas que actualmente se contraponen, una por considerar que la pena de muerte se debe retener y, la otra por el contrario, que es necesaria su abolición.

La corriente antiabolicionista afirma que la sanción de muerte es, en determinados casos, la única eficaz para combatir los delitos, dando a este respecto los argumentos siguientes:

1. Es una pena altamente intimidante por su ejemplaridad.
2. La pena de muerte es una sanción fácil de aplicar.
3. Lo exige la economía de la inicuca pena.
4. Representa la eliminación del miembro podrido.
5. Significa la conservación de los contratantes.
6. Procedimiento de selección artificial.
7. Simboliza la sangre.

La corriente abolicionista, asegura que no debe aplicarse en ningún caso. Nos inclinamos por esta postura, y pretendiendo dar solidez a nuestra posición, no vamos a apuntar los argumentos en que se apoyan los impugnadores de la pena capital, sino que vamos a objetar los

anotados con anterioridad a propósito de la corriente no abolicionista, aunando a esto una crítica personal con la que apoyaremos nuestra posición.

1. Es una pena altamente intimidante por su ejemplaridad.

Sostienen los abolicionistas que la existencia de la última pena en los catálogos penales haría disminuir la tremenda ola criminal, por el alto grado de capacidad intimidatoria y ejemplar .

La pena capital, pretende intimidar a los grandes criminales, y para esto nada mejor que la ejecución, dicen los no abolicionistas. Esta intimidación es real y eficaz, por el amor que se le tiene a la vida, aducen, siempre atemoriza la muerte y hay que usar ese temor para frenar al delincuente en su carrera delictiva, sin embargo, las estadísticas comprueban el hecho de haber aumentado sensiblemente la criminalidad con caracteres monstruosos y la reincidencia en aquellos países que han suprimido la multicitada pena.

Si bien las estadísticas constituyen uno de los argumentos preferidos por los sostenedores del máximo castigo, con el mismo argumento puede objetarse: "Este es el resultado a que llega una investigación mundial realizada por el Departamento Económico y Social de las Naciones Unidas y publicado en 1962. En Alemania, por ejemplo, donde se suprimió la pena de muerte en 1949, hubo 521 asesinatos en 1948, 301 en 1959 y 355 en 1960. En la Argentina, a partir de 1922, en que se canceló el castigo capital, la cifra de autores de asesinatos declina gradualmente a pesar del aumento de la población". (215).

Asimismo, para manifestar nuestra contraposición, nos parece pertinente acudir a Francesco Carrara, quien nos dice: "La negación de que la pena de muerte es pena ejemplar, no es idea moderna, pues hasta nosotros han llegado las memorables palabras de Quidio Casio: *majus exemplum esse viventis miserabiliter criminose, quam occisi* (Es mayor ejemplo el de un vivo miserablemente criminal, que el de un criminal muerto)". (216).

215) Citado por Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 25

216) Francesco Carrara, Volumen II, op. cit., págs. 103 y 104.

La pena de muerte no es ejemplar, lo muestran otros datos tales como , una "estadística efectuada a principios de este siglo en Inglaterra muestra que entre 250 ahorcados, 170 de ellos, cuando menos, habían asistido ya a una o dos ejecuciones". (217).

Efectivamente, no es ejemplar la pena que priva de la vida, porque así lo comprueba el hecho de que generalmente un alto porcentaje de ajusticiados han presenciado anteriores ejecuciones, y no por esto en ellos ha habido una intimidación capaz de impedir que posteriormente lleguen a delinquir.

Un hecho histórico irrefutable, que nos ilustra la nula efectividad de la pena de muerte como medida ejemplar y preventiva de las conductas ilícitas, es el del criminalista germano Benito Carpzovio, que se vanagloriaba de haber dictado en su larga carrera de juez, de 1620 a 1666, unas 20 000 sentencias de muerte, lo que representa unas 430 en un año, según media estadística. Esta situación afirma la convicción de que estadísticamente la pretendida intimidación nunca ha podido ser ejemplar para frenar al delincuente; en efecto, un solo juez y en determinado territorio, firmando 430 condenas capitales anualmente, comprueba fehacientemente que jamás la multicidad pena, puede evitar la repetición del delito, es decir, tal penalidad no alcanzó la finalidad deseada por el juzgador.

2. La pena de muerte es una sanción fácil de aplicar.

En este argumento encuentran algo de razón los no abolicionistas. El ejecutar a una persona es lo más fácil para los órganos de ejecución, ya que únicamente se necesita aplicar una inyección letal, o poner la cabeza del reo bajo la cuchilla, o bien situarlo ante un pelotón de fusilamiento, o atarlo a una silla eléctrica, o encerrarlo en una cámara de gases, en fin, la manera que sea, solo se pone en franca evidencia que los jueces ya no quieren más problemas con los delincuentes, los quieren ver muertos, en virtud de que cada reo representa un problema para el Estado.

Estamos de acuerdo en que matar es lo más fácil, corregir es lo más difícil; si bien es cierto que la pena que priva de la vida resulta de muy fácil aplicación, tal carácter jamás podrá ser argumento de validez suficiente para justificarla.

3. Exige la economía de la inicua pena.

Afirman también los propugnadores que la pena de muerte es una pena benéfica para el Estado, desde el punto de vista económico y dicen: "Utilidad del fisco: Este, en vez de encargarse del mantenimiento de un malhechor, durante su vida, se la quita, sin más gasto que el módico de la ejecución; a menos que mande la cuenta del lazo, del jabón, de la pólvora o de otros ingredientes, a la familia del ajusticiado". (218).

Al imponer el Estado la pena capital, basado en este argumento, es opinión nuestra que este tipo de conclusiones son arriesgadas, pues se han opuesto como argumentos una serie de ideas, por demás actuales, humanas y científicas, que afirman que el hombre muerto no trabaja, no gana, y que sin embargo el hombre vivo, aún puede ser útil a la sociedad que tanto ha ofendido.

Habla a Villalobos acerca de la pena de muerte, diciendo que ésta es: "Innecesaria. Si la justificación de la pena capital se hace descansar principalmente en la necesaria eliminación de sujetos incorregibles y eminentemente peligrosos, tal eliminación, se dice, puede lograrse por otros medios como la relegación o la prisión perpetua, recordándose al respecto las palabras del monje Martín Sarmiento (que luego hizo suyas Voltaire) sobre que, "por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto si se le separa de la sociedad y se le hace trabajar". (219).

Es pues preferible, que estos hombres, adecuadamente orientados, sean útiles económica y socialmente, y qué mejor para ello, que aprovechar su trabajo en beneficio de la comunidad, para, finalmente, readaptarlos a ella.

4.- Eliminación del miembro podrido.

Carlos Luis de Secondant, mejor conocido como el gran Montesquieu, autor del "Espíritu de las leyes", dice: "Un ciudadano merece la muerte, cuando ha violado la seguridad de otro hasta el punto de

218) Giuseppe Maggiore, Volumen II, op. cit., pág. 279.

219) Ignacio Villalobos, op. cit., pág. 541.

quitarle la vida o de querer quitársela. Es la pena de muerte como el remedio de la sociedad enferma, como la amputación de un miembro gangrenado". (220).

Este mismo argumento, lo manejó Santo Tomás de Aquino, cuando afirma que para la conservación del cuerpo social, corresponde al príncipe encargado de velar por ella, como al médico, amputar el miembro infecto para preservar el resto del organismo.

La corriente antiaboliconista, de este modo, no hace más que comparar subjetivamente al Derecho con la Medicina, exigiendo aplicarle al hombre una medida extrema, en tanto que el diagnóstico es relativo; comparado objetivamente, la función de la Medicina es salvar al enfermo, y cuando tiene necesidad de amputar, lo hace guiada con el espíritu de que el enfermo no perezca; asimismo, el fin del Derecho es mantener el orden social con medios que regeneren al delincuente, y privándolo de la vida no cumple, pues, su función. De tal modo que es necesario estudiar ante todo las causas endógenas y exógenas que dieron margen en el criminal a cometer el acto delictivo y determinar los medios idóneos para su readaptación a la vida comunitaria, lo cual no se logra con la aniquilación, sino mediante estudios sociológicos, psicológicos, antropológicos, biológicos, endocrinológicos, encaminados todos a la solución del problema.

Francisco Carnelutti, nos dá su punto de vista no solo piadoso, sino además pragmático: "matar al reo si... la condena no ha conseguido provocar en él arrepentimiento, es tan absurdo como lo sería la amputación antes de que se haya perdido la esperanza de salvar al miembro enfermo; el reo es una criatura a redimir y mientras haya vida existe la esperanza de la redención; solo por la muerte queda rota esta esperanza. Por eso la muerte del reo es, en todo caso, un delito, no una pena".(221).

220) Charles de Secondant Montesquieu, Del espíritu de las leyes, Porrúa, México, 1990, pág. 126.

221) Citado por Sergio García Ramírez, Justicia Penal, Porrúa, México,- 1982, págs. 170 y 171.

5. La conservación de los contratantes.

Los seguidores de esta postura se apoyan en la opinión de Juan Jacobo Rousseau, con su Contrato Social, en el cual advierte la necesidad de la máxima pena, porque el fin último del contrato social es la conservación de los contratantes.

La tesis rousseauniana establece la imperiosa necesidad de supresión de los delincuentes en virtud de una orden del Estado, al tratar aquéllos de violar el contrato que los mantenía ligados a los demás miembros de la sociedad.

Los órganos del Estado al aniquilar a un ser humano, de acuerdo con el contrato social imaginado por Rousseau, no lograrán la conservación de los contratantes, porque cada uno de los socios que fueran eliminados de la comunidad, serían restados de ella, hasta llegar a la propia destrucción.

Lo delicado del asunto es que dicho pensador olvida que para que la pena de muerte fuera lícita, sería necesario que la facultad de aplicarla hubiera sido concedida al Estado por cada uno de los contratantes, por medio de un pacto entre ambos, para disponer de sus propias vidas, lo que evidentemente, es inaceptable. El mismo César Bonnesana, fundamental precursor del humanismo, se opuso a Rousseau, argumentando con razón, que no hay ningún nombre que conceda racionalmente el poder sobre la vida o la muerte, aunque éste sea parte del gobierno.

La realidad fue y es, que con contrato o sin él, la muerte no es un asunto que deba recaer en un documento, en un contrato, en un Estado, la realidad es que la muerte como pena, es algo inadmisibles.

Una crítica muy interesante es la realizada por Fichte, en torno al contrato social, quien afirma: "El hombre, al entrar a formar parte de la sociedad, se obliga a respetar sus leyes y a sufrir las consecuencias de su incumplimiento, por violar el pacto social cesa su derecho a ser protegido y si no se le expulsa de la comunidad es porque para los fines de seguridad del Estado, basta con sancionarlo". (222).

Concluimos pues, que al Estado, para sus fines de seguridad le basta la sanción, sin llegar a la muerte ni al destierro.

6.. Procedimiento de selección artificial.

Rafael Garófalo, al respecto dice: "...el medio más adecuado para efectuar la selección artificial que la sociedad debe realizar, eliminando de su seno a los individuos antisociales e inadaptables a la vida social; es el único medio para verificar la eliminación de estos delincuentes, pues la prisión, aun la perpetua, siempre ofrece el riesgo de evasiones y la posibilidad de que una revolución abra sus puertas". (223).

En estos términos, Garófalo revela la errónea utilidad que él vió en la pena de muerte, al intentar establecer comparaciones e incluso, paralelismo, con la Teoría Darwiniana, dejando de lado el aspecto social, que es el propio por excelencia de la naturaleza humana.

El razonamiento de Garófalo nos parece injusto e inhumano, ya que, existiría la indispensabilidad de realizar crueles eliminaciones, exageradas e inicuas, para mantener a la sociedad; por otra parte, como expresó Enrico Ferri, este procedimiento en la práctica carecería de una realidad efectiva, ya que habría una necesidad de llevar a cabo verdaderas hecatombes humanas para llegar a obtener tal selección artificial; y la manera de obtenerla no le permitiría el sentimiento de piedad, pues repugnaría a las costumbres de los pueblos cultos; lo que encuentra una contraposición más con su ideología, pues adoptó también una posición irracional en cuanto al etnocentrismo al considerar la cultura propia como superior, así, anotó en su obra matices de racismo, al referirse de manera peyorativa respecto a aquellas comunidades que no compartían los patrones de valores europeos, y denominó a los delincuentes como seres inferiores y degenerados.

