

391
Luj



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPOS "NAUCALPAN"



**"LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA APLICACION
DE LA PENA DE MUERTE PARA EL DELITO DE
HOMICIDIO CALIFICADO."**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CARLOS ALBERTO VAZQUEZ GOMEZ

ASESOR DE TESIS: AIDA MIRELES RANGEL



NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A MI MAMÁ:

Considero un momento importante en mi vida para poder expresarte todo mi cariño y agradecerte porque gracias a tu apoyo, dedicación y comprensión he llegado a ser lo que ahora soy, por lo que te estaré eternamente agradecido.

A MI PAPÁ:

Te agradezco todo tu apoyo y consejos que siempre me brindaste para poder llegar a este paso tan importante en mi vida.

A MIS HERMANOS:

Gracias por brindarme siempre su apoyo y cariño.

**AL LIC. ANTONIO PÉREZ-MORENO
MASUJ.**

*Mucho te agradezco el apoyo que me
brindas y por darme la oportunidad de
desarrollarme profesionalmente, espero
nunca faltarte y contar siempre con tu
valiosa amistad.*

A MIS AMIGOS:

*Claudia, Evelin, Lupita, Alfredo, Javier,
Héctor y en general a todos mis
compañeros por haber hecho de estos 5
años algo maravilloso.*

*A Carmen, Gerardo, Francisco, Ulises,
porque siempre han estado conmigo,
tanto en las buenas como en las malas.
Gracias por su amistad.*

A MI NOVIA.

*Porque gracias a tu amor, comprensión
y ternura, he logrado realizar el mayor
de mis anhelos*

A MI ASESOR:

LIC. AIDA MIRELES RANGEL

Mi eterno agradecimiento por el apoyo, confianza y el valiosísimo tiempo que me brindó en la realización del presente trabajo y de quien a lo largo de mi formación profesional obtuve ejemplo de sabiduría, constancia, responsabilidad y humanidad en grado difícil de encontrar en la vida.

A MIS PROFESORES:

A todos y cada uno de mis profesores de la facultad de Derecho, mi gratitud e imperecedero reconocimiento por su labor, dedicación, tiempo, sus valiosas orientaciones y amistad brindada.

AL HONORABLE SÍNODO:

Mi gratitud por el invaluable tiempo y orientación para la culminación del presente trabajo.

**A LA ESCUELA NACIONAL DE
ESTUDIOS PROFESIONALES
PLANTEL ACATLÁN:**

*En cuyas aulas abrevé el conocimiento
que hebrá de forjar mi profesión, donde
pase los cinco mejores años de mi
juventud y por el orgullo de formar parte
de ella.*

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:**

*La Máxima Casa de Estudios
Profesionales, mi eterna gratitud por
haberme dado la oportunidad de formar
parte de ella y hacer realidad uno de
mis más grandes anhelos.*

CAPITULADO

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

TEORÍA DE LA PENA Y LA PENA DE MUERTE

1.1 La pena, concepto.....	4
1.2 Fines de la pena.....	10
1.3 Clasificación de las penas.....	19
1.4 Breve referencia a la pena de muerte.....	32

TEORÍA DEL DELITO Y EL DELINCUENTE

2.1 El delito, concepto.....	53
2.2 El delito en la escuela clásica.....	58
2.3 El delito en la escuela positiva.....	66
2.4 Los elementos del delito.....	77
2.5 El delincuente como sujeto activo del delito.....	104
2.6 El delincuente como sujeto de la pena.....	111

EL HOMICIDIO CALIFICADO

3.1 El delito de homicidio.	115
3.2 Los elementos del homicidio.	118
3.3 El delito de homicidio calificado de acuerdo con el Código penal.	131
3.4 Las calificativas en el homicidio.	135
a) Premeditación.	
b) Ventaja.	
c) Alevosía.	
d) Traición.	
e) Homicidio cometido a propósito de una violación.	
f) Homicidio cometido a propósito de un robo.	
g) Homicidio cometido a propósito de allanamiento de morada.	

LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE

4.1 Peligrosidad del sujeto activo.	158
4.2 Proporcionalidad de la pena.	162
4.3 La reincidencia.	166
4.4 El fracaso de la pena privativa de libertad.	173

CONCLUSIONES	179
---------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA	185
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN.

Es evidente, que la pena de muerte contiene en sí misma una controversia, que a lo largo de la historia de la humanidad, ha sido defendida y atacada intensamente, por lo tanto, me encuentro consciente de lo complejo del tema, por lo que a través del presente estudio, trataré de demostrar la importancia que tiene el que se legisle sobre dicha pena, como una probable solución al delito de homicidio calificado.

Previamente debe señalarse, que es tal el índice de criminalidad violenta por la que atraviesa nuestro país, que diariamente se cometen un gran número de homicidios, en los cuales se pone de manifiesto la bestialidad y brutalidad que un individuo tiene para sus semejantes, lo que nos lleva la idea de pensar, que el Estado debe buscar otras alternativas que se traduzcan en una lucha práctica en contra de aquellos delitos que irritan gravemente a la sociedad, y la pena de muerte, se presenta como la respuesta más aconsejable para poder eliminar a aquellos delincuentes peligrosos, a quienes es preciso colocar en situación de no seguir causando más daño.

Por su parte, la pena privativa de la libertad, ha demostrado su absoluta ineficacia, no sólo al no reformar al delincuente, lo que se puede advertir con la reincidencia y la peligrosidad de numerosos individuos, sino también, al no producir ningún efecto intimidatorio, ya que en la actualidad, los delincuentes están conscientes que lo más que les puede suceder, es que se les prive de su libertad y lo único que hay que hacer, es esperar a cumplir su sentencia, muchas veces favorecida por la libertad preparatoria, o por la remisión parcial de la pena.

Es indudable que los delincuentes que son sentenciados a una condena larga, como sucede en el caso de homicidio calificado, buscarán la manera de hacer menos tediosa su estancia en la prisión, refugiándose muchas veces en las drogas o en el crimen como una salida para apagar su angustia y desesperación, entonces, es de preguntarnos: ¿Qué beneficios pueden traer estos individuos?, ¿Para qué se les mantiene en prisión, si quizás nunca podrán obtener su libertad, y lo que es peor, nunca se podrán readaptar socialmente?, ¿Acaso no podrían destinarse los recursos de su manutención a otros fines más provechosos?

Por lo antes expuesto, cabe apuntar que ante la impotencia de las autoridades para contrarrestar la ola de delitos graves, que han llegado

al extremo de aterrorizar a la población civil, la ciudadanía se pregunta el ¿Por qué no se reimplementa la pena de muerte?

Para dar una respuesta a esta interrogante, es importante tener presente, que nuestra Constitución Política contempla la pena de muerte, en los casos que ella misma establece, la cual incluye al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, sin embargo, ésta resulta insuficiente para su aplicación, toda vez que hoy en día los ordenamientos punitivos reglamentarios de los Estados y del Distrito Federal, no la contemplan, lo que hace ineficaz la observancia que de ella hace nuestra ley suprema.

1.1 LA PENA, CONCEPTO.

Se puede señalar que son muchos y diversos los conceptos que sobre la pena podemos encontrar, sin embargo, todos ellos coinciden en apuntar que la pena es tradicionalmente un castigo, una privación, impuesta por la autoridad legítima, al que ha cometido una falta o delito.

En cuanto a su origen se puede apuntar que la pena nace propiamente con la venganza privada, posteriormente el hombre al organizarse y vivir en sociedad delega este derecho de venganza en una tercera persona que es la que se encargará de castigar a los individuos que se encuentren involucrados en la comisión de algún delito aplicándose la pena prevista en la Ley.

Es el Estado como organización jurídica representante de la sociedad, quién tiene en sus manos el poder de castigar o "Jus Puniendi", ante la necesidad, por una parte de reprimir al delincuente y por la otra de dar satisfacción a los intereses lesionados por el sujeto activo del delito, surgiendo así la pena.

Dentro de las muchas definiciones que sobre la pena se han dado mencionaremos tan sólo algunas:

Giuseppe Maggiore proporciona la definición nominal de la pena al señalar que "el término pena proviene del vocablo latino poena y denota dolor físico y moral que se le impone al transgresor de una Ley".¹

El mismo autor aclara: "en sentido jurídico, la pena es una sanción personalmente coercitiva, que se conmina y se inflige al autor de un delito".²

Cuello Calón define a la pena como: "la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la Ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal".³

Para el autor en cuestión dentro de las características que debe tener toda pena encontramos las siguientes:

- A) La pena es un sufrimiento, ya que restringe o priva al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, como pueden ser: la vida, la libertad, la propiedad, etc..*

1 GIUSEPPE, Maggiore. Derecho Penal Vol. II, Bogotá, ed. Temis, 1972, p. 223

2 Ibid. p. 2.

3 CUELLO Calón, Eugenio. La moderna Pedagogía, Barcelona España, ed. Bosh, 1963. p. 111

B) La pena es pública, porque es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.

C) La pena debe ser impuesta por los tribunales como consecuencia de un juicio penal.

D) La pena debe ser personal, es decir, recaer solamente sobre el penado, de tal forma que nadie pueda ser castigado por hechos de otros.

E) La pena debe ser legal, es decir, debe estar establecida por la Ley dentro de los límites fijados por ella.

Para Francisco Carrara, máximo exponente de la llamada escuela clásica del derecho penal: "la pena es un castigo, un mal que se le inflige al delincuente: atendiendo a la moralidad del acto; lo mismo que al delito, la pena es el resultado de dos fuerzas, a saber la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas, a la vez: tienen como fin la tutela jurídica de determinados bienes y su fundamento es la justicia, ésta debe ser eficaz, afectiva, ejemplar, pública y de tal naturaleza que no

pervierta al reo; debe ser legal no equivocada, no excesiva, divisible y reparable".⁴

El maestro Castellanos Tena considera a la pena como: "el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico".⁵

Raúl Carranca y Trujillo define a la pena como: "el mal que, de conformidad con la Ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido culpables de un delito habiéndose observado las debidas formalidades".⁶

Por su parte Ignacio Villalobos señala que: "la pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente con base en la Ley para mantener el orden jurídico".⁷

Para este autor la pena vendría siendo el sufrimiento impuesto conforme a la Ley por los adecuados órganos jurisdiccionales para que de esta manera se pueda mantener la convivencia social.

4 CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, México, ed. Porrúa, 1978, p. 395

5 CASTELLANOS Tena, Fernando. Lincamientos elementales del derecho penal, México, ed. Porrúa, 1986, p. 39

6 CARRANCA y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p. 34

7 VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, México, ed. Porrúa, 1990, p. 135

Para la escuela clásica la pena viene a ser la retribución del mal por el mal, expiación y castigo, es decir, es el mal que se da al delincuente por el mal que éste hizo a la sociedad, se pena al hombre porque ha delinquido, se tiene una concepción de la pena como resultado del delito, asimismo, la pena debe ser proporcional al delito cometido y al daño causado.

En cambio, para la escuela positiva la pena será la medida adecuada a la defensa social y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales, es decir, la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social; la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado le impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial pudiendo o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social, en otras palabras, con la aplicación de la pena se pretende evitar futuros delitos, se pena para que no se delinca, es por esto, que interesa más la prevención que la represión, señala que son más importantes las medidas de seguridad que las penas.

Por lo que respecta a las teorías modernas, éstas afirman que la pena, con su connotación de dolor y sufrimiento en castigo, están en franca decadencia. Dentro de los representantes de esta corriente

encontramos a Héctor Solís Quiroga, Sergio García Ramírez, entre otros, quiénes rechazan en general, la idea de que debe retribuirse al delincuente, el daño causado por éste, por medio de la pena.

Por otra parte se sostiene, la idea de la defensa social, es decir, que el Estado está obligado a defender la existencia de sus estructuras en contra del delito, por medio de las normas penales; de tal forma que la idea central ya no es el castigo al delincuente, sino la de proteger a la sociedad del delincuente, por lo que las medidas que se toman deberán ser estrictamente las indispensables para tal defensa social, sin excederse en la imposición de ellas y sin el ánimo de causar al reo mayores sufrimientos, sino sólo en razón de la gravedad del delito cometido.

Podemos darnos cuenta que para los representantes de esta corriente, el fin de la pena ya no es el castigo al delincuente, sino proteger a la sociedad a través de medidas de seguridad y medidas preventivas.

Desde mi punto de vista considero que la pena es el medio del cual se vale el Estado para castigar las conductas que el propio Estado ha reglamentado como delictuosas y de esta manera poder mantener la

convivencia social y el orden jurídico, siendo la autoridad judicial el órgano encargado de la imposición de las penas. Por consiguiente, sólo pueden imponerse las penas que señale la ley dentro de los límites fijados por la misma. Asimismo, toda pena implica siempre un mal que causará una aflicción para el que la sufre, es decir, la pena se aplica al delincuente al cual se le causa un daño o un sufrimiento debido al mal que ha causado, por lo tanto, se puede considerar a la pena como un medio de defensa social, en otras palabras, la pena puede actuar como un medio de intimidación y a la vez de prevención, es decir, antes de que se aplique una pena ésta actúa como un medio de intimidación general y una vez que se aplica actúa como un medio de prevención.

1.2 LOS FINES DE LA PENA.

Durante mucho tiempo y hasta la fecha se han venido desarrollando diversas corrientes acerca de la pena y su finalidad, sin embargo, no se ha podido establecer con exactitud cual es el fin fundamental de toda pena, así encontramos diversos autores con visiones diferentes por lo que a continuación expondré las ideas que se manejan acerca de cual es la finalidad de la pena.

Para algunos autores, el Estado como organización jurídica representante de la sociedad, tiene la obligación de mantener la paz y la armonía entre sus ciudadanos, mismo que se vale de la pena como un medio para alcanzar ese fin, visto de esta manera podemos señalar que el fin de la pena vendría a ser la de mantener el orden público y el bienestar social, es decir, el fin inmediato de la pena sería el castigar para defender el orden normativo y a su vez poder garantizar las condiciones necesarias para la óptima vida social.

Para Francisco Carrara: "el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad".⁸

El jurista Castellanos Tena se muestra de acuerdo con el criterio de Carrara, pero además para que la pena logre ese fin último, que coadyuvaría a conseguir el bien público temporal, es necesaria la reunión de cinco características: ejemplar, intimidatoria, correctiva, justa y eliminatoria.

Lardizabal y Uribe opina en relación con el fin de la pena: "que el derecho de imponer penas es tan propio y peculiar de la sociedad, que nació con ella misma y sin el no podría subsistir y con el primero y

⁸ CARRARA, Francisco. *Programa de derecho criminal, parte general, vol. II*, Bogotá, ed. Temis, 1973, p 68

*principal fin de toda sociedad es la seguridad de los ciudadanos y la salud de la república, siguiese por consecuencia necesaria, que ésta es también el primero y general fin de las penas”.*⁹

Otros autores señalan que a través de la aplicación de la pena se podrá hacer justicia, es decir, la finalidad de la pena será la de castigar a aquéllos que quebranten las normas, al mismo tiempo se le hará justicia al ofendido.

*Para Carranca y Trujillo: “el objeto del castigo no es otro que impedir al delincuente que vuelva a dañar a la sociedad. Es mejor prevenir los delitos que castigarlos; este es el fin de toda buena legislación”.*¹⁰

*Para Beccaria: “el fin de la pena no es otro que impedir al reo que siga causando nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.*¹¹

Podemos mencionar como otro de los fines, el factor de intimidación que la pena lleva implícita; la creencia en una amenaza que consiste en

9 LARDIZABAL y Uribe, Manuel. *Discurso sobre las penas*, p.84

10 CARRANCA y Trujillo, Raúl. *Op. Cit.*, p. 149.

11 BECCARIA, Marquz De. *De los delitos y de las penas*, Madrid, ed. Alianza, 1980, p. 45

un castigo impuesto al infractor como resultado de la violación de una norma jurídica.

Cabe señalar que el efecto intimidante de las sanciones penales es tan antigua como el mismo derecho penal, dicha creencia ha dominado el actuar de los individuos en las épocas más remotas así como en las sociedades actuales, tan es así que la intimidación ha sido considerada como el postulado primero y esencial de la mayoría de los sistemas penales existentes.

El postulado fundamental de los partidarios de la intimidación es el siguiente: la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a posibles infractores o para evitar que los que ya cometieron algún delito vuelvan a hacerlo, es decir, el hecho de atribuir consecuencias desagradables a una conducta determinada reducirá la tendencia de cualquier individuo a adoptar dicha conducta.

Eugenio Cuello Calón afirma que la pena debe perseguir dos fines primordiales que son:

- 1) " Por el sufrimiento que contiene la pena obra sobre el delincuente creando motivos que lo aparten del delito en el porvenir y sobre todo, como finalidad preponderante, tender a su*

reforma, la pena debe de realizar una función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

- 2) *Obrar no sólo sobre el delincuente sino también sobre los ciudadanos pacíficos, mostrándoles las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizando su sentimiento de respeto a la Ley*.¹²

*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 prevención sobre el individuo, prevención especial".*¹³

La prevención general, nos pone de manifiesto que la finalidad de la pena es aspirar a la prevención del delito, tarea que corresponde a las medidas de seguridad; por consiguiente, la pena debe de funcionar como un medio para evitar la tendencia criminal, consistente en la

¹² CUELLO Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 579

¹³ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, parte general. México, ed. Cárdenas editor y distribuidor, 1990, p. 370-371

intimidación social la cual va dirigida a los individuos invitándolos a que se abstengan de delinquir ya que de lo contrario se les aplicará la pena prevista en la Ley, en este orden de ideas, si el individuo se abstiene de delinquir se estará cumpliendo con otro de los fines el cual consiste en que el Estado persona jurídica representante de la sociedad está obligado a mantener el orden jurídico y la convivencia social entre los individuos.

De lo expuesto anteriormente se puede desprender que la prevención general busca alcanzar los siguiente fines:

- 1) Prevenir la consumación de delitos a través de las medidas de seguridad.*

- 2) La pena debe de funcionar como un medio de intimidación para evitar con ello la tendencia criminal.*

Por otro lado, 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 la cual es aplicada ya al delincuente.

La prevención especial, está va dirigida a un caso concreto, es decir, el sentido preventivo de la pena se concreta a un determinado sujeto, quién tendrá la oportunidad de ser conducido hacia el camino de la readaptación social. La prevención especial cumple así su misión preventiva, o al menos así se espera.

La prevención especial rechaza los conceptos de retribución y castigo, sustituyéndolos por el tratamiento adecuado a cada delincuente, con el cual se pretende lograr la readaptación social y su reincorporación a la sociedad, visto de esta forma el fin de la pena no consistirá en un castigo, sino por el contrario se procurará la readaptación social en base a un estudio de personalidad el cual arrojará cual debe de ser el tratamiento que se debe de seguir.

De lo antes señalado se puede deducir que los fines de la prevención especial son:

- 1) Apartar de la sociedad al delincuente para evitar que cometa nuevos delitos y así se pueda dar seguridad a los individuos de una sociedad.*

2) Poder corregir y readaptar al delincuente a través de un tratamiento adecuado para que continúe por el camino señalado en la Ley, evitando con ello la repetición de la conducta delictiva.

Para otros autores como Welzel, Von Weber, Mezger, la pena es siempre retribución. Para Mezger aunque le asigne como fin la prevención de los delitos, la pena sigue siendo retribución, esto es, la imposición de un mal por la conducta antisocial.

La justa retribución es la finalidad de la pena, sin ella no es posible hablar de justicia penal, mas su naturaleza retributiva no es obstáculo para que sea aplicada con finalidad reformadora, a la que debe aspirar con el mayor empeño cuando tal fin pueda y deba ser alcanzado.

Contra la retribución como esencia de la pena reaccionó violentamente la escuela positiva y proclamó como fin de aquélla la defensa social contra la delincuencia (Ferri, Garofalo).

Por otro lado, se puede apuntar que para nuestra legislación el fin fundamental de las penas consiste en la readaptación de los delincuentes a la sociedad, para convertirlos en hombres útiles los cuáles se puedan volver a integrar a la comunidad; el ideal de nuestros

legisladores no es el de castigar al delincuente, sino, el de regenerarlo, readaptarlo a la sociedad sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como los medios para alcanzar ésta.

Dicha finalidad de readaptación del delincuente la encontramos plasmada en el artículo 18 párrafo segundo de nuestra Ley suprema, que a la letra dice: Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente...".

Sin embargo, yo considero que esta readaptación social no se lleva a cabo en su totalidad, pues son muchos los factores que intervienen, entre los cuales se pueden mencionar tan sólo algunos como lo son: la falta de un sistema penitenciario adecuado, la corrupción, la sobrepoblación, etc. Este punto será objeto de un análisis mas detallado el cual expondré mas adelante.

