

321909



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS
DERECHO**

**ANALISIS SOCIO-JURIDICO DE LA
PENA DE MUERTE.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

PILAR ALTAMIRANO ANAYA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. RICARDO CARBONEL



COYOACAN, D. F.,

2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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 mis padres, solo un pequeño homenaje por lo mucho que han entregado. Los quiero.

A Javier, por creer en mi, por su apoyo, por su ejemplo, por caminar junto a mi. Te amo.

A mis hijos Javier y Diego, mi vida, mi esfuerzo. Las metas, la unión, no solo se persiguen, se alcanzan, no importa el tiempo, no importa el dolor. El triunfo de uno, es el triunfo de los dos.

A mis hermanos, no ha sido fácil, por su amor, por su fuerza y por nosotros.

Un especial agradecimiento y reconocimiento profesional, al Licenciado Angel Ricardo Carbonel Paredes.

Al CEU, la grandeza de las instituciones, es incomparable, se lleva en la formación.

INDICE

INTRODUCCIÓN	pág.
Capítulo I. EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO	5
1.1 Roma	6
1.2 Época Prehispánica	12
1.3 Época Colonial	16
1.4 México Independiente	23
Capítulo II. LA LEY PENAL	44
2.1 Precepto y Sanción	44
2.2 Principios Generales de su Aplicación	50
2.2 Validez Espacial	54
2.3 Validez Temporal	63
2.4 Validez Personal	64
Capítulo III. TEORIA DE LA PENA	66
3.1 Concepto	66
3.2 La Punibilidad	75
3.3 La Punición	83
3.4 La pena	89

Capítulo IV. LA PENA DE MUERTE	96
4.1 La pena de muerte en el Derecho Mexicano	98
4.2 La pena de muerte en el marco de la ONU	102
4.3 La pena de muerte y los Derechos Humanos	104
4.4 La pena de muerte Pros y Contras	107

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

El presente trabajo se centra, no en la muerte, sino en la pena de muerte, es decir, en la sanción de tipo penal que la sociedad por conducto del estado impone a los delincuentes.

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, es por ello, que estando conciente la autora de la tesis de lo polémico del tema, en el presente estudio se defenderá su aplicación, pues considero que es una cuestión que por lo profundo del tema y por la seriedad que merece su tratamiento, no podemos permitir eclecticismos.

Dicha pena, ha sido motivo de prolongadas y serias reflexiones en las que, en la mayoría de los casos, se ha llegado a la conclusión de que debe abolirse. Igualmente se argumenta que la pena de muerte no es un derecho, sino una verdadera guerra entre nación e individuo.

Sin embargo entre los argumentos derivados de las tesis rusoyanas hubo, como los hay ahora, defensores excepcionales de la pena capital. Se adujo que esta no es intrínsecamente ilícita, que negada su legitimidad y suprimida de la legislación ningún pueblo podría subsistir, que el hecho universal de haber existido en todos los pueblos es una prueba de su utilidad y que la paz y la seguridad social la hacen necesaria.

La controversia no esta resuelta ni en los hechos, ni en las leyes, ni en los movimientos ideológicos.¹ Hoy se ha estabilizado la geografía de la pena de muerte.

En algunos casos ha habido vueltas y revueltas en la suerte de la pena capital, vista ahora como absolutamente indeseable, aceptada después como imperiosa necesidad. Esta ha sido la situación en la URSS, donde la pena capital fue abolida en tres ocasiones: la primera por Decreto del II Congreso de los Soviets, de 26 de Octubre de 1917, en conexión con el movimiento revolucionario triunfante, aunque pronto hubo de restablecerse para combatir los delitos de contrarrevolucionarios, según la recopilación de leyes de la RSFSR, de 1918, numero 65, artículo 710. La segunda abolición obedeció a la disposición del Comité Ejecutivo Central y del Consejo de Comisarios del Pueblo, de 17 de Enero de 1920, y la pena se restauró en vista de nuevas actividades contrarrevolucionarias. La tercera abolición atendió al Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS, de 26 de mayo de 1947, y se readmitió por Decreto del mismo Presidium, de 12 de Enero de 1950, para traidores, espías y causantes de estragos. Se ha explicado que la reposición de este castigo obedeció al clamor popular para sancionar muy severamente a los más peligrosos delincuentes. El mal grado con que se acepta la sanción que nos ocupa aparece en el primer párrafo del artículo 22 de las Bases de la Legislación Penal de la URSS y de las Repúblicas Federales, de 1958: " Como medida excepcional de castigo, hasta su completa abolición, se admite la imposición de la pena de muerte...".

¹ Cfr. Ángel, Mario; " La pena de muerte en la segunda mitad del siglo veinte", en la Revista, 1969, núm. 2 p.41.

El humanitarismo ha calado hondo en el Derecho extradicional, reacio a la sanción penal. En algunos tratados se especifica que, en caso de ser aplicable la pena de muerte al inculcado extraído por el Estado que lo requirió, se obliga este a sustituirla por la inmediata inferior en gravedad, mediante un indulto.

En la República Mexicana la aplicabilidad de esta sanción se recoge todavía en el artículo 22 de la Constitución, que no obliga sino solo permite. Por ello, ha sido posible que uno a uno los Estados la deroguen. De esta suerte, en 1974 desapareció de plano de la legislación ordinaria y solo subsiste la militar.

Hasta ahora la pena ha sido discutida y analizada a la luz de los delitos políticos y del homicidio, descuidándose los impactos que en la víctima y en la sociedad tienen los delitos característicos de la época contemporánea, en la que el delincuente se convierte en un serio y permanente problema que debe ser extirpado del grupo social en forma radical, como son: los delitos contra la libertad, secuestro, tortura y el normal desarrollo psicosexual, y más aún tratándose de menores e incapaces.

En este contexto, la autora de tesis, se propuso efectuar un trabajo de investigación que contempla por un lado una revisión sobre los lineamientos generales de la ley penal y de la pena, y por otro un análisis jurídico-doctrinario de la pena de muerte y de los delitos en los cuales de acuerdo con su impacto en la sociedad, debe ser aplicada en la actualidad.

En este orden de ideas, en el primer capítulo se lleva a cabo un estudio sobre la evolución y conformación del Derecho Penal en Roma y posteriormente en las diferentes etapas históricas de México.

En el segundo capítulo se realiza una investigación desde el punto de vista doctrinario de las características y fundamentos de la Ley Penal y del delito, así como de sus conflictos en el tiempo y en el espacio.

En el tercer capítulo, se determina el marco jurídico de la pena en México, analizando el arsenal punitivo, las etapas en las que se ha aplicado la pena de muerte, las diferentes posiciones de algunos jurisconsultos respecto a sus ventajas y sus desventajas.

Para concluir, en el cuarto y último capítulo, en donde se define el tema central del presente estudio, así como la situación que guarda la pena de muerte en nuestro sistema jurídico mexicano, así mismo se muestra la postura que los organismos públicos internacionales observan ante la máxima pena y sus diferentes corrientes.

Por último, emitimos nuestras conclusiones, tendientes a apoyar la aplicación de la pena de muerte.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO PENAL

Menciona Beccaria que: "... las leyes son las condiciones con que hombres vagos e independientes se unieron en sociedad cansados de vivir en continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla." ²

Continúa afirmando que para evitar las "usurpaciones", se necesitan motivos sensibles, que, "... fuesen bastante a contener el animo despótico de cada hombre, cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes". ³

Concluye el mismo Beccaria afirmando que "... el daño hecho a las sociedades es la verdadera medida de los delitos", ⁴ en el presente capítulo la autora de tesis trata de dilucidar, con base en las opiniones, de algunos tratadistas jurídicos que es el delito, así como la evolución que en el contexto histórico ha tenido la ley penal.

Por tal motivo, se analizarán los lineamientos que sobre la materia se establecen en Roma, en la Época Prehispánica, en la Época colonial y en el México independiente.

² Beccaria; Tratado de los delitos y las penas; Porrúa, México.1992, p.7.

³ Ibidem. P. 8.

⁴ Ibidem. P.33.

1.1 ROMA

Se ha optado por iniciar el análisis de la ley penal en la Roma antigua, por considerar que es en esta cultura y en esta época en donde se encuentran los orígenes de la Ciencia del Derecho.

Sin embargo, en lo que respecta a la ley penal el único proceso intelectual que iniciaron y al que contribuyeron grandemente fue la formación de un cuerpo de derecho, el cual, conforme pasó el tiempo, se fue convirtiendo en un instrumento para realizar una justicia basada no en la costumbre, sino en la razón.

La necesidad de gobernar los diferentes pueblos de los países conquistados fue el principal estímulo para la sustitución de las costumbres, por los principios y el interés por conocer las leyes de otros pueblos lo mismo que el de la filosofía griega, guió esta sustitución.

Al final, la sistematización del derecho fue tanto obra de los romanos como de los extranjeros. De hecho, considerando el Derecho Romano como un desarrollo cultural y no como una creación del estado romano, aparece como un producto de la mezcla de los pueblos y la asimilación de culturas locales, que influyeron en todos los aspectos del cambio cultural, en los tiempos romanos.

“ El delito es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los romanos consideraron el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no

fueron las mismas que en nuestro derecho moderno. Hay que hacer, a este respecto, una distinción que parece remontarse a los primeros siglos de Roma, entre los **delicta privata** y los **delicta publica.**"⁵

Los **delicta privata** en la antigua Roma eran aquellos delitos que causaban daño a los particulares y que sólo indirectamente alteraban el orden público. Eugene Petit, explica que la Ley de las II Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevaban todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La ley se limitaba, en efecto, en ciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón sorprendido en el hecho era vapulcado o azotado y atribuido como esclavo a la víctima de robo. Para ciertas injurias, la misma ley pronunciaba la pena del talión. Pero muy frecuentemente, atestigua una civilización más avanzada, sustituyendo la venganza privada por una pena pecuniaria que se convierte en un verdadero rescate pagado por el culpable.⁶

Los **delicta publica** eran los delitos que alteraban directa o indirectamente el orden público, a la organización política o que dañaban la seguridad del Estado.

Estos delitos originaban una persecución criminal, ejercida según reglas propias frente a una jurisdicción especial.

El derecho a efectuar esta persecución estaba abierto a todos los ciudadanos.

⁵ Petit, Eugene: Tratado elemental de derecho romano; Nacional, México, 1971, p.454.

⁶ *Ibidem*, p.454.

“Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran llamados **crimina** o **judicia publica**”.⁷

Normalmente, la pena que se aplicaba era pecuniaria, pero en los casos de insolencia se sancionaban los delitos mediante prisión privada, ya que desde Zenón, la prisión pública fue suprimida.

Si se considera que el Imperio Romano se desarrolla en pleno sistema capitalista, se concluye fácilmente que la prisión, en el caso de la comisión de un delito, más que una pena resultaba una ventaja o premio, por esta razón, la prisión privada era propiamente el sometimiento a la esclavitud de los delincuentes.

“Al derecho penal se le dio forma duradera en tiempos de Sila. Instituyó tribunales especiales de lo criminal, definió los distintos delitos y fijó las penas para cada uno. En caso de que el tribunal ordenara la pena capital el acusado podía apelar a la Asamblea de las Tribus. En semejantes casos, el gran número de jurados daba oportunidad para el soborno y la corrupción era frecuente.”⁸

En el derecho penal romano las diferencias de clase eran muy definidas. Incluso, en la época culminante del Imperio, las clases más honorables, compuestas por senadores, caballeros, veteranos, soldados y funcionarios, no estaban sujetas a los castigos de

⁷ Ibidem, p. 455.

⁸ Iglesias, Román; Roma a 2740 años de su fundación, UNAM, México, 1988.P.183

crucifixión, exposición en la arena, servidumbre penal, azotes y torturas impuestas a las clases más humildes.

Para las clases dominantes los castigos principales eran el exilio, la confiscación de bienes y la infamación, es decir, la exclusión de los puestos oficiales. Castigos insignificantes, sobre todo si se les compara con los aplicados a las clases humildes. Román Iglesias, destaca que el procedimiento en los casos contra esclavos era muy atroz y la crucifixión era la muerte usual. A principios del Imperio, los diversos convictos de crímenes graves eran decapitados con hacha: en la última época del Imperio eran decapitados con espada.⁹

Los delitos privados del Derecho Civil Romano fueron los siguientes:

1. - **El robo (furtum)** estaba configurado por todo acto que implicara un “aprovechamiento doloso de una cosa, con el fin de obtener una ventaja, robándose la cosa misma, su uso o su posesión”.¹⁰ Como se desprende de la definición anterior, el concepto de robo era muy amplio, ya que no sólo se refería al acto de apoderamiento de una cosa ajena sino a todo aprovechamiento ilegal de un objeto: abuso de confianza, estafa y fraude.

Por lo tanto, para que se configurara el delito de robo deberían concurrir dos elementos: uno de carácter objetivo, el aprovechamiento ilegal y otro de carácter subjetivo, la intención dolosa.

⁹ *Ibidem*, P.184.

¹⁰ Cfr. Morineau I. , Martha, et.al; Derecho Romano, Harla, México, 1994, p.196.

2. - **Daño en propiedad ajena (*damnum iniuria datum*)**, éste era el acto ilícito realizado por una persona, con o sin intención y que ocasionara un perjuicio a otra, configuraba el delito en propiedad ajena. La reparación del daño injustamente causado a cosas ajenas fue prevista por la Ley de las XII Tablas, pero fue una ley posterior, la **Lex Aquilia**, la que sistematizó las normas aplicables a los diferentes casos de daño en propiedad ajena.

Así, dicha ley castigaba la muerte dada a esclavos y animales ajenos, con una multa igual al mayor valor alcanzado por el esclavo o animal, en el último año y con una multa igual al valor de la cosa, en los 30 días últimos en relación con los daños experimentados en cosas del patrimonio, por haber sido quemadas, rotas o desgarradas por otra persona. Producido el daño, la reparación era exigida por una acción especial de carácter penal creada por la misma ley, la **actio legis aquilae**.

3. - **Lesiones (iniuria)**. La palabra injuria se empleó en dos sentidos: uno amplio, para designar todo acto contrario a derecho y otro restringido que aludía a todo acto que implicara una lesión física o moral a la persona humana.