Aunque Garófalo estima conveniente la supresión de los delincuentes, como una función propia de la pena y señala a la pena de muerte como el medio más eficaz para luchar contra la criminalidad, los positivistas, escuela a la que perteneció, se preocuparon más por la prevención de los delitos que por su represión.

223) Eugenio Cuello Calón; Volumen II, op. cit., pág. 803.

Creemos que, la tesis garofaliana, anida con aliento la pobre posibilidad de comparar al hombre con el animal, mejor que procedimiento de selección, pudiera llamarse ignominia absoluta.

7. Simboliza la sangre.

"Satisface el deseo de venganza privada, restableciendo el imperio de la ley". (224).

En estos términos, los defensores de la pena de muerte parecen retomar la ley del Talión, "ojo por ojo y diente por diente"; en inferencia procede eliminar definitivamente de la sociedad a los delincuentes que la han ofendido, con la muerte física. Sin embargo mediante tales ideas, quienes están en favor de dicha pena, parecen olvidar que la sangre trae más sangre, como el festín de sangre entre los lobos, el odio más odio y, finalmente, que la represión no resuelve la situación que ha permanecido perenne en la historia: la criminalidad.

Por el contrario, Tanatos, en cuanto pena de sangre, en lugar de originar una disminución en la delincuencia, parece originar en el hombre un sentimiento de odio y rencor hacia los órganos de ejecución; el hecho de quitar la vida a un ser humano, si llega a causar efectos en las masas, ya lo cita Barbero Santos: "El delincuente inspira ciertamente horror en el momento de consumir el crimen; pero cuando se halla en el patíbulo -escribió Silvela- no lo miramos ya como agresor, sino como víctima. Domina en los espectadores la mayor compasión, y después del golpe fatal, todo el horror, toda la odiosidad, se vuelve contra la ley y contra cuantos han tenido parte en su ejecución". (225).

Cabe ahora una reflexión interesante acerca de el verdugo, quien visto de manera literal, es el que mata al reo, como si degollase a un animal, sintiendo la sensación de privar de la vida sin hacerse responsable del delito, y encontramos narraciones aberrantes al respecto:

224) Miguel Angel Cortés Ibarra, op. cit., pág. 487.

225) Citado por Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 36.

"Estoy arruinado físicamente, soy un desgraciado concluirá el verdugo-. Un miserable que mata para vivir. Siempre que "trabajo" me da el Estado cincuenta duros, que me gasto en medicinas, porque caigo siempre enfermo después de ..."(226).

El oficio de verdugo ha producido siempre una atracción repulsión general hacia quien lo ejerce, es decir, al ejecutor de la pena máxima, a quien al parecer ni las propias leyes pudieron proteger, ya que en algunos lugares deberían vivir fuera de las ciudades y la mayoría de comerciantes no aceptaban su dinero, precisamente por causar horror su trabajo.

"¡Ahí va el verdugo! ¡Ese es el verdugo! ¡Mira el verdugo!, repetía la gente. Como si fuera un bicho raro, Aquel pobre hombre, sencillo con cara de infeliz, en cuyas manos la justicia humana ponía la cuchilla homicida, era objeto de comentarios despreciables, miradas recelosas, sentimientos de repugnancia y de asco; señalándolo como a la más vil de las criaturas". (227).

Por nuestra parte, pensamos que la pena de muerte es definitivamente una venganza y a veces más que eso, la satisfacción de un instinto punitivo y revanchista, el morboso deleite de presenciar un drama, la triste realidad que no quiere desaparecer.

Hemos desarrollado hasta aquí, las consideraciones pertinentes que explican la afirmación de que la pena de muerte simboliza la sangre, y a fin de dar mayor claridad a ellas, se hace necesaria la presencia de la ya tan vieja ironía expresada por filósofos y humanistas: "el hombre es lobo para los hombres", no hay evidencia más clara de esto, que los puntos anotados anteriormente; en términos de evolución, consideramos que será mejor anular dicha frase, para instaurar otra de opuesto significado: "El hombre, al servicio de los hombres".

226) Daniel Suiro, op. cit., pág. 275.

227) Ibidem.

E) DECLARACIONES Y ENCUESTAS.

La pena capital como motivación de declaraciones es causa de polémica, representa un tema candente que inquieta e interesa a filósofos, juristas, literatos, teólogos y pensadores; situación que se ha hecho evidente en nuestra sociedad en repetidas ocasiones, pero muy especialmente, durante el año de 1993, y en concreto por dos acontecimientos que conmovieron de manera general a la Nación: el ajusticiamiento del potosino Ramón Montoya, el 25 de marzo en Texas; y el asesinato de Arzobispo Cardenal de Guadalajara, Juan Jesús Posadas Ocampo, el 24 de mayo en el aeropuerto jalisciense.

Los citados sucesos produjeron por igual una serie de declaraciones en torno a la pena máxima, tanto de personalidades políticas y religiosas, como del pueblo en general; no obstante, que el principio rector de cada acontecimiento pareciera totalmente opuesto, algún punto de convergencia existió para haber ganado comentarios tan semejantes, podríamos decir, tan paralelos, y ese punto es exactamente, nuestro tema de estudio: polémica ancestral y moderna, la pena de muerte.

Pasemos pues, al conocimiento de dichas declaraciones; unas, hechas por haber sufrido la ejecución capital de un compatriota en el extranjero, otras, por abrirse la posibilidad de reimplantarla en México, a raíz de un violento suceso que privó de la vida a un inocente, para después, tener elementos que fundamenten una opinión propia más ecuánime.

Teófilo Torres Corzo, entonces gobernador interino de San Luis Potosí, expresó: "El gobierno de San Luis Potosí lamenta sinceramente la decisión de haber privado de la vida a Ramón Montoya... hicimos, durante varias semanas, durante varios meses, lo posible, en todas las formas y todos los términos, para defender la vida de nuestro compatriota...todavía el día de ayer estuve en la embajada de Estados Unidos en México para pedir, a nombre del pueblo y del gobierno de San Luis Potosí, clemencia para cambiar la pena de muerte a otro tipo de exacción, como podría ser la cadena perpetua.

Como potosinos, dijo, reprobamos, sin duda alguna, el que se haya dado muerte a un potosino. En lo personal, agregó, me concreto a señalar que estamos en contra de la pena de muerte, "en nuestro -----

país no existe y consideramos que a nivel mundial esto debe desaparecer porque es como estar todavía en la Edad Media.

Se hicieron todos los esfuerzos por defender la vida de nuestro compatriota, pero la postura del gobierno de Texas fue siempre la misma: no conceder clemencia".

Torres Corzo, dejó en claro que su administración es respetuosa de las leyes de otro país, "sin embargo, en el Derecho Internacional, desde un punto de vista general, humanitario, reprobamos el hecho de que se prive de la vida a un ser humano". (228).

Asimismo, Jorge Carpizo McGregor, titular de la Procuraduría General de la República, tuvo a bien comentar sobre este caso: "Hay una abierta reacción nacional de disgusto y reprobación, por la muerte de Ramón Montoya Facundo, ocurrida el pasado jueves en la prisión estatal de Huntsville Texas.

Se demuestra la existencia de un consenso contra la pena capital; se dice un consenso y no unanimidad, porque en un país democrático no puede haber unanimidad".(229).

Queda clara, en estas declaraciones, una franca y abierta posición en contra de la pena capital, y aún subrayando que se respetan las leyes extranjeras, es sano el manifestar opiniones, sobre todo cuando los hechos están afectando a nuestra sociedad.

En este caso, fue ejecutado un connacional, desde luego como respuesta a la comisión de un delito, y esto, bajo el conocimiento de todos los mexicanos, quienes sin embargo, levantaron su voz al saber que el momento preciso había llegado. ¿Por qué?, porque la mayoría de los miembros de la sociedad nacional, guiándose por la más elemental noción de justicia, pidió clemencia, no libertad; no el perdón absoluto, sino una manera más humana, de acuerdo al instinto natural del hombre, y más positiva, según los fines del Derecho actual; de recibir una sanción justa al ilícito cometido.

Vemos pues, que aun cuando se sabe que es un delincuente el ejecutado, se intuye que el castigo ideal no es la muerte, pues ésta en nada retribuyó a la sociedad ofendida, y si sacudió a la nuestra con voces de rebelión y de inconformidad.

228) Revista Impacto, Nº 2249, abril 8 de 1993.

229) La Jornada, 27 de marzo de 1993.

Pero veamos ahora a la pena de muerte desde otro punto de vista, cruzando al lado opuesto para no caer en apasionamiento; en esta ocasión consideramos la muerte del Cardenal Posadas Ocampo, a cuya luz, por la indignación que causa la muerte de un ser inocente, y además, de jerarquía, surge la propuesta de reconciliar las leyes con la muerte, para frenar la ola de violencia que se lleva tantas vidas inocentes.

Siendo recientes los acontecimientos violentos que atrajeron toda atención a la ciudad de Guadalajara, el gobernador interino de dicho Estado, Carlos Rivera Aceves, dejó ver, que podría ser un camino a seguir la reimplantación de la pena de muerte en Jalisco, dicha propuesta, directa o no, dió lugar a una serie de comentarios, de declaraciones, de polémicas en torno a la pena máxima, y encontramos los siguientes resultados:

LIC. SATURNINO AGÜERO. Presidente del Tribunal Superior de Justicia: "No se puede combatir la violencia con violencia, porque es un principio de respeto a la vida humana.

Como abogado, como mexicano, por profesión y por convicción, no participo del criterio de que sea implantada esa pena en México". (230).

LIC. JUAN PEÑA RAZO. Director de asuntos jurídicos del Comité Directivo del PRI del Estado de Jalisco.

"Yo creo que más que pensar en la pena de muerte, que no trae ninguna ventaja, ni se justifica ni moral, ni jurídicamente, debe revisarse el sistema penitenciario, debe cambiarse la justificación penal.

Tenemos que descalificar una serie de figuras delictivas que nada más desvían la atención de las autoridades, que andan pensando en condenar a gente por injurias o por difamación; por delitos menores que podrían ser cambiados por penas alternativas, de pago en dinero o trabajo a la comunidad, para que la policía, bien pagada y bien adiestrada, pueda dividir su esfuerzo a los delitos graves.

Yo propondría, no aumentar las penalidades, creo que las penalidades están bien, simplemente que a quienes sean delincuentes peligrosos, no darles los beneficios que otorgan las penas privativas de la libertad; no que por cada dos días de trabajo restarle uno, sino que la gente que ha actuado con suma crueldad, nada de reducciones, la pena efectiva, completa, total.

Por otro lado, la propia Constitución señala el verdadero-

sentido de la pena; que debe tender a la rehabilitación de la persona, pero en un real sistema penitenciario, no cárceles como las que tenemos: mucha gente dirá, que eso es muy caro, que es mejor una inyección, pero eso es muy inhumano, al pensar en pena de muerte, pareciera que estamos en el Medioevo." (231).

LIC. JAIME CEDEÑO CORRAL. Magistrado: Presidente de la segunda sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco:

"Las opiniones generalizadas son en el sentido de no aceptar la pena de muerte. La historia registra casos múltiples en los que al disponerse una ejecución, a la postre el ejecutado es considerado, más que como victimario, como víctima. No puede hablarse de un tiempo en que haya sido aceptada la pena de muerte, y no puede ser aceptada porque un tribunal puede fallar, puede equivocarse y resultaría muy doloroso, el que un órgano judicial, al dictar una sentencia de pena de muerte, a la postre, se diera cuenta de que se equivocó. No sería una solución para prevenir el delito, quienes cometen actos delictivos, reprobables, saben que pueden morir porque la resistencia del ser humano es natural, la legítima defensa está autorizada por la ley, y aquéllos que dan un paso en la forma en que se dá, saben que están corriendo un riesgo de la misma naturaleza, y sin embargo no se detienen.

Como sanción corporal, tampoco pudiera ser un ejemplo para los que delinquen o pretenden delinquir, porque a pesar de que se ejecuta, por ejemplo, a la persona que fue el autor del homicidio de un policía, los hechos se siguen dando. No es moral, ni jurídicamente posible, el que en nuestro país pueda quedar dispuesta la pena de muerte." (232).

LIC. MARCO LEJIA MORENO. Subprocurador del Ministerio Público de Nuevo León:

"Admitir si el Estado tiene la facultad de privar de la vida a un ser humano, hay que reflexionar sobre eso. ¿Puede el Estado tener esa potestad?. Recordando al Derecho Punitivo, el Estado siempre tiene un límite, que es la ley, según los tratadistas, entonces, ¿Se podrá extender hasta decir que el Estado tenga la facultad de decidir que a alguien se prive de la vida?.