Yo considero que el fin primordial de la pena es el de castigar a aquellos individuos que se encuentren involucrados en la comisión de un delito, apartándolos de la comunidad, para evitar que vuelvan a delinquir, lo cual trae consigo el tener a una sociedad segura y tranquila.

1.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

Una vez que hemos señalado las diferentes acepciones del concepto de pena, así como analizado los fines que se buscan con la misma de acuerdo a las diferentes tendencias que existen, procederá a hacer una clasificación general de las penas, para posteriormente adentrarnos a la clasificación legal que establece nuestro ordenamiento penal.

Cuello Calon divide a la pena en dos sentidos: atendiendo al fin que se propone y atendiendo a la materia sobre la cual recae.

De acuerdo con el primer criterio, las penas se dividen en; penas de intimidación, dirigidas a individuos aún no corrompidos, en quienes existe aún el principio de la moralidad y que deben ser reforzados por la pena. Las penas de corrección que sirven para reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, y finalmente, las penas de eliminación o de seguridad, que son aquellas que se aplican a criminales incorregibles o peligrosos, a quienes por seguridad social, debe de colocárseles en situación de no causar daño a los demás.

Por otro lado, la pena atendiendo a la materia sobre la cual recae la aflicción penal se divide en: corporal si recae sobre la vida o integridad física; en restrictivas de libertad, si limitan la libertad física del reo, especialmente en lo tocante a elegir su lugar de residencia, las restrictivas o privativas de derechos públicos o de familia; y por último las pecunarias, las cuáles recaen sobre la fortuna del reo.

A continuación procederé a señalar en que consisten cada una de ellas así como hacer un estudio breve de cada una de ellas.

PENAS CORPORALES.

Son aquellas que recaen sobre la integridad física o corporal del sujeto las cuáles causan un dolor físico a quien las sufre; entre ellas podemos mencionar las siguientes: los azotes, los palos, la marca, el tormento, la mutilación, la lapidación, por mencionar tan sólo algunas.

En México han sido abolidas este tipo de penas al igual que en muchos otros países, así nos lo hace ver la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 22 párrafo primero, el cual a la letra dice: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la

marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Según la definición de Campos Elías: "reciben este nombre las penas que coartan la libertad corporal del sujeto o la comprimen condenando al sentenciado a un encierro o internamiento en establecimientos especiales destinados para tal fin y sometidos a un régimen disciplinario, entre las penas privativas de libertad se encuentran la reclusión, la prisión y el arresto".¹⁴

Como podemos darnos cuenta, la finalidad de esta pena consiste por un lado en mantener a un determinado sujeto apartado de la sociedad para que éste no le cause daño a la misma, y por otro lado se busca tratar de ayudar al delincuente, sometiéndolo a tratamientos específicos los cuales le sirvan para encausarlo por el camino del bien, y que el mismo sujeto no se sienta retraído por la justicia, sino por el contrario que sienta en ella un apoyo; cabe señalar que el tema de la pena privativa será analizado posteriormente de una manera mas detallada.

¹⁴ CAMPOS Muñoz, Elías. Derecho Penal Panameño, Panamá Viejo, p. 400

Nuestra legislación penal en su artículo 25 nos dice en que consiste la prisión, por lo que a continuación lo transcribo: " La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, con excepción de los previsto en los artículos 315 Bis, 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención".

Otra de las penas privativas de libertad que contempla nuestro ordenamiento legal es el de la semilibertad la cual implica alteración de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad, existen tres modalidades en el Código Penal: "Externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta;" o salida diurna con reclusión nocturna".

LA PENA DE MUERTE.

Por lo que respecta a este tipo de pena tan sólo me limitaré en señalar en que consiste esta, así como mencionar la teoría de la eliminación a la cual pertenece este tipo de penas, pues el estudio de la misma se analizará posteriormente.

La pena de muerte es la sanción jurídica mas rigurosa de todas, tan es así que se le considera como la reina de las penas, la cual, consiste en quitarle la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos establecidos de ejecución en el orden jurídico que la instituye.

Se puede decir que la pena de muerte es de las penas mas antiguas que se conocen, tan es así que se ha considerado que la historia de la pena de muerte nace con la historia de la humanidad.

Por su parte, Rafael Garofalo desarrolló la teoría de la eliminación, dentro de la cual podemos ubicar a la pena de muerte, la cual estimaba conveniente la eliminación de los delincuentes, como una función propia de la pena, y señalaba a la deportación a una colonia, al destierro a una isla y la pena de muerte misma como los medios mas eficaces para combatir la delincuencia, esto contradecía el espíritu propio de la

escuela a la que pertenecía misma que procuraba prevenir los delitos, en vez de buscar represión.

LAS PENAS PECUNARIAS.

Este tipo de penas recaen sobre los bienes patrimoniales de una persona, ya concretizada en una cantidad líquida de dinero o en la pérdida de bienes, por consiguiente, estas penas traen consigo y representan para el delincuente una disminución total o parcial del patrimonio del sentenciado.

Las penas pecunarias han tenido su origen desde ya hace algunos siglos atrás, desde los cuáles ya se pagaban las multas consistentes en el pago de animales, piedras o metales preciosos.

La multa nos dice Beristain, tiene antecedentes muy antiguos; etimológicamente parece provenir de la palabra multiplicar, debido probablemente a que su cuantía se fijaba multiplicando el daño producido por el delincuente.

La multa consiste en el pago de una determinada cantidad de dinero que se hace al Estado como consecuencia de una infracción a la Ley,

misma que debe estar previamente establecida en el ordenamiento legal.

La reparación del daño consiste en la obligación del reo de dar al sujeto víctima una determinada cantidad de dinero por el daño que ha sufrido. Muchos autores hablan mas bien de indemnización, en este caso el dinero va a dar a la víctima, para que por medio de éste se pueda reparar parte o todo el daño sufrido.

Nuestro ordenamiento penal nos pone de manifiesto que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño, así mismo nos define en que consiste cada una de ellas, por un lado nos señala que la multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, siendo el límite inferior del día multa el equivalente al salario mínimo general vigente en el lugar donde se consumó el delito; si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado le exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. Todo lo anteriormente señalado encuentra su fundamento en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por otro lado, en cuanto a la reparación del daño nos indica que esta comprende:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

La reparación del daño proveniente del delito que debe ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.

El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación, si la parte ofendida renunciará a la reparación, tal importe de ésta se aplicará al Estado.

Los depósitos que garanticen la libertad caucional se aplicarán como pago preventivo a la reparación del daño cuando el inculpado se substraiga a la acción de la justicia.

La reparación del daño se mandará hacer efectiva, en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria, el tribunal que haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada de ella a la autoridad fiscal competente y ésta, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dicha copia, iniciará el procedimiento económico-coactivo, notificando de ella a la persona en cuyo favor se haya decretado, o a su representante legal.

Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que falte.

El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.

La autoridad a quién corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Todo lo expuesto en renglones anteriores encuentra su fundamento en los artículos 30, 34, 35, 37, 38 y 39 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por su parte, el artículo 32 nos señala quiénes están obligados a la reparación del daño y en sus diversas fracciones nos establece lo siguiente:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos.

IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

El Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culpables.*

Podemos señalar dentro de las ventajas que encontramos en la multa las siguientes, en primer lugar, la pena de multa es preferible a la pena de prisión en la inmensa mayoría de los casos, siempre y cuando está

proceda; otra de las ventajas que se pueden obtener a través de la multa consiste en que el detenido al pagar dicha multa no tenga contacto con los delincuentes que están sujetos a proceso y de esta manera se podrá evitar la contaminación característica en el ambiente carcelario; otro de los beneficios que se obtienen con la multa es que el delincuente de una manera u otra sienta que su patrimonio se reduce cada vez que llegue a caer en manos de la justicia, claro siempre y cuando alcance dicha multa.

LAS PENAS DE SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS.

Reciben este nombre las penas que restringen, limitan o suspenden el ejercicio de determinados derechos o actividades que las leyes establecen.

Las penas de suspensión o privación de derechos, en nuestra legislación reviste dos formas: la que por ministerio de Ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta y; la que por sentencia formal se impone expresamente como sanción.

En el primer caso, la pena de prisión produce la suspensión de derechos políticos, de tutela, de curatela de la facultad de ser

apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial síndico o interventor en quiebras, arbitro, arbitrador o representante de ausentes, surtiendo sus efectos, por ministerio de Ley, desde que causa estado la sentencia respectiva y extendiéndose durante el tiempo de la condena (Artículo 46 del Código Penal).

En cuanto a la suspensión de derechos, la encontramos señalada para varios delitos: de imprudencia, de revelación de secretos y responsabilidad médica, técnica así como de abogados, patronos y litigantes.

La privación de derechos la encontramos implantada también en los siguientes casos: delitos contra la salud, adulterio, delitos contra el estado civil, corrupción de menores, lesiones, abandono de personas.

También debemos contemplar la destitución o suspensión de empleos a funcionarios como otra de las penas de privación o suspensión de derechos.

Por lo que respecta a la clasificación legal podemos mencionar que nuestro ordenamiento penal nos pone de manifiesto en su artículo 24

cuales son las penas y las medidas de seguridad, mismas que se analizarán posteriormente.

1.4 BREVE REFERENCIA A LA PENA DE MUERTE.

La pena de muerte es uno de los temas mas discutidos no tan sólo en la actualidad, sino también, ya en épocas pasadas se cuestionaba sobre la misma y es de esta manera que podemos encontrar diferentes opiniones acerca de esta pena, así encontramos a filósofos, juristas, políticos y pensadores de distintos tiempos y lugares los cuáles han expuesto su manera de pensar acerca de esta pena a la cual se le ha señalado como la reina de las penas.

A continuación haré un breve recorrido histórico para poder ubicar el origen de esta pena, así como su desarrollo a lo largo del tiempo.

Como lo he señalado anteriormente la pena capital es de las mas antiguas que se conocen, misma que se aplicaba entre los egipcios la cual se consideraba como una sanción jurídica así como una imposición religiosa, en el imperio antiguo, en tiempos de Moisés, se aplicaba a todo delito y en los imperios medio y nuevo se aplicaba en delitos contra las divinidades y el orden político.

Ya con los Hebreos, la pena de muerte, era aplicada en caso de idolatría, homicidio, incesto y su ejecución era a través de la decapitación.

Es en Roma donde alcanza su máximo desarrollo, siendo el primer delito objeto de tal pena el de perduellio, relativo a la traición contra el Estado. Tiempo después al surgir las XII tablas, dicha pena se reglamento también para otros delitos, como homicidio intencional, parricidio, profanación de templos y murallas. Otras leyes a las que aún se les aplicaba la pena capital eran: la julia de iesa majestad, la julia sobre peculado, la pompeya de parricidiis, la cornelia de falsis, la julia de VI y la julia de adulteriis”.

Durante el último siglo de la República domino la tendencia a la supresión de la pena de muerte, sin embargo, la pena de muerte en Roma se restableció con los emperadores y existían varias formas para ejecutarla: mediante crucifixión, por el saco, por el fuego, por la espada y como espectáculo popular, posteriormente, el Emperador Constantino abolió la crucifixión por respeto a Jesucristo y por la influencia del cristianismo al encontrar su símbolo en la cruz, pero esta forma de ejecución fue reemplazada por la estrangulación en la horca.

Otras de las formas de ejecución en Roma fueron las siguientes:

El ahogamiento o asfixia por inmersión; consistía en sumergir al criminal en agua hasta que muriese, generalmente se le amarraba a los pies un objeto pesado para que se hundiese, este era el procedimiento seguido contra el parricida.

El enterramiento con esta forma de ejecución se castigaba a las sacerdotisas que incurrieran en amores prohibidos.

El colgamiento el cual consistía en sujetar de los pies al condenado, la muerte le sobrevinía de cabeza abajo y era producida por animales ponzoñosos, o bien perros que lo mordían hasta matarle.

El despeñamiento que hizo, famosa la roca torpeya, desde la cual se arrojaba a los reos.

Por lo que respecta a la aplicación de la pena de muerte en las civilizaciones que florecieron en lo que actualmente es nuestro territorio a continuación haré un breve recorrido histórico para poder ubicar a la misma.

Es desde la época precortesiana en donde los habitantes de Mesoamérica aplicaban la pena de muerte y es así que encontramos la existencia de un llamado Código Penal de Netzahualcóyotl para Texcoco, en el cual, el juez tenía amplia libertad para fijar las penas, entre las que se encontraban principalmente las de muerte y esclavitud.

Los Aztecas llevaron a cabo la aplicación de la pena capital cuando se trataba de adulterio, robo, homicidio, alteración de hechos por parte de historiadores o por embriaguez hasta la pérdida de la razón; sin embargo, en estos casos había una distinción; si era noble, se le ahorcaba; si no le era, la primera vez era privado de la libertad, y si hubiese una segunda vez se le privaba de la vida.

Los métodos que los Aztecas utilizaban principalmente eran el ahorcamiento, lapidación y la decapitación.

En cuanto a los Tlaxcaltecas, el jurista Carranca y Trujillo señala que la pena de muerte era aplicada en los siguientes casos:

Para el que faltará al respeto a sus padres, para el causante de grave daño al pueblo, para el traidor al rey o al Estado, para el que en la guerra usará las insignias reales, para el que maltratará a un embajador,

guerrero o ministro del rey, para los que destruyeran los límites puestos en el campo. Para los jueces que sentenciaran injustamente o contra la Ley o que dieran al rey relación falsa de algún negocio, para el que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello o abandonara la bandera o desobedeciera, para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio, para los adúlteros, para el incestuoso en primer grado, para el hombre o la mujer que usara vestidos impropios de su sexo, para el ladrón de joyas de oro, para los dilapidadores de la herencia de sus padres".¹⁵

Los Tlaxcaltecas aplicaban la pena máxima prácticamente con los mismos medios que los Aztecas.

En la época del virreinato las instituciones jurídicas españolas sustituyeron las ya existentes en las culturas prehispánicas.

Como la herejía se convirtió en uno de los problemas mas graves para la iglesia católica, en la edad media surgió la inquisición a efecto de combatirla.

¹⁵ CARRANCA y Trujillo, Raúl. Op. Cit. p. 115.

En el virreinato de la nueva España, la herejía era, a la vez, un delito y un atentado contra la religión católica, siempre castigada con la muerte, porque al hereje se le consideraba corruptor de la fe, también se aplicaba la misma pena a los salteadores de caminos y a quienes se levantaban en armas 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.

Por lo que se refiere al viejo continente se puede señalar que la pena de muerte tuvo gran auge en Francia e Inglaterra, en donde se utilizaban varias modalidades para su ejecución, la decapitación, la hoguera, la rueda, la horca y el descuartizamiento, con la revolución francesa surge la guillotina la cual aceleraba las ejecuciones en masa y casi todos los delitos se sancionaban de esta forma.

Es conveniente señalar por lo antes apuntado que en la antigüedad se emplearon medios crueles para ejecutar la pena capital, razón por la que se empieza a ver como brutal e inhumana.

Entre los partidarios de la pena de muerte encontramos a Confucio, Platón, Seneca, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, siendo éste

último quién mas apoyaba su aplicación y en su obra Summa theologiae" proclamaba la legitimidad de la pena de muerte, reconociendo el derecho que tenía el príncipe de aplicarla, explicando que si todo poder viene de Dios y el delega el poder correctivo en los humanos, éstos pueden incluso quitarle la vida a un criminal.

Montesquiu (1689-1755) era partidario de esta pena, pues consideraba que la pena de muerte era lícita ya que las leyes se deberían de respetar, pues eran precisamente creadas, para eso.

En contra de los partidarios de la pena de muerte, encontramos a Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, quién se caracterizó por la lucha constante a favor de la humanización de las penas, su obra de los delitos y de las penas (1764) lo llevó al éxito, acompañado del escándalo.

Poco después de su aparición se tradujo en varios idiomas y la inquisición lo prohibió en España, de modo que su circulación fue clandestina, este pequeño tratado influyó en el cambio del Derecho Penal (siglo XIII).

Beccaria en su obra, se opuso a la pena de muerte, pues consideraba que esta pena en ocasiones únicamente causaría en el delincuente la vanidad o fanatismo y éstos la afrontaban sin temor y en cambio la condena perpetua los despartaba de la sociedad evitando así los daños que éstos pudieran causarle.

Al principio del estudio de la pena de muerte, Beccaria escribió lo siguiente: Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca a conseguido hacer mejoras a los hombres, me han obligado a examinar si es la muerte verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado".¹⁶

Cabe apuntar por lo antes expuesto, que el marqués de Beccaria se propuso el convencer a la humanidad acerca de la inutilidad y la falta de necesidad de la pena de muerte, sin embargo, ya que consideraba: que por sólo dos motivos puede creerse necesaria la pena de muerte de un ciudadano. El primero, cuando aún privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que sea un peligro para la seguridad de la nación y cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa para la forma de gobierno establecida".¹⁷

¹⁶ BECCARIA, Marqués De. Op. Cit. p. 74.

¹⁷ Ibid. p. 74.

Es de esta manera que encontramos dos corrientes, los que están a favor y los que están en contra de la pena capital.

Los partidarios de la pena de muerte entre los argumentos sobre los cuales se basan para apoyar esta pena encontramos los siguientes:

- A) La pena de muerte es justa porque es proporcional al delito cometido, es decir, cuando un individuo da muerte a otro, la pena mas justa sería que también se le diera muerte.*

- B) Es ejemplar e intimidatoria, es decir, es ejemplar porque servirá de ejemplo a los demás para demostrarles que la violación de la Ley traerá consecuencias graves para quién la viole, es intimidatoria, es decir, el simple hecho de que exista la amenaza de un castigo servirá como un medio eficaz para intimidar a posibles infractores, dicho de otra manera, el hecho de atribuir consecuencias desagradables a una conducta reducirá la tendencia de cualquier individuo a cometer dicha conducta.*

- C) Es económica, ya que representa para el Estado un beneficio en su presupuesto ya que con ello se evitan los gastos de mantenimiento del delincuente.*

- D) Es práctica, porque se elimina a los individuos peligrosos a los cuáles se les separará definitivamente de la sociedad evitando de esta manera que vuelvan a cometer delitos.**
- E) Mantiene el orden público quebrantado por el delito, es decir, la pena de muerte es un instrumento que servirá al Estado para mantener la armonía y la convivencia social entre los individuos y de esta forma se podrá tener a una sociedad estable y segura.**
- F) La pena de muerte no tiene por objeto hacer sufrir o degrada al delincuente, sino, por el contrario es un medio rápido y eficaz de ponerle fin a su existencia.**

Dentro de los argumentos de quienes se oponen a este tipo de pena encontramos los siguientes:

- A) La pena capital es injusta porque priva al hombre del bien de mas alta jerarquía cuya tutela corresponde al Estado.**
- B) La pena de muerte es irreparable ya que no permite que se corrija un error judicial, ni la revisión de la causa cuando surjan nuevos**

elementos de convicción o se haya sancionado con base en pruebas falsas.

C) Impide la enmienda del sentenciado, la aplicación de esta pena impide la aplicación de un tratamiento adecuado con miras a la readaptación social del sujeto que delinque.

D) El mantenimiento de la pena de muerte es un retroceso a la barbarie.

Como hemos podido analizar en estas series de argumentos referentes a la pena de muerte es difícil decidir cual sería el argumento mas justificativo, pues, la pena de muerte contiene en si misma una controversia que como hemos podido observar esta ha existido a lo largo de la historia de la humanidad y es así que como ha sido defendida, también ha sido atacada intensamente.

Desde mi punto de vista considero que actualmente los países que la llevan a cabo lo hacen atendiendo a aspectos económicos, políticos y religiosos, en cuanto al aspecto económico cabe hacer notar que para un Estado es mas barato el privar de la vida al delincuente que el mantenerlo de por vida, en cuando al aspecto político se puede señalar

que el Estado tiene la obligación de velar por el interés general antes que el particular, por lo tanto, si en la pena de muerte encuentra la respuesta para garantizar ese bienestar social, entonces no solo debe sino que tiene que aplicar esta pena, por lo que se refiere al aspecto religioso se puede destacar que la religión influye notablemente en muchos países ya que tiene tanta fuerza que es tomada en cuenta antes de que se tome una decisión tan importante como la sería el de aplicar la pena de muerte, cabe señalar que países en donde la religión no tiene tanta relevancia es donde mejor cabida ha tenido este tipo de pena por citar un ejemplo tenemos a Estados Unidos.