Martha Morineau, cita que en la Ley de las XII Tablas, las lesiones graves eran castigadas con la pena del talión, a menos que las partes acordaran una composición voluntaria, las lesiones leves eran castigadas con penas pecuniarias que variaban según la importancia de aquéllas. Posteriormente el pretor comenzó a fijar la indemnización para cada caso concreto. Una **Lex Cornelia** dio a la víctima la facultad de escoger entre el

ejercicio de la **actio iniuriarum** y el procedimiento previsto para delitos públicos. Finalmente, con Justiniano, el delito de lesiones pasó al campo de los delitos públicos, tendencia general, en relación con todos los delitos, ya que se consideró que los delitos privados también afectaban la paz pública y que el Estado debía perseguirlos.¹¹

Al lado de las figuras consagradas por el derecho civil existieron aquellas creadas por el derecho honorario. Entre las que aparecen la rapiña, la intimidación, el dolo y el fraude a acreedores.

1. - **Rapiña.** Se entendía por rapiña, un robo cometido con violencia.

Inicialmente, este delito se castigaba igual que el robo no manifiesto; sin embargo en el año 76 a.c. se creó una acción especial, la **actio vi bonorum raptorum**, por la cual la víctima podía reclamar una multa privada del cuádruplo del valor del objeto. Dicha acción era de carácter penal, pero el derecho justiniano estableció que una cuarta parte de la sanción se considerara como indemnización y tres cuartas partes, como multa privada, dándole así, el carácter de acción mixta, ya que servía tanto para reclamar una indemnización como para lograr una multa privada.

2. - **Intimidación.** La intimidación era un vicio del consentimiento, pero la acción para exigir la correspondiente indemnización, era de carácter penal y servía para pedir el cuádruplo del valor del daño sufrido si se ejercía dentro del año y transcurrido ese plazo, por el valor del perjuicio.

¹¹ *Ibidem*, p.197.

3. - **Dolo.** La **actio doli** era una acción penal por el simple importe del daño.

4. - **Fraude a Acreedores.** Este delito comprendía aquellos actos realizados intencionalmente por el deudor para caer en insolvencia. El acreedor perjudicado podía pedir la revocación de tales actos a través del **interdictum fraudulentum**..

De lo anterior podemos concluir, que en Roma el primer delito castigado con la pena de muerte fue el de **perduellio**, por traición a la patria, más adelante en las **XII Tablas**, se reglamentó también para otros delitos y era esta, la pena imperante; un tiempo después y aunque sin ser abolida cayó en desuso, restableciéndose posteriormente con los emperadores. Así pues esta sanción es conocida desde los primeros tiempos de la humanidad.

1.2 EPOCA PREHISPÁNICA

En opinión de Fernando Castellanos, muy pocos datos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores, subraya que indudablemente, los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es México, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal.¹²

¹² Castellanos, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa, México, 1994.p.40.

Para Raúl Carranca y Rivas, "... el Derecho Penal precortesiano fue rudimentario símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección de las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa."¹³

En la opinión de la autora de tesis el juicio de Carranca y Rivas, está basado en la inexistencia de un sistema alfabético de escritura que permitiera conservar las leyes por escrito, como lo realizaron las culturas europeas, pero si se considera que la costumbre es fuente del derecho, entonces los pueblos prehispánicos alcanzaron ese máximo de evolución moral, con la particular cosmovisión que aún impera en las diversas etnias nacionales.

George C. Valliant, señala que la restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, en contraste con el sistema actual que castiga al culpable. El destierro o la muerte era la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad. Un ejemplo tomado al azar de los delitos y castigos pondrá de manifiesto el temor a las leyes aztecas y él por qué de que nunca haya sido necesario recurrir al encarcelamiento como medio para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo se empleaban jaulas y cercados para confinar a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos.¹⁴

Conviene citar a Fray Juan de Torquemada para llenar el vacío que existe respecto al Derecho Penal Prehispánico, particularmente el azteca. Al introducir en el capítulo

¹³ Carranca y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Porrúa, México, 1986.p.12.

¹⁴ Vaillant, George C., La Civilización Azteca; FCE, México, 1980. Pp.156-157.

correspondiente a la República Mexicana, Torquemada enfatiza que México poseía "... su modo de gobierno, en el cual fue tan aventajado, como en todas las demás cosas de policía y religión."¹⁵

Torquemada, narra que después del Tlatoani (el que habla) había un presidente y juez mayor, cuyo nombre por razón del oficio era Cihuacóatl (el astuto, la serpiente. " Este oficio se proveía por el mismo Tlatoani y en su reino ninguno tenía autoridad de proveerle en otro, ni recibirle en sí, sino era por la autoridad real y en la persona que por el dicho rey era nombrada".¹⁶

" Y era tan autorizado este oficio que el que lo usurpaba para sí, o lo comunicaba a otro en alguna parte del reino, muriera por ello, y sus hijos y mujer fueran vendidos por perpetuos esclavos, y confiscados sus bienes por ley que para esto había. Este supremo juez no se proveía para todos los pueblos indiferentemente, sino para las ciudades y poblaciones grandes y que tenían mucha comarca. Tenía cargo y oficio de proveer las cosas de gobierno, y en la hacienda del rey. Oía de causas que se devolvían y remitían a él por apelación: y estas eran solo las criminales por que, de las civiles no se apelaba de sus justicias ordinarias. [...] después de este juez supremo o virrey había otro juez, cuyo nombre, por el oficio era Tlacadécatl, él cual conocía de causas civiles y criminales. Este tenía por asesores y acompañantes otros dos. Llamado el uno Quauhnuhtli, y el otro Tlaylótlac. Estos jueces hacen alusión y son muy parecidos a las audiencias que en algunos de los reinos de nuestra España se usan [...] por ser oidores, juzgan lo civil, y por tener

¹⁵ Torquemada, Fray Juan de; Monarquía Indiana; Porrúa, México, 1989. P.351.

¹⁶ Ibidem. P.351.

autoridad de alcaldes de corte conocen de lo criminal, como los que ejercen este oficio en la dicha chancillería. [...] el lugar de su juzgado se llamaba Tlalzontecoya que quiere decir: lugar de sentencias. Tenían cárceles ásperas y crueles, señaladamente donde metían a los delinquentes por causas criminales y a los presos de guerra. Está cárcel era una casa oscura, en ella hacían una jaula o jaulas de maderos gruesos; y a la puerta de la casa que de ordinario era pequeña, a la manera de las puertas de los palomares, había maderas y tablones gruesos, con que la cerraban por fuera, a los cuales arrimaban muchas piedras muy grandes; y juntamente había guardias o carceleros que cuidaban de su prisión, y de que no se fugaran. Como las cárceles eran crueles, los presos que en ellas estaban, en poco tiempo se tornaban flacos y amarillos. Estas cárceles tenían nombres; uno era Teypiloyan, que quiere decir lugar de presos o atados; y Quauhcalco, lugar de enjaulados. En dichos lugares había diferentes presos los condenados a muerte que estaban en las jaulas; y los que por cuestiones civiles se encontraban en el llamado Teypiloyan. La justicia, que se hacía a los presos, se pronunciaba por los señores de la audiencia y la ejecutaba la persona llamada Quauhnochtli, que servía oficios de alguacil mayor, pero quien la manifestaba al pueblo era al que llamaban Tecpüyutl, que quiere decir: pregonero; era un oficio de honra y estimación por cuanto declaraba la voluntad del rey y pronunciaba sus palabras, y así servía este oficio un hombre noble y grave".¹⁷

¹⁷ Ibidem, P. 352 y 353.

1.3 EPOCA COLONIAL

Muchas de las leyes expedidas “ se obedecían pero no se cumplían”. En la legislación indiana se consagró en general el principio de que cuando se daba una ley sin completo conocimiento de causa o con error fundamental, podía no cumplirse. Esta inobservancia particularmente respecto a las leyes dirigidas a proteger a la población indígena, fue además resultado del choque de ambiciones e intereses, el espíritu individualista y rebelde de muchos españoles, la incultura de un gran sector de la población, la lejanía de las colonias con relación a la metrópoli, la impotencia de autoridades centrales, provinciales y locales para hacerlas cumplir, etc.; contribuyó a viciar la organización jurídica, corrompió la administración de justicia, debilitó el espíritu de obediencia y fundamentalmente, ocasiono graves prejuicios en el gobierno y protección de los indígenas.

“En otro orden de ideas, las leyes indias adolecieron, en lo general, de graves defectos técnicos. No estaban redactadas con precisión y de modo imperativo aconsejaban en lugar de mandar. Esta circunstancia influyó también en su constante incumplimiento.”¹⁸

Desde el punto de vista legal, las disposiciones contenidas en la legislación indiana, pretendieron reducir a una unidad teórica y nominal los numerosos, diversos y heterogéneos elementos que constituían el Imperio Español en el Nuevo Mundo. Se intentó

¹⁸ Ibidem, p.169.

Sin resultado positivo, integrar en un régimen jurídico único, regiones y grupos sociales diferentes desde el punto de vista de la geografía, de las costumbres, de las instituciones y aún del estado de civilización.

Numerosas disposiciones legales pretendieron proteger tanto a los indios que se creyó hacerles un gran beneficio tratándolos como menores de edad, sujetándolos a la tutela de los blancos y aún privándolos de los derechos más fundamentales de que disfrutaban otros súbditos.

Pimentel pudo escribir con razón:

“En resumen, los resultados de las leyes de indias y de su mala aplicación, fueron sumergir a los indios en una infancia perpetua, en la imbecilidad, aislarlos, desmoralizarlos, quitarles el sentimiento de la personalidad humana; en una palabra, acabarlos de degradar completamente, rematar la obra de sus antiguas instituciones”.

En la legislación indiana se consagraron, con bastante frecuencia, preceptos sobre trabajo, jornadas, derechos de los trabajadores, etc., que hasta fecha muy reciente han venido a figurar en los códigos de diversos países, entre ellos el nuestro. Pero su inobservancia los hizo nulatorios e ineficaces. Don Agustín Rivera, sacerdote liberal de fines del siglo pasado, en su obra “Principios Críticos del Virreinato de Nueva España”. Refutando a los defensores del régimen colonial que afirman que todas las leyes de indias fueron muy favorablemente a los indígenas, escribe que es un sofisma confundir la Legislación de Indias con la ejecución de las Leyes de Indias, ya que, como es verdad de dichas leyes preferentemente las buenas no se cumplían. El mismo Rivera escribió con

justicia, que es otro sofisma confundir unas Leyes de Indias con otras Leyes de Indias, ya que si muy buenas fueron muchas de ellas, pésimas fueron muchas otras como las que privaron de derechos civiles a los indios y negros, las que establecían limpieza de sangre para obtener empleos públicos; las que redujeron a la esclavitud a indios de raza negra, autorizando se les marcara con hierro en el rostro, las que fijaron penas atroces; las que sancionaron los repartimientos de indios y la separación de los habitantes de la Nueva España en clases sociales rivales unas de otras; las que autorizaron el servicio personal, etc.

“La administración de justicia en la Nueva España fue lenta y costosa, los litigantes debían pagar por las resoluciones obtenidas de tribunales y jueces, lo que originó abuso y quejas constantes. En “item”, se ha de proveer para que se evite los grandes robos y cohechos que los escribanos de aquella tierra hacen y han hecho cada día sin querer estar ni pasar por los aranceles... Y cualquier persona que pide que las costas que lo han de llevar sean tasadas por el arancel toman por ello grande odio y enemistad y no negocia sus negocios conforme a justicia por causa de los dichos escribanos por que no se hace más de lo que ellos quieren y ordenan.”¹⁹

En negocios del orden criminal, las penas eran crueles y terribles, pues además de emplearse el tormento para conocer la verdad, se aplicaban la marca con hierro candente, la mutilación, la picota, la pena de muerte en la horca, etc. Existieron penas trascendentales, es decir, que pasaban de padres a hijos.

¹⁹ Ibid. P.171.

“Existieron tribunales especiales con fuero judicial propio como el de Cuentas, el Consulado para los comerciantes, los eclesiásticos y militares, el del Santo Oficio de la Inquisición, el de la universidad para los maestros y estudiantes de ella, el de Minería, el de la Santa Hermandad que tenía facultad de juzgar en forma sumarísima y ejecutar inmediatamente las sentencias dictadas, generalmente la de muerte en la horca, a los salteadores y delincuentes en despoblado. Este tribunal en 1719 fue sustituido por el de la Acordada, con jurisdicción para perseguir y juzgar ladrones y asaltantes aún dentro de las poblaciones.”²⁰

El día 19 de diciembre de 1568, el Rey Felipe II, mediante la Ley Primera del Título diecisiete de la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, se crearon los puestos de Alcaldes del Crimen, adscritos a las Audiencias de Lima y México, la finalidad era que:

“Los Alcaldes conozcan en primera instancia de todas las causas civiles y criminales, que se ofrecieron dentro de las cinco lenguas, y hagan Audiencia de Provincia a las partes en las plazas de las dichas ciudades.”²¹

Las Leyes de Indias, desde luego, constituyeron el cuerpo principal de las leyes coloniales, aunque en materia penal vienen a emplearse con algunas ordenanzas como las de minería y las de gremios cuyas sanciones para los infractores rayaban en el salvajismo.

²⁰ Ibid.

²¹ Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias; Andrés Ortega, España, 1774, p.228.

“No hay que olvidar que en las colonias regía supletoriamente todo el derecho de Castilla. Es así como tuvieron aplicación el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. De tan rico sólo está última y las Partidas fueron las que más frecuentemente se aplicaron, siendo incluso su autoridad mayor que la que por ley les correspondía.”²²

DELITOS

PENAS

Judaizar

Muerte por garrote y posterior quemazón
Del cuerpo en la hoguera.

Reincidencia en el

Proceso y ejecución de la pena a cargo
del Santo Oficio.

Judaísmo

**Encubrimiento de
Judaizantes.....**

Destierro por cuatro años(proceso y
ejecución de la pena a cargo del Santo
Oficio.)

**Herejía, rebeldía y
Afrancesamiento...**

Relajamiento y muerte en la hoguera.

Herejía.....

A los jóvenes, servicio en los

²² Carrancá y Trujillo Raúl; Porrúa, México, 1975.P.53.

Cont.....

Conventos. A los mayores de edad, pena que variaba entre cien y trescientos azotes y entre 4 y diez años de galeras.

Mentira

Azotes.

Idolatría y dar licencia para casamientos. Condena dictada por Fray Juan de Zumárraga.

Salir con candelas en la mano descalzo en la fiesta religiosa, cien azotes y servir en las minas con hierros en los pies.

Idolatría y propaganda política contra la dominación Española.

Relajamiento al brazo y muerte en la hoguera en la plaza pública

Idolatría por medio del sacrificio de niños, cuyos cadáveres se precipitaron en los cenotes.