231) "Usted que opina". Televisa, México, 28 de mayo de 1993.

232) *Ibidem*.

Se debe aprobar la pena de muerte en caso de que no existieran otros medios efectivos para combatir el crimen, y nuestras leyes tienen muchos medios de combate al crimen.

No constituye un escarmiento, pues hemos visto con nuestra experiencia, que en otras latitudes donde se aplica la pena de muerte, parece que es un abono que se pone a la planta del crimen; se impone la pena de muerte y la conducta criminal se ha ido poco a poco multiplicando. Hay países donde el delito aparece estadísticamente cada veinte segundos.

¿Se podrá reparar el daño de un error judicial?. Un error de pena de muerte ejecutada queda en la nada, porque no se puede revivir la existencia humana después de clausurada.

La eliminación de un criminal por medio de la muerte, dicen algunos tratadistas, a nadie aprovecha; ¿Quién se beneficia con dar muerte a un sujeto? Yo sí diría que alguien se beneficia; al verdugo ejecutor de la pena de muerte, al que le pagan por ejecutar, al que le pagan por matar.

La conducta del criminal obedece a factores causales varios, comúnmente de orden social, será mejor atacar esos factores, llevemos adelante la condición hipotética del Marqués de Beccaria en 1756, que decía: "Es mejor prevenir que reprimir".

Finalmente, las leyes tienen una función política finalista, que es elevar el nivel cultural y social; debemos pensar primero en ello y fundamentalmente tratar de solidificar más los lazos sociales, y entre todos podremos hacer las cosas más efectivamente bien" (233).

Ahora bien, debido a las circunstancias en las que se dió este hecho, la iglesia se vió involucrada, pues, en primera instancia fue afectado uno de sus miembros de más alta jerarquía, en este sentido, se hizo del conocimiento público que el Catecismo Católico considera en sus líneas la presencia de la pena de muerte, y es en el Artículo 2266, que afirma:

"La preservación del bien común de la sociedad exige colocar al agresor en estado de no poder causar perjuicios. Por este mo -

tivo la enseñanza tradicional de la iglesia ha reconocido el justo fundamento y deber de la legítima autoridad pública para aplicar penas proporcionadas a la gravedad del delito, sin excluir, en casos de extrema gravedad, el recurso a la pena de muerte.

Por motivos análogos quienes poseen la autoridad tienen el derecho de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad que tiene a su cargo" : (234).

El conocimiento de este contenido católico, hizo pensara muchos que la iglesia está a favor de la pena capital, sin embargo, entre las declaraciones que surgieron, la voz del sacerdote jesuita Gonzalo García Vereza, aclaró:

"La autoridad es legítima cuando responde a la elección de sus ciudadanos; en este sentido, si es por el bien común, la iglesia no se va a oponer, porque la iglesia no gobierna.

El Catecismo Católico dice: "Por este motivo la enseñanza tradicional de la iglesia ha reconocido el justo fundamento del derecho y del deber de la legítima autoridad pública para aplicar penas proporcionales a la gravedad del delito, sin excluir, en casos de extrema gravedad, el recurso a la pena de muerte".

La iglesia está respetando a la autoridad civil. Ahora, el hecho de que en la iglesia se tolere, no significa que se apoye.

Al hablar de pena de muerte, se habla de la posibilidad de un castigo, y el castigo es pena de muerte. En la historia de la humanidad se ha dado y ha habido siempre discusiones en pro y en contra de la pena de muerte, pero actualmente lo que hay que ver, es porque hemos llegado a esta situación y buscar soluciones adecuadas, no buscar pena de muerte". (235).

En epílogo, la iglesia actual, la iglesia moderna, se abstiene de autorizar o desautorizar en el sentido legislativo, en el sentido de autorización pública, dado que no es asunto de la iglesia el consenso de la pena de muerte, ni implicar su reimplantación en el Código Punitivo.

234) Excélsior, 15 de junio de 1993.

235) Usted que opina. Televisa, México, 28 de mayo de 1993.

Así pues, vemos a través de las opiniones presentadas, que hablar de pena de muerte, se traduce en choque de opiniones contrarias siempre, por lo que es honesto, anotar una de las declaraciones recogidas a favor de la nefasta pena; ésta, emitida por el Ing. Armando Jurado Alarid, miembro de la Comisión de Justicia de la Asamblea de Representantes del D. F., y Secretario de Educación de la propia comisión, quien aunque no considera intimidatoria a la pena máxima, manifiesta una concepción muy particular y de apoyo a la misma, en los siguientes términos: "Se ha manejado mucho el concepto de que en los países donde se ha aplicado la pena de muerte, no se reduce al índice criminal, y yo creo que en eso tenemos que coincidir todos; efectivamente no es notoria la disminución de la criminalidad, sin embargo, yo creo que esa es una premisa o un concepto equivocado, porque realmente no se aplica una pena para que sirva de escarmiento a otros; se aplica una pena para castigar una infracción o una falta, en este caso, en particular, yo estoy a favor de la pena de muerte, en el caso de los torvos asesinos que llegan aun domicilio y con todas las agravantes de la ley violan mujeres, asesinan al jefe de la casa, etc.

Puede decirse que estas personas enfermas, no humanas, son bestias; y en el caso de los narcotraficantes, de los violadores y secuestradores, en estos casos, debería existir la pena de muerte, no para que sirva de escarmiento a otros, porque nadie experimenta en cabeza ajena, sino porque realmente no es justo que una ciudad tan agredida por estos delincuentes, todavía tenga que pagar su manutención por 20 o 30 años, inclusive a sabiendas que cuando salgan, van a cometer exactamente los mismos delitos". (236).

Concluimos, amalgamando las opiniones que han venido a reforzar nuestra posición, expresando que: A nuestro criterio, y desde cualquier enfoque que se pretenda dar, no hay razón suficiente para justificar la pena de muerte, pues ésta, lejos de significar una auténtica pena, de acuerdo a lo que el Derecho y la ley implican, representa un elemento retrógrado que sólo lleva a menos cada vez a las sociedades que la aplican, pues no contiene esencia moral, ni jurídica, que la haga una razón posible del orden social.

Con el propósito de ampliar el marco de referencia en lo que respecta a la posición popular en lo tocante a la pena máxima, formulamos un cuestionario, con reactivos concretos sobre la abolición o retención de la pena de muerte en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se dió bajo la siguiente estructura:

INSTRUCCIONES: Marque con una X, la respuesta que se ajuste a su criterio.

1.- ¿Está usted a favor o en contra de la presencia de la pena de muerte en nuestra Carta Magna?

A FAVOR

EN CONTRA

2.- Si marcó a favor: ¿Tiene inconveniente alguno en representar al veredugo?

SI

NO

3.- ¿Por cual método de ejecución capital opta? (Marque solo uno)

a) Fusilamiento

b) Inyección Letal

c) Cámara de gas

d) Silla eléctrica

e) Horca

f) Lapidación

4.- Si en México se suprimiera la pena de muerte de la ley Fundamental, ¿La delincuencia aumentaría, disminuiría o se mantendría igual?

AUMENTARIA _____ DISMINUIRÍA _____ SERIA IGUAL _____

5.- Si usted es sentenciado por un delito de los señalados en la Constitución, y el juez lo dejara elegir entre "reclusión de por vida" y "pena capital" ¿Qué elegiría?

RECLUSION DE POR VIDA _____ PENA DE MUERTE _____

6.- Si marcó en contra, ¿Qué pena propone en sustitución de aquella?

R= _____

El cuestionario fue aplicado en muestreo, tomando población homogénea en nivel cultural, por lo que se acudió a estudiantes universitarios de diferentes áreas de la ENEP "Acatlán". encontrándonos con los siguientes resultados:

Número de encuestados: 100 (cien)

Presencia de la pena de muerte en la Carta Magna.

A favor (15.8%)

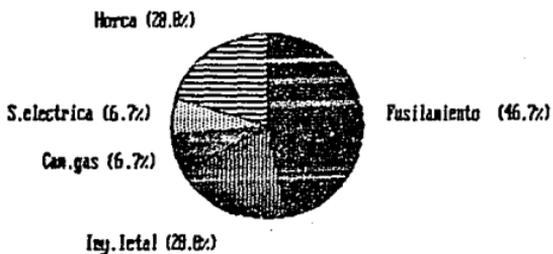


En contra (85.8%)

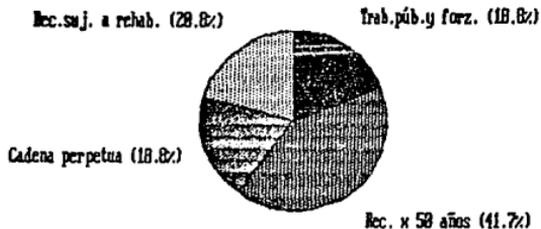
Cuantos tienen inconveniente en representar al verdugo.



Preferencia sobre los métodos de ejecución.



Propuesta de sustitutos para la pena de muerte.



Las respuestas en cuanto a la situación de la delincuencia, en caso de reimplantación de la pena de muerte son las siguientes:

AUMENTARIA	3	2	5
DISMINUIRÍA	0	0	0
SE MANTENDRÍA IGUAL	63	32	95
	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	66	34	100

En la quinta, pregunta, todos coincidieron al contestar:

RECLUSIÓN DE POR VIDA

F) EN EL DERECHO COMPARADO.

Para el efecto de ubicar la pena máxima en el mapamundi del Derecho, hemos tomado datos de la pluralidad estadística e histórica de los diversos países, a fin de tener un panorama general, objetivo y actual de la misma.

En el transcurso de los últimos veinte años, se observa claramente que la pena de muerte, emprende su retirada de manera casi general en el mundo; lo que es posible afirmar en base a los siguientes puntos:

- a) El número de países que la han suprimido de IURE o de FACTO; ha aumentado considerablemente.
- b) Varios países la han abolido, incluso en el Derecho Militar, aspecto-jurídico, en este sentido, de difícil acceso.
- c) El número de países que aún la conservan es restringido, así como su aplicación.
- d) El movimiento mundial en favor de la abolición de la pena capital se fortalece continuamente con las aportaciones exteriorizadas por organizaciones como Naciones Unidas, Amnistía Internacional, Derechos Humanos, Asociación Internacional de Abogados Demócratas y otras.

Es digno de darse énfasis, el hecho de que muchos países han consagrado la abolición de la pena de muerte al más alto rango legal, como es la Constitución; y aunque no es la totalidad de las naciones que integran el globo terráqueo, se indica ya un cambio a seguir y una ideología de reconocible respeto.

Entre los países centroamericanos y sudamericanos que han consagrado en su Constitución la abolición de la pena máxima, pueden mencionarse: Colombia en la constitución de 1887, modificada en 1910; Panamá en 1946, Ecuador en 1967, Venezuela en 1961, Honduras en 1965, República Dominicana en 1966 y Puerto Rico en 1952.

Sin embargo, y dado que la corriente abolicionista aún se encuentra en evolución, encontramos países que no la han suprimido de manera total, manteniéndola aún, ya sea en la Constitución, en sus Códigos Penales, o bien, en el Código de Justicia Militar respectivo; para ilustrar de modo claro este aspecto, se ha elaborado un cuadro esquemático que presenta la situación de los países americanos en cuanto a la pena capital se refiere.

PAIS	CODIGOS PENALES		CONSTITUCION		SITUACION PRECISA
	Retiene	Abolió	Retiene	Abolió	
ESTADOS UNIDOS	+	+	+		Algunos de sus Estados la abolieron, otros la aplican.
MEXICO		+	+		La última ejecución fué en 1937.
PANAMA				1946	Artículo 29 Constitucional.
HONDURAS				1965	Artículo 56 Constitucional.
REP. DOMINICANA				1966	Artículo 8 Constitucional.
PUERTO RICO				1952	Artículo 2 Constitucional.
EL SALVADOR				1983	Excepto en la ley Marcial de conflagración internacional.
HAITI				1987	
CUBA	+		+		
URUGUAY				1907	

PAIS	CODIGOS PENALES		CONSTITUCION		SITUACION PRECISA
	Retiene	Abolió	Retiene	Abolio	
COLOMBIA			1910		Artículo 29 Constitucional.
ECUADOR			1967		Artículo 28 Constitucional.
VENEZUELA			1961		Artículo 58 Constitucional.
PERU			1979		La reinstauró en 1980. *
PARAGUAY			+		Ultima ejecución en 1928.
BOLIVIA			+		Ultima ejecución en 1974.