Es de hacer notar que fue la obra de Beccaria la que transformó el pensamiento de la época y es de esta manera que ya en siglo XIX se abogó por la desaparición de la pena de muerte ya en todo tipo de delitos, algunos tratadistas trataron de que se lograría dicha desaparición, sin embargo, no en todos los países se logró que desapareciera esta pena.

Ya entrando al siglo XX podemos observar que muchos países crean otros tipos de penas las cuales pueden sustituir a la pena de muerte, sin embargo, a raíz de la segunda guerra mundial se volvió a imponer la pena de muerte debido a la gran serie de atropellos que se cometieron

durante esta guerra, y a la fecha dentro de los procedimientos de ejecución encontramos: la horca en la mayoría de los países europeos, la decapitación en Asia y Turquía, la silla eléctrica y la cámara de gases en Estados Unidos, el fusilamiento en Chile, Perú, Haití y otros países americanos.

En la actualidad considero que la pena de muerte ha tomado nueva fuerza debido al gran auge de la criminalidad violenta que se ha desatado, misma que se puede advertir con el simple hecho de dar un vistazo al periódico para podemos dar cuenta del inmenso peligro al que se enfrentan los ciudadanos ante una delincuencia que no se detiene ante nada, correspondiendo al Estado al encontrar y dar solución a este tipo de problemática.

Es tal, el Índice de criminalidad que cuando Carlos Salinas de Gortari entonces candidato presidencial del PRI, anunció la posibilidad de convocar a un referendun sobre la implantación de la pena de muerte, al comentar: "...se puede someter a la voluntad ciudadana la decisión de como quiere que se actúe contra aquéllos que cometen los crímenes que afectan y atentan contra la comunidad, en los aspectos que sanciona mas enérgicamente nuestra Ley".¹⁸

¹⁸ Uno más Uno. 14 Abril de 1988.

Mario Albor, a los pocos días de emitida dicha declaración, publicó un artículo en el que discrepo abiertamente con lo expresado por el Lic. Carlos Salinas de Gortari, y expresó: "El referendun no es, ciertamente, el mecanismo adecuado para abordar un tema de esta naturaleza..."¹⁹

Además, Albor se pronunció totalmente en contra de la pena de muerte y de la cárcel como castigos, sin embargo, no propuso ninguna solución viable acerca del grave problema de la falta de seguridad pública.

Por su parte la iglesia católica en México también reaccionó en la persona de Genaro Alamilla, vocero oficial del episcopado al declarar: "nos oponemos porque va en contra de los principios de la iglesia, ya lo dice uno de los mandamientos: no matarás; además de que ese recurso puede ser, considerado como violatorio a los derechos humanos".²⁰

Ignacio Burgua, no compartió los puntos de vista anteriores y se pronunció por su aplicación, pese a que él la consideraba abominable, aduciendo que "...el Estado no tiene porque erogar importantes sumas de dinero en ese tipo de personas que no se van a readaptar".²¹

¹⁹ ALBOR, Mario. "Menos derecho penal más tranquilidad. Uno más uno. 19 Abril 1988.

²⁰ Uno más uno. 15 Abril 1988.

²¹ Uno más uno. 15 Abril 1988.

*Asimismo el destacado jurista Raúl Carranca y Rivas, luego de definirse como enemigo acérrimo de la pena capital tras reiterar que siempre ha sido enemigo de esa sanción, a la cual consideró muy severa, sin embargo, opinó que con todos sus inconvenientes es preferible a que el enemigo nos aniquile. Señaló que ante la ola de violencia que padece el país, hay que buscar soluciones emergentes provisionales y propuso que se empezara a meditar seriamente en la aplicación de la pena de muerte ya que subrayó que ante el grado de violencia que se abate sobre la ciudadanía, no puede uno cruzarse de brazos".*²²

*Por su parte, en el viejo continente, en octubre de 1984, Margaret Thatcher comentó la imperiosa necesidad de volver a castigar con la muerte a los delincuentes más peligrosos, cabe señalar que en Inglaterra sólo existe la pena de muerte para el caso de traición. En cierto momento, la estadística británica declaró: "quiénes están preparados para privar de la vida a otros deben renunciar a su propio derecho de vida".*²³

El argumento de la primer ministro de Gran Bretaña recuerda la teoría de tratar a los delincuentes como bestias, porque perdieron su calidad

²² Uno más uno. 15 Abril 1988.

²³ Publicado en el periódico la Jornada. 16 Octubre de 1984.

humana al delinquir; en consecuencia, procede eliminarlos definitivamente de la sociedad con la muerte.

Por su parte, en El Salvador los líderes del partido gobernante Alianza Republicana Nacionalista argumentan que la pena de muerte es la única forma de enfrentar la alta criminalidad por la que atraviesa el país. Una encuesta realizada por la empresa Gallup reveló que 61% de los salvadoreños están a favor de la pena capital, 32% en contra y 7% no está definido".²⁴

1.5 LA PENA DE MUERTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Por lo que respecta a la legislación positiva mexicana, está prevé la existencia de la pena de muerte, misma que solamente procede en los casos que establece el artículo 22, párrafo tercero de la Ley fundamental, sin embargo, antes de comenzar su estudio haré un breve recorrido histórico para poder ubicar sus antecedentes en las diversas leyes que han existido.

En el siglo XIX encontramos la Constitución Política de 1857 y en su artículo 23 se establecía:

²⁴ Publicado en el periódico Excelsior. 13 de Abril 1995.

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos mas que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiera la Ley”:

En años posteriores a esa constitución durante el Gobierno de Juárez, se continuó aplicando la pena máxima.

En 1868, se formó una comisión, la cual estaba integrada por Antonio Martínez de Castro, José María Lafregua, Eulalio Ortega e Indalecio Sánchez Gavito, quienes estaban encargados de crear un nuevo Código Penal y al año siguiente el 7 de diciembre de 1871 fue aprobado el proyecto por el poder legislativo, dándose nacimiento al Código Penal de 1871 o Código de Martínez Castro, mismo que entró en vigor el 1o. de abril de 1872.

En dicho Código, la pena de muerte encontró cabida, apoyada fuertemente por el jurista Martínez de Castro, quien estaba convencido de que el momento oportuno para borrar la pena capital de las

legislaciones mexicanas sería aquél en el que se tuviera un adecuado sistema penitenciario, mismo que no se tenía en la época.

En cuanto a su aplicación, la pena de muerte debía ejecutarse de la manera más humana posible y así lo establecía el artículo 143, el cual decía:

La pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida, y no podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el momento de verificarse la ejecución".

La aplicación de esta pena, dejaba fuera a las mujeres y a los varones mayores de setenta años, lo cual considero injusto, puesto que la ley debe ser igual para todos, es decir, no deben de existir diferencias por razones de edad o de sexo.

Esta pena se aplicaba solamente tratándose de delitos graves como robo con violencia (art. 404), homicidio calificado (art. 551), parricidio (art. 568), secuestro (art. 619, Fracción IV) y traición (art. 1080, Fracc. I y art. 1081).

Es conveniente señalar que la ejecución se llevaba a cabo en un lugar cerrado o en la cárcel, se otorgaba un plazo al penado no mayor de tres días ni menor de 24 horas para que pudiera efectuar sus disposiciones testamentarias y recibir los auxilios espirituales de acuerdo a su religión.

Cuando estalló la revolución mexicana, no sólo se desencadenó la violencia, sino que dicha pena siguió existiendo no sólo en la letra sino también en la práctica.

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 prestados.

Hasta 1929, durante el mandato de Emilio Portes Gil, el castigo máximo desapareció del catálogo de penas en el Código Penal de dicho año.

El Código Penal de 1931, siguió la línea de su antecesor y hasta la fecha dicha pena no se ha incluido en su artículo 24 relativo a las penas y medidas de seguridad.

Con lo expuesto anteriormente, dejamos concluidos los antecedentes históricos relativos a la pena de muerte y ahora nos adentraremos directamente a la legislación vigente.

Actualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la pena de muerte y en su artículo 22, párrafo tercero establece:

También queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”.

Cabe observar que la prohibición de la pena de muerte no es absoluta en la constitución vigente, y establece casos específicos, en los cuales se permite su ejecución sin imponerla como una obligación para las autoridades, esto quiere decir, que si los congresos locales deciden prever dicho castigo en sus legislaciones respectivas para los casos a que alude el artículo en mención, los jueces podrían imponer dicha pena y actuarían apegados a la Constitución.

Ahora bien, otro artículo constitucional relacionado estrechamente con la pena máxima es el 14, en virtud de que establece lo siguiente:

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”.

De lo antes expuesto, se desprende que tampoco el derecho a la vida es absoluto, porque si se cumplen los requisitos señalados en este artículo, más lo que dispone el artículo 22 de la ley fundamental, se podrá dar la situación de que puedan existir sentencias condenatorias a muerte, sólo en los casos que expresamente se señalen.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución prevé la pena máxima, las diversas entidades federativas que integran nuestra República, han ido suprimiendo la pena de muerte en sus respectivos ordenamientos punitivos reglamentarios, hasta que con su abolición en los estados de Tabasco en 1961; Morelos en 1970; Oaxaca en 1971; y por último en Sonora en 1975, dicha pena ha desaparecido por completo del panorama nacional.

2.1 EL DELITO, CONCEPTO.

Poder encontrar una definición sobre el delito resulta una tarea muy difícil de conseguir, por lo que me atrevo a decir, que vanos han sido los esfuerzos de los penalistas por encontrar una definición que pueda ser universal del concepto 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, un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo.

Comenzaré señalando que la palabra delito, de acuerdo con Ignacio Villalobos etimológicamente, 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 reclam viam": dejar o abandonar el buen camino.

A continuación señalaré las distintas nociones que sobre el delito se han dado.

A) NOCIÓN JURÍDICO-FORMAL.

Esta noción se encuentra apegada a la Ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay Ley sancionadora no existirá delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta, pues no se preocupa de la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales. En este aspecto formal, Cuello Calón lo define como "la acción prohibida por la Ley bajo amenaza de una pena".²⁵

Si aceptamos el formalismo, nos veremos en la disyuntiva de convenir con el maestro Dorado Montero "que todos los delitos son artificiales, es decir, son creación de la Ley que los encuadra dentro de sus tipos; y si desaparece la Ley, el delito quedará suprimido".²⁶

B) NOCIÓN SUSTANCIAL.

La noción sustancial es adecuada para satisfacer las necesidades de la práctica, pero si se quiere penetrar en la esencia del delito, se debe

25 CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal, parte general. Vol.I, Barcelona, ed. Bosh S.A., 1975, p.289.

26 DORADO Montero, Pedro. El derecho protector de los criminales. Madrid, ed. M. Soler, p. 341.

saber cuáles son los elementos integrantes del mismo. De esta manera puede señalarse lo siguiente:

- a) El delito es un acto humano, es un actuar (acción u omisión). Un mal o un daño, aún siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo, no es delito sino tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los animales, los sucesos fortuitos, como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.**

- b) El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción en oposición, a una norma jurídica; debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.**

- c) Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho éste previsto en la Ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye un delito, sino que ha de tratarse de una antijuricidad tipificada en la Ley Penal.**

- d) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o culpa, es decir, debe estar a cargo de una persona.**

e) El acto humano (acción u omisión) debe estar sancionado con una pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existirá delito.

Si concurren todos estos elementos, habrá delito. Al faltar alguno de ellos (por ejemplo, no ser antijurídico el hecho al haber una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad absoluto, o no ser imputable, como en el caso de un loco), no habrá delito. Cuello Calón afirma que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito, que para él es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. Así mismo señala que el delito es un todo no desintegrable en distintos elementos, pero con diversos aspectos o facetas, y el estudio de los mismos es una exigencia metodológica para conocer mejor la entidad delictiva y sus problemas".²⁷

C) NOCIÓN SOCIOLOGICA.

Vista la imposibilidad para poder dar una definición absoluta del delito, los positivistas elaboraron la noción del delito con base en la distinción del delito natural y delito artificial (legal). La delincuencia natural ataca a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, en tanto que la

²⁷ CUELLO Calón, Eugenio. Opc. Cit. p. 290-291.

delincuencia artificial (legal) abarca los demás delitos no ofensivos de estos sentimientos señalados (tales como los contrarios al pudor, honestidad, etc.).

El positivismo pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Garófalo define al delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. El autor en cuestión sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser ésa la materia de su estudio y de su definición. dijo haber observado los sentimientos; aunque claro está que se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos. En resumen, los positivistas estudiaron al delito desde el punto de vista sociológico, y buscaron la característica común entre el delincuente y el medio ambiente, es decir, el delito es para ellos un fenómeno social.

D) NOCIÓN DEL DELITO COMO LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

Por vez primera en 1894, Birnbaum entendió la esencia del delito como una lesión de bienes o intereses jurídicos o como un peligro para

ellos. Bien jurídico es todo aquello material o incorporal, que satisface las necesidades humanas (individuales o colectivas). El bien jurídico constituye el objeto de la protección penal y la finalidad del ataque delictivo, para destruirlo, deteriorarlo o sencillamente ponerlo en peligro. Conocer el bien jurídico del tipo penal es el mejor medio de interpretar dicho tipo".²⁸

Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.

En mi opinión creo que el delito es un fenómeno jurídico y social al mismo tiempo. Tiene carácter jurídico ya que el delito es una creación de la Ley; y es social, debido a que surge dentro de la sociedad y se manifiesta en ella misma alterando la seguridad y tranquilidad de sus miembros, por consiguiente, se puede apuntar que el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente.

²⁸ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal, tomo I, incisos 25 y 26*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

2.2 EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA.

Una vez que hemos señalado las distintas nociones sobre el delito, procederé a hacer un breve esbozo de lo que éste ha significado en la escuela clásica, así como en la escuela positiva, para finalizar con el concepto jurídico de acuerdo con el Derecho Mexicano.

Se considera a Francesco Carrara como el fundador de la escuela clásica, mismo que busca la definición nominal del delito y dice: "...se deriva comúnmente de delinquere, abandonar, y equivale a abandono de una Ley".²⁹

Así, la definición real que proporciona es la siguiente: "Es 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 socialmente dañoso".³⁰

El autor citado como podemos observar llama al delito infracción a la Ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella.

29 CARRARA, Francesco. Programa del curso de Derecho Criminal. Bogotá, ed. Temis, 1978, p. 44.

30 *Idem*. p. 43.

Al referirse al Estado, lo hace como debe de ser: al máximo ente político, de donde se originan las leyes positivas. Así, da un carácter real a su función de castigo a quien infringe las leyes. El Estado de Carrara no es el divino que prohíbe determinadas conductas, sino, el que avisa las consecuencias de los actos ilícitos que prevé en sus normas penales.

La promulgación de la Ley es para Carrara de suma importancia, para que los ciudadanos la conozcan y así puedan ser obligados a acatar la Ley.

Cuando Carrara alude a los actos externos del hombre, circunscribe hasta ahí la acción penal, porque, como señala: "los derechos del hombre no se pueden ofender con actos internos..." y posteriormente agrega "... cuando decimos que la Ley Penal no puede castigar los pensamientos, queremos significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución".³¹

³¹ Idem. p. 47.

Por otra parte, el fundador de la escuela clásica señala que ese acto externo puede ser positivo o negativo, dicho en otras palabras, acción u omisión.

Asimismo, al atribuir al hombre una naturaleza moral, también lo responsabiliza de sus actos, por lo cual es imputable; además, es socialmente dañoso, por el trastorno que causa y que atenta contra la seguridad de los componentes humanos del Estado.

En resumen, la definición nominal del delito como ente jurídico, o sea, que tiene características y elementos propios, especies y circunstancias diversas; sólo es pues sancionable en cuanto exista una Ley previamente dictada por el poder estatal que lo defina y sancione.

Para los clásicos, la noción del delito es fundamental para una debida estructura del Derecho Penal. En ese mismo orden de ideas, los clásicos se preocuparon por el contenido técnico del delito. Los elementos que lo componen son: sujeto activo primario, que sería el delincuente; sujeto pasivo, que puede ser un hombre o una cosa en la cual recaen los actos materiales del criminal; el objeto es el derecho abstracto violado y contemplado en la Ley. Además de éstos cabe agregar: "una voluntad

inteligente, un mal ejemplo social, una acción corporal y un daño material".³²

En términos generales, esta escuela caracterizó su filosofía en postulados y razonamientos jurídicos y así encontramos los siguientes:

A) IGUALDAD DE DERECHOS.

Carrara establece otra característica de la escuela que fundó: la igualdad, intrínseca para todos los hombres, todos nacemos con igualdad de derechos, reafirmada por la esencia humana: animal racional.

B) LIBRE ALBEDRÍO (CAPACIDAD DE ELECCIÓN).

*El delincuente es un individuo plenamente responsable de su obrar, toda vez que, "la imputabilidad penal se funda en el principio de libre albedrío".*³³

³² ABARCA, Ricardo. *El derecho penal en México*. México, ed. Jus, 1941, p. 125.

³³ CASTELLANOS Tena, Fernando. *Lineamientos fundamentales del derecho penal*. México, ed. Porrúa, 1977, p.55.

Sin el libre albedrío no se podría explicar y menos justificar la existencia del Derecho Penal, ya que toda persona que nace libre e inteligente en su real connotación es responsable de sus actos ante el Estado.

El maestro italiano no dejó de mencionar las excepciones al afirmar: "No son inteligentes: el feto en el claustro materno, el infante, el demente y el que está durmiendo..."³⁴

De lo anterior se deduce, lógicamente, que las personas con afección de su voluntad son imputables, y los individuos, ya sea por su temprana edad, por su demencia o retraso mental o por cualquier otra causa que impida a sus actos resultar libres, son por tanto, imputables.

C) ENTIDAD DELITO (CON INDEPENDENCIA DEL ASPECTO INTERNO DEL HOMBRE).

El delito es un ente jurídico, es decir, una creación de la Ley, sancionable cuando el poder estatal lo defina como tal y lo sancione, en otras palabras, la pena debe castigar al transgresor únicamente en relación con la culpabilidad por la conducta ilícita, misma que debe estar prevista en la Ley.

³⁴ CARRARA, Francesco. Op. Cit. p. 56

**D) RESPONSABILIDAD MORAL (COMO CONSECUENCIA DEL
LIBRE ALBEDRÍO).**

Si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y ejecuta éste, debe responder de su conducta dando cuenta de su naturaleza moral.

Para Castellanos Tena: "la responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado".³⁵

De lo anterior podemos señalar que el individuo imputable tiene la obligación de responder ante la sociedad, representada por los tribunales, por la conducta que realizó y así se podrá definir su situación jurídica.

Asimismo, el autor citado nos señala: "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

³⁵ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p. 219.

acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva".³⁶

De esta manera, la responsabilidad es resultado de la 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.

Sobre la imputabilidad Carrara ha elaborado un juicio mediante el cual el legislador impute a un ciudadano una conducta, que ha sido por la Ley declarado como tal, es el resultado de tres juicios diversos y expresa lo siguiente:

"El juez encuentra en aquel individuo 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".³⁷

³⁶ Idem. p. 220.

³⁷ CARRARA, Francesco . Op. Cit. p. 50.

E) LA PENA DEBE SER PROPORCIONAL AL DELITO Y AL DAÑO CAUSADO (RETRIBUCIÓN SEÑALADO EN FORMA FIJA).

El Estado tiene en sus manos el poder de castigar o "jus puniendi", ante la necesidad, por una parte de reprimir el delito y por otra de dar satisfacción a los intereses lesionado y legítimamente protegidos, surgiendo así la pena, la cual debe corresponder al delito y al daño causado.

El individuo que comete un delito de su libre y espontánea voluntad, debe de sufrir una pena en proporción a la gravedad del hecho que consumó, en consecuencia, la pena debe estar señalada por la Ley.

En resumen, la escuela clásica sustenta como base del delito el libre albedrío o voluntad individual, dirigida a transgredir una Ley positiva, expresa y precisa, ya que sin la voluntad y sin la Ley, no existirían delito sino simple alteración del orden social.

2.3 EL DELITO EN LA ESCUELA POSITIVA.

Por su parte, la escuela positiva cuyos máximos exponentes fueron Enrico Ferri, Cesare Lombroso y Rafaelo Garófalo, reaccionaron en contra de los postulados de la escuela clásica.

Para los positivistas, el estudio del delincuente y el análisis causal del delito son aspectos fundamentales.