Tormento.

Idolatría (Ordenanza para el..... Gobierno de Indios, expedida por. La Real Audiencia en México, el 30 de Junio de 1546).

Cien azotes en público (si se comete por primera vez), por segunda vez azotes.

Invocación de los demonios.....

Prisión, azotes y trasquiladura, en

Cont.....

el indio o india después de ser
bautizados.

Robo y Asalto.....

Muerte en la horca.

Complicidad en asalto.....

Azotes.

Robo sacrilego.....

Llevado a efecto en la Iglesia
de Tlaxcala, en los vasos sagrados.
la pena fue azotes y
herramienta.

Homicidio.....

Muerte en la horca en el sitio de
los hechos. Garrote y corte de la
mano derecha.

Magnicidio (el del duque de Gálvez).

Nueve años de encierro en las
Mazmorras de San Juan de Ulúa.

Embriaguez.....

Azotes.

Daño en propiedad ajena.....

Muerte en la hoguera.

Se tienen datos del funcionamiento de dos prisiones en condiciones de insalubridad y penuria, cuya finalidad no era la readaptación del delincuente, sino la aplicación de penas ejemplares para contrarrestar la comisión de delitos, éstas dos cárceles fueron la cárcel de Belén y San Juan de Ulúa.

1.4 MEXICO INDEPENDIENTE

“Ocupada la naciente República en su organización política, el derecho penal (y por lo mismo el penitenciario) quedó pendiente hasta bien avanzado el siglo XIX. En consecuencia, se mantienen vigentes las normas que lo estaban al producirse la Independencia, en cuanto no estuviera por leyes posteriores.”²³

En efecto, el Constituyente de 1824 omite en la Carta Magna las garantías individuales y mencionar la competencia de los perseguidores de los delitos, así como las características de fijación de las penas para la comisión de delitos.

“Al consumarse la Independencia, en el año de 1821, las principales leyes de México, con carácter de Derecho principal eran: la Recopilación de Indias completada con los Autos Acordados, las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y Aguas y de Gremios. Como Derecho supletorio estaban la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.”²⁴

²³ García Ramírez, Sergio; Derecho Penal; UNAM, México, 1990, p.9.

²⁴ Carrancá y Rivas, Raúl; Derecho Penitenciario; Porrúa, México, 1992, p.197.

El empeño legislativo se centró en los derechos constitucional y administrativo, sin embargo, esto no impidió, desde luego, que los imperativos del orden impusieran una inmediata reglamentación: la relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcoholizadas, represión de la vagancia y la mendicidad y organización policial (Bandos de Abril 7 de 1824, Septiembre 3 de 1825, Marzo 3 de 1828, y Agosto 8 de 1834 etc.) Con el objeto de prevenir la delincuencia se legislo sobre organización de la policía preventiva (Febrero 7 de 1822), organizándose después la “ policía de Seguridad” con carácter de cuerpo permanente y especializado. Como bien lo recuerda Carrancá y Trujillo, se reformó el procedimiento con relación a salteadores de caminos en cuadrilla y ladrones en despoblado o en poblado, disponiéndose juzgarlos militarmente en consejo de guerra (Septiembre 2 de 1823. Los ladrones, a su vez, fueron condenados a trabajos en obras públicas, en fortificaciones, servicios de bájaes o de las Californias. Se dispuso el turno diario de los jueces de la Ciudad de México (Julio 1º de 1830), dictándose reglas para substanciar las causas y determinar las competencias. El 11 de Mayo de 1831 y el 5 de Enero de 1833, se declaró que la ejecución de las sentencias correspondía al Poder Ejecutivo. En 1814, 1820 y 1826, respectivamente se reglamentaron las cárceles, estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios y disponiéndose un ensayo de colonización penal en las Californias y Tejas (1833). En 1824, a su vez, reglamentó el indulto como facultad del Poder Ejecutivo, así como se facultó al mismo poder para conmutar las penas, dispensar total o parcialmente de su cumplimiento y decretar destierros.²⁵

²⁵ Carrancá y Trujillo Raúl; Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1986.P.81.

A pesar de esto, eran muchos los problemas que en materia penal existían. La solución de los mismos solo podía resolverse a través de los textos heredados de la Colonia, pues frente de la independencia política subsistía la dependencia jurídica.

Así pues, la estructuración formal del Derecho Penal Mexicano se presenta hasta la segunda mitad del siglo XIX.

LA CONSTITUCIÓN DE 1857

La aparición del capitalismo en México y consecuentemente su doctrina filosófica: el liberalismo, fue recogido en grandes líneas por la Constitución de 1857...

“Obstaculizar el libre desarrollo del hombre en tanto que individuo era, para el liberalismo, paralizar, el proceso entero de la “libertad”. La libertad era el individuo, y el individuo la propiedad. La defensa de la propiedad privada, individual, se convirtió así en el eje de la filosofía liberal”²⁶, es decir, el liberalismo concibe la propiedad privada y la libertad individuales como caracteres esenciales del ser humano, situándolos por encima de los de la sociedad.

Apenas consumado el triunfo de la Revolución de Ayutla, se inicia la Reforma liberal en el país. De este modo, dicha Revolución representa el prólogo de la gran

²⁶ López Cámara, Francisco; Origen y Evolución del Liberalismo Europeo; UNAM, México, 1978, pp.15 y 16.

Revolución de Reforma, cuyo antecedente histórico está constituido también por la expedición de varias leyes.

La primera de éstas fue la ley sobre administración de justicia del 23 de noviembre de 1855, conocida con el nombre de "Ley Juárez" por haber sido autorizada por éste, en su carácter de Ministerio de Justicia y Negocios Eclesiásticos del Presidente Provisional Juan Alvarez.

Dicha ley y las que siguieron durante el gobierno de Don Ignacio Comonfort, constituyen en el orden jurídico el antecedente de la Constitución de 1857 y las grandes Leyes de Reforma Liberal (1859-1860).

Al respecto el maestro Cué Canová expone que "...fue la Ley Juárez o Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios en sus artículos 42, 44, 3º y 4º transitorios, la que inauguró la Reforma Liberal en México."²⁷

Sus antecedentes más importantes fueron, en primer término la Ordenanza de Intendentes de 1789 aprobada por el monarca español Carlos III y que suprimió varios fueros, dejando el de guerra, el eclesiástico, el mercantil y otros. Más tarde, una real cédula de Carlos IV fechada en 1894 atacó las inmunidades del clero ordenando la intervención de jueces reales en los tribunales eclesiásticos.

²⁷ Cué Canová, Agustín; La Reforma Liberal en México; Centenario; México, 1960.P.11.

Otro antecedente importante de la Ley Juárez fue la legislación reformista de Gómez Farías y los liberales en 1833-34, en aquella parte en que tendió a reducir directa o indirectamente, los privilegios políticos y judiciales del clero y del ejército.

En sus artículos arriba mencionados, la Ley Juárez estableció la supresión de los tribunales especiales con excepción de los eclesiásticos y militares. Los tribunales eclesiásticos dejarían de conocer de los delitos comunes de los individuos de su fuero. Los tribunales militares dejarían también de conocer de los negocios civiles, pero seguirían conociendo de los delitos militares o mixtos de los individuos de su fuero.

Se estipuló en la referida ley, el carácter renunciable del fuero eclesiástico en los delitos comunes.

En artículos transitorios se ordenó que los negocios que tuvieran pendientes los tribunales especiales suprimidos, pasaran a la jurisdicción de los jueces ordinarios. Por su parte, tanto los tribunales eclesiásticos como los militares, debían pasar a los jueces ordinarios, los negocios civiles pendientes.

Fue propósito fundamental de esta ley crear las bases de la igualdad de los individuos; debilitar la influencia política y reducir la condición de privilegio del clero y del ejército y, como consecuencia de lo anterior, restablecer la autoridad suprema del Estado frente al mismo clero y los jefes de la milicia profesional.

Pero como se advierte, la Ley Juárez no tuvo el carácter radical que muchos le han atribuido, pues sólo abolió parte de los fueros eclesiásticos y militar. No fue una reforma completa en el orden jurídico y social, por que solo suprimió el fuero civil del clero, pero no el criminal.

En la Constitución de 1857, con base en la ideología liberal se fundamentan ciertos principios de carácter jurídico penal que hasta la fecha han permanecido vigentes.

El artículo 22 decía:

“Quedan prohibidas para siempre las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentes.”²⁸

Zarco menciona que don Ignacio Ramírez en su exposición de motivos para la redacción del texto constitucional citaba que “ por temor a que un preso pueda fugarse, se establecerán los grillos para toda clase de reos, aunque se sabe que estos medios no bastaban para evitar las evasiones. La fuga de la cárcel, si es crimen, es el menor de los crímenes que pueden cometerse, y esto se comprende sólo con reflexionar que el criminal no deja de ser hombre. Hay además que considerar que gracias al pésimo estado de nuestras prisiones y a la lentitud de la administración de justicia, la sola permanencia en la cárcel, es

²⁸ Constitución Política de 1857; Ediciones Andrade, México, 1958. ART.22.

una pena grave, no sólo para los reos, sino para sus familias que quedan en la miseria y en el abandono.”²⁹

El artículo 23 de la Constitución de 1857 destacaba que la abolición de la pena de muerte quedaba sujeta a que previamente se creara un régimen penitenciario, y dejando vigente la pena capital:

“Al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley.”³⁰

De esta forma se incluye la obligación del “poder legislativo” de crear un régimen penitenciario, cuya finalidad implícita es la de sustituir la pena de muerte por la prisión, asimismo, es necesario destacar que en el mismo artículo 23 queda definitivamente abolida la pena de muerte para los delitos políticos.

Así el constituyente de 1857, ponía la primera piedra para el Derecho Penal; sin embargo sus esfuerzos no rindieron los frutos debidos, por la instauración del Imperio de Maximiliano, hasta 1871 en que se promulga el Código Penal Federal.

²⁹ Cfr. Carrancá y Rivas, R.; Derecho Penitenciario; op.cit.pp.258, 259.

³⁰ Constitución de 1857; op.cit. ART. 23.

EL CODIGO PENAL DE 1871.

Desde el 6 de Octubre de 1862 se designó, por parte del Gobierno Federal, una Comisión del Código Penal encargada de redactar un proyecto, la cual vio truncados sus trabajos por la guerra de intervención y el establecimiento del Imperio de Maximiliano.

En 1867, cuando Benito Juárez restaura la República Mexicana se volvió a integrar la comisión, quedando en la presidencia el Ministro de Instrucción Pública, Antonio Martínez de Castro y como vocales José Ma. Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. De Zamacona.

“El proyecto de Código, presentado a las Cámaras, fue aprobado y promulgado en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de Diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1º de abril de 1872, en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California. Dicho Código se inspiró en el español de 1870, el que a su vez lo hizo en sus antecesores de 1848 y 1850.

En tal virtud, el Código de 71 responde a su época: clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo.”³¹

Debe recordarse que en 1871, el que más tarde sería el territorio de Quintana Roo (1902), estaba integrado al estado de Yucatán y que los territorios de Baja California

³¹ Carrncá y Rivas, r.; op.cit.274.

(norte y sur) formaban una unidad territorial, hasta el 7 de febrero de 1931 en que se separan mediante una línea imaginaria en el paralelo 28.

La exposición de motivos es magnífica. En ella se observa un estilo fácil, elocuente y una singular capacidad jurídica. Solamente por una casualidad muy rara-comienza Martínez de Castro- podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que este fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el sólo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron". Es preocupación de Martínez de Castro - han transcurrido catorce años desde el Congreso Constituyente de 1857-que en el Código de Procedimientos Criminales se den reglas justas y equitativas para otorgar la libertad bajo caución. "En efecto- dice-, actualmente basta, para reducir a prisión a una persona, aún cuando sea la de unos cuantos días de arresto. Y si bien es verdad que la detención preventiva es una necesidad social, ya para hacer cesar el temor y el escándalo causados por un delito, y para facilitar y abreviar la averiguación de éste, o bien, para que se pueda hacer efectivo el castigo del culpable, evitando su ocultación o su fuga; también es cierto que, no puede haber justicia en sepultar en la prisión a una persona por un delito levisimo, en arrancar a un hombre honrado de su hogar doméstico, ni en llenar de luto y desolación a una familia, tratándose de una persona de notorio arraigo, tal vez inocente, y que no inspira temor alguno de que quiera sustraerse al castigo en caso de resultar culpable."³²

³² Exposición de Motivos del Código Penal de 1871; I.I.J.UNAM. México, 1984.P.17.

El Código está organizado en cuatro libros: el primero se refiere a delitos, faltas, delincuentes, y penas en general; el segundo, a la responsabilidad civil en materia criminal; el tercero, a los delitos en particular; y el cuarto, a las faltas.

El artículo 14 de la Constitución de 1857 prohibió la expedición de leyes retroactivas y estatuyó el principio de legalidad penal. Con esta base el artículo 182 del Código de 1871; "Se prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada en una ley exactamente al delito de que se trate, anterior a el y vigente cuando este se cometa".

Otras garantías o principios penales en el Código de Martínez de Castro, fueron: presunción de inocencia del acusado, mientras no se pruebe que cometió el delito (artículo 8); la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes del delincuente (artículo 33); la aplicación de las penas corresponde exclusivamente a la autoridad judicial (artículo 180), que no puede aumentarlas, disminuirlas, agravarlas, atenuarlas o añadirles alguna circunstancia, salvo autorización o prevención de la ley (artículo 181).

El Código distinguió entre daños intencionales y de culpa (artículo 6), y estableció la presunción de dolo (artículos 9 y 10) que recogería el código de 1931, hasta la reforma de 1983. La culpa se dividía en grave y leve (artículos 14 al 16). En el delito intencional se distinguieron cuatro grados: conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado (artículo 18). Fueron previstas, desde luego, las excluyentes de responsabilidad penal (artículo 34) y las atenuantes y agravantes, divididas en cuatro clases en cada caso (artículo 36).

El artículo 92 contuvo la relación de penas de los delitos en general, entre ellas la pena de muerte (fracción X), y el 93 estableció la de penas de delitos políticos, sin incluir la sanción capital. El artículo 94 agregó las "medidas preventivas", (educación correccional, escuela de sordomudos, hospital). El ordenamiento que ahora se menciona dispuso la libertad preparatoria (artículo 98) y la posibilidad de retención (suprimida del Código Penal de 1931 por la reforma de 1983), hasta por una cuarta parte más de tiempo de prisión (artículo 71).