* Su permanencia en la Constitución Peruana, será sometida a un referéndum popular, el 31 de octubre de 1993.

México, Argentina, Haití y Paraguay, excluyen la pena capital para delitos políticos.

La posición que opera en Estados Unidos de Norteamérica, es inquietante, pues el 16% de los reos condenados a muerte, es de origen latino, en su mayoría, de ascendencia mexicana, de acuerdo con la estadística del Departamento de Justicia Criminal del Estado de Texas.

De la misma estadística, obtenemos los siguientes datos al año de 1992:

reos sentenciados a muerte: 375, de los cuales:

48% son anglosajones (175), 35% negros (129); 16% latinos (57, entre ellos, 6 mexicanos y 48 de ascendencia mexicana); y. 1% de otra raza (4).

Entre los mexicanos que esperan ejecución en Estados Unidos, se encuentra Ricardo Aldape Guerra, de cuyo caso se hablará con mayor amplitud en el apéndice de este trabajo.

A pesar de que en junio de 1972, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, declaró la pena de muerte como cruel e inusual, en algunos estados, como Houston, Texas, se realizaron revisiones a los Códigos Penales por los Congresos de cada entidad, y la citada pena se volvió a aprobar, en el caso de Houston, en 1973; de tal suerte, que en este país, 36 de los 50 estados que lo integran, admiten la pena capital.

Y bajo esta misma línea, en 1989, la Corte Norteamericana de Justicia, estableció la constitucionalidad de la pena de muerte para menores de edad, de los que ya ha habido ejecuciones, y para incapacitados mentales, dato que únicamente evidencia la devastación de derechos humanos que se realiza constantemente en el vecino país.

Ahora bien, trasladándonos a otras latitudes del Continente, llegamos a Cuba, donde la pena de muerte se restableció al llegar Fidel Castro al poder, en 1959, efectuándose la quinta ejecución por causas políticas en enero de 1992, con el fusilamiento de Eduardo Díaz Betancourt.

La muerte de Díaz Betancourt, levantó airadas críticas y polémicas a nivel mundial, que solo evidenciaron las tendencias ideológicas y propagandistas de los países postulantes, más que una cierta, sincera y positiva conducta de oposición, tal es el caso de Estados Unidos de Norteamérica, quien no obstante que su territorio es un área fértil para la ejecución de la pena capital, fue uno de los primeros en lanzar su propuesta contra el mencionado fusilamiento en Cuba.

Por otra parte, Perú que en 1979 había suprimido la pena de muerte en su Constitución, la reinstauró en 1980 para delitos de traición a la patria en guerra extranjera, y en agosto de 1993, amplió la cobertura del artículo constitucional que enuncia la máxima sanción adicionando el delito de terrorismo, a fin de controlar la situación guerrillera en su territorio, especialmente al grupo llamado Sendero Luminoso.

En el seno del Constituyente peruano, se escucharon opiniones tanto a favor como en contra de la pena de muerte, lo cierto es que la aprobación de la misma, fue el resultado obtenido por la mayoría, pues el congreso se integró por 77 miembros, de los cuales 55 aprobaron, 21 estuvieron en contra y uno manifestó su abstención.

Jurídicamente hablando, una situación determinada, el terrorismo en Perú, se cree resuelto de esta manera; las implicaciones sociales, políticas y prácticas que conlleva son independientes al aspecto que por el momento nos ocupa; lo que es claro, es la improbabilidad de que la pena de muerte detenga el terrorismo o cualquier otro delito.

Cuestionamientos de la pena de muerte han representado un constante debate en el Consejo de Europa durante largos años, y ya en alguna de sus resoluciones iniciales, fue considerada como inhumana.

En esta perspectiva, encontramos que las naciones europeas que han abolido de IURE la máxima pena, son entre otras: Australia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Luxemburgo. Otras la conservan para casos excepcionales; pero al igual que en América, es notoria la inclinación abolicionista, como esquematizaremos a continuación:

PAIS	CODIGOS PENALES		CONSTITUCION	
	Retiene	Abolió	Retiene	Abolío
AUSTRIA		1968	+	Artículo 85 Constitucional *
DINAMARCA		1978		
FINLANDIA		1972		

PAIS	CODIGOS PENALES		CONSTITUCION		SITUACION PRECISA
	Retiene	Abolió	Retiene	Abolico	
ISLANDIA		1928			
LUXEMBURGO		1979			
NORUEGA		1979			Sin consagración constitucional.
PORTUGAL		1976			*
SUECIA		1973			*
CHIPRE		1983			
REP. FED. ALEMANIA				+	Artículo 102 * Constitucional.
MONACO				+	Artículo 20 Constitucional.
ESPAÑA		1947		+	Artículo 27 Constitucional. §
ITALIA		1947		+	Artículo 27 Constitucional. §
MALTA		1971		+	

PAIS	CODIGOS PENALES		CONSTITUCION		SITUACION PRECISA
	Retiene	Abolió	Retiene	Abolio	
SUIZA		1942		+	
GRAN BRETANA		+			
EL VATICANO		+			
DINAMARCA		+			
BELGICA		+			Ultima ejecución en 1918 por delito común.
GRECIA		+			Ultima ejecución en 1972. No se ha ejecutado a nadie desde la reinstauración de la democracia.
LIECHTENSTEIN		+			Ultima ejecución 1795.
FRANCIA		+			
ANDORRA		+			Ultima ejecución en 1943, y la precedente en 1845.
TURQUIA	+		+		Se admite tanto en legislación común como militar.

*) Es estos países sólo es factible aplicarla al cubrirse los requisitos previstos para la reforma de la constitución.
a Salvo para determinadas infracciones militares y delitos en tiempo de guerra.



Es digno de señalar que la decisión de abrogar la pena de muerte en Suecia y Austria fue unánime.

De 1980 a 1984, Turquía representa el único país europeo que realizó ejecuciones de pena capital.

Remontándonos al Viejo Continente, nos ubicamos en España, donde el proyecto de Constitución Federal de 1873, dentro de los derechos naturales enunció lo siguiente: "Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley alguna para mermarlos, todos los derechos naturales: 1º EL derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida". (237).

Esta enunciación, señala los incipientes pasos de una lucha progresiva en pro de la vida, como abolicionistas de la pena de muerte, cosa que no ha resultado sencilla en España, pues muchas han sido las propuestas de ley ante los Congresos Constituyentes para el efecto y, muchas también las anulaciones de las mismas. De este modo, la positiva posición de los legisladores españoles, ha visto pasar por sus filas a grandes personalidades del Derecho, como Luis Jiménez de Asúa, Mariano Ruiz Fuentes y Marino Barbero Santos.

Hasta que en 1975, con la muerte de Francisco Franco, los obstáculos impuestos a los abolicionistas de la nefasta pena de vieron disminuidos por el imperantemente necesario cambio de sistema, y no obstante que la pena capital persiste para delitos militares y se prevé en casos de guerra, es ejemplar el tezón de los legisladores españoles por suprimirla a través de tan larga perseverancia; con este antecedente existen amplias posibilidades de que lleguen a la abolición absoluta.

Ahora bien, en Francia, las ideas abolicionistas se vieron impulsadas por la ilustración del siglo XVIII.

Con la Constitución de 1848, Francia se vió estancada en cuanto a la pena de muerte se refiere, pues además de continuar con su aplicación, no descartó las ejecuciones públicas sino hasta 1939.

Fue hasta 1981, que la Asamblea Nacional Francesa aprobó el proyecto de ley que manifiesta la abolición de la pena capital.

237) Marino Barbero Santos, op. cit., pág. 188.

Penetrar a Asia y Africa es conocer los continentes donde la pena de muerte se aplica con más frecuencia, como puede observarse en el siguiente cuadro:

ASIA,AFRICA Y AUSTRALIA	EJECUCIONES O SENTENCIAS DE MUERTE
IRAN	624 ejecuciones en 1982
IRAK	203 ejecuciones en 1982
ARABIA SAUDI	16 ejecuciones en 1982
SIRIA	17 ejecuciones en 1982, 6 de ellas públicas
YEMEN	10 ejecuciones en 1982
MALASIA	14 ejecuciones en 1982
INDIA	2,138 condenados en espera de ejecución en 1982
AFGANISTAN	15 presos políticos ejecutados en 1981
BANGLADESH	12 ejecuciones en 1981, 6 en 1982
VIETNAM	14 sentencias de muerte en 1981
PAKISTAN	Varios centenares, de acuerdo a Amnistía Internacional, en 1981
NIGERIA	Decenas de soldados ejecutados en 1984
CHAD	Dos soldados fusilados públicamente en 1981
MOZAMBIQUE	11 personas ejecutadas por delitos políticos en 1981
REP. CENTROAFRICANA	6 exfuncionarios fusilados
SUDAFRICA	130 ejecutados en 1980
EGIPTO	4 ejecutados en 1984
MARRUECOS	2 ejecutados en 1982

RUANDA	43 ejecutados en 1982
GABON	3 ejecuciones públicas en 1982, una en 1983
MAURITANIA	Una ejecución pública en 1983
LIBIA	5 ejecuciones por T.V. en 1984
JAPON	Una ejecución en 1983

Nueva Guinea, Nepal y Zelanda, no prevén la pena de muerte para delitos comunes; asimismo en Sri Lanka, no se ha dado imposición alguna de la pena de muerte desde 1977.

En Israel, encontramos que la pena de muerte no es considerada para delitos comunes, pero sí contra aquellos que afectan a la humanidad, como el genocidio y crímenes de guerra.

Por su parte, Australia, abolió la pena máxima en 1973, y la mayoría de sus estados no la prevén en sus códigos, por lo que afortunadamente el Continente Australiano, no es terreno donde pueda germinar la nefasta pena.

Entre 1985 y 1988, se aplicaron en el mundo 3,399 ejecuciones de pena de muerte, de las cuales, los países que aplicaron más de cincuenta son: Arabia Saudita 140, China 500, Estados Unidos 66, Irán más de 743, Malasia más de 52, Nigeria más de 439, Pakistán más de 115; Somalia más de 150, Sudáfrica más de 537; Ex Rusia, más de 63.

Con este panorama, se ve de manera clara, que mientras en unas latitudes del globo terráqueo se aplica la pena de muerte casi, podría decirse, de manera indiscriminada, en otras, se enarbola la bandera abolicionista como muestra de evolución y madurez social y política; cabría hacer a nivel mundial, y sobre todo en los lugares donde más se aplica la citada pena, el cuestionamiento que se está haciendo evidente en todas las sociedades: ¿Es efectiva la pena de muerte?, ¿Es ejemplar?, ¿Disminuye la delincuencia?... Puesto que se ha manifestado que la criminalidad se incrementa en las fechas cercanas a la ejecución y precisamente en los lugares donde se lleva a cabo.

Es un requerimiento expreso de la sociedad mundial, acabar con la delincuencia; y vivir de acuerdo a normas que satisfagan por entero a las comunidades; si la nefasta pena ha demostrado su nula efectividad, el lógico camino a seguir, es abrir las puertas a medidas como -----

la prevención y la rehabilitación, y adherirnos de manera solidaria a la tendencia abolicionista, puesto que reúne los fundamentos necesarios y los argumentos más realistas como para no retardar más el anular a la pena de muerte en el mamamundi del Derecho.

G) EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Hoy por hoy, y nada por demás actual y verdadero, que hablar de derechos humanos, materia que despierta el interés de la opinión pública, tanto nacional como internacional y, desde luego, de los juristas.

Reina actualmente la convicción de que se hace menester una auténtica cultura de los derechos humanos, los que pueden traducirse, en derecho al desarrollo, el cual encuentra obstaculizada su existencia si no existe libertad y justicia.

Tradicionalmente, desde los inicios de esta joven disciplina, se han concentrado los derechos humanos, en enunciados que atañen a la vida, a la integridad física, a la igualdad ante la ley, en fin, todos aquellos aspectos que alcanzan a cubrir la defensa de los bienes jurídicos tutelados. Sin embargo, cabe aclarar, que los derechos humanos son una disciplina relativamente nueva, por referirnos al rubro con el que hoy la identificamos, pero la lucha del hombre por lograr sus aspiraciones más altas en cuanto a libertad, igualdad y justicia ha sido larga, baste con recordar la Carta Magna que surgió en Inglaterra en el año de 1215, con el rey Juan Sin Tierra, donde se fundaron los primeros límites para el ejercicio de la autoridad del rey, estableciendo bases de igualdad y libertad que llegan hasta los ordenamientos contemporáneos.