Enrico Ferri, en cuanto a la concepción y elementos del delito señaló lo siguiente: "Sujeto activo 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 causa 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 la sociedad con la ejecución de cualquier delito".³⁸

Se puede observar, que el citado autor señala que son otros los componentes del delito a deferencia de la escuela clásica y exageró el papel del delincuente, al grado de decir, no hay delitos, sino delincuentes.

Para Ferri, los factores sociales son una determinante real para la existencia de la delincuencia. La edad, la instrucción del individuo, la

³⁸ ABARCA, Ricardo. Op. Cit. p. 125.

zona donde habita y el sexo influyen necesariamente en la conducta del individuo, que muchas veces lo compete a delinquir.

Por su parte, Cesare Lombroso escribió acerca del delito lo siguiente: "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 aquellos medios que con feliz denominación ha llamado Ferri sustitutos penales".³⁹

El autor en cuestión, tiene el mérito de haber observado con detenimiento a los delincuentes, y de esta manera los clasifico en: delincuentes locos, delincuentes de ímpetu, delincuentes ocasionales y locos morales.

Lombroso trató un tema muy interesante acerca de la necesidad de la educación, el fundador de la antropología criminal enfoca su punto de vista respecto a la escuela, uno de los principales medios de la educación, al señalar: "Grande es la importancia de la educación para impedir el desarrollo de la criminalidad, favoreciendo la transformación

³⁹ "Enciclopedia Jurídica Omca, Tomo VI, p. 199.

de la psicología infantil que los huérfanos y los hijos ilegítimos dan a la criminalidad de los menores".⁴⁰

Con lo anterior, Lombroso no cree descubrir la solución en contra de la criminalidad, ya que por los estudios realizados, él está consciente de que subsistirá el delito a pesar de un excelente nivel cultural, sin embargo, la educación contribuirá a reducir la delincuencia.

Cabe señalar que desafortunadamente no se puede tomar como regla general que a mayor cultura y educación menor criminalidad, y a menor cultura y educación mayor criminalidad, debido a que la experiencia ha demostrado que pueblos verdaderamente cultos, con una historia rica en tradiciones, son los más sanguinarios, asimismo, los crímenes mejor planeados han encontrado eco en esos países, por consiguiente, si bien es cierto que la educación contribuye a reducirla ya que crea conciencia sobre los individuos al señalarles las consecuencias que traerá consigo la violación de las disposiciones legales.

Rafaello Garófalo es el otro escritor que hizo célebre la escuela positiva. Intento llevar a cabo una noción sociológica del delito natural, al que define como: "la violación de los sentimientos altruistas

⁴⁰ Idem. p. 199-200

fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que se encuentren en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas a la colectividad".⁴¹

De este concepto 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:

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 aquéllos que atentan contra las propiedades y pertenencias de otros, así como contra los derechos civiles de las personas.

Garófalo en su libro "La Criminología", propone medidas eliminatorias, en específico la pena de muerte, para aquellos delincuentes que violen los sentimientos de piedad y sanciones civiles, o sea, medios de

⁴¹ Citado por Ricardo Abarca. Op. Cit. p. 122

indemnización para aquellos delincuentes que violen el sentimiento de probidad. Hay que apuntar que el hecho de que se aplique la pena capital va en contra de los principios de esta escuela, ya que los positivistas se preocupan más por la prevención que por la represión de los delitos. Para ellos no existían diferencias entre las penas y las medidas de seguridad, ya que no existía la inimputabilidad.

La definición dada por el jurista no es aceptada plenamente por uno de los principales exponentes de esta escuela, ya que Ferri señala que descuido el aspecto legal, porque el delito lo es en tanto está configurado en la Ley positiva; si dejara de estar contemplado jurídicamente desaparecería como conducta delictuosa, aunque permanecería como un hecho inmoral.

Por otra parte, Garófalo, al igual que Ferri, atribuyó cierta relevancia a los factores sociales para el incremento de la criminalidad desde aquel entonces, hizo una crítica severa al régimen penitenciario y hoy en día es válido el argumento expuesto por él: "Garófalo considera que el conjunto de condiciones en que vive el delincuente determina fatalmente la condición del delito; de manera que es inútil pensar en corregirlo por

medio de la pena, si al cumplirla ha de encontrarse nuevamente en las mismas condiciones en que delinquiró anteriormente".⁴²

Cabe señalar, que este autor también clasificó a los delincuentes: primero indica a los natos, los cuáles están privados de sentimientos altruistas; los violentos, que carecen de piedad; y los neurasténicos, que no tienen el sentimiento de probidad.

Dentro de los diversos postulados de esta escuela encontramos los siguientes, de acuerdo con el jurista Castellanos Tena:

"1) El punto de vista 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. No existe el libre albedrío porque el delito se originó como consecuencia lógica e inevitable

⁴² Citado por COSTA, Fausto. El delito y la pena en la historia de la filosofía. México, ed. UTEHA, 1953, p. 210.

de las circunstancias que determinaron al agente a obrar, sin intervención de su voluntad.

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 impedido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.

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

8) Importa más la prevención que la represión de los delitos. La pena es una medida de defensa cuyo objeto es la reforma de los

delinquentes readaptables y la segregación de los inadaptables; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas".⁴³

Cabe señalar que el origen de las medidas de seguridad encuentra su origen gracias a la escuela positiva.

En resumen, para la escuela positiva el delito es un fenómeno social, por lo que el derecho de castigarlo nace exclusivamente de la necesidad de defender a la sociedad, cuyo orden es alterado por la comisión del mismo, el derecho de castigar tiene como objeto y fin primordial, la defensa social. Esta escuela nos pone de manifiesto que el delito es un acto del hombre quien infringe un daño a la sociedad, es decir, al estudiar el delito hay que examinar primeramente al hombre, con sus condiciones propias, mismas que pueden determinar su voluntad y luego analizar el medio ambiente que puede influir en esa voluntad.

Por lo que respecta a nuestro sistema jurídico se puede señalar que el Código Penal de 1871, también conocido como Martínez de Castro, en su artículo 4o. definía al delito de la siguiente manera: "la infracción

⁴³ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p. 66.

voluntaria de una Ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

Cabe señalar que cuando dicho código se refería a "infracción voluntaria", excluía los delitos imprudenciales porque éstos, aunque violen bienes jurídicos determinados, no se cometen voluntariamente, o sea, con dolo. Sin embargo, el artículo 6o. señalaba: "Hay delitos intencionales y de culpa". El error estriba en atribuir intención en los hechos en que está ausente la voluntad.

Por otro lado, el Código Penal de 1929, en su artículo 11, dio la siguiente definición del delito: "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Esta es una noción notoriamente imperfecta en cuanto no determina el delito, con la necesaria claridad, dentro de la esfera de las actuaciones humanas, sino que únicamente contempla sus efectos y, desde luego, no comprende los delitos en peligro y olvida que hay delitos que no lesionan derechos, sino los bienes por ellos protegidos.

El Código Penal vigente, por su parte, contempla al delito en el Título Primero, Capítulo I, relativo a la responsabilidad penal, y es en el artículo

7, en su primer lineamiento, dice: "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Se puede advertir de esta definición que la conducta y la punibilidad se encuentran en el texto de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo legal.

Cabe señalar que el concepto enunciado consagra el principio de legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege), claramente recogido del artículo 14 de la Constitución, mismo que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Los elementos de este concepto, eminentemente formalista y formulado con vista a la práctica, son los siguientes:

a) Un acto y omisión, es decir, una acción, en definitiva una conducta humana o, lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por falta de realización de un hecho positivo exigido por la Ley, traduciéndose todo ello en un peligro de cambio en el mundo exterior.

b) Que esté sancionado por la Ley Penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando éstos a ser únicas actuaciones punibles.

Cabe señalar que en la Ley Penal se encuentra el delito objetivamente y subjetivamente considerado; objetivamente, por cuánto se atiende a la gravedad del resultado, lo que viene a caracterizar al derecho penal mexicano como un derecho de resultado; subjetivamente, en cuanto destaca la voluntariedad criminal, vinculando la gravedad del delito a la culpabilidad.

2.4 LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

El tema en cuestión resulta de lo más complejo debido a que los diversos autores no se han puesto de acuerdo acerca de cuales son los elementos que debe de contener el delito, y es así que las opiniones varían unas con otras.

De ésta manera podemos señalar que los elementos del delito van desde tres hasta seis o siete, según el autor de que se trate.

Por su parte Giuseppe Maggiore nos pone de manifiesto que son tres los elementos del delito toda vez que considera que: "el delito no es acción más antijuricidad más culpabilidad, sino, según el aspecto por el cual se considere, es todo, acción, todo antijuricidad, todo culpabilidad. Por esto se dice exactamente que es acción, antijurídica y culpable".⁴⁴

Edmundo Mezger, nos da una fórmula tetratómica del delito, al señalar que éste se compone de: "una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con una pena".⁴⁵

Ernesto Beling, nos señala que son seis los elementos 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".⁴⁶

Luis Jiménez de Asua, nos proporciona una definición con más número de elementos al señalar: "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".⁴⁷

⁴⁴ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal. Vol. I. Bogotá, ed. Temis, 1972, p. 271.

⁴⁵ MEZGER, Edmundo. Derecho penal. parte general. México, ed. Cárdenas editor y distribuidor, 1990, p. 82.

⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, ed. Sudamericana, 1978, p. 205-206.

⁴⁷ Ídem. p. 207.

A continuación procederé a señalar cual es el concepto de los distintos elementos del delito de acuerdo con la doctrina.

A) LA ACCIÓN COMO ELEMENTO DEL DELITO.

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación, exterior o voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades:

- a) Un hacer positivo.*
- b) Un no hacer*

La primera constituye la acción en sentido estricto, el acto y la segunda la llamada omisión. En el Código Penal mexicano, el artículo 7 señala los dos aspectos (acción y omisión), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse de acuerdo con Jiménez de Asúa, como: "la manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que,

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

por no hacer lo que se espera deja de modificar ese mundo externo cuyo cambio se espera".⁴⁸

Resulta conveniente aclarar que el autor citado habla de acto (actuación), y no de acción, pues ésta es la terminología que utiliza, sin embargo al emplear la expresión acto lo hace como sinónimo de acción, o sea, como conducta.

Los elementos de la acción en sentido amplio puede afirmarse que son los siguientes:

- 1. Manifestación de la voluntad, que es la actividad externa del hombre. Así pues, el acto exterior ha de ser consciente y espontáneo, no debe de ser forzado ni violentado (como hipnosis, epilepsia, etc.), que es en lo que consiste su voluntariedad. La mera intención sino se manifiesta en una actuación externa, no es ni puede ser punible.*

En conclusión, la acción en sentido amplio abarca tanto la acción "stricto sensu", actuar positivo como el no hacer, cuando habla que hacer algo (omisión). Todo ello debe ir aunado con la nota

⁴⁸ Idcm. p. 331.

indispensable del querer de la voluntariedad, de aceptar o por lo menos ser consciente de las consecuencias de ambas actividades: positivas, acciones "strictu sensu" y negativas, omisiones.

- 2. El resultado material es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, así, en los delitos de acción el resultado material es causado por ésta (acción), y en los delitos de omisión la omisión no evita el resultado material que es causado por un nexo causal que no pone en marcha el autor. Aquí están presentes los dos posibles efectos de la acción en sentido amplio: positivamente, un actuar o acción; y negativamente, un no hacer u omisión; en expresión jurídico penal, delitos dolosos o intencionales o delitos culposos o negligentes.*
- 3. Relación de causalidad, se sabe que el delito es, en primer término un acto humano que comprende, por una parte el movimiento corporal de la acción ejecutada (acción stricto sensu) o la acción esperada y no ejecutada (omisión), y por otra, el resultado (daño), producido por la potencialidad de causarlo (peligro) que también es resultado porque produce un cambio en*

el mundo psíquico externo, en otras palabras, para que el resultado pueda incriminarse debe de existir un nexo causal entre la conducta del ser humano y el resultado producido.

Se trata simplemente de un punto de partida para afirmar la relación de causalidad para poder entrar en las valoraciones de antijuricidad y de culpabilidad que deciden si un hombre es o no responsable, es decir, antes de proceder a imputar una conducta a un hombre, es indispensable haber establecido la relación causal de los hechos en que tal imputación ha de apoyarse.

Por otra parte, la acción, en sentido estricto consiste en un movimiento corporal, voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado.

La acción (como hacer activo), en sentido penal exige:

a) Un acto de voluntad

b) Una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que éste se produzca.

Podemos señalar que son dos los elementos que entran en el concepto de acción y éstos son: voluntad y actividad corporal.

De lo antes mencionado se deduce lo siguiente:

- 1) Los actos no voluntarios, los llamados movimientos reflejo, los movimientos corporales causados por una situación de carácter fisiológico, con ausencia total de espiritualidad, no constituyen acciones desde el punto de vista penal (artículo 15, fracción I, del Código Penal mexicano). Si no hay movimiento voluntario, no habrá acción "stricto sensu", ni desde luego delito.*

- 2) Cuando no hay movimiento corporal externo, tampoco hay acción. Por tanto los pensamientos, ideas e intenciones no pueden ser consideradas, como acciones en sentido penal. El pensamiento no puede delinquir cuando no se exterioriza en una actuación.*

- 3) Finalmente el efecto del acto, el resultado, tiene que existir sancionado en las Leyes Penales, o sea, tipificado y combinado con una pena.*

Cabe resaltar que el Código Penal mexicano denomina como acto a la acción en sentido estricto o actuar positivamente, y como omisión el no hacer o actuar negativamente (artículo 7).

Por otra parte, la omisión como ya hemos señalado anteriormente, consiste en no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior.

El maestro Cuello Calón señala que la omisión es la conducta inactiva, pero para que haya omisión, esta inactividad ha de ser voluntaria. Se trata de una conducta humana (manifestación de voluntad), concretada en un no hacer, pero no toda inacción voluntaria constituye una omisión penal. Para la existencia de ésta, se necesita que la norma penal establezca un deber legal de hacer. En definitiva, puede definirse la omisión: "como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado".⁴⁹

De lo antes expuesto se puede desprender que para que se configure la omisión se requiere de tres elementos que son: manifestación de voluntad, conducta inactiva y deber jurídico de obrar.

⁴⁹ Ídem. p. 336.

Asimismo, podemos señalar que junto a los delitos de omisión encontramos los delitos de comisión por omisión, también llamados de omisión impropios o falsos.

Estos delitos consisten en la producción de un resultado delictivo, de carácter positivo, mediante la inactividad cuando existe el deber de obrar, en otras palabras, es la producción de un cambio en el mundo externo mediante la omisión de algo que el derecho le ordenaba hacer, por ejemplo: la madre que por no alimentar debidamente a su hijo pequeño le provoca la muerte.

En resumen, en los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, en los de comisión por omisión existe una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, ya que existe un delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntariamente o culpablemente, violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

La ausencia de conducta, constituye por su parte el elemento negativo de la conducta, la cual impide la formación de la figura delictiva, es decir, si no existe una conducta evidentemente no habrá delito.

De esta manera nuestro ordenamiento positivo en el artículo 15, fracción I, comprende todas las especies de ausencia de conducta.

B) LA ANTIJURICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Se puede señalar que no resulta fácil dar una definición de lo que es la antijuricidad. Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la Ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado, por consiguiente, la antijuricidad significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, disvalor de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinada. Existe pues una cultura que exige cierta conducta, la valora como aceptable; y rechaza otra, a la cual califica como ilícita, injusta, delictiva

El jurista Castellanos Tena da un concepto de la antijuricidad y señala que radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo.

Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio del valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta (en su fase material), y la escala de valores del Estado".⁵⁰

La antijuricidad se refiere a la oposición entre la conducta humana y la norma penal y recae exclusivamente sobre la acción realizada, teniendo por lo tanto un carácter objetivo.

Se ha dicho que una misma conducta exterior puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con que lo realice.

El gran maestro Carlos Binding, señala que el delito no es lo contrario a la Ley, sino más bien el acto ajustado a lo previsto en la Ley Penal. Se infringe la norma (lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico). El Código Penal no dice "no matarás", sino que señala la sanción para el que comete un homicidio; si se mata se vulnera la norma pero no la Ley, que lo que hace es sancionar. De ahí la afirmación de Binding: "la norma crea lo antijurídico, en tanto que la Ley crea la acción punible; la norma valoriza y la Ley describe".⁵¹

⁵⁰ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p. 176

⁵¹ JIMENEZ DE ASSUA, Luis. Op. Cit. p. 338.

Por su parte Max Ernesto Mayer señala que la antijuricidad es la contradicción a las normas culturales establecidas por el Estado, (costumbres, sentimientos patrios, religiosos, etc.).

Estos dos autores dan un doble sentido a la antijuricidad: el formal y el material. La primera está constituida por la conducta opuesta a la norma en tanto que la segunda se halla integrada por la lesión o peligro para bienes jurídicos, en otras palabras, el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley), y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Por otra parte, es importante señalar que entre los factores positivos y negativos del delito, pueden darse supuestos en los que hay la ausencia de antijuricidad. Así, en los casos en que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación la cual constituye el elemento negativo de la antijuricidad.

Podemos señalar que en lo tocante al derecho mexicano, aunque no está manifestado expresamente la antijuricidad de las acciones caen

dentro de la esfera penal, la cual se presupone por el sólo hecho de tipificarlas y sancionarlas.

Así toda acción típica y punible, según la Ley, es antijurídica, pero no lo será una acción que no esté tipificada y sancionada por la Ley.

C) LA TIPICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Comenzaremos señalando que la tipicidad consiste en el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la Ley, la coincidencia del comportamiento por lo descrito por legislador.

Cabe señalar que la tipicidad encuentra su fundamento en el artículo 14 párrafo tercero de nuestra Constitución Federal que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por un Ley exactamente aplicable al delito de que se trate". Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

En estricto sentido, la tipicidad sería un elemento esencial del delito: la descripción hecho por el legislador, por consiguiente, no hay delitos sin tipificación. La Ley Penal ha de establecer, con toda exactitud, los

delitos en tipos perfectamente concretados y no en definiciones amplias y vagas las cuales den lugar a la duda.

Fernando Castellanos formula la consideración de que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, en tanto que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la disposición legal formulada en abstracto".³²

Jiménez Huerta señala que como el tipo tiene como fin delimitar y describir conductas antijurídicas, el legislador, al confeccionar los tipos penales, algunas veces hace (también por razones técnicas), una especial referencia a determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta, como reflejo de un estado de conciencia, para dejar claramente sentado que la conducta, que tipifica, es sólo aquella que esté presidida por dicha finalidad o estado, y para evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo.

Así, por ejemplo, hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica, pero sólo adquiere relevancia típica (de acuerdo con la

³² CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p. 165.

fracción VII del artículo 246 del Código Penal mexicano), cuando el sujeto activo del delito hace uso a sabiendas del documento".³³

Por lo que respecta a la tipicidad en el derecho penal mexicano, al aceptar el principio "nulum crimen sine lege", no habrá delito sin tipo legal al que corresponda la acción, se puede afirmar que la tipicidad es un elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculminable la acción.

Por otro lado, el aspecto negativo de la tipicidad es la ausencia de tipicidad, aquí debemos distinguir entre ausencia del tipo legal y ausencia de tipicidad. En cuanto a la ausencia del tipo, ésta se produce cuando el legislador, por defecto técnico o deliberadamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debía de haber sido definida y fijada en los preceptos penales, dejando sin protección punitiva a los intereses violados. La ausencia del tipo debe ser tratado, en cada caso, examinando cuidadosamente el articulado de la parte especial de los códigos o leyes especiales para comprobar si el hecho está o no tipificado. Como no hay delito sin Ley que lo defina (consecuencia del principio "nulum crimen nulla poena sine lege"), no puede sancionarse criminalmente un acto que no haya sido definido como delito en la Ley.

³³ JIMENEZ Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano, tomo I, México, ed. Porrúa, 1980, p. 50 y 51.

Por lo que respecta a la ausencia de tipicidad, ésta puede darse en dos supuestos:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo, y*

- b) Cuando la Ley Penal no ha descrito la conducta, que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad en sentido estricto) o, lo que viene a ser lo mismo, carencia del tipo legal.*

Fernando Castellanos señala: "que hay ausencia de tipo, cuando el legislador no describe la conducta, y hay ausencia de tipicidad, cuando hay tipo legal pero la conducta no se amolda a él. Además señala, que en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la Ley, respecto de él no existe tipo".³⁴

La atipicidad, por consiguiente, puede provenir de la falta referente a una de las condiciones siguientes:

³⁴ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p.172-173

- I. Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto activo.*
- II. Ausencia de adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo.*
- III. Ausencia de adecuación en cuanto al objeto.*
- IV. Ausencia de adecuación en cuanto al tiempo.*
- V. Ausencia de adecuación en cuanto al lugar.*
- VI. Ausencia de adecuación en cuanto a los medios de comisión.*
- VII. Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos del injusto*
- VIII. Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos o antijuricidad especial*

D) LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

La culpabilidad se funda en la libertad concreta del autor que le permite realizar el hecho delictivo o no realizarlo.