La responsabilidad civil proveniente del delito, que se declaraba a instancia de parte legítima (artículo 308), abarcó restitución, reparación, indemnización y pago de gastos judiciales (artículo 301).

Al frente del libro tercero figuraban dos delitos contra la propiedad; el primero de ellos, el robo. Bajo el siguiente título de ese libro venían los delitos contra las personas, cometidos por particulares; enseguida, los delitos contra la reputación; después la falsedad; a continuación en sucesivos títulos: revelación de secretos, delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, delitos contra la salud pública delitos contra el orden público (entre ellos asonada o motín y tumulto: artículos 919 a 922), delitos contra la seguridad pública, atentados contra las garantías constitucionales, delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, delitos de abogados, apoderados y síndicos de concurso, delitos contra la seguridad exterior de la nación, delitos contra la seguridad interior y delitos contra el derecho de gentes. El orden de presentación es radicalmente distinto del que adopta el Código de 1931.

Desde la Independencia hasta la Reforma México vivió en un desorden social constante, por lo que las leyes eran el reflejo de ese desorden y de las necesidades surgidas del mismo. Un partido o una fracción en el poder, encarcelaban por una nimiedad a sus enemigos. El procedimiento pecaba de poco técnico y de "politiquero" en la más ruda acepción.

Considerando la importancia de lo que expone el Código Penal de 1871, sobre arresto, reclusión, prisión ordinaria, confinamiento, reclusión simple, destierro del lugar de residencia, destierro de la república, prisión extraordinaria, reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional, reclusión preventiva en escuela de sordomudos y prisión preventiva en hospitales, la autora de tesis, se permite transcribir los artículos relativos:

ARTICULO 124. El arresto menor durará de 3 a 30 días.

ARTICULO 125. La pena de arresto se hará efectiva en establecimiento distinto de los destinados para la prisión, o por lo menos en departamento separado para ese objeto.

ARTICULO 126. Sólo en el arresto será forzoso el trabajo; pero no se incomunicará a los reos, salvo como medida disciplinaria.

ARTICULO 127. La reclusión de esta clase se hará efectiva en un establecimiento de corrección, destinado exclusivamente para la represión de jóvenes mayores de nueve años y menores de dieciocho, que hayan delinuido con discernimiento.

ARTICULO 128. Los jóvenes condenados a reclusión penal, estarán en incomunicación absoluta al principio de su pena desde ocho hasta veinte días, según fuere la gravedad de su delito, pero pasado ese período trabajarán en común con los demás reclusos, a no ser que su conducta posterior haga de nuevo necesaria su incomunicación.

ARTICULO 130. Los condenados a prisión (se refiere a la prisión ordinaria) la sufrirán cada uno en un aposento separado, y con incomunicación de día y noche, absoluta o parcial, con arreglo a los cuatro artículos siguientes.

ARTICULO 131. Si la incomunicación fuera absoluta, no se permitirá a los reos comunicarse sino con algún sacerdote ó ministro de culto, con el Director de establecimientos y sus dependientes y con los médicos del mismo.

ARTICULO 132. Si la incomunicación fuere parcial, sólo se privará a los reos de comunicarse con los otros presos; y en los días y horas que el reglamento determine, se les podrá permitir la comunicación con su familia, con los miembros de las juntas protectoras de presos, y con otras personas de fuera, capaces de instruirlos en su religión y en la moral, a juicio de la junta de vigilancia del establecimiento.

ARTICULO 134. La incomunicación absoluta no podrá decretarse sino para agravar la pena que se imponga al reo, cuando aquella no se creyere castigo bastante. Esa agravación no podrá bajar de veinte días ni exceder de cuatro meses.

ARTICULO 135. A los mayores de sesenta años no se les podrá agravar la pena con la incomunicación absoluta.

ARTICULO 136. Los reos a quienes falten seis meses para cumplir la mitad de su condena, y que hayan dado pruebas suficientes de arrepentimiento y enmienda, serán trasladados a otro establecimiento apropiado al objeto y destinado a él, para que cumplan allí los seis meses mencionados.

ARTICULO 137. A pesar de lo prevenido en el artículo que precede, si algún reo al que se creía corregido ya, o en vía de corrección, cometiere un delito o una falta grave se le volverá a la penitenciaria, sin perjuicio de aplicarle la pena de la nueva falta o delito.

ARTICULO 138. Las mujeres condenadas a prisión, la sufrirán en una cárcel destinada exclusivamente para ese objeto, ó en un departamento de ella separado y que no se comunique con el de los hombres.

ARTICULO 139. El confinamiento se impondrá solamente por delitos políticos; pero la designación del lugar en que habrá de residir el condenado la hará el

Gobierno, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y necesidades del condenado.

ARTICULO 140. El desterrado del lugar de su residencia, no podrá fijarse en otro que diste de aquel menos de diez leguas.

ARTICULO 141. La pena de reclusión simple se aplica únicamente a los reos de delitos políticos; y se hará efectiva en una fortaleza o en otro edificio destinado especialmente para ese objeto.

ARTICULO 142. La pena de destierro de la República, solamente podrá aplicarse para conmutar en ella la de prisión, ó la de reclusión simple, aplicadas por el delito de traición o por un político, si concurren estas dos circunstancias: 1ª. Que, a juicio del Gobierno general, corra peligro la tranquilidad pública de permanecer en el país el reo; 2ª. Que este sea el cabecilla o uno de los autores principales del delito.

ARTICULO 143. La pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida, y no podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución.

ARTICULO 144. Esta pena no se podrá aplicar a las mujeres, ni a los varones que hayan cumplido 70 años.

ARTICULO 145. Se llama prisión extraordinaria a la que sustituye a la pena de muerte en los casos en que la ley lo permite: se aplicará en el mismo establecimiento que la de prisión ordinaria; y durará 20 años.

ARTICULO 157. La reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional, se aplicará:

I. A los acusados menores de nueve años, cuando se crea necesaria esa medida, ya por no ser idónea para darles educación las personas que los tienen a su cargo, o ya por la gravedad de la infracción en que aquellos incurran.

II. A los menores de catorce años y mayores de nueve que sin discernimiento, infrinjan alguna ley penal.

ARTICULO 158. Siempre que por el aspecto del acusado se conozca, o conste por otro medio legal que no ha cumplido nueve años; se hará desde luego lo que previene el artículo anterior, sin más diligencia que levantar un acta en que conste la determinación del juez y sus fundamentos.

ARTICULO 159. El término de dicha reclusión lo fijará el juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no excederá de seis años.

ARTICULO 160. Ni los jueces, ni las autoridades gubernativas podrán poner en el establecimiento de educación correccional, ni serán admitidos en él jóvenes condenados por haber delinquido con discernimiento.

ARTICULO 161. Las diligencias de substanciación que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutarán precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado.

Si resultare que obro sin discernimiento se le impondrá la reclusión de que habla la fracción 2ª. Del artículo 157; en caso contrario, se le trasladará al establecimiento de corrección penal.

ARTICULO 162. En los casos de que hablan los artículos anteriores, podrá el juez que decreta la reclusión poner en libertad al recluso; siempre que este acredite que puede volver al seno de su familia sin peligro para la sociedad, por haber mejorado la conducta y concluido su educación, o por que pueda terminarla fuera del establecimiento.

ARTICULO 163. Los sordomudos que infrinjan una ley penal sin discernimiento, serán entregados a su familia o mandados a la escuela de sordomudos, en los casos a que se refiere el artículo 157 respecto de menores, por el término necesario para su educación.

ARTICULO 164. En los casos en que se aplique la reclusión preventiva, los gastos se harán por cuenta del Estado, si los que deben satisfacerlos carecen de recursos para ello.

ARTICULO 165. Los locos o decrépitos que se hallan en el caso de las fracciones 1ª. Y 4ª. Del artículo 34, serán entregados a las personas que los tengan a su cargo; si con fiador abonado o bienes raíces caucionaren suficientemente, a juicio del juez, el pago de la cantidad que éste señale como multa antes de otorgarse la obligación, para el caso de que los acusados vuelvan a causar algún otro daño, por no tomar todas las precauciones necesarias.

Cuando no se dé esta garantía, o el juez estime que ni aún con ella queda asegurado el interés de la sociedad, mandará que los acusados sean puestos en el hospital respectivo, recomendando mucho una vigilancia custodia.”

LAS CARCELES EN EL SIGLO XIX

Para 1895, las principales prisiones del Distrito Federal eran:

“La penitenciaría, la Cárcel General y las Casas de Corrección para Menores Varones y Mujeres, establecidas estas últimas respectivamente en Tlalpan y Coyoacán. También dependía de la Federación la Colonia Penal de las Islas Marías, a las que se enviaban hombres y mujeres condenados a la pena de relegación.”³³

Hay que recordar que hasta el año de 1907 hubo dos cárceles distintas: la de la Ciudad y la General, sirviendo la primera para los detenidos a disposición de la

³³ CFR. Código Penal de 1871; Carrncá y Rivas R.: op.cit. pp.321.

autoridad política y la segunda para los reos de delitos del orden común. Por lo que atañe a la distribución y a la extensión de la Cárcel General no permitía llevar a cabo de una manera conveniente la separación entre hombres y mujeres. Sabemos que en su interior se practicaba la ejecución de los reos de orden común. A su vez, era de especial importancia la Penitenciaría de México, alguna vez llamada "El Palacio Negro" o "La Mansión del Delito". El proyecto de su fundación se inició en 1881 y se comenzó su construcción el 9 de mayo de 1885. Se inauguró el 29 de septiembre de 1900, bajo el mandato del General Porfirio Díaz. Son datos interesantes los de su costo y superficie: \$2.396,914.84 y 32,700 metros cuadrados, su constructor fue el Arq. Manuel Torres Torija.³⁴ Esta vieja prisión porfiriana con 76 años en función, albergo a los más afamados delincuentes de la época, como Gregorio Cárdenas Hernández, mejor conocido como "Goyo Cárdenas", quien mató a cuatro mujeres para experimentar si podía revivirlas, su fama se incrementó cuando al pasar de los años, se hizo conocedor de las Leyes, incluso defendió con éxito a varios internos a cambio de unos cuantos pesos, así mismo, también estuvieron privados de su libertad, Jacques Mornard, el famoso asesino de Trotsky, Joel David Kaplan, y el celebre Presidente de México Francisco y Madero junto con José María Pino Suárez, quienes antes de ser ejecutados fueron enviados a esta prisión por ordenes de Victoriano Huerta. Cabe destacar, que en esta prisión se aplacaban ejecuciones de las que se conocen como Ley Fuga, la cual era aplicada a algunos delincuentes que eran afectos a cometer delitos más allá de los límites imaginables, y que por lo mismo causaban la repulsión de la sociedad y el clamor de que se les exterminara, estaban conscientes de que existía la "ley fuga". Aunque le temían, en forma constante solían retarla jugando con su propia vida.

³⁴ Cfr. Carrancá y Rivas, R.; op.cit. p.330.

La famosa ley se ejecutaba con la intención de poner un dique a la delincuencia. De la misma forma se realizaban otro tipo de ejecuciones por “encargos personales” o por justicia aplicada por los propios carceleros, quienes realizaban estos actos aprovechándose del momento y de la distracción del delincuente, por ejemplo se sabe que en las regaderas de esta penitenciaría se encubrían estas ejecuciones.

Por lo que toca a la Prisión Militar, está ocupó el edificio que fue colegio de Santiago Tlatelolco, donde los españoles levantaron el primer colegio para indios y una de las primeras iglesias. Allí se encontraban los reos de delitos del fuero militar, a disposición de la Comandancia Militar del Distrito y de los Jueces Militares.

La antigua fortaleza de San Juan de Ulúa se utilizaba como prisión. Ahí como se sabe, después de ocho meses del bloqueo con que inició Francia sus operaciones contra Veracruz en la guerra llamada de los pasteles, el almirante Baudin, quien se encontraba al frente de las tropas francesas, decidió emprender su ataque general el 27 de noviembre de 1838. Dicha fortaleza estaba sujeta al gobierno federal y en ella se confinaban los reos incorregibles, especialmente aquellos a quienes les era conmutada la pena capital por la de prisión extraordinaria de veinte años.

En cuanto a la Colonia, Penitenciaría de las Islas Marías, cabe decir que fue creada por decreto expedido en junio de 1908. Dicha Colonia se hallaba destinada a los

reos de delitos del orden común sentenciados a deportación, la cual dependía directamente de la Secretaría de Gobernación.³⁵

La importancia de la Cárcel General nos obliga a recordar algunos detalles; se estableció en el que fue convento de "Belem" de México, estando destinada a procesados y sentenciados judicialmente, que no eran trasladados a la Penitenciaría de México. "La existencia diaria en esta cárcel fluctuaba de 4,000 a 5,000 presos entre hombres y mujeres. Contaba, desde luego, con talleres de distintos oficios e industrias. Carecía prácticamente en su totalidad de las condiciones necesarias para cumplir su objeto, por lo que en el año de 1908 se empezó a activar la construcción de un nuevo edificio que se destinaria a prisión. La Cárcel General tenía un patio llamado del jardín, donde se efectuaban las ejecuciones de sentenciados a muerte notables por sus crímenes. Entre estos hay que destacar a Francisco del Moral, asesino de un Francés de apellido Eymin, cuyo cadáver escondió después dentro de un cofre; Antonio Rosales, asesino de un tal Bolado; Jesús Bruno Martínez, quien asesinó a un anciano relojero llamado Don Tomás Hernández Aguirre en la calle de la Profesa; y Florencio Morales y Bernardo Mora, asesinos del general guatemalteco Don Lisandro Barillas. La Cárcel General también fue teatro de evasiones célebres y audaces como las del famoso ladrón Jesús Arriaga, comúnmente llamado Chucho el Roto; como las de un falsificador de apellido Larrañaga. Lo mismo registraron fugas en masa y sangrientas, en las que los presos forzaron las puertas interiores y después de matar a varios empleados llegaron hasta la calle."³⁶

³⁵ Cfr. Carrancá y Rivas R., op.cit.p.330.

³⁶ Cfr. Carrancá y Rivas, R.; op.cit.p.357.

CAPITULO II

LA LEY PENAL

El estudio del derecho penal implica como en cualquier otra área conocer el origen, concepto y radio de acción; de tal suerte que sea factible ubicar lo particular en lo general; es decir, el derecho penal en el contexto de la ciencia del derecho.

Por tal motivo, y por razones metodológicas, en este capítulo se presenta una revisión de los aspectos esenciales tanto de la ley penal como del delito.