Así, en cada crisis social que ha vivido el hombre, esta batalla toma nuevos impulsos y renovados alientos, de la suerte que llegando a nuestros días, y en concreto, a nuestro territorio, nos encontramos con que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, organismo de reciente creación, estima que el problema de la violencia, generado por el crimen organizado, no se resuelve con medidas punitivas como la pena de muerte, toda vez que ésta, en lugar de aportar una solución a la situación, la agravaría.

El tema de la pena de muerte, interesa directamente a los derechos humanos, y renace en las sociedades periódicamente, siempre en ocasión de algún crimen sensacionalista, tal es el caso del asesinato del Cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo, ocurrido el pasado 24 de mayo de 1993, en Guadalajara, a raíz del cual aparece nuevamente la propuesta de llevar a efecto la pena capital.

Quienes proponen la nefasta pena, pretenden ver en ella una panacea, una solución mágica que por fin, resolverá para siempre el problema del delito: Ignoran que, aun si se aprobara legítimamente esta sanción, no podría ser impuesta a los actores del crimen que ha provocado su propuesta, pues la ley no puede ser aplicada en forma retroactiva.

México, suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgada el 30 de marzo de 1981, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981; cuyo propósito es el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

En el artículo cuarto de este Tratado, México y las de más naciones firmantes, se obligaron a no extender la aplicación de la pena de muerte, a delitos a los cuales no se aplique actualmente, y a no restablecerla si ya la han abolido; dado que, en la fecha en la que México suscribió este tratado, todos los Códigos Penales de los Estados de la República, habían abolido ya la máxima sanción.

Bajo estas circunstancias, y apoyándose en su certera convicción sobre la importancia de los derechos humanos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos explica que el derecho a la vida es un derecho de "carácter absoluto, y que no puede ser suspendido bajo ninguna condición. El valor de la vida no necesita ser explicado ni fundamentado, "La vida es un derecho natural intuido como tal por el hombre de todos los tiempos, valorado y perfeccionado en todas épocas: SU valor indiscutible sirve de fuente generadora de todos los restantes derechos". (23B).

Siguiendo esta línea, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Secretaría de Relaciones Exteriores, conjuntamente han ini -

23B) Tarcisio Navarrete, Salvador Abascal y Alejandro Laborie, Los derechos humanos alcance de todos, Diana, México, 1991, pág. 33.

ciado un conjunto de acciones tendientes a reforzar el apoyo y la defensa de los mexicanos condenados a pena de muerte en prisiones extranjeras; ambas instituciones coinciden en esto, en virtud de que, por una parte, la CNDH considera a la pena de muerte como un problema directamente relacionado con los derechos humanos y, por la otra, la SRE, a través de sus servicios consulares tiene la obligación de auxiliar y proteger a los mexicanos en el extranjero y, particularmente, en casos tan graves, como el que un connacional haya recibido sentencia de muerte.

Queda claro con lo expuesto, que la posición de las instituciones representativas de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, es precisamente la que su nombre implica, la de reconocer, respetar y hacer valer los bienes de cada individuo, empezando por el de la vida, por tanto, los derechos humanos se pronuncian en contra de la pena capital, y aun cuando la controversia continúa sin ser resuelta, la geografía de la pena de muerte se ha estabilizado, en tanto que la mayor parte de las naciones del mundo la han ido dejando fuera de sus legislaciones, y en base a esto, insistimos y subrayamos nuestra posición, la pena de muerte enunciada en nuestra Constitución ha perdido su sentido de manera total, por lo que consideramos debe ser excluida de la misma.

Mostramos en este comentario, nuestra adhesión a la posición de los Derechos Humanos, como una institución reconocida a todo nivel, y a la cual, calificamos de equilibrada en cuanto a las perspectivas y horizontes en los que encuadra al hombre moderno.



H) NUESTRA OPINION SOBRE LA PENA CAPITAL, SU REGULACION Y SU VALIDEZ.

A lo largo de este trabajo, se han ido marcando las bases que fundamentan nuestra opinión sobre la máxima pena; es necesario, ahora, encuadrarlas en términos de emisión, integrándolas en un todo que determine con claridad nuestra postura en torno al aspecto jurídico que hoy nos ocupa.

Al revisar la reseña histórica del Derecho, y en específico de la pena, Hemos visto que se ha llegado a una etapa científica en la evolución del marco penal, en la que los fines supremos del Derecho se manifiestan como corrección, rehabilitación, readaptación, y no como destrucción.

Es importante destacar que el Estado debe asegurar la conservación del hombre; y que lejos de considerar su aniquilación, debe fijar sus más altas metas en el progreso y no en el retroceso; el período científico que se está viviendo, exige a las sociedades la plena realización del ser humano en todos sus aspectos, satisfaciendo sus necesidades por medio de la producción conjunta, de tal forma que, paulatinamente se reduzca los delitos, y en todo caso, se enmienden los realizados.

Partiendo de la presencia de la pena máxima en nuestra Carta Magna, concretamente en el Artículo 22, párrafo III, se hacen pertinentes, a nuestro juicio, comentarios que nacen a la luz de la ideología dominante de la ya citada etapa científica, modernidad en los albores del siglo XXI, la que nos lleva a expresar que:

Los términos en los que se delimitan los delitos "merecedores" de la sanción capital, nos hacen calificarla como una medida excepcional, limitativa, temporal y drástica.

Excepcional porque, aparece como una medida inversa a lo que señalan los Códigos Punitivos de los Estados de la Federación, pues ninguno de ellos la incluye hasta la fecha, ya que el último Estado en eliminarla de su catálogo penal, fue Sonora, en el año de 1974, luego entonces, se evidencia el carácter excepcional que le atribuimos, al estar solo considerada en el párrafo III del Artículo 22 Constitucional y en el Derecho Militar, y no en el grueso de los Códigos Penales de la Federación.

Es calificada de limitativa, pues detalla con esmero los delitos en los que puede aplicarse, a saber: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con premeditación, alevosía y ventaja, incendio, plagio, asalto en caminos, piratería y, desde luego, considerándola dentro de la materia castrense, delitos graves del orden militar, mismo que ya hemos analizado, y porque excluye a los llamados delitos políticos, amén de que, de llevarse a efecto, sería limitativo también en función del estrato social del que provenga el reo.

En cuanto al carácter temporal de la pena capital, recuérdese que el Constituyente que produjo la Carta Magna de 1857, ponía como condición, para su absoluta abolición, que nuestro país contara con un adecuado sistema penitenciario, mientras tanto su ejecución, debería ser lo más humana posible, lo cual consideramos imposible, pues la muerte por la muerte, nunca podrá categorizarse como humana.

A la luz de la Constitución de 1917, se le admite solo con reservas, confinada a sancionar únicamente algunos delitos graves.

Agregamos como argumento, para sostener el carácter temporal de la pena de muerte, el hecho de que la aplicación de ésta, o bien, la idea de reimplantarla en la sociedad, ha sido sólo producto de momentos históricos, de crisis sociales violentas que afectan a la comunidad. La pena capital ha querido presentarse como una rápida solución, pero en realidad sólo representa la continuación del grave problema que nos afecta cada día más: la delincuencia.

Si se elimina definitivamente la pena máxima de nuestra legislación, se habrá llegado a la consecución de un fin en nuestro trabajo como abogados: llevar siempre a menoscabo la delincuencia, toda vez que es el nuevo pretexto para que subsista en la letra dicha pena.

Ahora bien, el calificativo de drástica, es anotado pues podríamos categorizar que la pena máxima se presenta como un reto a la vida, porque se pretexto de basarse en las leyes que la contemplan y la regulan, con el fin de proteger a la comunidad, siempre hay personas en espera de un veredicto que decida su vida o su muerte; y en estos términos acuden prontas las palabras de Juan Federico Arriola: "La muerte es una posible consecuencia de la pena, que tiene un misterio desconocido -

y no sabemos siquiera si lo descubriremos. Ignoramos si seremos atrapados por la nada o alcanzaremos la eternidad impensable; por ello, lo importante es continuar la lucha por acabar con las injusticias concretas: la horca, el fusilamiento, la silla eléctrica, la decapitación, la cámara de gas, el garrote y la inyección letal". (239).

Injusticias concretas, todos los métodos de ejecución capital que han sido creados, aun los más civilizados, aun aquéllos que se han concebido al amparo de una supuesta efectividad y disminución del sufrimiento, aun aquéllos que se han revestido con caracteres de evolución, representan tan solo cambios superficiales y no de fondo en la injusticia, pues todos llevan en sí, el mismo fin: extinguir la vida humana: ya de un criminal o de un incorregible, de cualquier forma, humana, y que por ese solo hecho, centra en ella un valor especialmente reconocido y un fin en sí misma, no un medio disponible en aras de lo que suele llamarse evolución social.

En estos términos, es pertinente exponer la importancia del argumento ético como defensa de la vida, expresándolo lejos de una visión simplista en la que se diga solo "no debe ser", y enfatizando el hecho innegable a los ojos de todo Derecho, de que la vida humana se reviste de un carácter inviolable por razones jurídicas y humanistas, y sobre todo, éticas, dado que en la vida de un individuo, cualquiera que sea, se genera un núcleo irreductible, intransferible e insustituible, que trasciende la naturaleza por el solo hecho de implicar en sí un fin, envuelto en posibilidades que, consecuentemente, contiene la posibilidad de la reeducación, de la rehabilitación, de la readaptación; es entonces lógico, pensar en entablar en contra del delito, vías racionales, educativas y morales, a la luz del ente jurídico social.

La pena de muerte no es moral, ni útil para el control social y, desde luego, tampoco es ejemplar ni humana, ni proporciona beneficios a ninguna nación; la experiencia vivida en otros países ha de mostrado que la implantación de la pena capital se revierte contra la sociedad misma, y que, lejos de disminuir el índice de delincuencia, como enuncian algunos partidarios de ella, este se mantiene igual, o bien aumenta considerablemente.

239) Juan Federico Arriola, op. cit., pág. 71.

Por otra parte, hablar de ejemplaridad, implica una situación positiva, que revela una virtud, en este sentido, la pena de muerte es un acto contrario a la naturaleza humana, que interrumpe la evolución sin llegar al menos a intimidar a aquéllos cuyo oficio es la delincuencia; a una gran mayoría de los integrantes de la sociedad, la idea de la pena mortal, les asusta y les repugna, pero a los criminales solo les causa indiferencia, e inclusive, les llega a representar un reto.

Por eso, deberíamos enorgullecernos de que tan nefasta pena haya ido desapareciendo de los Códigos Penales Estatales; pues esto solo indica que la filosofía penal que prevalece en nuestro país está comprometida con la vida y no con la muerte; y que cree en la posibilidad de rescatar al ser humano, razón por la que promueve la rehabilitación y la readaptación social; y dado que no es útil para erradicar la criminalidad, como tampoco justa, ni moralmente plausible; ni mucho menos deseable políticamente; creemos que es momento ya, de replantear los términos en que se manifiesta la Fracción III del Artículo 22 Constitucional; pues la justicia no progresa quitando la vida a un ser humano, el sujeto criminal nació dentro de la sociedad, y ha sido tal cual hemos sido todos; la sociedad tiene los delincuentes que merece, y el Estado, argumentando un bien común, no debe atribuirse la facultad de quitar lo que no puede dar: la vida antes bien, es menester, hacer un concienzudo examen a los sistemas de formación ciudadana, a la educación, a los principios rectores de la moral; para elevar el nivel de la vida social, sin tener que recurrir a puertas falsas que prometen solución a nuestros problemas como lo es la pena de muerte.

Así, en función a esta base de criterio, hemos generado una propuesta como producto de la revisión del material pertinente a este trabajo, del análisis de casos como el que será presentado en el apéndice y de la realización misma de la tesis, la que a continuación exponemos.

1. Se dé mayor difusión, en todos los niveles, a los trabajos realizados por internos de los centros penitenciarios, como muestra de la parte productiva y pedagógica de su rehabilitación.
2. Se lleven a cabo encuestas a nivel nacional, sobre la efectividad o no de la pena de muerte, por medio de un organismo bien estructurado para el efecto, a fin de que los resultados de la misma tengan la validez necesaria para ser considerados.

3. Se derogue el párrafo III del Artículo 22 Constitucional, y consiguientemente sea reformado el Artículo 14 de la misma ley en base a:

A) No existe congruencia entre los Códigos Penales de los Estados y lo establecido en la Carta Magna en relación a la citada pena; dado que aunque en México no es aplicada tal sanción, la ley Fundamental la enuncia, mientras que en los Códigos Penales de los Estados y del Distrito Federal ya no aparece. Una revisión minuciosa al respecto nos proporciona datos como este:

DELITO: Parricidio (ver anexo).