Si el delito es un hecho antijurídico, un hecho típico, también será un hecho culpable. Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y, además, serle reprochada.

En la culpabilidad, por tanto, hay, además de una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de

la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la Ley, pues al ejecutar un hecho que la norma prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla; hay pues, una reprobación de la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber, por consiguiente, la culpabilidad está estrechamente ligada a la antijuricidad; mas aún, la antijuricidad es condición previa para la existencia de la culpabilidad.

El jurista Cuello Calón señala que: "la culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley. El reproche, contenido en la culpabilidad como elemento del delito recae solamente sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión, el juicio de culpabilidad sobre el hecho concreto y aislado".³³

En definitiva, la culpabilidad radica en el reproche hecho al autor, sobre su conducta antijurídica, por consiguiente, para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido de forma antijurídica y típica, sino que además es necesario que su acción pueda ser personalmente reprochada, solamente cuando aparece este juicio de reprobación es cuando surge el concepto de culpabilidad.

³³ CUELLO Calón, Eugenio. Op. Cit. p. 357.

El jurista Jiménez de Asúa nos pone de manifiesto que el contenido de la culpabilidad se refiere:

a) Al acto de voluntad, que es el elemento psicológico de la culpabilidad, y b) a sus elementos, que son los motivos del autor (parte motivadora) y las referencias de la acción o la total personalidad del autor (parte caracterológica). El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa.

El citado autor advierte que en los actuales códigos penales, la parte integrante caracterológica no puede asumir un papel decisivo y que la culpabilidad de la conducta se refiere al acto concreto, y no sólo al carácter o la peligrosidad”.³⁶

En cuanto a las distintas especies de culpabilidad se puede delinquir mediante determinada intención delictuosa, o sea, dolo, o por un olvido de las precauciones que se debían tomar las cuales son exigidas por el Estado, es decir, culpa. Para la existencia del primero, se necesita que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, mientras que la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta negligente, torpe o

³⁶ JIMENEZ DE ASSUA, Luis. Op. Cit. p. 357.

imprudente del autor, de esta forma, el delito se comete por dolo o por culpa.

Por su parte, la culpabilidad en la teoría finalista consiste en la reprochabilidad de la configuración de la voluntad, y según esto es "culpabilidad de voluntad". Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad, así pues, los elementos de la reprochabilidad, es decir, del reproche de la culpabilidad presuponen que el autor se habría podido motivar de acuerdo a las normas y no en un sentido abstracto de cualquier hombre en vez del autor, sino que concretamente este hombre habría podido, en esa situación específica, estructurar una voluntad de acuerdo a la norma.

Por su parte, la culpabilidad en el modelo lógico matemático nos pone de manifiesto que la culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La culpabilidad implica la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico; esto último en

virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación.

En resumen, la culpabilidad consiste en la reprochabilidad que se hace al sujeto activo del delito, por haberse conducido en forma contraria a lo establecido por la norma jurídica penal.

E) LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Fernando Castellanos señala siguiendo a Max Ernesto Mayer, que "la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente; y citando a Franz Von Liszt, es la capacidad de obrar en derecho penal, o sea, la capacidad para realizar actos referidos al derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción".⁵⁷

De lo antes expuesto podemos observar que para Castellanos, en definitiva, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

⁵⁷ CASTELLANOS Tena, Fernando. Op. Cit. p. 218.

Por su parte, para Franz Von Liszt el fundamento de la imputabilidad reside en la capacidad de obrar normalmente, de conducirse con arreglo a las exigencias de la vida común, por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental sano, cuya conciencia no se halle perturbada.

Para Jiménez de Asúa "la imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y debe ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre".³⁸

Naturalmente, todo ello nos lleva al problema de saber si la voluntad humana es libre o está determinada. Los penalistas de la escuela clásica consideran el libre albedrío como el fundamento de la imputabilidad y distinguen entre inimputables e imputables, por su parte, los positivistas niegan el libre albedrío y se enfrentan a los postulados de la escuela clásica.

Por lo que se refiere a nuestro sistema penal es importante señalar que para que un individuo tenga que cargar determinada consecuencia penal es indispensable que tenga el carácter de imputable, por consiguiente, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por

³⁸ JIMENEZ de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 326

sus condiciones psíquicas, tenga posibilidades de voluntad, en otras palabras, será imputable todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la Ley.

Por otro lado, la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, por consiguiente las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

La inimputabilidad encuentra su fundamento en el artículo 15, fracción VII del Código Penal, que a la fecha dice: "el delito se excluye cuando:

Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental doloso o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto en el artículo 69 bis de este código".

F) LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Francisco Pavón Vasconcelos da el siguiente concepto de la punibilidad "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social. Y agrega que, desde el punto de vista formal, el concepto de delito puede reducirse a la conducta punible (acto u omisión que sancionan las leyes penales), conforme lo determina el artículo 7 del Código Penal, se trata pues de un elemento integral del delito".⁵⁹

A su vez, el jurista Cuello Calón dice: "el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados, para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de punibilidad (el que cataloga como el de mayor relieve penal). Una acción puede ser antijurídica y culpable y no ser delictuosa (podrá constituir una infracción de carácter civil o administrativo); más, para que sea un hecho delictivo, un delito, es preciso que su ejecución se halle conminada por la Ley con una pena que sea punible".

⁵⁹ PAVÓN Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal, parte general, México, ed. Porrúa, 1974, p. 395

Podemos observar que para el autor en cuestión, la punibilidad viene a ser un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada por una pena constituye un elemento del tipo penal.

De esta manera lo que en último término caracteriza al delito es ser punible; por consiguiente, la punibilidad es el carácter específico del delito.

Sin embargo, cabe señalar que no todos los penalistas coinciden en considerar a la punibilidad como una característica o elemento del delito, ya que hay quienes consideran a la penalidad como consecuencia y no como requisito del delito.

Es conveniente apuntar que la conducta y la punibilidad se obtienen de la redacción del artículo 7 del Código Penal y del núcleo respectivo de los diferentes tipos legales.

Por otro lado, el elemento negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias que son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicabilidad de la pena y así encontramos las siguientes:

- *Excusa en razón de mínimo de temibilidad (artículo 375 del Código Penal).*
- *Excusa en razón de la maternidad consciente (artículo 333 del Código Penal).*

G) LAS CONDICIONES OBJETIVOS DE PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Estas no son un elemento indispensable para la estructura de todos los delitos, sino, que forma parte exclusivamente y en forma excepcional de algunos delitos.

Se trata de determinados requisitos que tienen que cumplirse para poder aplicar la punibilidad al delito de que se trate, si estos requisitos no se dan la punibilidad no se puede aplicar al hecho, aunque sea una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable.

En resumen, las condiciones objetivas de punibilidad, están constituidas por la exigencia de la ley en las cuales deban concurrir determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e

independientes de la voluntad del agente, en calidad de requisitos para que el hecho sea punible, para que la pena tenga aplicación.

Un ejemplo de lo antes señalado lo encontramos en el artículo 4, fracción III del Código Penal.

En mi opinión considero que los elementos que integran la estructura del delito son; la conducta, la cual consiste en el comportamiento humano positivo o negativo (acción u omisión) encaminado a un resultado, la tipicidad que consiste en encuadrar la conducta en alguno de los tipos que describe la ley penal, la antijuricidad en cuanto que habiendo tipicidad, no esté el agente amparado o protegido por una causa de exclusión del delito, la culpabilidad que consiste en la libertad concreta del autor que le permite realizar el hecho delictivo o no realizarlo, la punibilidad que consiste en la sanción impuesta por la autoridad legítima en ejecución de una sentencia. De la unión de todos estos elementos se da nacimiento al delito, por consiguiente, la falta de un sólo elemento trae consigo la no existencia del delito.

Es de señalar que en nuestro derecho penal, la Ley sustantiva no contiene una definición del delito que nos muestre todos sus elementos, por consiguiente, este tema concierne a la doctrina.

2.5 EL DELINCUENTE COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Comenzaré señalando que el delincuente es aquella persona que interviene en la comisión de un delito, bajo las categorías de la autoría y la participación delictuosa.

Para la escuela clásica el delincuente es una persona normal, por consiguiente, debe responder por sus conductas ilícitas al quebrantar la Ley, en otras palabras, el delincuente al cometer el hecho que se le ha imputado, obró siguiendo las indicaciones de su voluntad, siendo por tanto plenamente responsable, por ello, se le debe castigar.

Por otro lado, para la escuela positiva el delincuente obró obedeciendo los dictados inevitables de las circunstancias y no es responsable por sí mismo, por estar determinado a obrar en tal sentido, por lo que no debe ser castigado, sino, tratado como un individuo peligroso, persiguiendo su corrección para contrarrestar cualquier futura invasión a los intereses sociales, en otras palabras, dicha escuela dio demasiada importancia a los factores endógenos y exógenos, es decir, circunstancias tanto propias como extrañas al delincuente, llegando a considerarlas como determinantes de la voluntad.

Desde mi punto de vista considero que el delincuente tiene la capacidad suficiente para poder discernir entre el bien y el mal, y si opta por este último, lo hace siguiendo los lineamientos de su voluntad, por lo tanto, es plenamente responsable por el hecho que cometió y en consecuencia debe ser castigado de acuerdo con la gravedad del delito.

A continuación haré un breve recorrido histórico para poder ubicar al delincuente como sujeto activo del delito.

Cabe señalar que en épocas remotas se exigía responsabilidad penal a los animales y así encontramos cuatro periodos: el primero, en la antigüedad, en el que se infligían auténticas penas a los animales y a las cosas, en el segundo, que puede corresponderse con el derecho griego, se castigaba a los animales y a las cosas porque constituían un símbolo para que los hombres odiasen los delitos, el tercero, representado por el derecho romano, con la institución de la "actio pauperies", en el que se castigaba al animal como ejemplo, pero se reconocía que no delinquía, y el cuarto, en el que se acentuaba el simbolismo.

A partir del siglo XVIII, concretamente desde la Revolución Francesa, el espíritu individualista penetró en definitiva en el derecho y, como

consecuencia de ello, la responsabilidad penal se hizo personal. Así se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito, debido a que sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir, es decir, sólo la persona, individualmente considerada, puede ser penalmente responsable, porque solo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad.

Expuesto lo anterior cabe plantearse la siguiente interrogación: ¿es responsable penalmente sólo el hombre, individualmente considerado, o lo es también el hombre cuando, reunido con otros, constituye una persona social?

Cabe señalar que por un lado encontramos a quienes afirman que sólo la persona individual puede ser sujeto activo del delito ya que consideran que imponer penas a las personas morales es castigar a meras ficciones. De igual manera argumentan que la responsabilidad penal de las personas morales contradice el principio de la personalidad de la pena (no puede castigarse por el hecho de otro), ya que si se sanciona a una persona jurídica se está castigando a los que participaron y a los que no participaron en el hecho delictivo, o sea, a todos los miembros de la persona moral, y esto repugna al más elemental sentido de la justicia.

Frente a esta postura doctrinal de la no responsabilidad penal de las personas morales, se alza otra corriente que afirma que el Estado no puede quedar desarmado ante las actividades delictivas de las personas morales.

Gierke y Mastre fueron los primeros patrocinadores de esta tendencia doctrinal, consideran que las personas morales poseen existencia real, con conciencia y voluntad propia e independiente de la de los miembros que las integran, con un fin determinado y concreto, así como con derechos y deberes diversos de los de sus miembros individuales.

Así pues, serán aplicables medidas preventivas, de defensa social, para las personas morales y responsabilidad penal individual, o sea, penas para los directores, gerentes, administradores, etc., que cometan violaciones con objeto de satisfacer los intereses de la corporación o con la cooperación de la misma.

Por lo que respecta al derecho mexicano se consagra el principio que establece que sólo la persona, individualmente considerada, es sujeto activo del delito (artículos 7, 8 y 10 y demás concordantes del Código Penal en materia federal).

Cabe apuntar que el artículo 11 del Código Penal Federal señala lo siguiente:

"Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionan de modo que resulta cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá en los casos exclusivamente especificados por la Ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

Cabe apuntar que la doctrina mexicana ha interpretado el artículo citado de acuerdo a dos posiciones:

- 1. La representada por aquellos que ven en dicha disposición legal una admisión de la responsabilidad penal de las personas morales, cuando éstas hayan proporcionando a sus miembros los medios para delinquir,*

2. La de los que no estiman el mencionado artículo 11 que es contrario a la tesis de que sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos del delito, pues la redacción del texto establece con toda claridad que es algún miembro o representante de la persona jurídica (es decir, un hombre) el que comete el delito, sin perjuicio de que se apliquen las reglas de participación a los demás colaborantes (artículos 13 y 14 del Código Penal).

Por otra parte, el Capítulo III, del título primero, del libro primero del Código Penal nos señala quienes son las personas responsables de los delitos, bajo éste concepto se ocupa en lo que la dogmática penal ha designado como autoría y participación.

De acuerdo con el artículo 13 del Código Penal existen ocho formas de intervención en el delito las cuales son:

- I. Los que acuerden o preparen su realización; es decir, autor intelectual.*
- II. Los que lo realicen por sí; es decir, autoría material.*
- III. Los que lo realicen conjuntamente; es decir, coautores.*
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; es decir, autoría mediata, V. participación.*

- V. *Los que determinan dolosamente a otro a cometerlo; es decir; instigador o inductor que no ejecuta por si el delito, pero dolosamente determina a otro para que lo cometa*
- VI. *Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión, es decir, cómplice.*
- VII. *Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; es decir, es una variante de la complicidad, cabe señalar que si la promesa fuese posterior, no anterior al delito, ya no habría complicidad, sino, encubrimiento.*
- VIII. *Los que son acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo; es decir, se trata de complicidad correspectiva o autoría indeterminada, se incrimina a los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado, sin esta fracción, el delito quedaría impune, o bien, todos responderían como autores, ambas consecuencias son excesivas.*

En cuanto a la pena para quien participa en complicidad correspectiva el artículo 64 bis señala lo siguiente: "En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las

tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva".

2.6 EL DELINCUENTE COMO SUJETO DE LA PENA.

El Estado como organización jurídica representante de la sociedad tiene la obligación de reprimir todo tipo de conducta que resulte contraria a lo que establece la ley, dando de esta manera nacimiento a la pena.

Por consiguiente, es la pena el medio del cual se vale el Estado para poder garantizar la convivencia social entre los individuos de una comunidad.

La pena es la justa retribución del mal por el delito que el sujeto activo ha cometido, lo que da a la pena la característica de ser el resultado jurídico y social del delito.

Por lo que se refiere a nuestro sistema penal, las penas se encuentran señaladas en el Título Segundo, Capítulo I, del Libro Primero, bajo el rubro de Penas y Medidas de Seguridad, sin embargo, no se hace referencia a lo que significa cada una de ellas por lo que corresponde a la doctrina el diferenciarlas.

Se puede señalar que las penas y las medidas de seguridad, tienen características comunes, ya que ambas deben ser forzosamente dictadas por el juez y en las dos se supone la comisión de un delito, sin embargo, podemos señalar que la distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y en cierta forma de retribución, las medidas de seguridad, son procedimientos que el Estado aplica para prevenir la comisión de nuevos delitos, en otras palabras, podemos considerar que las medidas de seguridad son providencias jurídicamente establecidas con el fin de proteger a la sociedad de determinadas personas consideradas como peligrosas.

Se reconoce que las penas no bastan por sí solas, eficazmente para luchar contra el delincuente y asegurar la defensa social, por lo que depende complementarse con medidas de seguridad, las cuales tienden a prevenir el delito desde antes de que se cometa.

Por otra parte, se puede afirmar que las penas y las medidas de seguridad tienen como fin la protección o defensa de la sociedad.

De conformidad por lo dispuesto en el artículo 24 del Código penal, las penas y medidas de seguridad son las siguientes:

1. *Prisión.*
2. *Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.*
3. *Internamiento o tratamiento de 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 de delito.*
9. *Amonestación.*
10. *Apercibimiento.*
11. *Caución de no ofender.*
12. *Suspensión o privación de derechos.*
13. *Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.*
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 las demás que fijen las leyes”.

Fernando Castellanos nos señala que propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, como medidas de seguridad, porque en la realidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, las marcas, la mutilación, etc.”⁶⁰

Cabe señalar, que sólo pueden imponerse las penas señaladas por la ley y precisamente la pena que prescribe la disposición jurídica exactamente aplicable al caso, por lo que la autoridad que haga lo contrario viola el contenido del artículo 14 constitucional, en el cual, se contempla el principio nullum crimen nulla poena sine lege, es decir, no hay delito ni pena sin ley que los prevea.

Es conveniente apuntar que la pena se concreta y consume sobre el responsable del delito, afecta su persona y en ocasiones sus bienes; esto es natural, consecuencia del carácter personal e intransferible de la responsabilidad penal.

⁶⁰ CASTELLANOS Tena, Fernando. op.cit. pág. 322

EL HOMICIDIO CALIFICADO.

3.1 EL DELITO DE HOMICIDIO, CONCEPTO.

Previamente diremos que en cuanto a la raíz etimológica del concepto de homicidio ésta proviene del latín "homicidium", el cual se encuentra formado por las frases: "homo" hombre y "caedere" matar, consecuentemente quiere decir, "Un hombre mata a otro".

Francisco Carrara, define al homicidio como la destrucción de un hombre injustamente cometido por otro hombre.

Giuseppe Maggiore, nos pone de manifiesto que el "homicidio es la destrucción de la vida "humana".⁶¹

Por su parte Antolisei, afirma que "el homicidio es la muerte de un hombre ocasionada por otro hombre con un comportamiento doloso y sin el concurso de causas de justificación".⁶²

61 Maggiore Giuseppe, Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1955, pág. 274.

62 Antolisei. Manuale Di Diritto Penale, Parte Speciale, Milán, 1954, pág. 35.

De las definiciones anotadas se puede observar que el contenido es esencialmente el mismo.

En lo personal, considero que el homicidio consiste en la privación de la vida de un hombre, realizada por otro hombre a través de un comportamiento doloso o culposo.

Es de suma importancia señalar que la vida humana es una realidad física y biológica, con contenidos valorativos para el ser humano, es el bien jurídico más apreciado, pues es una realidad que sin la vida no se puede disfrutar de ningún otro bien o satisfacer un interés.

Por ello considero que no puede cometerse delito más grave que el homicidio, en virtud de que se le está privando del bien jurídico de mayor significado que es la vida, en consecuencia, debe de existir proporción entre el delito y la pena.

En el delito de homicidio, el bien jurídico protegido es la vida humana misma que constituye el máximo bien del individuo en la escala de valores jurídicos, ya que ocupa un sitio de trascendental importancia, pero a través del delito de homicidio se le arrebató al individuo el más preciado de los bienes que es la vida.

La vida humana empieza con la concepción y termina con la muerte, sin embargo, la protección de la vida es distinta antes y después del nacimiento del ser humano. La protección de un feto o embrión que se da mientras dura la preñez, es decir, mientras dura el embarazo, se protege a través del delito de aborto, por otro lado, en el caso del homicidio la vida se protege desde el nacimiento hasta un instante anterior a la muerte.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento penal, el artículo 302 del Código Penal del Distrito Federal, nos pone de manifiesto que: Comete el delito de homicidio: "el que priva de la vida a otro", resultando la definición legal concretada al hecho de la privación de la vida. Aunque esta definición es jurídicamente impecable, desde el punto de vista del derecho positivo, no resulta suficiente por cuanto en ella no existe referencia alguna a la ilicitud de la privación de la vida y la reprochabilidad al sujeto del resultado consecuencia de su acción u omisión.

No basta pues, para dar una definición del delito de homicidio, describir el hecho objetivo en forma aislada, debiéndose en todo caso hacer en ella referencia a la valoración del hecho de privación de la vida sin perder de vista a su autor.

Por ello debemos de considerar que el homicidio es la muerte violenta e injusta de un hombre, atribuible en un nexo de causalidad a la conducta dolosa o culposa del otro. Tal definición comprende la referencia concreta a la conducta positiva o negativa del autor; a la consecuencia causal de la misma, como lo es la verificación del fenómeno de la muerte, así como a la no concurrencia, con la ejecución de causas de justificación al dolo y a la culpa que componen el resultado.