2.1 PRECEPTO Y SANCION

Con el fin de delimitar el tema es necesario establecer la distinción entre los diversos niveles conceptuales que integran la ley penal o derecho penal, tales niveles corresponden a:

- a) Las normas jurídico penales.
- b) Los delitos y los hechos típicos determinados por la peligrosidad de los inimputables permanentes.
- c) Las punitciones y la aplicación judicial de las medidas de seguridad.
- d) Las penas y la ejecución de las medidas de seguridad.

El primer nivel que es el fundamento de los restantes, es precisamente el referente a las normas jurídico-penales, pertenecientes al denominado Mundo de la normatividad. Olga Islas señala que estas normas son meras descripciones generales y abstractas que hace el legislador y pueden agruparse en cuatro grandes categorías:

- . Normas penales para adultos imputables.
- . Normas penales para adultos inimputables permanentes.
- . Normas penales para menores imputables.
- . Normas penales para menores inimputables permanentes o todavía no imputables.³⁷

Fernando Castellanos cita que todos los intereses que el Derecho intenta son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr el fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La teoría pura, considera al derecho como un orden cuya característica específica es la coercibilidad. En la norma jurídica apreciamos su revelación como una proposición hipotética y vinculada de una consecuencia a un hecho condicionante; de la aplicación de la fórmula denominada norma primaria por Kelsen: si A es debe ser B,

³⁷ Islas de González Mariscal, Olga; Contenido de las Normas Penales; UNAM, México, 1982, p.47.

deriva la norma secundaria estableciendo la obligación positiva o negativa, cuyo incumplimiento origina la consecuencia o coacción. García Máynez habla de la estructura diciendo: si A es debe ser B, si B no es debe ser C; donde se considera a la literal "A" como el supuesto generador de la obligación, a "B" la obligación, a no "B" incumplimiento de la obligación y a "C" será la sanción. Kelsen dice, respecto a la estructura jurídica que en ciertas circunstancias una persona debe comportarse en determinada forma, si no lo hace así otra persona "órgano del Estado" le impondrá una sanción siguiendo un procedimiento específico.

Respecto a la sanción, resulta útil determinar su noción en forma primordial, García Máynez la considera: "como la consecuencia jurídica creada por el incumplimiento de un deber acarreada en relación con el obligado"; este mismo autor nos dice: " Las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de pena. La pena es la forma más característica del castigo."

Cuello Calón afirma:

Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; estas penas tienen como características:

a) Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedad, honor y vida.

b) Es impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico. Los males o sufrimientos impuestos por el Estado persiguen fines disciplinarios para sancionar las conductas ilícitas.

- c) Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal.
- d) Ha de ser personal, pues nadie puede ser castigado por hechos ajenos.
- e) Debe ser establecida por la ley, como consecuencia jurídica donde de acuerdo con la misma ley tenga carácter de delito.³⁸

Por su parte, Hans Kelsen dice.

El derecho es un orden coactivo, a esa coactividad se le llama sanción. Las sanciones jurídicas son actos de seres humanos previstos por normas creadas por los hombres, constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como orden coactivo. El acto coactivo es la privación forzada de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.³⁹

El derecho es un orden esencialmente coactivo, sólo se comprende propiamente en la norma jurídica cuando establece la coacción, únicamente puede conseguirse un sistema de derecho cuando se fijan esas condiciones y su consecuencia condicionada (sanción), es decir, es necesaria la referencia a la obligación cuyo incumplimiento por parte del obligado configura la consecuencia, basta establecer el hecho condicionante, verbigracia: "Quien prive de la vida a otro comete el delito de homicidio" y su sanción: "Privarlo de su libertad personal por un tiempo comprendido entre los ocho y veinte años". Se excluye por estar implícito en el hecho condicionante, el deber jurídico, no se debe de privar de la vida a otro, pues no es necesario el fundar la norma expresando ese

³⁸ Ibid. P. 42.

³⁹ Kelsen, Hans, *op.cit*; p.139.

deber, cuando es suficiente mencionar el hecho condicionante: quien prive de la vida se le deberá aplicar cierta sanción.

El “deber ser” indudablemente es la liga entre la consecuencia y el hecho condicionante, lo cual significa poder llegar a no ser, por estar en el ámbito de lo normativo y no de lo necesario.”

Como es interés presentar los criterios de norma moral y penal en forma sucinta, no se abordará, sino tan solo se explicará la interioridad y la exterioridad en la forma más sencilla y clara; es interna la norma moral en cuanto considera como lo importante de un acto la intención de ayudar a otra persona en cualquier forma, pues el valor más destacado será todo cuanto el individuo siente en su interior deseando determinado bien; la norma jurídica es externa en cuanto lo principal de un acto es el cumplimiento objetivo o físico de la norma sin importarle la intención del sujeto; así lo importante en un contrato de mutuo es que el deudor pague con dinero al acreedor, sin importar si quiere o no hacerlo, y en caso de no hacerlo se le embargarán sus bienes para pagar al acreedor con el importe del remate.

Es vital hacer una aclaración respecto al derecho penal, pues a éste si le importa la intención del hombre, ya que en este campo se establece claramente la necesidad de diferenciarla para los efectos de la sanción; así se dice que en cuanto al acto intencional (dolo) la pena es mayor que cuando se obra sin intención.

Cuando hay ausencia de algún agente para exigir coactivamente el cumplimiento de una obligación al hombre, es un comportamiento netamente espontáneo y por tanto moral; es decir, individual, por eso: la moral es unilateral. En cambio, en el ámbito del derecho sí a ese agente que puede exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación (juez), en tanto tenga capacidad y poder legal suficiente para ello, cuando exista un deudor moroso y un acreedor reclamante, se presenta la imperatividad y la atributividad del derecho, facultando a un órgano del gobierno para obligar a ese deudor a que pague lo debido, aquí encontramos la esencia de la bilateralidad.

En la posibilidad de imponer una norma a través de la fuerza, radica la coercibilidad, característica del orden jurídico; la moral es incoercible, pues no puede imponer la realización de un acto por el uso de la fuerza, para ser válida esta conducta necesita ser espontánea.

La distinción entre moral y derecho queda fijada en las cualidades siguientes:

La moral es:

- a)Autónoma
- b)Interna
- c)Unilateral
- d)Incoercible

El derecho es:

- a)Heterónomo
- b)Externo
- c)Bilateral
- d)Coercible

2.2 PRINCIPIOS GENERALES DE SU APLICACIÓN

A pesar de los diversos y numerosos esfuerzos realizados por los tratadistas para encontrar un concepto de delito con validez universal, este propósito no ha sido alcanzado, pues cada una de las nociones propuestas han sido superadas fundamentalmente por los nuevos criterios propuestos con motivo de la evolución de los pueblos.

Las diversas definiciones de los tratadistas no coinciden en los elementos cuya concurrencia se estima necesaria para integrar tal concepto; deduciéndose la oposición entre los estudiosos del derecho sobre el número de elementos integrantes del delito, algunos insertan tres, otros incluyen cuatro y otros hasta siete ingredientes indispensables para estructurar la infracción penal; la mayoría de los tratadistas lo estiman como la conducta típica, antijurídica y culpable, por considerar que éstos son los elementos necesarios.

Así pues, cuatro son los elementos esenciales del delito a saber: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; además, y como dato complementario, se inserta el esquema propuesto por Jiménez de Asúa, en donde hace figurar los requisitos del delito, siguiendo el método aristotélico, tanto de los factores positivos como negativos.

Dicho autor dice:

Intentaremos complementar la doctrina de Guillermo Sauer, filósofo jurista alemán, definiendo los aspectos positivos así como los negativos en el delito, creando un instituto jurídico-penal de importancia superlativa:

ASPECTOS POSITIVOS

ASPECTOS NEGATIVOS

- | | |
|----------------------------|---------------------------------------|
| a)Actividad | a)Falta de acción |
| b)Tipicidad | b)Ausencia de tipo |
| c)Antijuricidad | c)Causas de justificación |
| d)Imputabilidad | d)Causas de Inimputabilidad |
| e)Culpabilidad | e)Causas de Inculpabilidad |
| f)Condicionalidad objetiva | f)Falta de condición objetiva |
| g)Punibilidad | g)Excusas absolutorias. ⁴⁰ |

La conducta, es la célula misma del delito y algunos autores como Maurach, la llaman *conditio sine qua non* para su existencia, concluyendo, si no hay acción humana no habrá delito y resultaría absurdo pretender estudiar sus demás elementos esenciales. Todo delito es obrar humano voluntario.

El derecho penal al tratar la conducta se refiere al comportamiento humano, pues existe franca distinción entre conducta y comportamiento de los animales y de los hechos producidos por la naturaleza. Por conducta, se entiende el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, la acción *strictu sensu*, es una actividad o hacer voluntario, un movimiento del organismo del hombre capaz de ser percibido por los sentidos; la

⁴⁰ Jiménez de Asúa, Luis; *La Ley y el Delito*, Sudamericana, Argentina 1967. P.80.

omisión radica en una abstención, en dejar de hacer o en una actividad voluntaria, ambos conceptos con relevancia jurídica, la conducta corresponde a un movimiento manifestado externamente alterando el mundo a su alrededor; a su vez la omisión suele clasificarse en omisión simple y en comisión por omisión, estos últimos llamados de omisión impropia, violan por una parte un mandamiento preceptivo, el que ordena cierto comportamiento activo, a su vez generador de una violación a una norma prohibitiva. Según Eusebio Gómez, delitos de omisión “son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto y de un precepto obligatorio.”⁴¹

El comportamiento humano debe ir siempre y necesariamente acompañado del elemento psíquico para integrar el elemento conducta, siendo precisamente la distinción con otro comportamiento del mismo hombre relevante para el derecho penal, también distinción con los comportamientos del animal y de los acontecimientos de la naturaleza. El hombre tiene facultades intelectuales en virtud de las cuales tiene conocimiento y realiza sus actos en la búsqueda de sus fines; cuando para alcanzar una meta fijada realiza un comportamiento sin participar el elemento psíquico, la voluntad, no habrá acción criminal, aún cuando se lesione un bien jurídico, la conducta debe entenderse como un comportamiento querido, como una representación impulsora del sujeto para actuar o para abstenerse, por lo tanto, cuando hablemos de conducta estaremos refiriéndonos a la voluntad, ya lo dice acertadamente Franco Guzmán: “Los actos van del propio sujeto en un orden psicológico; en síntesis, el elemento psíquico liga a la persona con un acto”.

⁴¹ Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal; Omeba, Argentin, 1984. p.75.

Al estudiar la tipicidad, no debe confundirse con el tipo; existe entre ellos una clara diferencia, el tipo es la descripción de una conducta delictiva contenida en la ley, es la concepción legal de un comportamiento reputado como delictuoso, en cambio, la tipicidad es el juicio por el cual se infiere la adecuación de la conducta al tipo, éste afirma Jiménez Huerta, "es el injusto recogido y escrito en la ley penal; la tipicidad consiste en un juicio lógico en donde se afirma que la premisa histórica, esto es la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entre en función."⁴²

Porte Petit da a conocer la fórmula donde se resume la ausencia de tipo: Nullum Crimen sine tipo; la tipicidad como ya lo dijimos, es la no adecuación de la conducta con la hipótesis de la norma. Se puede señalar como hipótesis:

- a) Si no se emplean los elementos específicamente requeridos.
- b) Por falta del número o las calidades requeridas por la ley en los sujetos activo o pasivo, o en ambos.
- c) Ausencia de los objetos jurídico o material.
- d) Inexistencia de las referencias especiales o temporales.

La antijuricidad es estudiada como la violación al derecho y como elemento del delito, es decir: una contradicción al total ordenamiento positivo.

La antijuricidad, es un elemento del delito y entiéndase por ella, la conducta adecuada a un tipo penal, cuando no existe causa de justificación.

⁴² Jiménez Huerta, Mariano; La Tipicidad; Porrúa, México, 1980. P.81.

Existen dos criterios seguidos por la mayoría de los autores al hablar de culpabilidad; unos, los psicólogos, la conciben como un vínculo entre la voluntad y el resultado; así Porte Petit define a la culpabilidad: "Como el nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto", y el maestro Castellanos Tena como: "El nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". Jiménez de Asúa dice: "En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."⁴³

2.3 VALIDEZ ESPACIAL

Normalmente la función represiva del Estado se lleva a cabo dentro de su territorio, en esa forma los límites de éste son también los del imperio de sus reglas jurídicas, sin embargo, con frecuencia surgen problemas con respecto a la norma aplicable a situaciones que tuvieron por escenario el territorio de un país extranjero o en zonas internacionales.

Fernando Castellanos, destaca que si en la antigüedad constituyó una preocupación constante la reglamentación de la Ley Penal en el espacio, con miras, no sólo a la defensa de un Estado sino de varios, en los tiempos modernos, con la facilidad de las comunicaciones, el problema se ha agudizado. De esa necesidad así sentida ha surgido el llamado Derecho Penal Internacional, nombre dado por Bentham. Luis Jiménez de Asúa lo define, como el conjunto de reglas de Derecho nacional, sobre la aplicación de la ley en el

⁴³ Cfr. Romo Medina, M.; op.cit.p.53.

espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados. Es verdad, como lo afirma el mismo autor, que entre el título y el contenido existe profunda incongruencia, pues las normas integrantes del pretendido Derecho Penal Internacional son reglas de Derecho Interno; para que pudiera hablarse con propiedad de un Derecho Penal Internacional precisaría estuviera integrado por un conjunto de normas o tratados capaces de imponerse, aun por la fuerza, a los países signatarios.

Debe reconocerse, sin embargo, que el Derecho Internacional (con independencia de que se le considere o no en estricto rigor, auténtico Derecho) se integra por principios del más elevado valor normativo, con la finalidad de dar solución pacífica a los problemas entre los Estados. Por otra parte, nuestra Constitución, las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la Ley Suprema de la Unión.

Derecho Internacional o Derecho de Gentes, afirma César Sepúlveda, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los Estados entre sí, o mejor dicho, las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional. Señala que en ninguna rama del Derecho se ha observado tanta discusión en cuanto a su carácter jurídico, como el Derecho Internacional; entre este y los atributos del Derecho Estatal hay quienes pretenden una comparación rigurosa, con el deseo de que ambos coincidieran en sus características y al no encontrar esa correspondencia, le niega al internacional carácter normativo. Para el citado tratadista, solo en la idea de comunidad jurídica de estados puede encontrarse la esencia y la propia naturaleza del Derecho Internacional. La comunidad internacional, por sí misma, ya presupone valores hacia donde debe orientarse el Derecho, tanto el interno como el Internacional.