CONSTITUCION POLITICA: Pena de muerte.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL: 13 A 50 años de prisión (Art. 324)

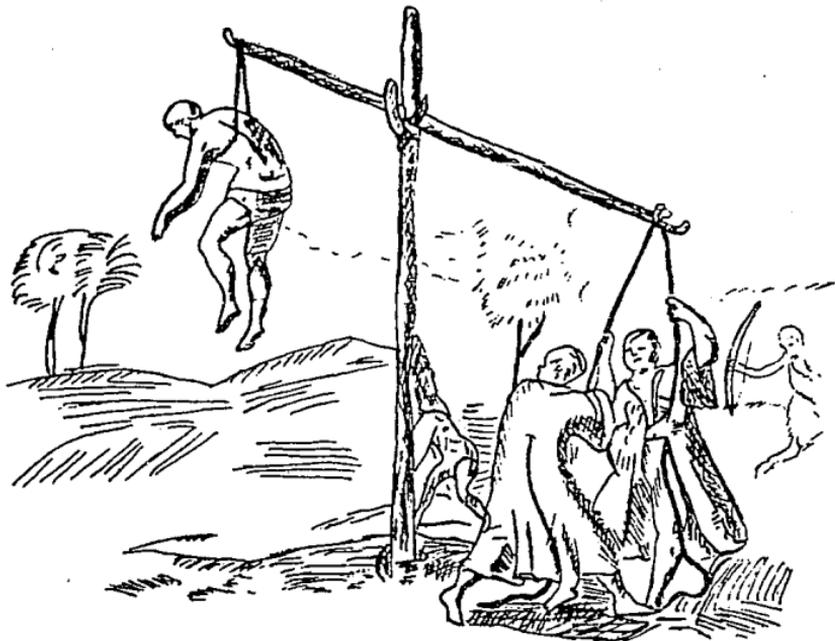
CODIGO PENAL DE HIDALGO: 20 A 30 años de prisión (ART. 296).

CODIGO PENAL DE CHIAPAS: 20 a 40 años de prisión (ART. 211).

- B) De acuerdo con el Artículo 133 Constitucional, los tratados, convenciones y declaraciones internacionales vinculan al Estado Mexicano y ciudadanos, transformando lo acordado en ellos a leyes internas con categoría constitucional, tal es el caso de "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre", "El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", y otros, que condenan la aplicación de la pena de muerte, ya sea de manera implícita o expresa.
- C) Históricamente, el antecedente constitucional nos favorece, toda vez que el Congreso Constituyente de 1857, consideró pertinente sostener la pena de muerte en la Carta Magna, en tanto no existiera un sistema penitenciario que garantizara la estancia y tratamiento de los internos, sistema con el cual ya se cuenta.
4. El hecho de que permanezca vigente el Párrafo III del Artículo 22 Constitucional, resta fuerza a las peticiones de clemencia que se promueven a favor de la vida de los connacionales condenados a muerte en el extranjero.

No obstante, es menester perseverar en alcanzar la respuesta deseada a favor de los derechos humanos de los mexicanos presos en el extranjero, para lo cual proponemos:

1. Se realicen convenios internacionales que consignent la permuta de reos con condenas y/o antecedentes semejantes, relativos a sentencias máximas, a fin de que cada cual compurgue en su país la pena correspondiente, y sea sujeto de igual modo, a los medios rehabilitatorios o correctivos acordes a la cultura que les formó como ente sociales, quedando así de lado cualquier manejo de parcialidad racial.
2. En caso de error judicial, al que todo sistema legal es susceptible, si fuere ejecutado un connacional en territorio extranjero, solicitar una indemnización para la familia del mismo, ya que la situación social y económica en la que queda, es precaria y de menoscabo constante, por los estigmas que implica la pérdida de uno de sus miembros en las circunstancias de pena de muerte.
3. Sea promovido un censo a nivel mundial, que tenga por fin investigar el número de individuos condenados a muerte, y de ellos, cuántos son mexicanos, en qué país se encuentran y por qué delito fueron condenados, a efecto de implementar mediante consulados y cancillerías, las estrategias necesarias para su ayuda legal.



CONCLUSIONES

1. Superada la etapa en que la privación de la vida impuesta por el poder coercitivo del Estado tenía un sentido meramente punitivo, un supuesto valor de vindicta social y, aceptando que hoy la penalización de las conductas ilícitas, tipificadas como delitos, no tiene un propósito de compensación vengativa, sino de institución de rehabilitación de quien ha incurrido en ilícitos, pierde toda su eficacia la privación de la vida dentro del cuadro de las sanciones penales, puesto que un sujeto muerto no puede ser sujeto de rehabilitación o de readaptación social.

2. En el legado filosófico que nos deja la escuela clásica, encontramos una afirmación que no ha perdido ni perderá actualidad, y es el hecho de que la severidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito, excluyendo a la pena de muerte, pues de ésta se abusó cuando el Derecho Positivo aún se estaba gestando.

3. Lo consideró la escuela positiva en su filosofía, y ha consolidado su validez al transcurso del tiempo, el hecho de que el sujeto delincuente es el resultado de una formación social, económica y cultural; parámetros que en conjunto determinan el nivel de peligrosidad que pueda o no tener; por lo que es menester, antes de enunciar una sanción, prever las medidas que disminuyan o eliminen la comisión de delitos, atendiendo a las circunstancias en las que se desenvuelve el individuo en general.

4.- La pena de muerte lesiona al bien jurídico de la vida, lo que manifiesta una contraposición a la esencia del Derecho Positivo, pues a él corresponde salvaguardar los intereses más preciados del hombre y la sociedad, catalogados como bienes jurídicos tutelados.

5.- No hay dentro de una ciencia, elementos separados de manera tajante, son más bien partes que se integran en un todo de manera complementaria y perfecta, tal es el caso del Derecho Positivo y el Derecho Natural, que suelen presentarse como contrarios, cuando ambos son parte de un mismo fin compacto: el bien común, y dentro de él, la dignidad humana.

6. Bajo la perspectiva de la readaptación, la utilidad de la pena se enaltece y cobra nuevos senderos, pretendiendo que, con una participación multidisciplinaria (abogados, psicólogos, sociólogos, etc), haya lugar a una transformación en el reo, haciendo de él un sujeto con conocimiento de sus deberes y resistencia a estímulos que pudieran llevarle a delinquir; cuando esto es alcanzado, se presenta ante nosotros un sujeto socialmente readaptado y la pena demuestra su máxima utilidad.

7. Si bien es cierto que el origen de la pena de muerte se encuentra en el nacimiento de las primeras sociedades humanas, no significa esto que la máxima pena sea connatural a la humanidad, tomemos en cuenta que el punto de intersección de ambas, se dió en períodos arcaicos y, que la evolución de las sociedades exige por naturaleza el abandono de medidas ancestrales, que solo tuvieron cabida por el sistema primitivo en que se dieron.

8. México registra en su historia una evidente línea trazada con sangre, reabrir la posibilidad de aplicar la pena de muerte, significaría enfatizar esa línea y, desde luego, retroceder negativamente en lugar de avanzar hacia el desarrollo social.

9. Las leyes tienen una función política finalista, que consiste en elevar el nivel socio-cultural de los miembros de la comunidad, y fortalecer los lazos de solidaridad entre ellos para un mejor desarrollo; el Estado que priva de la vida a sus ciudadanos, está poniendo un ejemplo de crueldad y de violencia, que será escuela de mayor violencia, en lugar de atender a la defensa social en términos armónicos.

10. La pena de muerte, no es hoy sinónimo de fortaleza, democracia, seguridad pública o justicia; sino todo lo contrario; refleja la incapacidad, debilidad, autoritarismo e irresponsabilidad social y judicial; con ella se oculta la verdadera persecución de los delitos y se difriza la responsabilidad del Estado de configurar el auténtico funcionamiento de la normatividad legal.

11. Los efectos intimidatorios que presenta la pena capital son objetables, sin embargo, los criminógenos se hacen evidentes en el seno de la sociedad, por constituir en sí misma un acto de violencia humana que comete la mayor institución del hombre, que es el Estado, con el hombre mismo.

12. La aplicación de la pena máxima no conlleva ningún ejemplo moralizante para la sociedad, ni para las generaciones por venir, puesto que el que una persona sea muerta por medios legales, no conseguirá la reducción de la delincuencia; la solución es entonces, avanzar en el sentido que señala el Derecho Vigente hacia la maduración política y la estabilidad social.

13. Si bien existen argumentos en pro y en contra de la pena de muerte, la opinión que creemos generalizada, es que su reimplantación implicaría una represión de nuestro sistema legal a los principios filosóficos y éticos reconocidos ya prácticamente, como valores universales.

14. Dado que con la evolución de las sociedades, la pena de muerte ha ido desapareciendo de los Códigos Penales de los Estados de la Federación, siendo el último en abolirla Sonora en 1974, es inobjetable el sin sentido de que continde siendo prescrita a nivel Constitucional, considerando además, los Tratados Internacionales que México ha firmado al respecto y, que en estas circunstancias constituirá solo letra muerta, que en un determinado momento pudiera ser utilizada solo para el desfogue de las pasiones sociales y económicas que están, de manera por más clara, fuera de todo Derecho.

15. Es inadecuada la aplicación de la sanción capital, en virtud a la probabilidad latente en todo sistema penal de caer en el llamado error judicial, pues de ser ejecutado un inocente, dicho error no considera la probabilidad de reparación.

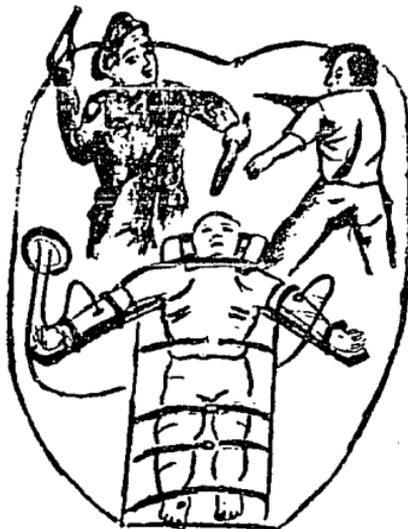
16. En virtud a lo señalado en el Artículo 133 Constitucional, los acuerdos tomados en Convenciones, Declaraciones y Tratados Internacionales, ascienden a la categoría de leyes internas con jerarquía constitucional, por lo que el Párrafo III del Artículo 22 de la Carta Magna, se contrapone a lo estipulado en ellos, específicamente en lo que a pena de muerte se refiere, pues éstos condenan su aplicación, ya sea de manera implícita o expresa.

17. Lejos de plantear la posibilidad de aplicar la pena de muerte, se hace necesario implementar una política que erradique la delincuencia desde sus causas más profundas, analfabetismo, inseguridad, desequilibrio económico, corrupción, desempleo y pobreza entre muchas más; ésto es, se hace necesario fortalecer la infraestructura nacional para elevar los roles y status de la ciudadanía en general.

18. El hecho de que la pena máxima continde siendo enunciada en la Carta Magna, resta fundamentos a la lucha que el pueblo mexicano, representado por la CNDH, sostiene para evitar se prive de la vida a connacionales en el extranjero; se hace pues, clara la incongruencia entre el Párrafo III del Artículo 22 Constitucional con las medidas que se emprenden para subsanar la situación de alguno mexicanos en el extranjero.

19. Las declaraciones de derechos humanos, son el resultado de convulsiones mundiales severas, que han puesto en crisis la vida social de los hombres, dejando salir lo primitivo de su naturaleza; la finalidad de aquéllas, es devolver a la sociedad la escala de valores perdidos en éstas, dentro de un contexto jurídico internacional que, por desgracia, no es respetado por todos los miembros de la comunidad mundial.

20. A raíz de la investigación realizada concluimos que: el Párrafo III del Artículo 22 Constitucional, se encuentra planteado en términos incongruentes, contradictorios, ambiguos, temporales y selectivos, además de ser inusual, por lo que proponemos la derogación del mismo.



A P E N D I C E

CASO: RICARDO ALDAPE GUERRA.

Desarrollaremos nuestro apéndice, con la narración del caso del connacional Ricardo Aldape Guerra, quien se encuentra en espera de cruzar el umbral de la muerte desde hace aproximadamente diez años, por haber sido condenado de acuerdo a las leyes del vecino país del norte.