3.2 LOS ELEMENTOS DEL HOMICIDIO.

De acuerdo con la definición dada sobre el homicidio, podemos destacar como elementos del hecho objetivo consistente en la privación de la vida, los siguientes:

a) La conducta en el homicidio. La conducta que consiste en el movimiento corporal o los movimientos corporales realizados por el sujeto activo, o bien, en la inactividad, el no hacer que infringe el mandato de obrar y que tiene igual carácter voluntario. La conducta, en consecuencia, se agota con la actividad o inactividad voluntarias realizadas por el sujeto, con el propósito de hacer eficaz dicha expresión consistente en la privación de la vida de un individuo.

Como consecuencia de dicha acción u omisión se requiere de un resultado, el cual lo constituye la privación de la vida, es decir, la cesación de las funciones vitales de la víctima, o sea, del sujeto contra quien ha sido dirigida la actividad o inactividad lesiva.

Cabe señalar que la privación de la vida supone la existencia del bien jurídico de la vida, como un presupuesto objetivo del tipo penal del homicidio.

Asimismo, se requiere de un nexo de causalidad, entre la conducta y el resultado, para poder atribuir a un sujeto determinado el acontecimiento de una muerte debe existir entre éste y la conducta de aquél un nexo causal. Ello implica el reconocimiento de una actividad o inactividad voluntarios, en consecuencia, el resultado sobreviene por esta actividad o inactividad.

Es de señalar que el verbo privar alusivo a la pérdida de la vida, plasmado en el artículo 302 que define al homicidio, lleva implícita la conducta del sujeto y el resultado causal de la misma, ya que sólo es posible atribuir a un hombre ese cambio en el mundo exterior como consecuencia de su conducta, es decir, acción u omisión.

La causalidad en el homicidio encuentra su fundamento en los artículos 303, 304 y 305.

El artículo 303, señala que no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las circunstancias siguientes:

- I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios:*

De lo antes expuesto, se puede desprender que la muerte debe tener verificativo, en virtud del proceso causal desencadenado por la acción u omisión.

- II. (Derogado).*

- III. Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer la autopsia cuando ésta sea necesaria, que la lesión fue mortal, sujetándose para ello a las reglas contenidas en*

este artículo, y en los dos siguientes y en el Código de Procedimientos Penales.

Cuando el cadáver no se encuentre o por otro motivo no se haga la autopsia, bastará que los peritos, en vista de los datos que obren en la causa, declaren que la muerte fue resultado de las lesiones inferidas.

Por lo que respecta al artículo 304 el cual nos señala que: Se tendrá como mortal una lesión, (dadas las circunstancias del artículo 303) aunque se pruebe:

- I. Que se habría evitado la muerte con auxilios oportunos;*
- II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona;*
- III. Que fue a causa de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión.*

Por su parte, el artículo 305 en su primera parte, al declarar que no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió: cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido...; se está refiriendo a un proceso causal en el que la lesión no tiene carácter de condición causal por ser completamente ajena a aquél.

La segunda parte del precepto prescribe que: no se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la haya recibido: cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como la aplicación de medicamentos positivamente nocivos, operaciones quirúrgicas desgraciadas, excesos o imprudencias del paciente o de los que lo rodearon: Esta parte del artículo alude a las llamadas concausas, a las nuevas series causales posteriores a la lesión, para darte eficacia causal y excluir la responsabilidad del autor.

Porte Petit afirma la inclusión en el artículo 305, de dos hipótesis en las cuales no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera el que la recibió, confirmando así nuestro punto de vista:

- I. Cuando la muerte sea resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, y*
- II. Cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, como:*
 - a) La aplicación de medicamentos positivamente nocivos.*
 - b) Operaciones quirúrgicamente desgraciadas.*
 - c) Excesos o imprudencias del paciente y,*

d) Excesos o imprudencias de los que lo rodean.⁶³

b) La tipicidad en el homicidio. Como ya hemos señalado anteriormente, la tipicidad consiste en encuadrar la conducta del sujeto activo en el tipo penal descrito en la ley, por consiguiente, la tipicidad en el homicidio se da cuando la conducta se ajusta perfectamente dentro de la hipótesis del artículo 302 del Código Penal, en otras palabras, la conducta humana que produce la muerte es típica cuando se ajusta al hecho descrito por el tipo penal.

Para poder abordar el estudio de la tipicidad en el homicidio, resulta necesario hacer referencia a todos aquellos elementos típicos particulares al homicidio.

Ahora bien, el tipo penal del artículo 302, no contiene en su descripción, ninguna referencia a los sujetos de la relación delictuosa, es decir, al sujeto activo y al sujeto pasivo, tampoco contiene ninguna referencia al tiempo y al lugar de ejecución, los cuales se dan en otros tipos delictuosos, de igual manera no se hace referencia a los medios de comisión.

⁶³ Porte Petit, Dogmática de los Tipos Contra la Vida y la Salud, México 1960, pág. 54.

Cabe señalar que la ausencia de calidades, tanto en el sujeto activo como en el pasivo del delito, nos ponen de manifiesto que se trata de personas sin una calidad específica, razón por la cual todo individuo puede ser sujeto activo o pasivo del delito.

Por otra parte, la ausencia de referencias temporales y espaciales en el tipo legal, permite que el homicidio pueda cometerse en cualquier tiempo y lugar.

Por lo que se refiere a los medios de comisión, se puede apuntar que la privación de la vida se puede llevar a cabo por cualquier medio idóneo para producir el resultado, es decir, cualquier forma de ejecución queda perfectamente comprendido en este tipo legal.

En cuando al objeto, debe de distinguirse entre el objeto material del homicidio y el objeto jurídico del mismo; el objeto material coincide con el pasivo del delito, es decir, es el hombre a quien se priva de la vida, por su parte, el objeto jurídico es la vida como bien tutelado por la norma.

Cabe apuntar que el homicidio que describe el artículo 302 del Código Penal, es considerado como un tipo básico, en cuanto a que sus

elementos descriptivos pueden servir de fundamento a otros tipos penales, ya sean complementados o especiales.

c) La antijuricidad en el homicidio. Porte Petit, al referirse a la antijuricidad expresa: "Al realizarse una conducta adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica en cuanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación".⁶⁴

Esta definición nos pone de manifiesto que para la existencia de la antijuricidad, se requiere de una doble condición: una positiva, que consiste en la violación de una norma penal, y otra negativa, que consiste en que el sujeto activo del delito, no esté amparado por una causa de justificación, por lo tanto, la conducta será antijurídica si no encuentra fundamento en una de las causas de exclusión del delito que señala el artículo 15 del Código Penal.

Por mi parte considero que el hecho descrito en el artículo 302, es antijurídico cuando objetivamente se contraviene el mandato legítimo contenido en el precepto de la ley, constituyendo una violación al deber jurídico.

⁶⁴ Porte Petit, La Imputabilidad de la Dogmática Jurídico Penal, México 1944, pág. 41.

Es de señalar, que aunque el precepto regulador del homicidio no expresa entre sus elementos el carácter ilícito del resultado típico, es evidente que el mismo comprende la acción o la omisión, en su caso, por ser común a todo delito.

d) La culpabilidad en el homicidio. Anteriormente se había señalado que la culpabilidad se funda en la libertad concreta del autor, que le permite realizar el acto delictivo o no realizarlo, por esta razón, el autor le es exigible que obrara de otra manera y no como lo hizo al ejecutar el acto típico y antijurídico, por lo tanto, el autor es reprochable.

En cuanto a la culpabilidad en el homicidio, resulta indispensable analizar los elementos internos de la acción, así como de la omisión en su caso, por lo tanto, se puede apuntar que el homicidio únicamente puede realizarse dolosamente, es decir, intencionalmente, o culposamente, es decir, no intencional o imprudencialmente.

El homicidio es doloso o intencional, cuando el sujeto activo a través de su conducta positiva o negativa quiere o acepta, la realización del hecho descrito en la ley, es decir, la privación de la vida.

Por su parte, el homicidio es culposo, no intencional o de imprudencia cuando el sujeto activo produce el resultado típico en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Giussepe Maggiore al respecto expresa que "El homicidio culposo consiste en ocasionar por culpa, la muerte de un hombre".⁶⁵

En resumen, el homicidio culposo se realiza cuando un hombre produce la muerte de otro hombre, a través de una acción u omisión que no estaba dirigido a lesionar su persona, es decir, a privarlo de la vida.

Por su parte, en el homicidio doloso existe la voluntad del sujeto activo de querer privar de la vida a un individuo.

e) La punibilidad en el homicidio. Como ya se había apuntado anteriormente, la punibilidad consiste en la sanción que el juez representando al Estado impone a aquellos individuos que han violado las normas jurídicas.

⁶⁵ Maggiore Giuseppe. Op. cit. pág. 379.

Por lo que toca a la punibilidad en el homicidio, ésta encuentra su fundamento en el artículo 307, tratándose del delito de homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial, cuya pena es de ocho a veinte años de prisión.

En cuanto a la punibilidad de los tipos complementados, privilegiados o atenuados encontramos los siguientes:

- a) Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión.*
- b) Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.*
- c) Si el homicidio se comete en estado de emoción violenta, se impondrá de dos a siete años de prisión.*
- d) Si el individuo prestare auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años, siempre que el occiso no fuere menor de edad o padeciera alguna de las formas de enajenación mental.*

Por lo que se refiere a los homicidios calificados o agravados, es decir, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición, o cuando el homicidio sea cometido intencionalmente a propósito de una violación o un robo o cuando el autor haya penetrado en casa-habitación de manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, se le impondrán de veinte a cincuenta años.

Por lo que toca al homicidio en razón de parentesco, es decir, cuando se priva de la vida a un 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.

En cuanto al homicidio culposo, se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso, sin embargo, cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean

imputables al personal que presta sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes del servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar, todo lo antes señalado encuentra su fundamento en el artículo 60 del Código Penal, cabe apuntar que la culpa o imprudencia opera tanto en los homicidios de acción como en los de comisión por omisión, por lo tanto, la calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez.

Por lo que se refiere al homicidio de comisión por omisión, este encuentra su fundamento en los artículos 335 en relación con el 339 así como con el artículo 9 párrafo primero, y también en el artículo 336 en relación con el 339 y ambos con el artículo 9 párrafo primero, la punibilidad queda al arbitrio del juez quien deberá tomar en cuenta la premeditación para los efectos de aplicar las sanciones que a estos delitos correspondan.

3.3 EL DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO DE ACUERDO CON EL CÓDIGO PENAL.

Como ya se había señalado, el delito de homicidio se define como la privación de la vida de un hombre por otro, esta es la definición legal, misma que encuentra su fundamento en el artículo 302 del Código Penal, el cual ha sido considerado como un tipo básico, por cuanto sus elementos descriptivos pueden servir de fundamento a otros tipos penales ya sean complementados o especiales.

A continuación señalaremos las diferencias entre los diversos tipos de homicidios, para poder llegar al homicidio objeto del presente estudio, es decir, al homicidio calificado.

El homicidio simple intencional, es aquél que está compuesto por los artículos 302 y 307, mismo que tiene menor número de elementos en comparación con los homicidios calificados o atenuados, en consecuencia, existe mayor protección para el bien jurídico.

"El homicidio simple intencional, se caracteriza porque hay ausencia de circunstancias modificativas, pero también porque rechaza las calificativas de la infracción" 66

De lo antes señalado se puede observar, que por exclusión, el homicidio simple es el que no es ni atenuado, ni calificado.

Por lo que se refiere a los homicidios calificados y atenuados, éstos se forman con el tipo básico del 302, mismo que por determinadas circunstancias en que se realiza la conducta, se modifica ese tipo básico para dar nacimiento a otro tipo con elementos diferentes que hace que tenga una mayor o menor penalidad, lo que se conoce como atenuación o agravación de la pena.

Tratándose de los homicidios atenuados o privilegiados, se puede observar que estos tienen una disminución en la punibilidad y esto es debido a las circunstancias de ejecución del homicidio.

Por lo que se refiere a los homicidios en riña y en duelo, la atenuación de la punibilidad obedece a que el autor que priva de la vida a su contendiente en una riña o en un duelo por esta razón, también estuvo

66 Amparo Director 4295-57. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XVII, pág. 198, Sexta Época.

en peligro de perder su propia vida, es decir, existía el riesgo de que el autor pudiese ser la víctima, éste es el motivo de la atenuación para la punibilidad para estas formas de ejecución de homicidios, sin embargo, la punibilidad para el homicidio en duelo es menor que la del homicidio en riña y esto en razón de que en el duelo por su naturaleza, los duelistas se encuentran en igualdad de posibilidades de correr riesgos, por su parte, en la riña no existe esta semejanza de riesgos por lo que su desigualdad motiva la diferencia de la punibilidad.

En cuanto a la atenuación de los homicidios por emoción violenta o justo dolor, ésta se debe a que el autor reduce su capacidad de obrar de otra manera, lo que quiere decir, que reduce su culpabilidad y como consecuencia lógica debe disminuir la punibilidad.

Tratándose de la atenuación en el homicidio con consentimiento de la víctima, también llamado homicidio consentido, la atenuación obedece a que el suicida consiente ser privado de la vida por quien lo auxilia, es importante apuntar que el suicida debe tener la capacidad para comprender el alcance del suicidio, es decir, no ser menor de edad ni padecer alguna de las formas de enajenación mental, ya que en este caso, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas para el homicidio calificado.

Por lo que se refiere al homicidio en complicidad corresponsiva o con ignorancia de quien es el autor, la atenuación se debe a que se ignora quién produjo la muerte; razón por la cual el Código Penal en su artículo 64 bis, establece una pena disminuida para quienes intervienen en un hecho de homicidio y se ignora quién es el autor, la pena que se impone es de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente de acuerdo con la modalidad respectiva.

De lo antes señalado se puede observar que los homicidios calificados son los que no son ni simples, ni atenuados o privilegiados.

Por consiguiente, el homicidio es calificado cuando se comete con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición. Asimismo, el homicidio será calificado cuando sea cometido intencionalmente, a propósito de una violación o un robo o cuando el autor haya penetrado en casa-habitación de manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo.

Cabe señalar, que en los homicidios calificados existen mayor número de elementos en el tipo y, en consecuencia, la protección para el bien jurídico tutelado es mayor, razón por la cual existe un aumento en la

punibilidad, en otras palabras, las calificativas representan en todo caso mayor entidad de culpabilidad, es decir, mayor intensidad del dolo.

3.4 LAS CALIFICATIVAS EN EL HOMICIDIO.

Previamente señalaré que las calificativas son circunstancias y particularidades de tiempo, lugar, modo, estado y demás que acompañan a una conducta, razón por la cual la calidad del delito depende de esas circunstancias que gradúan la pena, en consecuencia, dependiendo de tales circunstancias hay un aumento o disminución en la punibilidad.

Del sistema que forma el Código Penal en sus artículos 317 y 318, se desprende que dos son los requisitos que se necesitan para que las calificativas tengan la calidad de agravantes de la punibilidad y estos son:

- 1) Que el delincuente no corra riesgo de ser muerto ni herido por el ofendido.*
- 2) Que la víctima no tenga lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer.*

De la concurrencia de estos dos requisitos se puede afirmar que cuando el autor obra sin riesgo de ser muerto porque la víctima se encuentra en estado de indefensión entonces se lesiona un bien jurídico diferente a la vida, el cual está formado por el derecho de la defensa por parte de la víctima que es diferente al bien jurídico de la vida que ya está protegido por el tipo de homicidio.

A continuación analizaremos las diferentes formas en que pueden intervenir las calificativas.

a) Premeditación.

*En la redacción del artículo 315 párrafo segundo se establece lo siguiente: **Hay premeditación siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.***

De lo antes expuesto se puede observar que el Código Penal al definir la premeditación como calificativa, parece que lo plantea como un aspecto subjetivo distinto del dolo, lo cual resulta absurdo ya que si el autor reflexiona sobre el hecho delictivo que va a cometer y lo lleva a cabo existiría el dolo, es decir, el querer o aceptar la realización del

homicidio, en este orden de ideas, la reflexión que lleva a la ejecución del hecho delictivo no puede ubicarse en lugar distinto del dolo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que por premeditación debe entenderse la meditación antes de obrar, el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente". 67

De lo antes expuesto, se puede observar que existe la premeditación cuando entre la reflexión y la ejecución transcurre un intervalo de tiempo dentro del cual el sujeto activo puede reflexionar sobre el delito que va a cometer.

Alimena por su parte, nos señala que los elementos de la premeditación son dos: a) transcurso del tiempo más o menos largo entre la resolución y la ejecución, y b) la reflexión, la deliberación madura de la decisión". 68

Se puede pensar que la concepción de Alimena influyó notablemente en nuestro sistema penal ya que la jurisprudencia nos pone de

⁶⁷ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1979, pág. 39.

⁶⁸ Citado por González de la Vega, Derecho Penal Mexicano.

manifiesto que "la calificativa de premeditación se constituye con un elemento objetivo y otro subjetivo inseparables: a) el transcurso de un tiempo más o menos largo entre el momento de la concepción del delito y aquél en que se ejecuta y, b) el cálculo mental, la meditación serena o la deliberación madura del agente que persiste en su intención antijurídica". 69

Por su parte, el párrafo tercero del artículo 315 nos señala las diversas formas de la ejecución para el homicidio y las lesiones, en las cuales se presume que el autor ha reflexionado con anterioridad al hecho que realiza, sin embargo, esta presunción de premeditación admite prueba en contrario.

Las formas de premeditación presunta de acuerdo con la redacción del artículo en mención son las siguientes: "inundación, incendio, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida, por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad".

⁶⁹ Quinta Época: Suplento 1956, pág. 361, A.D. 684-52, Alfredo Rentería González Cuatro Votos.

b) Ventaja

De la redacción del artículo 316 del Código Penal para el Distrito Federal se puede establecer que hay siete formas diferentes de ventaja que son:

- 1) Cuando el delincuente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se haya armado.*
- 2) Cuando el autor es superior a la víctima por su mayor destreza en el manejo de la armas que emplea.*
- 3) Cuando el autor es superior a la víctima por su mayor destreza en el manejo de las armas.*
- 4) Cuando el delincuente es superior a la víctima por el número de los que lo acompañan.*
- 5) Cuando éste se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido.*
- 6) Cuando la víctima se halla inermes y el autor armado.*

7. Cuando la víctima se encuentra caída y el autor está de pie.

Cabe apuntar que la ventaja no se tomará en cuenta en los cinco primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en los otros dos casos, si el que se hallaba armado o de pie fuera el agredido y además, hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia, todo lo antes apuntado encuentra su fundamento en el artículo 316 del Código Penal.

Es conveniente señalar que la ventaja no puede tomarse en cuenta cuando el autor obra en legítima defensa ya que lo que probablemente podría suceder es que el autor obrara en exceso en la legítima defensa.

En consecuencia, sólo será considerada la ventaja 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, lo cual se encuentra plasmado en el artículo 317 del Código Penal.

En lo personal considero que la ventaja debería ser considerada como calificativa cuando el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto y además el sujeto activo tenga conocimiento de que es superior a la víctima de acuerdo con las fracciones del artículo 316 relativo a la ventaja.

c) Alevosía.

La redacción del artículo 318 del Código Penal para el Distrito Federal nos señala que: "La alevosía consiste en: sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer".

De lo expuesto anteriormente se desprende que la alevosía se caracteriza por la sorpresa de improviso que sufre la víctima con la agresión del autor al ser tomada ésta desprevenida.

El contenido del artículo 318, ha dado lugar a diferentes interpretaciones y así encontramos las siguientes:

Francisco González de la Vega considera que "analizando el precepto citado se encuentran en el mismo dos circunstancias distintas, conocidas ambas por la común denominación de alevosía, a saber: a) la sorpresa intencional de improviso a la asechanza de la víctima y b) El empleo de cualquier otro medio que no de lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer al ofendido". 70

70

González de la Vega. Citado por Soler, Sebastian. Los Valores Jurídicos. Revista Jurídica, Buenos Aires, 1972, pág. 23.

El jurista Jiménez Huerta nos señala que "obra alevosamente quien para matar a su víctima le ataca en un momento en que no se da cuenta de que corre el peligro de ser agredida. Apunta que la palabra alevosía según el diccionario de la lengua significa cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo de delincuente". 71

Asimismo, Mariano Jiménez Huerta estima que son tres las formas de manifestación en que puede tener lugar la alevosía y estas son: a) sorprender a alguien de improviso, b) sorprender a alguien empleando asechanza y c) sorprender a alguien empleando otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer.