Para resolver los problemas sobre aplicabilidad de las leyes penales, se invocan diversos principios; uno de ellos es el llamado territorial, según el cual, una ley debe aplicarse únicamente dentro del territorio del estado que la expidió sin importar la nacionalidad de los sujetos a quienes haya de imponerse; de acuerdo con el principio personal, es aplicable la ley de la nación a la que pertenece el delincuente, con independencia del lugar de realización del delito; el principio real atiende a los intereses jurídicamente protegidos y por ello es aplicable la ley adecuada para la protección; conforme al principio universal, todas las naciones tendrían derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno, en tanto estuviera a su alcance el delincuente.

“La sola enunciación de estos principios dice Villalobos, permite apreciar que se trata de proposiciones hechas para resolver el problema, sin que de manera alguna sea fácil admitir su conciliación o la convivencia de tales formulas respecto a las mismas leyes y a la misma clase de hechos, puesto que sus términos expresan la contradicción. La que se justificará o se hallará irrefutablemente fundada en la razón, sería la única que pudiera constituir un principio... Los principios son verdades o fundamentos de razón de donde hacen derivar las conclusiones o segundas proposiciones de una ciencia o una técnica; no puede haber verdades contradictorias... frente al principio que afirma que las leyes de un Estado solo pueden tener efecto en su propio territorio, es ilógico admitir, cualquier formula de lo contrario... si la verdad es una, habrá que pensar bien los motivos y las

razones antes de aceptar un principio; pero aceptado o establecido, hay que reconocer que solo puede ser uno en una misma cuestión.”⁴⁴

La ley mexicana se acoge a diversos principios, pero en términos generales sigue el de territorialidad. Aún cuando etimológicamente la palabra territorio significa algo relativo a la tierra tratándose del Estado, su territorio no está formado únicamente por el suelo, sino también por el subsuelo, la atmósfera, una faja de mar a lo largo de las costas y la plataforma continental.

Se llama territorio del Estado a todo el espacio sobre el cual éste ejerce normalmente su poder; es el campo de imperio del poder de Estado. Conforme al artículo 42 de nuestra Constitución, el territorio de la República comprende el de las partes integrantes de la Federación y, además, el de las islas adyacentes en ambos mares, incluyendo los arrecifes y cayos; el de las Islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el océano Pacífico; la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes, las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional, y las marítimas interiores; y el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que especifica el propio Derecho Internacional.

El artículo 1º del actual Código Penal Federal dispone: “Este Código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal. El precepto fija expresamente el ámbito de validez espacial de la ley penal. De su redacción parece

⁴⁴ Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano; Porrúa, México, 1980, p.148.

despenderse que el Código Penal Mexicano se inspira únicamente en el principio de territorialidad.

El artículo 2º dice: " Se aplicará asimismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y II. Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron ." De la primera fracción pueden derivarse dos situaciones: a) Que el delito se inicie o se prepare en el extranjero, pero efectivamente se cometa en México; y b) Que el delito se consume en el extranjero, pero sus efectos lesionen el derecho patrio, para esta segunda hipótesis, Francisco González de la Vega anota como ejemplo la falsificación de moneda mexicana en el extranjero.

En el primer caso contemplado por la fracción I, se sigue el principio de territorialidad, ya que se infringen las normas jurídicas patrias. En el segundo, se aplica el principio real y por lo tanto, se acepta la extraterritorialidad de la ley mexicana.

La fracción II, al permitir la aplicación de la ley mexicana a situaciones acaecidas fuera de nuestras fronteras, se acoge a la extraterritorialidad. Nótese que en un mismo artículo se siguen dos principios diversos.

El artículo 3º establece: "Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos

continuados.” Surge de nuevo el principio territorial, porque al prolongarse en el delito continuo o permanente la conducta ilícita, infringe, dentro de nuestra patria, las normas jurídicas nacionales. Tratándose del continuado también opera la territorialidad, al realizarse en la República alguna de las conductas que lo integran.

Según el artículo de nuestro ordenamiento punitivo, el delito es “permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.”

El artículo 4º del Código Penal preceptúa: “Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República; II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que se ejecutó y en la República. “Este precepto –dice González de la Vega – en su primera hipótesis (delito cometido por mexicano en territorio extranjero), admite el principio o estatuto personal, sea por respeto al vínculo de fidelidad que debe unir al subsidio con su Estado, sea porque no es posible concebir que un Estado se transforme en seguro refugio para sus nacionales autores de crímenes fuera de su frontera, o sea porque esta regla de persecución es la justa contrapartida de la no extradición de nacionales, práctica indudable de la mayor parte de los países. Pero la ley patria rige el acto delictivo en forma supletoria o condicionada a la reunión de los tres requisitos marcados en el precepto. La segunda hipótesis (delito cometido en territorio extranjero contra mexicanos) está fundada en la obligación del

Estado de proteger a sus propios nacionales donde se encuentran...” Aquí nuevamente se advierte la aplicación extraterritorial de la ley mexicana.

El artículo 5º, Establece: “ Se considerarán como ejecutados en territorio de la República: I. Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente n ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto; III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbase la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme a derecho de reciprocidad; IV. Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en el territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores y V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.”

a) Buques mercantes. González de la Vega estima que los delitos cometidos en buques mercantes abanderados como mexicanos en mar libre, por ficción legal, se reputan cometidos en territorio de la República, debido a la ausencia de soberanía directa, respetándose la simbolizada bandera.

La ficción cede cuando el buque

se encuentra surto en puerto o en aguas territoriales extranjeras, en cuyo caso solo serán considerados como realizados en territorio patrio, los delitos no juzgados en la nación en que se cometieron (extraterritorialidad).

por el Derecho; ahí es el sitio en el cual tiene eficacia la ejemplaridad de la pena y donde normalmente existen las pruebas necesarias para la instauración del proceso respectivo.

Jiménez de Asúa escribe: "La extradición es la entrega del acusado o del condenado, para juzgar lo o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en que en que buscó refugio." Cuello Calón afirma: "La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega un individuo refugiado en su territorio al gobierno de otro país que lo reclama por razón de delito, para que sea juzgado, y si fue condenado, para que se ejecute la pena o la medida de seguridad impuesta." El propio Cuello Calón justifica esta institución por su necesidad para la realización de la defensa social contra la delincuencia, mientras Garud sólo ve en ella la reciprocidad entre los Estados. Nosotros creemos, con Jiménez de Asúa, que no se trata de una simple reciprocidad entre los países, sino de un verdadero acto de asistencia jurídica entre ellos, pero basado en la necesidad de asegurar la defensa contra la delincuencia.

Los tratados de extradición son meros convenios mediante los cuales los Estados se comprometen, recíprocamente, a entregarse determinados delincuentes previo el cumplimiento de algunas formalidades..

2.4 VALIDEZ TEMPORAL

Las instituciones jurídicas como obra de los hombres, están llenas de imperfecciones, por lo tanto la ley que no solo crea y de forma a las instituciones, sino que además pretende limitar el comportamiento del hombre sometiendo su conducta a supuestos encaminados a armonizar la vida social, también está sujeta a esas imperfecciones, y más aún, cuando el tiempo marca usos y costumbres que pretenden ser aceptados o rechazados dependiendo de los nuevos pensamientos y circunstancias que surgen en determinadas comunidades; y siendo la ley el producto de un conjunto de factores de diversa índole y naturaleza, cuya pretensión es regir situaciones futuras, es lógico que surja en un momento dado la necesidad de su reforma o de su total substitución, al variar aquellos factores que le dieron vida, toda vez que las leyes como los hombres, nacen, viven y mueren. En ese sentido la ley penal, como cualquiera otra tiene validez desde que surge su obligatoriedad, a raíz de su publicación (desde la iniciación de su vigencia), hasta su derogación o abrogación. Por lo mismo, la vida de la ley abarca desde su nacimiento hasta su extinción o muerte. De lo anterior se desprende como principio básico, que la ley rige para los casos habidos durante su vigencia, lo que implica su inoperancia para solucionar situaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la misma.

La derogación y la abrogación marcan el límite terminal de la vigencia de la ley, en el lenguaje jurídico, los términos derogación y abrogación se usan en ocasiones como sinónimos, queriéndose con ellos designar el fenómeno por el cual cesa la vigencia de la ley en forma parcial o total. Técnicamente, sin embargo, son conceptos distintos, pues mientras derogar significa quitarle una parte a la ley, abrogarla equivale a suprimirla totalmente.

El principio básico general de la validez temporal de la ley penal, encuentra consagración en el artículo 14, párrafo segundo de nuestra constitución: “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”, ello significa, que el hecho ilícito penal, deberá ser juzgado y castigado, precisamente por la ley vigente en el momento de cometerse.

Sin embargo, la excepción al principio básico que rige la validez temporal de la ley penal, conocido como el de retroactividad de la ley penal más benigna, se infiere de la interpretación a contrario sensu del presentado artículo 14, párrafo primero, que declara: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, excepción reconocida en forma unánime por la doctrina y el derecho positivo.

2.5 VALIDEZ PERSONAL

Tomando en cuenta la esclavitud, diferencia de razas o ednias y condición social de las personas, este principio es de aplicación relativamente reciente y su valor no deja de ser puramente informativo ya que, como se vera más adelante, tiene dos fundamentales excepciones al principio de igualdad ante la ley, ya que, el moderno derecho penal afirma la igualdad de los súbditos ante la ley, pues está se dirige a todos, sin excepción, lo que hace impersonal, atributo propio y fundamental derivado de su naturaleza pública y general, sin embargo, son dos las excepciones de referencia, una de Derecho

Internacional Público: **la inmunidad diplomática** y la otra de Derecho Internacional Público Interno **el fuero**. La inmunidad supone inaplicación absoluta de la Ley Penal y se la refiere a la persona de los representantes diplomáticos de países extranjeros, no obstante, la inviolabilidad absoluta no ha sido reconocida, en forma unánime, a pesar de constituir la corriente más aceptada.: algunos ilustres autores del Derecho de Gentes han limitado su alcance, estableciendo excepciones para aquellos casos de actividades sediciosas, excitación a la rebelión, conspiración, etc., que ponen en peligro la Integridad del Estado ante el cual se encuentran acreditados tales representantes diplomáticos, puesto que, afirman, la inmunidad diplomática protege a la persona en razón de su investidura, poniéndola a salvo de cualquier acción que interfiera con su alta misión, pero no le proporciona impunidad. Y la otra de Derecho Público Interno: **El fuero**; el cual es un privilegio de la persona, en razón de la función que desempeña, frente a la ley penal. Quien goza de fuero es responsable de los hechos delictivos cometidos, pero para serle aplicadas las sanciones respectivas debe, previamente, ser despojado de su privilegio, o bien satisfacerse determinados requisitos con antelación a su procesamiento.

CAPITULO III

TEORIA DE LA PENA

Hasta la fecha, son pocas las excepciones de los juristas mexicanos que se han centrado en el estudio de la teoría de la pena, en la teoría de la ley penal se han excluido, precisamente el tipo y la punibilidad, elementos básicos de la norma jurídico-penal. En este contexto todo parece sugerir que la teoría del delito conduce a la consolidación de la teoría del derecho penal, y que a través de ésta, se desarrolla la ciencia del derecho penal.

Al núcleo contenido en esta perspectiva, lo sostiene una visión positivista: casi todo el discurso jurídico es un discurso dogmático que analiza el contenido y la estructura de los delitos, sin cuestionar las normas que lo fundamentan, inquietudes formalistas- sin duda válidas, pero insuficientes- ocupan el lugar de la reflexión sobre el por qué y el para qué del ius peónale.

Por lo expuesto, en el presente capítulo se hace una revisión de tres aspectos fundamentales de la Teoría Penal: la punibilidad, la punición y la pena en sí misma.

3.1 CONCEPTO

La teoría del derecho penal elaborada en México, con escasas salvedades se ha restringido, en la parte general, al estudio de las generalidades del delito, y en la parte especial, a la disección de las hipótesis delictivas contribuyendo, por tanto, a silenciar un posible debate sobre la justificación de textos legales fundamentales de los delitos. Si pues,

a pesar de que la pregunta acerca del sentido y los límites de la pena estatal se ha planteado, sin perder actualidad en todas las épocas y lugares, y a pesar, de que esa pregunta en definitiva, se plantea el problema de la legitimación del derecho penal (el problema central del derecho penal), hasta ahora no ha sido capaz de llevar el interés de los juspenalistas mexicanos más allá de los ámbitos de la teoría del delito.

En cualquier caso, la postura positivista, es un obstáculo para abandonar la pasividad conformista que parece circunstancial a la dogmática. Si lo que interesa es tan sólo explicar cómo son los delitos, parece explicable que no se requiera plantear cuestionamientos sobre las sanciones.

En sus Apuntamientos de la parte general del derecho penal,⁴⁵ Porte Petit, anota que dicha parte consta de introducción, teoría de la ley penal, teoría del delito, teoría del delincuente y teoría de la pena y medidas de seguridad. No obstante, la obra se constriñe a la introducción, la teoría de la ley penal y la teoría del delito. Ni la teoría del delincuente, ni la de la pena y medidas de seguridad han sido abordadas por el prestigiado jurista, a pesar de que la primera versión de los Apuntamientos (publicada en Multilith 1959), y el libro ha sido reeditado posteriormente en varias ocasiones.

⁴⁵ Porte Petit, Celestino; Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969.

En el primer tomo "Introducción al estudio de las figuras típicas", de su monumental *Derecho Penal Mexicano*⁴⁶, Jiménez Huerta dedica apenas un puñado de páginas (menos de una decena, en un libro de 503 páginas) a la punibilidad.

Carrancá y Trujillo, se ocupa de la pena con relativa amplitud: le dedica seis de los treinta y un capítulos.

En sus *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*,⁴⁷ Castellanos Tena, dedica trece páginas al capítulo sobre la pena y las medidas de seguridad. En suma existe una desproporción acentuada en la dedicación de los juspenalistas en relación a la teoría del delito y la teoría de la pena. Esta ha sido desdeñada; cuando no se le ha abordado, eludiendo los cuestionamientos críticos sobre la inquietante problemática de su legitimidad.

Tal parece que los penalistas mexicanos aún no se planteaban la inquietante pregunta que da título a un polémico ensayo de Enrique Gimbernat: ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico- penal?⁴⁸ Más inquietante- angustiosa- es la pregunta de Mir Puig : " si contemplamos la labor dogmática... con la finalidad aclaratoria y sistemática, ¿ no puede parecernos en un momento de pesimismo que los mismos parecidos resultados podrían conseguirse con sólo una lectura inteligente del Código Penal?⁴⁹ ...