A lo largo de este caso, se harán evidentes al lector, las aseveraciones que se han hecho en torno a la pena máxima durante la exposición de la presente tesis, lo que consideramos, vendrá a fortalecer nuestro criterio, al comprobar con este relato que se conjugan en la práctica, los comentarios de lo expuesto.

ANTECEDENTES DEL CASO:

Ricardo Aldape Guerra tenía 17 años cuando, ya termina dos sus estudios de secundaria, quiso ser una ayuda, en lugar de una carga, para su familia, Esperó un año y medio para trasladarse a los Estados Unidos, donde iba a ganar dólares, para que su mamá "no pasara privaciones" según versión de Alfredo Andrade López, uno de sus mejores amigos.

Así, el 30 de abril de 1982, Aldape Guerra salió de su natal Monterrey, dejando solo un recado a su madre, en donde le decía que había vendido su bicicleta para ir a trabajar a Estados Unidos, y que pronto se comunicaría con ella para enviarle dinero.

Aldape Guerra inmigró al vecino país en mayo de 1982, como un indocumentado más, en busca de un trabajo que le remunerara en dólares, deseo abstracto de superación de muchos mexicanos; se fue a vivir a un sector conocido como La Magnolia, barrio bajo y ciertamente conflictivo, poblado por hispanos en su mayor parte.

En los dos meses subsecuentes a su llegada, Ricardo se comunicó con su madre, diciéndole que estaba bien y que pronto le enviaría dinero; lo cual cumplió, según testimonio de su familia.

Recibía tres dólares por hora en su trabajo, lo que le impedía tener una vivienda propia, todo esto debido a su calidad de inmigrante sin documentación oficial.

13 DE JULIO DE 1982:

La noche del 13 de julio de 1982, Aldape se encontraba compartiendo con sus amigos, en la casa que con ellos alquilaban en La Magnolia, como es frecuente en las reuniones de este tipo, se agotaron los refrescos, y tocó en suerte a Ricardo, junto con su amigo Roberto Carrasco Flores, ir a la tienda a surtirlos.

Ya en el camino; Carrasco y Guerra, fueron detenidos por una infracción de tránsito, los jóvenes mexicanos, con plena conciencia de ser indocumentados y a sabiendas de que la estancia ilegal suele tener como consecuencia, no solo una sanción, sino serios atropellos sobre la integridad de las personas, decidieron huir; conducta que irritó a los policías estadounidenses y les llevó a iniciar un tiroteo.

Como resultado del tiroteo, por desgracia hubo víctimas, una, el policía James D. Harris, otra el automovilista José Armijo, que transitaba por el lugar, además de Roberto Carrasco Flores, acompañante de Aldape Guerra.

Posteriormente, al ponerse en marcha las investigaciones de lo acontecido, Ricardo Aldape Guerra se presentó ante las autoridades locales a rendir su declaración, confiando en aquéllo que reza: "El que nada debe, nada teme".

Sin embargo, fue inocua la esperanza del connacional, pues su acto de valor civil, se revirtió contra él mismo al procederse en su contra, declarándolo culpable de homicidio, al realizarse el juicio en forma apresurada, dado que el día 15 de octubre de 1982, a sólo tres meses del hecho, el juez federal Henry Oncken, dió a conocer la sentencia de muerte que dictó el jurado que conoció el caso, mismo que deliberó aproximadamente tres horas y evidentemente bajo una fuerte presión.

Quando el juez dictó la sentencia, Ricardo Aldape sólo dijo con voz entrecortada: "Soy inocente", según coinciden las versiones de los presentes en el momento.

El proceso del compatriota Aldape Guerra, se vió revestido de una serie de irregularidades que favorecieron a pareciera, sin ser un homicida, juzgado como tal, y lo que es peor, en un país ajeno, en el que impera la pena máxima, sobre todo para los hispanos.

Entre las anomalías mencionadas, enlistaremos:

1. Las pruebas realizadas en las manos de Aldape Guerra (parafina y ----- Harris), concluyen que él no efectuó disparo alguno.
2. Entre las ropas de Roberto Carrasco, acompañante de Aldape Guerra fallecido en el tiroteo, se encontró el arma homicida; y las pruebas ----- efectuadas en sus manos revelaron la existencia de pólvora.
3. Los testigos presenciales, por haber ocurrido los hechos en lugar oscuro, no precisan las características de Aldape como autor del homicidio, y así lo afirmó el abogado defensor durante el proceso; sin embargo, el fiscal se dió a la tarea de mandar fabricar muñecos con las ----- características de Aldape y Carrasco, a un costo de siete mil dólares, para mostrar que los testigos "no podían confundirse" al identificar ----- a los hombres.
4. Le hicieron firmar una declaración en inglés, idioma que desconocía.
5. Alrededor de lo manifestado, lo confesado y aún lo inventado, el juicio se realizó en forma apresurada, con ejercicio de una evidente presión ----- sobre el jurado.

Se precisa, al conocer lo anterior, un comentario: es claro que, Estados Unidos cuenta con cuerpos de seguridad e instituciones judiciales, que debieran actuar apegadas a la objetividad; sin embargo, se dejan ver en el vecino país, acusados sentimientos de aversión contra los hispanos, no obstante que su mano de obra barata, contribuyen en buena manera a la prosperidad estadounidense, pues de no contar con esta fuerza laboral, habría un aumento importante en los costos de producción del vecino del norte; así, el complejo de irregularidades procesales constituye, más que un juicio apegado a la verdad y a la ley, una clara manifestación de la parcialidad que domina en la autoritaria justicia norteamericana.

Ahora bien, al darse a conocer la sentencia de Aldape Guerra en México, se ha pretendido seguir el curso del caso e implementar las medidas pertinentes para el auxilio del compatriota; pero los esfuerzos de una década han sido infructuosos.

En estos términos, en octubre de 1982, los familiares de Ricardo Aldape Guerra, enviaron un telegrama al entonces Presidente de la República, Lic. José López Portillo, para pedir su intervención y así evitar la ejecución de la sentencia; esta petición se ha reiterado una y otra vez, hasta llegar a nuestro actual mandatario Lic. Carlos Salinas de Gortari.

Por otra parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores, se ha abocado con interés al seguimiento del caso, dando instrucciones precisas al Consulado General de México en Houston, y a la Cancillería, a fin de que se informen todos los pormenores del juicio y pueda echarse mano de cuantos recursos penales existan a favor del mexicano.

La comunidad en general, se ha manifestado también en contra de la sentencia mortal, justificada por el juez por "el peligro que supondría para la sociedad, si alguna vez él era puesto en libertad" lo que se realizó en primera instancia, con una manifestación de más de 200 personas, encabezadas por la promotora de protesta Socorro Montemayor, mexicana residente norteamericana, que convocó a la comunidad hispana a apoyar la conservación de la vida del compatriota Aldape, afirmando al concluir la protesta: "una vez más, ha quedado claro que los pobres que no tienen dinero para conseguir un buen abogado no reciben el mismo trato de los que realmente lo tienen".

Si bien es cierto que el grueso de los mexicanos, país y gobierno, han considerado la posibilidad de auxiliar a Ricardo Aldape Guerra, y a otros en su misma situación, de acuerdo a las nociones elementales de Derecho y humanidad; también lo es la existencia del principio de la no intervención, que se establece en la internacional cláusula Calvo, emitida por el jurista argentino Carlos Calvo, "fundada en la igualdad de los Estados, que proscriba las intervenciones de un Estado en los asuntos de otro con pretexto de daños reales o supuestos causados a los ciudadanos del primero, reclamándose indemnización por medio de la interposición diplomática. Se esgrime también el argumento de que el ----

extranjero no tiene por qué recurrir a la protección diplomática de su gobierno, pues él no puede pretender mayores derechos que los propios nacionales, y debe conformarse con los derechos que proporcione la jurisdicción local. "(240).

A este respecto, consideramos que la citada doctrina Calvo, se estipula en términos por demás drásticos, que de un modo u otro, obstruyen la traspolación del Derecho Natural más allá de las fronteras de un país, dejando así sin amparo alguno los derechos humanos más esenciales de los hombres, sean de una u otra nacionalidad.

En todo caso, y con las limitaciones que impone la doctrina Calvo, la familia Aldape Guerra siempre ha recibido como respuesta la esperanza de una gestión en favor de Ricardo, pero con la advertencia de que sólo se puede pedir clemencia, pues con fundamento en la cláusula citada, jurídicamente no es posible hacer absolutamente nada, ya que todo lo concerniente al caso tiene que sujetarse a las leyes de Estados Unidos.

Para hacer efectiva y eficaz la posibilidad de ayuda, es menester la creación de Tratados Internacionales que contemplan la existencia y situaciones de estos casos, de este modo, el auxilio que se brinde podrá adquirir efectos de carácter trascendental y objetivo, esto, a fin de apoyar no solo a Ricardo Aldape, sino a una veintena de mexicanos condenados a muerte y a un sin fin de personas que al alejarse de su territorio, ven devastadas sus garantías individuales.

Continuando la narración del caso, rescatamos el dato de mayo de 1992, cuando Ricardo Aldape fue visitado por Ricardo Ampudia, entonces Cónsul General de México en Texas, quien expresó: "Lo ví en su celda y lucía física y mentalmente bien. Me reiteró su inocencia, la que ha mantenido sistemáticamente desde que fue aprehendido e inculpado".

Alrededor de la misma fecha, la abogada Sandra Babcock, resalta que los trece puntos de prueba a favor de Aldape, proporcionados por el gobierno de Nuevo León, confirman su buena conducta y un perfil psicológico que lo revelan como persona con adecuados índices de socialización y buena madurez emocional.

240) César Sepúlveda Gutiérrez, Terminología usual en las relaciones internacionales, Derecho Internacional Público, SRE, Tlatelolco, México, 1976, pág. 36.

La situación jurídica de Aldape, refleja en gran medida, lo que en forma sistemática sucede en el seno de la sociedad norteamericana, lo cual constituye síntomas muy notorios del grado de descomposición que ennegrece los barrios latinos de Estados Unidos: brutalidad policiaca, persecución contra latinos y miembros de otras naciones, quienes se caracterizan por la marginación de que son víctimas, manipulación en la integración de jurados hasta conducirlos a que asuman veredictos sin fundamento, errores técnicos en los procesos criminológicos y violencia en las calles de las principales ciudades.

El caso de Aldape Guerra ha interesado a la opinión pública nacional e internacional, porque es un claro ejemplo de lo que ocurre hoy día en Estados Unidos con los indocumentados; cuando es por de más sabido que es un país, cuyos establecimientos carcelarios están saturados, aún más que los de México, y no obstante que sus corporaciones policiacas están dotadas de los equipos más sofisticados y de grandes recursos materiales.

A colación de todo lo anterior, desde nuestra posición como mexicanos, como humano y como abogado, y considerando que por fortuitas causas, pero afortunadas, el connacional Ricardo Aldape continúa con vida, nos adherimos al sentimiento nacional en la petición solidarizada de clemencia y revisión de su caso al enviar una misiva a la gobernadora de Texas, misma de la que anexamos una copia que a la letra dice:

GOBERNADORA ANN RICHARD
ESTADO DE TEXAS DE LA
UNION AMERICANA
P R E S E N T E.

Siguiendo de cerca la trayectoria que ha tomado el caso de Ricardo Aldape Guerra, a través de los medios masivos de comunicación y de los datos proporcionados por la Secretaría de Relaciones Exteriores de mi país, sobre las gestiones realizadas en torno al mismo, surge en mí una inquietud profesional y humana que me lleva a exponer:

Que en base a "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre", "El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" y "La Convención Americana sobre Derechos Humanos", de los cuales han sido copartícipes su país y el mío, proclamamos, unido a mis connacionales, los principios elementales del Derecho Universal en pro del Derecho a la vida, como el más alto y preciado de los bienes jurídicos tutelados por el Estado, para solicitar a Usted, con el debido respeto y de la manera más atenta, se otorgue clemencia al compatriota Ricardo Aldape Guerra, y en la nueva revisión que se dará a su expediente, de acuerdo al comunicado publicado en la fecha 12 de octubre del año en curso en los diarios nacionales, se dé al mismo una interpretación justa y honesta, lejos de parcialidades sociales o políticas como las que se han evidenciado anteriormente y que fueron declaradas en el "Coloquio Internacional sobre la Pena de Muerte", celebrado en la Universidad Nacional Autónoma de México los días 29 y 30 de septiembre y 12 de octubre del presente año, por el Prof. Robert C. Owen al afirmar: "...quiero decirles que respecto a los mexicanos que usted menciona en Texas, aquí sí incluyó el racismo. En el caso de Ricardo Aldape, hubo dos factores preponderantes, primero la discriminación racial y segundo que la víctima hubiera sido un policía, ya que esto incluso alteró más los ánimos del jurado".