La primera forma de alevosía se caracteriza porque la sorpresa de improviso no permite a la víctima detectar la existencia del autor que lo va a agredir.

Un ejemplo se da cuando el autor se esconde atrás de unas rocas para esperar a que pase la víctima y cuando ésta aparece el autor dispara con un arma de fuego y lo mata, el ocultamiento del autor impide a la víctima el saber donde se ocultó.

71 Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, II Antigua Librería Robledo, México 1958, pág. 108 y 109.

La segunda forma de alevosía que es la sorpresa empleando asechanza se caracteriza no por el ocultamiento del autor, sino por el ocultamiento de los medios que el autor emplea para sorprender a la víctima, en otras palabras, en esta forma el autor no se oculta y consecuentemente está a la vista pero lo que oculta son los medios por los que sorprende a la víctima la cual está desprevenida.

En cuando al concepto de asechanza, el diccionario nos pone de manifiesto que ésta consiste en "un engaño o artificio que se hace para perjudicar a otro". 72

Mariano Jiménez Huerta nos expone los siguientes ejemplos: Se llama a la víctima para que se fije en el arcoiris y le clava un cuchillo, se disfraza de portoso y cuando la víctima saca una moneda la mata, el autor abraza a la víctima fingiendo amistad y le clava un cuchillo.

La tercera forma de la alevosía comprende cualquier medio en que se sorprenda a la víctima con una agresión del autor por lo que ésta es tomada desprevenida.

72 Diccionario Larousse Ilustrado, pág. 101.

Un ejemplo sería el poner una trampa por donde ha de pasar la víctima elegida, otro ejemplo se da cuando se realiza un acto de sabotaje en el motor del automóvil en que la víctima ha de viajar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que " la alevosía consiste tal circunstancia calificativa en que una persona lesione a otra, cogiéndola intencionalmente de improviso o empleando acechanzas u otros medios que no le den lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiera hacer, y no se puede establecer que ha existido esta circunstancia agravante si no está probada la intención del agente, la cual no debe presumirse". 73

De lo antes apuntado se puede señalar que para que exista la alevosía se requiere de prueba fehaciente de que el inculpado se valió de acechanzas, ataque de improviso o de otros medios que no den al ofendido la oportunidad de defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer.

Cabe señalar que el sujeto pasivo del delito es sorprendido ya que no esperaba de su victimario el ataque, pero no en todo homicidio por sorpresa concurre la calificativa de alevosía, pues ésta requiere que el

73 Quinta época, Tomo XXV, pág. 156, Maximino Herrera.

sujeto activo se aproveche del momento oportuno buscado por él para que la víctima no pueda eludir el ataque.

d) Traición.

Comenzaré señalando que tradicionalmente la prodición o traición se concibe como la más grave de las formas de comisión de los delitos de homicidio ya que el delincuente actúa no sólo alevosamente, sino al mismo tiempo traidoramente, no sólo quiere ese estado objetivo de indefensión de su víctima, sino que también le es infiel, rompe la fe, la confianza que aquella espera de él, fundadamente la traiciona y por lo mismo, la víctima está expuesta doblemente a las acciones lesivas de su victimario.

En tanto que en la alevosía hay sólo indefensión material, en la traición hay además ocultamiento de la intención en la preparación del delito, quebrantamiento de la fe o la seguridad dada o la tácita que se deriva de relaciones de parentesco, gratitud, amistad o confianza.

El artículo 319 establece lo siguiente: "se dice que obra a traición: el que no solamente emplea la alevosía, sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la

tácita que ésta debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquiera otra que inspire confianza".

Por consiguiente, el homicidio a traición es aquel en que se priva de la vida a persona unida al agente activo por vínculos personales que pueden ser de fe o seguridad, originados de una promesa expresa entre el sujeto activo y quien resultó víctima del delito o tácita fe o seguridad generada por vínculos de parentesco, gratitud o cualquier otra que inspire confianza.

De lo antes expuesto se puede señalar que la traición se forma de dos elementos que son la alevosía y la perfidia. Por ello Francisco González de la Vega ha manifestado que " los elementos de la traición son: en primer lugar, una alevosía o sea el empleo de asechanzas o cualquier otro procedimiento que no de lugar a la defensa ni a evitar el mal, y en segundo lugar, la perfidia, la violación a la confianza que la víctima tenía a su victimario.⁷⁴

Para que opere esta calificativa como agravante, es requisito para su subsistencia la existencia de dicha fe o seguridad que tiene una persona de que otra no atentará contra ella. También lo es de que el activo se

74

González de la Vega. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Porrúa, México. pág. 27.

haya valido de esos vínculos personales subjetivos de fe o seguridad, surgidos de cualquier relación apta para originarlos: parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza, cabe anotar, que si bien es cierto que en las relaciones de parentesco éstas en ocasiones no originan amistad ni gratitud, pero sin embargo, si dan la seguridad de no ser objeto de algún atentado.

En resumen, siempre que exista dicha relación de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza y el sujeto activo se aprovecha de esta circunstancia como medio facilitador para la comisión del ilícito, habrá sorpresa intencional de improviso o empleo de cualquier otro medio que no le de lugar a la víctima para defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer.

La calificativa de traición, forma refinada de la alevosía, surge cuando el hecho, además de estar presidido por otros propósitos, entraña una deslealtad no esperada por la víctima.

Parte Petit de acuerdo con el artículo 319 nos pone de manifiesto que existen doce formas de traición y estas son:

1. *Alevosía de asecho más perfidia, violando la fe que expresamente se había prometido a la víctima.*
2. *Alevosía de asecho más perfidia, violando la fe que tácitamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad, o cualquier otra que inspire confianza.*
3. *Alevosía de asecho más perfidia, violando la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima.*
4. *Alevosía de asecho más perfidia, violando la seguridad que tácitamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad, o cualquier otro que inspire confianza.*
5. *Alevosía de sorpresa intencional de improviso más perfidia, violando la fe que expresamente se había prometido a la víctima.*
6. *Alevosía de sorpresa intencional de improviso más perfidia, violando la fe que tácitamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad, o cualquier otro que inspire confianza.*

- 7. Alevosía de sorpresa intencional de improviso más perfidia, violando la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima.*

- 8. Alevosía de sorpresa intencional de improviso más perfidia, violando la seguridad que tácitamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad, o cualquiera otra que inspire confianza.*

- 9. Alevosía de emplear otro medio que no de lugar a defenderse ni a evitar el mal más perfidia, violando la fe que expresamente se había prometido a la víctima.*

- 10. Alevosía de emplear otro medio que no de lugar a defenderse ni a evitar el mal más perfidia, violando la fe que tácitamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza.*

- 11. Alevosía de emplear otro medio que no de lugar a defenderse ni a evitar el mal más perfidia, violando la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima.*

12. Alevosía de emplear otro medio que no de lugar a defenderse ni a evitar el más perfidia, violando la seguridad que tácticamente debía esperarse del agente, por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad, o cualquiera otra que inspire confianza.

Dentro de las calificativas cabe apuntar que por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1969, se agregaron a las calificativas de premeditación, ventaja, alevosía y traición, tres calificativas más mediante la adición del artículo 315 bis que son las siguientes:

- 1. Homicidio intencional a propósito de una violación.**
- 2. Homicidio intencional a propósito de un robo.**
- 3. Homicidio intencional a propósito de un allanamiento de morada.**

e) Homicidio cometido intencionalmente a propósito de una violación.

Este tipo de homicidio calificado requiere de dos lesiones diferentes que son:

1. Que la víctima sufra el hecho constituido por la violación, la cual encuentra su fundamento en el artículo 265 párrafo primero del Código Penal que a la letra dice: "al que por medio de violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años". En este caso existe una lesión a la libertad sexual de la víctima que se consigue por la violación.

2. La lesión consistente en la privación de la vida de la víctima.

Es importante apuntar que cuando la víctima sufre la cópula impuesta por violencia física o moral se encuentre viva ya que de no ser así, sería profanación de cadáver y no delito de violación.

Para que pueda tener verificativo este tipo de homicidio señalaré los únicos casos en los cuales se puede dar:

1. Que la víctima en virtud de la violencia física sea lesionada, sufra la cópula y muera posteriormente a raíz de las lesiones ocasionadas.

- 2. Que la víctima sea sometida a la cópula mediante violencia moral y después sea muerta para que no pueda identificar al autor.*
- 3. Que la víctima sea sometida a la cópula mediante violencia física y después sea muerta para que no pueda identificar al autor.*

Considero que estos son los únicos casos en los cuales la víctima sufre la cópula en vida, por consiguiente, existe la violación al emplearse violencia física o moral y además la víctima es privada de la vida a propósito de la violación consumándose de esta manera el tipo de homicidio señalado en el artículo 315 bis.

f) Homicidio cometido intencionalmente a propósito de un robo.

Esta forma de homicidio también requiere de dos lesiones que son:

- 1. Que la víctima sea lesionada al quitársele la posesión de la cosa-mueble en los términos del artículo 367 que a la letra dice: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".*

2. La lesión consistente en la privación de la vida de la víctima.

Cabe apuntar que la muerte de la víctima tiene que estar relacionada con el robo para que este tipo de homicidio calificado pueda tener verificativo, por consiguiente, la privación de la vida puede darse antes de la consumación del robo, al mismo tiempo, o con posterioridad al robo.

g) Homicidio cometido intencionalmente a propósito de un allanamiento de morada.

En el proyecto de decreto se dice que debe castigarse como calificado el homicidio que se cometa en casa-habitación, pues, aunque pudiera considerarse demasiado rigurosa esta pena, ha de tomarse en cuenta que el allanamiento de una casa-habitación ya indica en forma elocuente una conducta sumamente reprochable en el activo de manera que el homicidio que en tales condiciones se realice reclama de parte de la sociedad una sanción capaz de proteger la seguridad y la salvaguarda de la vida.

En este tipo de homicidio calificado también existen dos lesiones diferentes que son:

- 1. La violación del domicilio constituido por casa-habitación, la cual se lleva a cabo penetrando en la misma de manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo.*
- 2. La lesión consistente en la privación de la vida de la víctima.*

Los elementos integrantes de este tipo de homicidio calificado son los siguientes:

En cuanto a la referencia al lugar consiste en casa-habitación.

El término penetrar significa introducirse, entrar de un lugar a otro. "La penetración en el caso concreto, debe ser del exterior para el interior de la casa-habitación". 75

75 Maggiore Giuseppe. Op. cit. pág. 484.

La furtividad de acuerdo con González de la Vega "es una forma clandestina o astuta de introducción con ignorancia de los moradores". 76

Por su parte, el concepto engaño es tanto la acción como el efecto de engañar, lo cual es indicativo de inducir a alguien a creer o considerar como cierto algo que es falso.

En cuanto a la violencia, el tipo se refiere a ella en términos generales, es decir, sin distinguir clases de violencia, por tanto, abarca la violencia física y la moral.

La violencia física es una fuerza material irresistible que el sujeto activo despliega sobre el cuerpo de una persona para someterla a la realización de alguna actividad o inactividad. Debe quedar claro que lo que se somete es el cuerpo y no la voluntad.

En el caso particular la fuerza física se ejerce sobre la persona que trata de impedir la penetración a la casa-habitación y se le ejerce para que dicha persona no obstaculice físicamente la penetración.

76 González de la Vega, Código Penal Comentado, Porrúa, México 1976, pág. 346.

La violencia moral se da cuando el sujeto activo amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla hasta el punto de permitir la penetración.

Se puede advertir que la amenaza afecta directamente el ánimo hasta el grado de facilitar la penetración, en tanto, la violencia física constriñe el ánimo a través del dolor físico inferido, en otras palabras, la fuerza física doblega el cuerpo, mientras que la amenaza doblega el ánimo.

La expresión sin permiso, significa que el sujeto activo se introduzca en la casa-habitación sin autorización, sin consentimiento e incluye las otras formas de penetración como la furtividad, el engaño y la violencia. En otras palabras, sin permiso viene a ser el género y la furtividad el engaño y la violencia las especies.

El problema del permiso radica en quien o quienes son las personas autorizadas para otorgarlo, ya que el tipo expresamente dice "sin permiso de la persona autorizada para darlo".

Por su parte, Jiménez Huerta al respecto opina "La persona autorizada para dar el permiso es el morador o cualquier familiar, vigilante, criado que facticamente le represente". 77

En lo personal considero que resulta razonable pensar que el otorgamiento del permiso para penetrar a la casa-habitación, no esté limitada al dueño o al que por derecho tiene la posesión, o a los familiares cercanos de estos, muy por el contrario el ámbito de las personas autorizadas para dar el permiso se vuelve amplio y circunstancial pues, pueden quedar incluidos en un momento dado no sólo los sirvientes, sino cualquier morador que por circunstancias especiales y aún ocasionales aparece como representante de algún morador o habitante permanente o habitual de la casa.

77

Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Antigua Librería Robledo, México 1968, pág. 181.

LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE.

4.1. PELIGROSIDAD DEL SUJETO ACTIVO

Antes de comenzar a justificar la importancia que tiene el que se legisle sobre la aplicación de la pena de muerte tratándose del delito de homicidio calificado, analizaré la peligrosidad que representa el individuo para la sociedad.

Es de señalar, que en el delito de homicidio calificado se manifiesta la peligrosidad del sujeto activo ya que a través de su conducta, se refleja la violencia y brutalidad que un individuo puede tener con sus semejantes.

De lo antes apuntado, se debe tener presente que si el sujeto activo no tuvo respeto por la vida de otro individuo, entonces por qué se le deben tener tantas consideraciones a una persona que no supo respetar la vida de los demás.

Hay quienes consideran que la peligrosidad consiste en la capacidad de delinquir, o sea, en la potencia, aptitud, idoneidad de la persona a hacer causa un hecho punible.

La peligrosidad criminal puede definirse como la posibilidad o probabilidad de que un individuo que ya ha cometido un delito cometa otros.

Al respecto, Ferri nos pone de manifiesto que "la peligrosidad del delincuente es el criterio fundamental para la determinación del a pena, pero tal peligrosidad no sólo se exterioriza mediante la personalidad del delincuente, sino también por la importancia del derecho violado y los motivos del delito". 78

Cabe apuntar que toda persona que ha cometido un homicidio calificado, se le debe considerar como un individuo peligroso, ya que su proceder violento y destructivo, la modalidad delictiva y el daño ocasionado son muestra de dicha peligrosidad.

El sujeto activo al realizar su conducta consistente en la privación de la vida de un individuo con la concurrencia de alguna o algunas calificativas, rompe con el orden jurídico establecido y ofende a la sociedad, creando un estado de inseguridad y de intranquilidad entre sus miembros.

78 Ferri, Enrico Citado por Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Bosh, S.A., Barcelona 1975, pág. 713.

Por lo tanto, no es posible justificar que un individuo disponga de la vida de otro y menos aún, cuando se trate de un homicidio calificado, pues ya se había mencionado en párrafos anteriores, que la vida humana ocupa el primer lugar en la escala de valores.

Por su parte, sí se justifica que el Estado pueda encontrar en la pena de muerte la solución al delito de homicidio calificado, toda vez que se puede advertir que el catálogo de las penas en vigor, no cumplen su función para la cual fueron creadas, en consecuencia, si el Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad y el bienestar entre sus gobernados y si en la pena capital encuentra la respuesta, entonces resulta indispensable que se legisle sobre esta pena en los diversos ordenamientos punitivos reglamentarios de los Estados y del Distrito Federal.

Si se aplicara la pena de muerte, se eliminaría a aquellos individuos peligrosos a quienes es preciso para la seguridad social colocar en situación de no causar más daño a los demás, ya que aún privados de la libertad, existe el riesgo que puedan escapar lo que significaría un constante peligro para la sociedad, asimismo, también existe la posibilidad de que puedan influir en individuos que tal vez si estén en la situación de poderse readaptar a la vida social.

La sociedad de los que queremos vivir en paz, trabajar, ejercer sus derechos y asumir sus responsabilidades, reclama seguridad y debe tenerla, por lo tanto, el Estado puede encontrar en la pena de muerte la solución para poder eliminar de la sociedad a aquellos individuos peligrosos.

Con la aplicación de la pena de muerte, se actuaría no sólo sobre el delincuente, sino también sobre los ciudadanos pacíficos, mostrándoles las consecuencias desagradables que podrían sufrir de realizar una conducta que traiga como sanción esta pena, razón por la cual se reduciría la tendencia de cualquier individuo a delinquir, en otras palabras, la pena de muerte posee una eficacia intimidatoria la cual invita a los individuos a conducirse por el camino de la ley, ya que de lo contrario sufrirán las consecuencias que ella misma establece.

La historia nos ha demostrado que los pueblos que han llevado a la práctica la pena de muerte, han reducido las tendencias delictivas de los criminales, lo cual se justifica, ya que todo individuo racional siente temor por dicha pena.

Por su parte, las estadísticas criminales nos ponen de manifiesto, que existe un aumento en los asesinatos y homicidios en aquellos países

que han abolido la pena capital o que aún conservándola no la llevan a la práctica y esto se justifica, ya que los delincuentes no le temen a las penas en vigor o por lo menos, saben que en caso de ser aprehendidos lo más que les puede suceder es que se les prive de su libertad, sin embargo, si se aplicara la pena de muerte aún cuando ésta pena no atemorice a todos los delincuentes, sí intimidará a un gran número de ellos, lo que servirá para que el sujeto activo reflexione antes de cometer un homicidio calificado.

Es importante señalar, que la pena de muerte no tiene por objeto hacer sufrir o degradar al delincuente privándolo de su vida, para evitar que en un futuro pudiera seguir por el camino del delito, ya que está demostrado que la pena privativa de libertad no cumple con la función para la cual fue creada, misma que se estudiará posteriormente.

4.2 LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.

Otro criterio para justificar la aplicación de la pena de muerte en nuestro sistema penal, es el hecho de que debe de existir una proporcionalidad entre los delitos y las penas.

Ya los penalistas de la escuela clásica expresaban que la pena debía de ser proporcional al delito cometido y al daño causado, es decir, el delincuente que cometiera un delito con mayor gravedad debía de ser castigado mayormente en comparación con un individuo que cometiera un delito de menor gravedad.

El principio de la proporcionalidad se funda, en que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente.

En la actualidad hay delitos como el homicidio calificado, cuya enorme gravedad y consecuencias requieren la aplicación de la pena de muerte, ya que para que pueda existir esa proporción entre los delitos y las penas, la única que puede cumplir con tal proporción es la pena capital.

La proporcionalidad de la pena se justifica, ya que se priva al delincuente de un derecho tan valiosos como el que él lesionó, asimismo, se le causa un daño igual de sensible como el que él le causó a su víctima.

El homicida al cometer el hecho consistente en la privación de la vida de un individuo, actuó siguiendo las indicaciones de su voluntad, ya que

todo individuo tiene la capacidad para discernir entre el bien y el mal, y si optó por este último, debe de sufrir como consecuencia de su proceder un daño que equivalga al que él ejecutó, y como no hay otro que equivalga, entonces debe de aplicársele la pena de muerte.

La proporcionalidad que debería de existir entre los delitos y las penas, traería ventajas como podrían ser las siguientes:

- 1. Que el delincuente antes de realizar su conducta delictiva, reflexionaría sobre las consecuencias que le podría acarrear tal acción, en consecuencia, la amenaza de un daño que equivalga al que él causó, sería un medio eficaz para intimidar a posibles infractores.*
- 2. Los ofendidos sentirían que se les está haciendo justicia y reforzaría su sentimiento de respeto a la ley.*
- 3. Con dicha proporcionalidad se eliminaría de la sociedad a individuos realmente peligrosos y en su caso, los recursos destinados a la manutención del reo se podrían utilizar en fines más provechosos como podría ser el mejorar las instalaciones, mejorar la alimentación, por citar tan sólo algunos ejemplos.*

Cabe señalar, que la sanción para el autor de un homicidio calificado es de veinte a cincuenta años de prisión, sin embargo, es el juez quien determina la pena, la cual muchas veces resulta injusta y desproporcionada tomando en cuenta la gravedad y las consecuencias que trae consigo la pérdida de un individuo.