⁴⁶ Jiménez Huerta Mariano; *Derecho Penal Mexicano*, I, Introducción al estudio de las figuras típicas; Porrúa, México, 1977.

⁴⁷ Carrancá y Trujillo Raúl; *Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Porrúa, México, 1977.

⁴⁸ Gimbernat, Ordeig, Enrique; ¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?, en *problemas actuales de derecho penal y procesal*; España, 1971, pp.87-119.

⁴⁹ Mir Puig, Santiago; "Dogmática creadora y política criminal", en *Revue Internationale de droit penal*, número 1, 1978, p.216

Frente a esa ausencia, se trata no de definir las sanciones penales y enumerarlas, sino de ir perfilando respuestas a los grandes problemas que aquéllas plantean: a) el sentido y los límites de la sanción penal, b) la fundamentación constitucional, c) las instancias en las que surgen, d) el problema de la legitimación, e) los criterios para determinarlas cuantitativa y cualitativamente, f) las definiciones, g) la finalidad perseguida y, h) los denominados sustitutivos penales.

Como consecuencia de la problemática planteada por las sanciones penales, lo primero que hay que abordar es la pregunta acerca del sentido de la pena estatal que “se plantea, nueva en todas las épocas”. En efecto, no se trata, en primer término, de un problema teórico, ni de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos, sobre el sentido de ésta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: ¿Cómo y bajo que presupuestos, puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado, prive de la libertad en su existencia social?. Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal: de ahí que no nos podamos conformar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo, exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados.⁵⁰ Parece inevitable la referencia- breve- a las teorías que se ocupan de la aludida interrogante. “Si se reduce la ilimitada literatura filosófica y jurídica a sus posiciones fundamentales, resulta que hasta hoy, no se han propuesto más que tres soluciones a nuestra pregunta inicial.”⁵¹

⁵⁰ Roxin Claus, Problemas básicos del derecho penal; Reus, España, 1976.p.11.

⁵¹ Ibidem, pp: 11 y 12.

a) La teoría de la retribución, se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor del delito, debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de alcanzar la justicia. La intervención del Estado restablece el derecho lesionado. El discurso retribucionista está sustentado en la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana. De lo que se trata, en rigor, es de fundamentar la necesidad de la pena. La teoría de la retribución no la fundamenta: la presupone.

De manera radical estima que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica por qué toda culpabilidad tenga que retribuirse con una pena.

Por otra parte, la posibilidad de culpabilidad presupone la libertad de voluntad (libre albedrío o libertad psicológica). Y esta idea es indemostrable, o por lo menos no ha sido, según la admirable formulación utilizada por Ashley Montagu:

“... las complejidades de la conducta humana son tales, que se prestan fácilmente a tergiversaciones de todo tipo. Precisamente porque los fenómenos de la conducta humana son tan difíciles de analizar, y es, en parte, por lo que se reciben con tanta avidez las explicaciones fáciles.”⁵²

Finalmente es muy conocida otra objeción a la teoría de la retribución: la idea retributiva compensadora sólo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente, es incomprensible que el mal cometido (el delito) pueda borrarse con un segundo mal (la pena).

⁵² Montagu, Ashley; La naturaleza de la agresividad humana; Alianza Universitaria, España, 1978, p.61

b) La teoría de la prevención especial- sustentada en el positivismo italiano y desarrollada en Alemania por Franz Von Liszt- no quiere retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable o haciendo inofensivo al privado de la libertad, al que no es corregible ni intimidable. La teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable: podemos ser corregibles o al menos, se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente. No puede soslayarse una segunda objeción: si no existe peligro de que el delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena.

El ejemplo más contundente es en este momento, el de los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto, no necesitan de “resocialización” alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes?⁵³

La idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justicia. ¿Por qué ha de obligarse a los individuos a aceptar determinadas formas de vida?..

c)La teoría de la prevención general, no considera que el fin de la pena sea retributivo, correctivo o asegurativo, sino que su objeto radica en los efectos intimidatorios sobre la generalidad. Por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide

⁵³ Roxin Claus, op.cit., p.16.

el establecimiento de sanciones lo más graves posible. Por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido comprobar el efecto intimidante de la pena. Además, en sentido estricto ¿Cómo justificar que se castigue a un individuo no en consideración a sí mismo, sino en consideración a otros?. Por el contrario, un orden jurídico que no considere al hombre objeto utilizable, hace emerger la necesidad de que no se le instrumentalice de esa manera.

d) La teoría unificadora, se plantea adecuadamente la insuficiencia de las tres teorías reseñadas, pero, sin subestimar el valor de su distancia ante ellas, lo que ha hecho es tan sólo yuxtaponer tres concepciones distintas, y esto "...no sólo destruye la lógica inminente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de la aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo."⁵⁴

La más grave objeción a las teorías sobre la pena es que ninguna de ellas ha propuesto cuándo se justifican las sanciones penales. En otras palabras, las tres teorías quieren explicar para qué sirve la pena, pero no a qué hechos debe de aplicarse. Tal insuficiencia se refuerza por el hecho de que se habla de las sanciones penales sin advertir su estructura dinámica, que se configura por tres niveles o instancias distintos: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. La lógica indica que no se le puede dar el mismo tratamiento a conceptos que pertenecen a niveles conceptuales diferentes. El tratamiento dentro de un marco conceptual determinado es precondition de proposiciones acertadas.

⁵⁴ Ibidem, p. 19

En palabras de Roxin, "...el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y estas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado."⁵⁵ Elpidio Ramírez, obsesionado siempre por el rigor, se percató de que para cada uno de los niveles hay que emplear un lenguaje distinto: punibilidad (instancia legislativa), punición (instancia judicial) y pena (instancia ejecutiva).⁵⁶

Aunque tradicionalmente se ha hablado de la pena, hay razones suficientes para distinguir entre los distintos estados en los que tienen existencia las sanciones penales. Considerar, que estos distintos estados se estructuran unos sobre otros, permitirá recuperar en cada etapa los principios de la precedente. Se ha visto que las teorías de la pena a que se ha hecho alusión, consideran en forma parcial las sanciones penales, y ésta es la razón del carácter excluyente con el que plantean los fines de aquéllas: la teoría de la prevención general ve hacia las conminaciones legislativas, la de retribución se enfoca a la sentencia de la prevención especial y atiende a la ejecución. Estas consideraciones desagregadas parecen ignorar las múltiples modalidades que autorizan la diferenciación entre punibilidad, punición y pena. Cada una de ellas, debiera ser obvio, implica una intervención estatal en la libertad del individuo. Puede afirmarse, sin temor a equivocación, que la no diferenciación de niveles, en el aspecto que ahora se aborda, como en muchos otros, ha sido un obstáculo en el avance de la teoría jurídico-penal. Es significativo, al respecto, que el tipo y la punibilidad suelen estudiarse en la teoría del delito.

⁵⁵ *Ibidem* p.20

⁵⁶ Ramírez, Elpidio; *Punibilidad, punición y pena*; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1978, p.6

Localizar el fundamento constitucional de la punibilidad, la punición y la pena, permitirá determinar el marco dentro del cual han de plantearse, y formular los criterios cuantitativos y cualitativos que han de observarse en cada una de las instancias en que se dan las sanciones penales. El artículo 14 Constitucional, en su párrafo tercero, prescribe": En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no sea decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. El artículo 17, señala: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia..." Artículo 18, párrafo segundo, primera parte: "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". Artículo 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..." El artículo 22, en su primer párrafo: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales." Y en su párrafo tercero: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar". Artículo 23: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver la instancia. El artículo 39, todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste..."

Artículo 49 en su segundo párrafo: “ No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación...” Y finalmente, el artículo 9: “Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes... XIV. Conceder, Conforme a las leyes, indultos...”

3.2 LA PUNIBILIDAD

La punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente, por la magnitud de ataque a éste.⁵⁷

Los dos integrantes de la norma jurídico-penal son el tipo y la punibilidad. La punibilidad, por ubicarse en el mundo normativo, tiene las mismas características que el tipo: a) generalidad, por que se dirige a todos los individuos; b) abstracción, pues no se refiere a un caso concreto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma, y c) permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma. Punibilidad es conminación de retribución penal. Formulada por el legislador para la defensa de intereses sociales determinados que se busca tutelar. La punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico-penal sustantiva. Al amenazarse con un mal condicionado a la culpable concreción de un tipo legal, se está formulando una norma jurídica, pues a fin de cuentas esta amenaza es lo que determina la existencia de la prohibición o el mandato contenido en el tipo legal; sin punibilidad, los textos legales serían, tan sólo expresión de deseos (buenos deseos en el mejor de los casos) del legislador.

⁵⁷ -(b) *Ibidem*, p.9

La punibilidad es previa a la comisión del delito. Ninguna conducta constituye delito sino está prevista por un tipo legal al que se asocia una determinada punibilidad. La punibilidad existe con independencia del delito: la punibilidad está en la forma y ahí permanece se cometan o no delitos. El señalamiento de varios autores mexicanos de que la punibilidad es una consecuencia del delito, parece dudar de la confusión de niveles en los que se localizan las sanciones penales.⁵⁸ Lejos de la verdad está tal afirmación, pues la comisión de un delito no lleva a los legisladores a reunirse a elaborar punibilidades, mediante el proceso legislativo. Por el contrario, para que una conducta pueda ser considerada como delito, se requiere- como ya se apuntó- que la misma este conminada en la norma. Ello significa que la norma jurídico-penal es fundamentadora del delito y por ende previa a éste. Por otra parte, frente a la afirmación de que la punibilidad es elemento del delito,⁵⁹ bastaría comprender que aquélla pertenece al mundo normativo y éste al mundo fáctico. No podría un ente normativo ser elemento de un ente fenoménico. Debiera ser claro también, que los elementos del delito surgen con el delito mismo y la punibilidad, es previa al delito, es impensable que sea elemento del mismo. La punibilidad no es privación de un bien. Es tan sólo, una advertencia que lanza el legislador sin saber, es obvio a quien va aplicarse.

Cuando se cuestiona sobre la legitimación de la punibilidad, lo primero que tenemos que preguntarnos es qué puede prohibir el legislador, es decir, qué conductas

⁵⁸ Entre otros, tal opinión, es sustentada en sus obras, por: Celestino Porte Petit y Fernando Castellanos Tena.

⁵⁹ Blasco y Fernández de Moreda, "Nuevas reflexiones sobre las características del delito", en *Criminalia*, ix, pp. 436 y ss.

deben ser conminadas con la amenaza penal. Hoy ya no puede pensarse en que alguna función estatal tenga fines divinos o trascendentales. Esa visión mistificante no resiste un análisis: esos fines no son cognoscibles objetivamente, y si sólo se suponen, la suposición válida será la del que tenga la fuerza de imponerla. De ninguna manera, podría aceptarse que mediante la punibilidad se buscara la corrección moral. Sería inacabable la lista de conductas que, desde la óptica de la moral dominante, podrían descalificarse éticamente. Pero además-y esto es lo más importante-, no puede considerarse con seriedad que el Estado esté legitimado para imponer determinadas pautas morales.

En atención al fuerte impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Como es fácil comprender, si bien las conductas inmorales-respecto de los valores dominantes- han de tolerarse en una sociedad plural, cuando están en juego las aludidas condiciones, es obvio, surge la necesidad de la ley penal. Esta necesidad no surge de la voluntad legislativa. Más que un asunto de voluntad, los ejes definitorios están dados por las perspectivas observables en la vida en sociedad. Si se puede tolerar incluso cierta antisocialidad, difícilmente podría decirse lo mismo de las conductas que atentan contra bienes tales como la vida, la salud, la libertad.

Estas conductas, de no ser prohibidas nos harían vivir la ley de la selva. Nadie puede esperar, es cierto, que las normas penales las eviten por completo, pero lo cierto es que alguna influencia han tenido en la preservación de una coexistencia civilizada. La punibilidad, así, tiene un fin de prevención general. No puede ignorarse por otra parte, que el derecho penal tiene un carácter subsidiario por lo que no se puede echar mano de él

allí donde basten para garantizar las indispensables condiciones de subsistencia social. La ley penal debe ser funcionalizada hasta convertirse en un catálogo comprimido de conductas y sanciones. Este planteamiento no es novedoso y puede parecer muy trillado. No debe pasarse por alto, sin embargo, además de la frecuente ausencia de claridad de su formulación, que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas que, en definitiva, no dañan interés social alguno. El hecho de que se sigan tipificando, por ejemplo, el adulterio o la vagancia y malvivencia, sirve para justificar la reiteración.

Tipificar conductas que no lesionan o ponen en peligro esas condiciones va en contra del mandato establecido por el artículo 39 Constitucional, que establece que el poder público se instituye (y, por tanto, se ejerce) en beneficio del pueblo. No se ejercerá pues el Poder Legislativo en favor del pueblo, sino en su contra, si se tipifican conductas no acordes a la realidad social, por lo tanto si el papel rector del derecho penal es el de preservar las condiciones mínimas de subsistencia, entonces deben tipificarse las conductas que atentan contra estas condiciones sin omitir la tipificación de ninguna de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

La tipificación de esa clase de conductas no es suficiente para que la punibilidad quede legitimada. Toda vez que esta, como integrante de la norma, busca la tutela de intereses sociales (bienes jurídicos), y éstos tienen diverso valor, la punibilidad debe expresar ese valor. Más aún, el bien jurídico debe visualizarse como un objeto "que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad."⁶⁰ Esta postura conlleva a la necesidad de

⁶⁰ Islas Olga y Ramírez, Elpidio; Lógica del tipo en el derecho penal; Editorial Jurídica Mexicana, 1970, p.42.

una jerarquía y una discriminación en subconjuntos de los bienes jurídicos. Todos ellos son dignos de protección, pero no se oculta la diversidad de su valía. Nadie puede dudar, pongamos por caso, que el bien jurídico tutelado en el tipo de violación es de mayor importancia que el protegido en el tipo legal de injurias. Jiménez Huerta escribe:

“Es la vida humana el bien que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente...La vida humana ocupa, pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida, salen sobrando todos los demás valores humanos. De ahí que en los modernos tiempos las leyes punitivas sancionen con las más graves penas el hecho de segar la vida del hombre, pues éste es, como Teihard Cardin ha dicho, eje y flecha de la evolución del mundo.”⁶¹

Es lamentable observar, que este principio del derecho penal, entra en conflicto, en múltiples ocasiones, en los códigos de nuestro país con las directrices seguidas por el legislador. En el Código Penal para el Distrito Federal- verdadero modelo de los códigos de los diferentes estados de la República, en términos generales- se observa que la punibilidad asociada a los tipos que tutelan bienes patrimoniales, puede dar lugar a que la punición por un delito de esta índole sea mayor que la punición por un delito de homicidio simple doloso, no obstante que el bien lesionado en éste, es más importante que ningún otro. En efecto, el Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a los tipos patrimoniales, sigue el sistema

⁶¹ Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano II. La tutela penal de la vida e integridad humana; Porrúa, México, 1975, pp. 17 y 18

de establecer punibilidad de acuerdo con la cuantía del bien. En el caso del robo, verbigracia, si el valor de lo robado no excede 100 veces el salario, la punibilidad es hasta de dos años de prisión y multa hasta de 100 días de salario; si excede de 100 veces pero no de 500, la punibilidad es de dos a cuatro años de prisión y de 180 días de multa, y si excede de 500 veces, la punibilidad de multa. Ahora bien, si el robo recae sobre un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por persona alguna, existe una punibilidad adicional: de tres días a diez años de prisión. Si un individuo roba un automóvil (que en la actualidad necesariamente tiene un valor a los 500 días de salario), la punibilidad aplicada es de cuatro a diez años de prisión, multa de 180 a 500 veces el salario y, además, de tres a diez años de prisión. Si el juez decide imponer, por ejemplo seis años de prisión por el monto y tres por la agravante (independientemente de la multa), la punición para este robo sería más alta que mínima. Esta desproporción monstruosa, si bien se concretiza a nivel judicial, es posible a nivel legislativo.