Aludo a su espíritu de honesta justicia, para que transmita a la Junta de Perdonos que revise el caso de mi connacional, el sentir del pueblo y gobierno mexicanos, y muy concretamente la agonía psicológica que sufren los familiares de Ricardo Aldape Guerra.

Confiando en su digno apego al Derecho, y en especial a los tratados internacionales mencionados, reitero mi solicitud de clemencia me despido quedando a su atenta y distinguida consideración.

FELICIANO MEDINA ORTEGA.

Pasante de Derecho.

México, Distrito Federal., a siete de octubre de mil novecientos noventa y tres.

BIBLIOGRAFIA

1. Abarca, Ricardo, *El derecho penal en México*, Jus, México, 1941.
2. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal, parte general*, 8ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988.
3. Arriola, Juan Federico, *La pena de muerte en México*, 1ª edición, Edit. Trillas, México, 1989.
4. Baez Martínez, Roberto, *Derecho constitucional*, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1979.
5. Barbero Santos, Marino, *La pena de muerte, seis respuestas*, Boletín -- oficial del estado, Madrid, 1978.
6. Barbero Santos, Marino, *La pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
7. Bazdrech, Luis, *Garantías constitucionales*, Edit. Trillas, México, --- 1990.
8. Beccaria, Césare, *De los delitos y las penas*, Clásicos universales de Derechos humanos, CNDH, 1992.
9. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1992.
10. Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario*, Porrúa, México, 1986.
11. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, Porrúa, México, 1980.
12. Carrera, Francesco, *Programa de derecho criminal, parte general*, volumen I, Temis, Bogotá, 1972.
13. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal, parte general*, volumen II, Temis, Bogotá, 1972.
14. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*. Porrúa, México, 1992.
15. Cortés Ibarra, Miguel Angel, *Derecho penal, parte general*, Cárdenas -- Editor y distribuidor, México, 1987.
16. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte general*, volumen I, Bosh, - Barcelona, España, 1975.
17. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, parte general*, volumen II, Bosh - Barcelona, España, 1975.
18. Del Rosal, Juan *Penal de muerte, cuatro teorías* 4, Madrid, 1973.

19. Floris Margadant, Guillermo, Introducción a la historia del derecho -- mexicano, Textos universitarios, UNAM, México, 1971.
20. García Ramírez, Sergio, Manual de prisiones, Porrúa, México, 1982.
21. García Ramírez, Sergio, Justicia penal, Porrúa, México, 1982.
22. García Ramírez, Sergio, Los derechos humanos y el derecho penal, ---- Miguel Angel Porrúa, México, 1988.
23. Garófalo, Rafael, La criminología, La España moderna, Madrid, 1890.
24. González de la Vega, Francisco, Derecho penal mexicano, Los delitos, -- 25ª edición, Porrúa, México, 1992.
25. Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Editora de - revistas, México, 1945.
26. Hugo, Victor, Los miserables, Tomo I, Origen, México, 1985.
27. Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, Hermes, Sudamericana, 1986.
28. Jiménez Huerta, Mariano, Derecho penal mexicano, Tomo II, La tutela -- penal de la vida e integridad humana, 7ª edición, Porrúa, México, ---- 1986.
29. Jiménez Huerta, Mariano Derecho penal mexicano, Tomo III, La tutela -- penal del honor y de la libertad, 4ª edición, Porrúa, México, 1982.
30. Navarrete, Tarciso, Abascal, Salvador y Laborie, Alejandro, Los de - rechos humanos al alcance de todos, Diana, México, 1991.
31. Maggiore, Giuseppe, Derecho penal, volumen I, Temis, Bogotá, 1971.
32. Maggiore, Giuseppe, Derecho penal, volumen II, Temis, Bogotá, 1972.
33. Marchiori, Hilda, Psicología criminal, Porrúa, México, 1989.
34. Márquez Piñero, Rafael, Criminología, Trillas, México, 1991.
35. Márquez Piñero, Rafael, Derecho penal, parte general , Trillas, Méxi - co, 1990.
36. Mendieta y Nómez, Lucio, El derecho precolonial, Porrúa, México, 1992.
37. Mezger, Edmund, Derecho penal, parte general , Cárdenas editor y dis - tribuidor, México, 1990.
38. Montesquieu, Charles de Secondant, Del espíritu de las leyes, Porrúa, - México, 1990.
39. Montiel Bosa, Juventino, Apuntes de la cátedra de criminalística, ---- ENEP "Acatlán" (UNAM), México, 1978.

40. Djeda Velázquez, Jorge, Derecho de ejecución de penas, Porrúa, México, 1985.
41. Djeda Velázquez, Jorge, Derecho punitivo, Trillas, México, 1993.
42. Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 1982.
43. Peralta Sánchez, Jorge, Pena de muerte, aborto y eugenesia, Joaquín -- Porrúa, México, 1988.
44. Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamiento de la parte general --- del derecho penal, Porrúa, México, 1983.
45. Prida, Ramón, La pena de muerte, Cuadernos criminalia, México, 1945.
46. Quiroz Cuarón, Alfonso, La pena de muerte en México, Botas, México, -- 1962.
47. Reynoso Dávila, Roberto, Introducción al estudio del derecho penal --- Cárdenas editor y distribuidor, México, 1991.
48. Rodríguez Manzanera, Luis, Criminología Porrúa, México, 1981.
49. Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social, Porrúa, México, 1992.
50. Rusell, Bertrand, Autoridad e individuo, Fondo de cultura económica, - México, 1973.
51. Sepúlveda Gutiérrez, César, La responsabilidad internacional del Es - tado y la validez de la cláusula Calvo, México, 1944.
52. Sepúlveda Gutiérrez, César, Terminología usual en las relaciones in - ternacionales, Derecho internacional público, SRE, Tlatelolco , Méxi - co, 1976.
53. Sepúlveda Gutierrez, César, Derecho internacional, Porrúa, México, --- 1991.
54. Soler, Sebastián, Derecho penal argentino I, Típográfica editora, ---- Argentina, Buenos Aires, 1973.
55. Solís Quiroga, Héctor, Sociología criminal, Porrúa, México, 1977.
56. Sueiro, Daniel, El arte de matar, Edit. Alfaguara, Madrid, 1987.
57. Sueiro, Daniel, La pena de muerte y los derechos humanos, Alianza ---- Editorial, Madrid, 1987.
58. Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de México, 1808-1991, ----- Porrúa, México, 1991.
59. Truyol y Serra, Antonio, Historia de la filosofía del derecho y del -- Estado, Tomo I, Revista de occidente, Madrid, 1961.

60. Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, Porrúa, México, 1990.
61. Villeneuve, Roland, El museo de los suplicios, Ediciones Martínez ---- Roca, Barcelona, España, 1989.
62. Von Liszt, Franz, Tratado de derecho penal , Tomo segundo, Reus, Madrid, 1927.
63. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, parte general, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1991.

DICCIONARIOS

1. Diccionario Básico Larousse, Ramón García Pelayo y Gross, Ediciones --- Larousse, México, 1987.
2. Diccionario de derecho usual, Tomo III, Guillermo Cabanelas, Litoral -- Viracocha, Unica edición, Buenos Aires, Argentina, 1954.
3. Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua española, Porrúa, --- México, 1990.
4. Diccionario Jurídico 1982, Roberto Atwood, Editor y distribuidor li - brería Bazán, México, 1982.
5. Diccionario Médico Familiar, Reader ' & Digest, México, 1982.
6. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicanas, Escri - che mexicano, por el Lic. Antonio de J. Lozano, Orlando Cárdenas edi - tor, 1ª edición, Irapuato, Gto., 1932.
7. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, 1967.
8. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XX, 1967.
9. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, 1967.

LEGISLACIONES

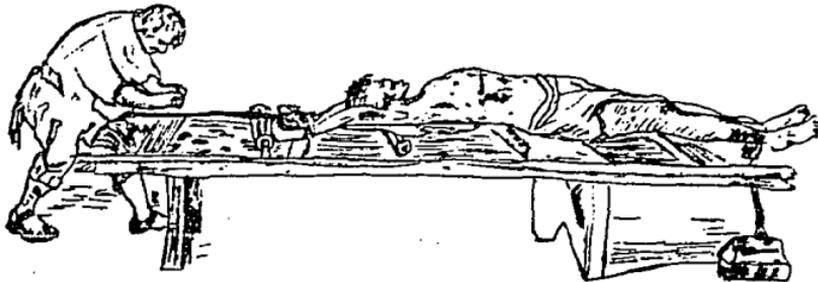
1. Código de Justicia Militar, Ediciones Ateneo, México, 1984, 12ª edi - ción.
2. Código Penal y de procedimientos penales para el Estado libre y sobe - rano de Campeche, 1ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1978.
3. Código penal y de procedimientos penales para el Estado libre y sobe - rano de Coahuila, edición Oficial, Puebla, México, 1985.

4. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Chiapas, Edit. Cajica, 1ª edición, Puebla, México, 1981.
5. Códigos de defensa social y de procedimientos en materia de defensa -- social para el Estado libre y soberano de Chihuahua, Reimpresión de la 1ª edición, Cajica, Puebla, México, 1976.
6. Código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, 7ª edición, Ediciones - Andrade, México, 1990.
7. Nuevos códigos penal y procesal penal para el Estado libre y soberano de Durango, Edit. Cajica, 1ª edición, Puebla, México, 1985.
8. Código penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Guanajuato, Edición oficial, Puebla, México, 1986.
9. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Guerrero, 5ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1984.
10. Código penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Hidalgo, Edit. Cajica, 4ª edición, Puebla, México, 1986.
11. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de México, Edit. Cajica, 2ª edición Puebla, México, 1993.
12. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Michoacán, 1ª edición, Puebla, México, 1981.
13. Código penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Morelos, 4ª edición, Cajica, Puebla, México, 1986.
14. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Nuevo León, 2ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1983.
15. Códigos penal y de procedimiento penales para el Estado libre y soberano de Oaxaca, 2ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1985.
16. Códigos de defensa social y de procedimientos en materia de defensa -- social para el Estado libre y soberano de Puebla, 3ª edición, Edit. -- Cajica, Puebla, México, 1984.
17. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado de Quintana - Roo, Edit. Edición especial del H. Tribunal Superior de Justicia del - Estado de Quintana Roo, Edit, Cajica, Puebla, México, 1983.
18. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de San Luis Potosí, 1ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, --- 1983.
19. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Sinaloa, 4ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1986.

20. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Sonora, 3ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1979.
21. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Tabasco, 3ª edición, edit. Cajica, Puebla, México, 1985.
22. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Tlaxcala, 2ª edición, Cajica, Puebla, México, 1985.
23. Códigos penal y de procedimientos penales para el Estado libre y soberano de Tamaulipas, 3ª edición, Cajica, Puebla, México, 1985.
24. Compendio de Leyes de Normas Mínimas sobre readaptación social de --- sentenciados y ejecución de sanciones privativas y restrictivas de la libertad en la República Mexicana. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991/10.
25. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Trillas, 1ª reimpresión, México, 1992.

NOTAS PERIODISTICAS EN ORDEN CRONOLOGICO

1. Periódico La Jornada, 27 de marzo de 1993.
2. Revista Impacto NQ 2249, 8 de abril de 1993.
3. Periódico La Jornada, 28 de mayo de 1993.
4. Televisa México, Usted que opina, 28 de mayo de 1993.
5. Periódico Excélsior, 15 de junio de 1993.
6. Núcleo Radio Mil, Diálogos al desnudo, 19 de junio de 1993.



ANEXO

El tipo penal de la figura de parricidio, desapareció de acuerdo a lo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, al derogarse el Artículo 324 y reformarse el 323 del Código Penal para el Distrito Federal, pertenecientes al título de los delitos contra la vida y la integridad corporal, quedando la reforma de la siguiente manera:

HOMICIDIO EN RAZÓN DEL PARENTESCO O RELACION

ARTICULO 323. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores .

Esta reforma, viene a fortalecer nuestra postura en torno a la pena capital y al párrafo III del Artículo 22 Constitucional; toda vez que al desaparecer el tipo de parricidio como delito, se enfatiza la inusualidad del mismo, y por consecuencia las características, descritas en el cuerpo de este trabajo, por las que consideramos debe ser derogada.