A continuación citaré un ejemplo para ilustrar la gravedad y las consecuencias de un homicidio, por lo cual justifico la proporcionalidad que debe de existir entre los delitos y las penas:

Un individuo priva de la vida a otro por oponer resistencia un robo, dicha conducta quedaría encuadrada dentro de los artículos 302, en relación con el 315 bis, párrafo primero, relacionado con el 9 párrafo primero y con la punibilidad establecida en el artículo 320, por su parte, el juez lo condena a 25 años de prisión, sin embargo, obtiene su libertad preparatoria una vez que ha cumplido las tres quintas partes de su condena que serían quince años, o en su caso, obtiene su libertad antes si se ajusta su conducta de acuerdo a lo previsto en la ley que establece las

normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, lo cual está a la vista que resulta injusto y desproporcionado, dada la gravedad del delito y las consecuencias del homicidio.

De lo antes apuntado se puede desprender que entre los delitos y las penas, debe de existir una perfecta proporcionalidad, ya que de esta manera se estaría haciendo verdaderamente justicia, que es lo que la sociedad reclama.

4.3 LA REINCIDENCIA.

El alto índice de reincidencia, nos lleva a la idea de pensar que la pena privativa de libertad, no cumple con la función para la cual fue creada, en otras palabras, la readaptación social del delincuente que es el objetivo principal de la pena de prisión, no se logra en la mayoría de los casos.

De lo antes señalado se desprende, que el Estado adquiere una grandísima responsabilidad cuando priva a un hombre de la libertad y lo recluye en un establecimiento penitenciario, pues se hace responsable ante la sociedad entera del presente y del futuro de ese hombre, en

consecuencia, el Estado asume la obligación de reformar al delincuente, corrigiendo sus inclinaciones delictivas para que en el futuro pueda readaptarse a la vida social, sin embargo, si no se logra este fin, se estará devolviendo a la sociedad a un individuo con una mayor peligrosidad, pues la experiencia nos ha demostrado que la mayor parte de los que son condenados, vuelven siempre con más vicios que los que tenían en un principio, lo cual se justifica ya que la prisión es un nido de corrupción y de crimen.

Al respecto García Ramírez señala lo siguiente: " es cierto, nuestra prisión se encuentra en crisis. Lejos de frenar la delincuencia, parece suspiciarla. En su interior se desencadenan, paradójicamente libres, angustiosos problemas de conducta. Es instrumento propicio a toda clase de inhumanos tráficos. Hierde, a veces indeleblemente, al que por primera vez la pisa, y ofrece un hogar natural a sus huéspedes habituales. Nada bueno consigue en el alma del penado, y si la grava y emponzoña con vicios, a menudo irreparables y afiliaciones criminales. Mina el cuerpo del recluso, lo enferma y postra y devuelve a la vida libre un hombre atravesado por los males carcelarios. Se muestra incapaz de enseñar el camino de la libertad y más parece arrojar temporalmente presas que ya ha hecho indefectiblemente suyas, para recuperarlas más

tarde en afán posesivo, peores mucho peores, que como los acogió al principio". 79

Está a la vista, que las prisiones sólo han servido para encerrar a los penados, evitar que se escapen, controlarlos por el tiempo que se encuentren reclusos, pero jamás han logrado la readaptación efectiva del penado, ya que las estadísticas nos demuestran que gran parte de ellos vuelven a la vida delictiva, por lo tanto, la prisión al no cumplir su función doctrinaria se convierte en un peligro al devolver a la sociedad a individuos aptos para seguir propagando aún más la delincuencia.

Al respecto el Doctor Juan Pablo de Tavira al igual que el Doctor Jorge López Vergara, opinan: "La prisión en México salvo contadísimas excepciones, no sólo no rehabilita, sino que reprime, agudiza los males ya existentes en la personalidad del delincuente, le enseña lo que no sabía y lo regresa a la sociedad desvalido, etiquetado y profundamente resentido". 80

Un delincuente que es sentenciado a una condena larga, como sucede en el caso del homicidio calificado y que llega a obtener su

79 García Ramírez, Sergio. La Prisión, Fondo de Cultura Económica, U.N.A.M. México, 1975, págs. 53 y 54

80 De Tavira, Juan Pablo y López Vergara, Jorge. Diez temas criminológicos actuales. México 1979, pág. 54

libertad, se encuentra completamente desadaptado del mundo exterior y tan acostumbrado a vivir en prisión que poco le importará el volver a caer en ella nuevamente.

Es una realidad, que la prisión lejos de cumplir con su objetivo primordial, por el contrario, enferma al que entra en ella, ya que el reo es dañado por los vicios de la misma penitenciaría, al respecto Luis Rodríguez Manzanera, nos señala "es ya común designar a las prisiones como universidades del crimen, ya que es patente el contagio criminal por el contacto permanente con otros delincuentes que son habituales, profesionales o de elevada peligrosidad. En esta forma, el que no era antisocial se convierte en tal, y el que ya era se perfecciona."⁸¹

En consecuencia y de acuerdo con Quiroz Cuarón "La cárcel en vez de alejar al delincuente primario del delito, crea la reincidencia, crea al delincuente especializado, al profesional de las modalidades astutas y organizadas del delito"⁸²

⁸¹ Rodríguez Manzanera, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1993, pág. 27.

⁸² Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina Forense, Porrúa, México 1990, pág. 37.

Por esta razón, Raúl Carranca y Trujillo denominó a nuestras cárceles como "cátedras del miedo o universidades del delito". 83

A la fecha en nuestro ordenamiento penal, se establece la figura de la reincidencia y de la habitualidad, por lo que se refiere a la primera el artículo 20 establece lo siguiente: "Hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

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

Por su parte, el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el siguiente:

"Para que exista reincidencia, es indispensable la concurrencia de tres requisitos que son:

83 Raúl Carranca y Trujillo. Citado por Quiroz Cuarón, Alfonso. p cit. pág. 37.

1. *Condena ejecutoria previa, dictada en la República o en el extranjero.*
2. *Cumplimiento o indulto de la sanción impuesta.*
3. *Que la última infracción se consume dentro de un plazo igual al de la prescripción de la impuesta antes, contado desde el cumplimiento o indulto de la misma". 84*

Por lo que se refiere al delincuente habitual, el texto del artículo 21 establece lo siguiente:

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

Por su parte, Jiménez de Asúa señala como requisitos de la habitualidad, en primer término: " Se establece un supuesto objetivo formado por el número de infracciones por las que ha sido condenado el

84 Anales de Jurisprudencia. Tomo VIII, pág. 788.

culpable; en segundo término es necesaria la pluralidad del delito para que se pueda hablar propiamente de hábito criminal; y como tercer requisito, también se exige que el número de delitos tenga cierta gravedad o al menos que sea doloso". 85

De lo antes apuntado, se puede afirmar que la habitualidad es el grado mayor de la reincidencia, lo que hace que el sujeto activo sea más peligroso para la sociedad, en otras palabras, la habitualidad es un fenómeno por el cual un sujeto delinque en forma reiterada, transgrede y viola las normas establecidas en forma múltiple que crean en el activo un hábito de persistencia en el delito, por su parte, la reincidencia es la repetición de la conducta delictiva, lo que implica una fácil tendencia al delito.

Es de señalar, que en la actualidad nuestro sistema penitenciario, no cumple con la finalidad de readaptación social, pues, cuando el interno cumple su sentencia y es puesto en libertad, por lo general es ya un individuo acostumbrado a vivir en el bajo mundo de la delincuencia, razón por la cual, considero que la reincidencia es muestra de fracaso de nuestra política criminal, por ello el Estado debe contemplar otros medios encaminados a la prevención del delito y a la lucha contra la

85 Jiménez de Asúa, Luis. La ley el Delito. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1978, pág. 959.

delincuencia, pudiendo ser la pena de muerte la respuesta más aconsejable para prevenirla y evitar que se reincida en ella.

Cabe apuntar que por encima de la salvación de un criminal, están la seguridad y la armonía social, por lo tanto, el Estado al ejecutar a un homicida no sólo perseguiría la expiación de la falta cometida, la cual considero debe de ser proporcional al delito y al daño causado, sino además y principalmente, se prevendría la comisión de nuevos delitos.

4.4 EL FRACASO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Dada la situación por la que atraviesa nuestro sistema penitenciario, nos preguntamos ¿En realidad la pena privativa de libertad cumple con la función para la cual fue creada?. Para dar respuesta a tal interrogante, trataré de hacer algunas reflexiones sobre la institución que nos ocupa, el concepto de readaptación social se introdujo en México en 1917, al incorporarse el artículo 18 de la Constitución Política que nos rige, el cual concibe a la prisión no como un castigo en sí mismo, sino como un medio para lograr la readaptación social de los sentenciados sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, sin embargo, todavía estamos muy lejos para poder cumplir con este fin, debido a que son muchas las deficiencias que a la fecha existen en

nuestras prisiones: presupuesto deficiente, condiciones higiénicas pésimas, falta de un personal técnicamente especializado, aumento de la población carcelaria, normatividad deficiente, corrupción de autoridades y de internos; y como consecuencia de ello, incapacidad del sistema penitenciario para cumplir con su función readaptadora.

Es evidente que como resultado de lo anterior, la prisión sigue siendo un lugar de contención, en el cual priva un clima de inmoralidad que lejos de regenerar al recluso, lo degenera aún más, creándose de esta manera compactos grupos de resentidos sociales y profesionales del crimen, en consecuencia, la prisión hace vivir al reo una existencia que no siempre es apta para reformarlo ni para producir su readaptación a la vida social, es así como lo marca el alto índice de reincidencia.

Por su parte, el doctor Luis Garrido uno de los autores del Código Penal de 1931, opina que: " la pena de privación de la libertad entre nosotros, no tiene ningún resultado benéfico para los reos, por la ausencia de la organización científica de nuestras penitenciarías, esto además de que la misma pena de prisión esté en crisis, no sólo por sus defectos sociales, sino también como decía Ruiz Funes, por sus deficiencias psicológicas. En México, la cárcel sólo ha tenido un relativo valor aseguroativo por cuanto a la custodia del reo, pero falta el estudio

de la personalidad del delincuente y la educación que le corresponde, y es por ello, que la pena de prisión presenta entre nosotros un aspecto tan desolador. La sociedad ve en la pena de prisión su mejor defensa y le basta con que el criminal permanezca entre gruesos muros y barrotes de acero". 86

Ahora bien, si la prisión no cumple con el fin primordial para el cual fue creado, entonces resulta indispensable, que se busquen nuevas alternativas que puedan resultar prácticas en la lucha contra aquellos delitos que irritan gravemente a la sociedad y la pena de muerte, se presenta como la respuesta más viable, en otras palabras, las leyes deben ser cada vez mejores y deben traer ante todo un beneficio social, ya que por encima de la salvación de un criminal, están la seguridad y la armonía social, razón por la cual, el Estado debe velar ante todo por el interés general.

Es de hacer notar, que por lo general los presos que ha sido sentenciados a una condena larga, llegan a no poder concebir otra forma de vida que la carcelaria, por lo tanto, poco les importa ya salir libres y buscarán la manera de hacer menos tediosa su estancia en la

86 Luis Garrido citado por Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Porrúa. México 1986. pág. 475.

prisión, muchos de los cuales se refugian en las drogas y en el crimen como una salida para apagar su angustia y desesperación.

De igual manera, conviven con los demás presos sin importarles si están más contaminados que él, lo que crea con el paso del tiempo asociaciones de internos perniciosos y perjudiciales que crean bandas, roban, amenaza, trafican y como consecuencia de ello, hacen de la prisión un sitio muy inseguro donde sólo los poderosos a los peores sobreviven.

También es importante subrayar, que el recluso va sufriendo en su persona perturbaciones mentales a medida que el encierro se va prolongando, los cuales muchas veces lo incitan a la rebeldía y a luchar en contra del orden jurídico establecido, lo cual se puede advertir con los motines, con el ataque a los custodios y con los constantes intentos de fugas.

Asimismo, a medida que aumente el índice de criminalidad, el Estado debe de aumentar sus edificaciones carcelarias, ya que está a la vista, que cada vez son más los delincuentes que existen. De esta manera, el gobierno o mejor dicho la sociedad que es la que paga los impuestos, hace un notable esfuerzo financiero al utilizar recursos que pudieran

haberse canalizado a la respuesta de otras demandas sociales, que traerían más beneficios que el hecho de mantener de por vida a aquellos delincuentes que sólo han sabido atentar contra su seguridad.

Al respecto, García Ramírez opina: "Consideraciones económicas bloquean también el impulso de la ejecución penitenciaria. Ésta grava severamente el gasto público, constituye un renglón por demás estimable del costo social del delito. Otras formas de ejecución son menos onerosas. Por lo pronto, la pena capital es infinitamente menos gravosa para el erario público que el sostenimiento de cárceles bien dotadas. El costo que cada recluso tiene para el Estado es excesivo. Agréguese además, el perpetuo pasivo en el balance de los reclusorios, fruto frecuente de una mala organización económica y penitenciaria".

87

Es una realidad, que la prisión además de ser una pena cara en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento y personal, es una institución que no garantiza la readaptación y mucho menos aún, cuando se trata de individuos peligrosos sentenciados a una condena larga, como sucede en el caso del homicidio calificado, entonces es de preguntarnos ¿Qué beneficio traen aquellos delincuentes que son

sentenciados a una condena larga y para qué se les mantiene en prisión, si quizás nunca obtendrán su libertad y con ello no se cumplirá con el fin para la cual fue creada?, ¿No es acaso la pena de muerte la posible solución a estos problemas?

CONCLUSIONES:

- 1. En las civilizaciones más antiguas tales como la griega, egipcia, hebrea y romana, el delito de homicidio era castigado con la pena de muerte, sin embargo, las formas de ejecución eran demasiado crueles, razón por la cual se empieza a ver esta pena como brutal e inhumana.*
- 2. En el delito de homicidio calificado, se manifiesta la violencia y bestialidad que un individuo puede tener con sus semejantes, al arrebatarle el principal bien jurídico en la escala de valores, que es la vida humana, por consiguiente, no se puede justificar como un delincuente si pueda matar, violar, destruir un hogar, devastar los valores más sagrados, pero el Estado a través de su sistema jurídico, no puede privar de la vida a ese individuo que sólo ha sabido atentar contra la seguridad social.*
- 3. El individuo que comete un delito de su libre y espontánea voluntad, debe de sufrir como consecuencia de su proceder, una pena que sea proporcional al delito que consumó y en el caso del homicidio calificado la única pena que puede cumplir con esa proporcionalidad es la pena capital, con ello, los delincuentes*

reflexionarían antes de cometer un delito, ya que de antemano, estarían conscientes de las consecuencias que les podría traer tal proceder, con lo cual se intimidaría a posibles infractores.

- 4. A lo largo y ancho del país, los mexicanos hemos expresado nuestra preocupación por el constante peligro al que nos enfrentamos en la vida cotidiana, ya que es evidente que a diario se cometen un gran número de homicidios, los cuales repercuten en el bienestar familiar y en la seguridad social, por lo tanto, es una realidad que el Estado ya no puede mantener una actitud indiferente y debe de trazar una política criminal que se traduzca en una lucha práctica contra la delincuencia, en consecuencia, la pena de muerte se presenta como la respuesta más idónea para poder erradicar de la sociedad, a aquellos individuos que no tuvieron ninguna consideración por la vida de los demás, con lo anterior, la sociedad adquiriría clara conciencia de la energía con la que está actuando el Estado y la convicción de que serán segregados de su seno los más peligrosos atentadores de su tranquilidad.*
- 5. La pena de muerte, debe implantarse en el país, sin ningún temor, ya que hay delitos como el homicidio calificado que irritan*

gravemente a la sociedad, que la conciencia colectiva sólo la considera punibles con el supremo castigo.

- 6. La pena de prisión ha puesto de manifiesto su total fracaso, ya que no cumple con su misión principal de readaptación social, asimismo, no produce en los delincuentes ningún efecto intimidatorio y prueba de ello es el alto índice de criminalidad, por lo tanto, la pena de muerte, se presenta como la solución para poder eliminar de la sociedad a aquellos delincuentes peligrosos e incorregibles.*

- 7. En la actualidad, existen delitos tan graves, que la pena de muerte en ciertos casos puede sustituir a la pena de prisión y esto representa algunas ventajas, pues es más barata, garantiza la no reincidencia y sirve de ejemplo a los demás su castigo.*

- 8. Es claro que resulta más costoso al Estado, encerrar a un individuo 20, 30 ó hasta más años, que planear y crear un sistema penitenciario nuevo, diferente, no sólo preventivo, sino también represivo.*

9. *La pena de muerte, no tiene por objeto hacer sufrir o degradar al delincuente, sino que el fin sería, el privarlo de un derecho tan valioso como el que él lesionó, de igual manera se le estaría causando un daño igual de sensible como el que le causó a su víctima, con ello, los ofendidos sentirían que se les está haciendo justicia, lo que reforzaría su sentimiento de respeto a la ley.*
10. *Es una realidad, que la criminalidad violenta aumenta de una manera vertiginosa, ocasionando una crisis en la economía del Estado, convirtiéndose en una pesadilla que apenas comienza, porque en tiempos futuros será imposible el crear las prisiones suficientes para contrarrestar el índice de delincuencia que existirá, por lo que la pena capital es la solución más viable, la cual se podría aplicar en los casos que la Constitución señala.*
11. *Es evidente, que la sociedad mexicana ya no puede vivir en una situación tan riesgosa como la actual, de tanto peligro, y más vale rescatar el bienestar de la sociedad, que la de un delincuente sin escrúpulos y sin valores.*
12. *Es indiscutible que el argumento de los abolicionistas, que más justifica el que no se aplique la pena de muerte, es el relativo a un*

posible error judicial, sin embargo, para que no se pueda dar esta situación yo propongo, que tratándose de un homicidio doloso, como caso excepcional, la etapa probatoria se amplíe al tiempo que el juez estime necesario, sin exceder de seis meses, con ello se daría oportunidad al acusado para que pueda aportar las pruebas suficientes que puedan demostrar su inocencia, o al menos, que su conducta no encuadra en el tipo de homicidio calificado, pero en caso de que el juez, encuentre elementos suficientes y al pronunciar su sentencia, la dicte en el sentido de que se imponga como pena, la de muerte, una vez que se le haya hecho la notificación al sentenciado como requisito procesal y como caso excepcional, la remitirá de oficio al Tribunal de segunda instancia, para que éste estudie la legalidad de la resolución y en caso de que se confirme ésta, se le notificará al sentenciado, haciéndole saber, que cuenta con el término de quince días para interponer la demanda de amparo y en caso de que se promueva ésta, la Suprema Corte de Justicia de oficio, ejercerá la facultad de atracción para conocer del mismo, a quién en todo caso, le corresponderá determinar si las leyes o los actos de la autoridad violaron o no las garantías individuales.

Con lo antes apuntado, creo yo que se podría evitar que se cometiera una injusticia, ya que el procesado contaría con el tiempo suficiente para poder aportar las pruebas que le podrían favorecer al dictar sentencia, asimismo, la pena de muerte no se ejecutaría con sólo la sentencia del juez de primera instancia y sólo se aplicaría en los casos de absoluta certeza.

BIBLIOGRAFÍA.

1. **ARRIOLA, Juan Federico.** *La Pena de Muerte en México.* Edit. Trillas, México, 1989.
2. **BECCARIA, Marquez De.** *Tratado de los Delitos y las Penas,* Edit. Alianza, Madrid, 1980.
3. **RIVAS, Raúl.** *Derecho Penitenciario.* Edit. Porrúa, México, 1986.
4. **CASTELLANO, Fernando.** *Lineamientos Elementales de Derecho Penal,* Edit. Porrúa, México, 1986.
5. **CUELLO, Eugenio.** *Derecho Penal,* Edit. Bosh, S.A., Barcelona, 1975.
6. **GARCÍA, Sergio.** *Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas.* Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1981.

7. **GARCÍA, Sergio.** *La Prisión, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.*

8. **GIUSEPPE, Maggiore,** *Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1972.*

9. **ISLAS, Olga.** *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, Ed. Trillas, México, 1990.*

10. **JIMÉNEZ, Luis.** *La Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.*

11. **JIMÉNEZ, Mariano.** *Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1980.*

12. **MARQUEZ, Rafael.** *Derecho Penal, Edit. Trillas, México 1994.*

13. **MEZGER, Edmund.** *Derecho Penal, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1990.*

14. **ORTIZ, Serafín.** *Los Fines de la Pena, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1990.*
15. **OSORIO, Cesar.** *El Homicidio, Edit. Porrúa, México 1990.*
16. **PALACIOS, J. Ramón.** *Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, Edit. Trillas, México 1988.*
17. **QUIROZ, Alfonso.** *Medicina Forense, Edit. Porrúa, México 1990.*
18. **RODRÍGUEZ, Luis.** *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutos de la Prisión, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1993.*
19. **VILLALOBOS, Ignacio.** *Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1990.*

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CÓDIGO PENAL FEDERAL.