En el código Penal de Veracruz- que no puede dejar de citarse por ser tan reciente, aunque por desgracia no tan moderno, y por que en su elaboración intervinieron prestigiados juristas, penitenciaristas y criminólogos- tampoco hay un respeto cabal al principio de equivalencia entre bien jurídico y punibilidad. No obstante que en la exposición de motivos se indica que: "...el Código Penal si bien protege a la sociedad fundamentalmente, no puede perder nunca de vista el sujeto del delito que también forma parte de la misma sociedad y que debe ser protegido por la propia ley, por que tanto lesiona la sociedad un ilícito como que el Estado se ensañe con su fuerza con el agente del delito

por no estar previsto en la ley un justo equilibrio de los valores éticos individuales y sociales que deben protegerse con estas normas.”

No obstante esta indicación, se encuentra, por ejemplo, que mientras el homicidio doloso tiene una punibilidad de seis a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos (artículo 109), al tipo de secuestro se le asigna una punibilidad de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, y al terrorismo de tres a treinta años de prisión y multa hasta de cien mil pesos, y suspensión de derechos políticos hasta por cinco años. Es de hacerse notar que la punibilidad máxima del terrorismo es precisamente, el doble de la del homicidio.

No parece estar equivocada Lolita Aniyar cuando escribe, refiriéndose a las conminaciones penales, que “son desproporcionadas y proyectan luz sobre los verdaderos intereses que representan.”⁶² Cabe decir que el Estado, al ejercer el ius puniendi, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad. Pero los ejemplos que hemos citado no revelan, como podría pensarse una contraposición entre Estado (en ejercicio del ius puniendi a nivel legislativo) y sociedad, sino más particularmente, entre Estado y determinadas clases sociales.⁶³

⁶² Aniyar, Lola; El proceso de criminalización; ponencia en el primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Venezuela, noviembre de 1992.

⁶³ Sobre este tema, véase la obra de Poulantzas, Nicos: Poder político y clases sociales en el Estado capitalista; Siglo XXI, México, 1973.

Otra variante en la terminación cuantitativa de la punibilidad es la que atiende a la conducta sea dolosa o culposa. Se considera que la conducta dolosa tiene un contenido más grave. Sin embargo, algunos autores ponen en tela de juicio esta viejísima y aceptada creencia. Lolita Aniyar objeta la baja punibilidad (de seis meses a cinco años de prisión) que el Código Venezolano asigna al homicidio culposo por que entiende que éste demuestra "...una verdadera conciencia despreciativa del máximo valor humano... es el máximo desafío de la indiferencia a los esfuerzos de la humanidad por afinar sus sentimientos de solidaridad social..."⁶⁴ Antonio Beristain, propone una revaloración de la actitud del legislador penal ante los delitos culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos.⁶⁵

Finalmente constituyen criterios para la determinación cuantitativa de la punibilidad: la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico, la clase de personalidad del sujeto activo y el punto crítico entre intervalos, para evitar las contradicciones entre éstos.

Por lo que se refiere a la determinación cualitativa de la punibilidad, es innegable que se ha abusado de la sanción privativa de libertad, no obstante que se ha señalado exhaustivamente su fracaso.⁶⁶

⁶⁴ Aniyar, Lola, op.cit.

⁶⁵ Beristáin, Antonio; "El delito de peligro por conducción temeraria", en Cuestiones penales y criminología; Reus, 1979, España, pp.281 y ss.

⁶⁶ Véase: Ruiz Funes, Mariano; La crisis de la prisión; Cuba, 1948.

3.3 LA PUNICION

La punición es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

La punición es la medida de punibilidad impuesta por el juez, a quien considera culpable de un delito, o en otros términos, es la imposición judicial de una pena. La punición no puede confundirse-como lo han hecho los juristas-ni con la punibilidad, ni con la pena.

Su fundamento es, justamente, la punibilidad. Dentro del intervalo más o menos amplio que establece el legislador, el juez se ve precisado a elegir en cada caso concreto, un punto específico.

El fin de la punición, es el reforzamiento de la prevención general, pues ésta se diluiría si no tuviera un respaldo real. La punibilidad no es suficiente para lograr una prevención general ahí donde las normas son letra muerta. Sin punición, esto es, sin la individualización de la punibilidad, las normas tienen una precaria sustentación pues aún cuando contienen conminaciones, éstas, no producen las consecuencias deseables si sabe que no serán actualizadas. La eficacia de las conminaciones penales es impensable si entre los individuos hay la convicción de que jamás serán realizadas. La eficacia normativa está vinculada a que las concertaciones de las figuras típicas, produzcan consecuencias para el autor. Un combate contra las arbitrariedades policíacas, por ejemplo, no puede tomarse en

serio si ellas quedan impunes. La punición amplía el carácter preventivo general del derecho penal. No hay intimidación sin punición.

Ahora bien, la intimidación puede lograrse, en el nivel judicial, imponiendo al delincuente los puntos máximos de la punibilidad. Sin embargo, no cabe duda de que tal proceder sería por completo ilegítimo. Se estaría instrumentalizando al sujeto, al imponerle castigos ejemplares sin atender a las motivaciones de su conducta. Es evidente que así como a nivel legislativo es menester trazar límites al ius puniendi, a nivel judicial también deben existir fronteras.

Moderadamente se ha rechazado el principio de retribución al tratarse la cuestión de que sanción individualizada debe imponer el juez. Y es que el término retribución, recuerda aquella etapa en la que se veía la sanción penal como una expiación.

Sin embargo, si se rebasa el plano abstracto de las propuestas ideológicas, habrá de admitirse que no es conveniente la retórica romanticista según la cual con la punición se está beneficiando al delincuente, ya que ésta consiste en la imposición de una pena, y aunque ésta debiera buscar la readaptación del delincuente, es por definición, privación de bienes. El papel de la punición conduce a rechazar que en su esencia se encuentre un bien para el sujeto. No obstante, la herencia histórica, poco favorece al término "retribución", si se quiere señalar límites al ius puniendi estatal en el estado judicial, nada mejor que introducir para ese solo fin el principio de retribución. El juez al dictar la punición, ha de tomar en cuenta toda la complejidad y densidad de la consideración fáctica, que de alguna manera, influyó en la conducta del sujeto, y de

acuerdo con esta capitulación ha de normar su criterio. En atención a estas circunstancias, radica que la punición no se convierta en un castigo arbitrario; ya que se estaría ante el principio de que la punición no puede rebasar la medida de culpabilidad.

La legitimidad de la punición depende, por una parte, de que el sujeto sea culpable en la comisión de un delito, y por otra, de que la pena impuesta no rebase su grado de culpabilidad.

De las consideraciones anteriores, surge una comprensión adecuada de que si la culpabilidad es totalmente inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal, con base a ella puede limitarse. El principio de retribución sin que lo hubieran imaginado sus creadores tiene un acierto definitivo. Quienes subestiman la función de garantía de la culpabilidad, lo hacen debido a una mala comprensión de su importancia ante los excesos judiciales. La creencia de que no puede medirse debiera ser clara, y se debe en buena parte, al abismo que separa a la construcción teórica de una adecuada política criminal.⁶⁷ El modelo lógico sugiere una manera de intentar tan importante medición.⁶⁸

El ordenamiento jurídico parte de la hipótesis de que los individuos gozan de libre albedrío, esto es, de libertad psicológica. Aunque son indudables las dificultades para probar esa hipótesis, y aun cuando fuera posible hacerlo, a nadie escapa que por ser un supuesto del que se parte, ha de considerarse un axioma, sobre el que hay que insistir:

⁶⁷ Bacigalupo opina que el principio de culpabilidad es "... poco más que una remisión a los sentimientos del juez", en "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-político criminal", en *Reveu Internationale de droit*, número 1, 1978, p.25

⁶⁸ Islas, Olga y Ramírez Elpidio; "El error en el modelo lógico del derecho penal", en *Derecho Penal contemporáneo*, número 38, Facultad de Derecho, UNAM, mayo y junio de 1970, pp.13-68

“Como es conocido, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del hombre (como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad), constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser, o si quizás, habría que caracterizar al homo sapiens más bien como un peligroso animal de presa o como una máquina complicada. Pero esto no cambia en nada el hecho de que los hombres de acuerdo con su relativa “ligazón a los instintos” y con la “apertura al mundo”, condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas, existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad, y de que, materialmente, no pueden por lo menos conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido, que ciertamente, no se puede probar con métodos de las ciencias naturales que sean (correctos), pero que tienen, total independencia de ellos, su legitimación en cuanto decisión para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho.”⁶⁹

El razonamiento transcrito posee, una admirable claridad, no se trata de una demostración científica, sino justamente, de un principio cultural. De ahí que el Estado carece de legitimación, en absoluto, para llevar su potestad punitiva a nivel judicial, más allá de lo que corresponde, en el caso concreto al reproche que puede formularse a un hombre capaz de asumir su responsabilidad. La conclusión es que el principio de culpabilidad cumple una función de garantía de primer orden. El concepto de retribución, por tanto, se utiliza a favor de los individuos y como una limitación del poder del Estado. Se trata, es evidente, de que aun cuando se considere que el individuo debe “pagar” por lo que hizo y el Estado, está facultado, en nombre de la sociedad a “cobrarse”, el “pago”, el

⁶⁹ Roxin, Claus, *op.cit.*, pp. 27 y 28

cual debe ser proporcional al daño causado. Estos razonamientos los recoge el artículo 17 de la Constitución, el cual señala que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia.

De lo anterior se desprende que aun cuando exista un recelo justificado respecto a la existencia de la libertad, no podrá negarse su fundamentación en el sistema normativo que, a su vez, parte de postulados esenciales de nuestra civilización. De ahí que el juez no pueda imponer sanciones ilimitadas ni aun cuando estas sean eficaces para los fines de prevención general o especial, pues con tal proceder, el Estado estaría sobrepasando el límite retributivo (se estaría haciendo pagar de más). Con los planteamientos que se han formulado, la idea de retribución se ve despojada del carácter autoritario y arbitrariamente represivo con que siempre se le había utilizado.

Si se entiende la idea de la culpabilidad, no hay duda de que la facultad punitiva estatal queda sometida y controlada dentro de límites de respeto a la libertad individual, sin la cual, carecería de sentido hablar de retribución y sería imposible estructurar una idea de culpabilidad.

La idea de culpabilidad como instrumento de protección frente al Estado, equivale, pues, a falta de legitimación de este para punir con mayor rigor de los que permitiría, en un caso concreto, el reproche que le fuera formulable al sujeto que no acató la prohibición penal en ejercicio de su libertad psicológica. Así la idea de culpabilidad está orientada en contra de prácticas antidemocráticas y represivas. No solo el artículo 17 de la Constitución ya aludido fundamenta una postura como la esgrimida: también el artículo 39

de la ley suprema, si se atiende a que ningún poder debe funcionar sino en beneficio del pueblo. Se advierte que una práctica judicial abusiva, conspiraría contra este precepto.

Está cada vez más extendido el reconocimiento de que nadie ha de ser castigado por su peligrosidad. Con independencia de las innegables dificultades para aprender lo que tal concepto significa,⁷⁰ si se considera que la potestad punitiva estatal a nivel judicial, está limitada por el grado de culpabilidad del sujeto, es inobjetable que éste no puede ser castigado en atención a lo que pueda hacer en el futuro.

Se conocen las consecuencias de la postura teórica peligrosista.⁷¹ Así por ejemplo, si lo que interesa es evitar que el peligro tenga oportunidad de desplegar su peligrosidad, sería válido apresurarse a imponerle una pena que exceda la reprochabilidad de su comportamiento. Si tal idea-con sustento en el positivismo criminológico italiano- es llevada a sus últimas consecuencias, se puede sancionar al peligroso por anticipado, esto es, predelictualmente, no obstante que la sanción pretenda ocultarse mediante el empleo del eufemístico término de "medida de seguridad".

La idea de culpabilidad, como una función de garantía está vinculada a esta obra: si el Estado carece de legitimación para punir más alta de lo que permite la gravedad de la conducta delictuosa del sujeto, a éste le corresponde "cargar" con la sanción, pues de otro modo, sin duda, se deformaría el principio de culpabilidad. El pensamiento expresado no parte de la idea de que, cometida una conducta antisocial, se enfrenta el interés

⁷⁰ Morris, Norval; El futuro de las prisiones; México, 1990, p.103

⁷¹ Sobre el riesgo de que el concepto "peligrosidad", se utilice para cometer arbitrariedades. Lima, María de la Luz; "La peligrosidad", en Criminalia, enero-junio, 1991, p.101

particular del enjuiciado al interés general de la colectividad. Cabe subrayar, que ante una conducta antisocial se contraponen dos intereses particulares, el del activo y el del pasivo, y el Estado debe satisfacer ambos intereses.

Se advierte aquí que, como resultado de su propia conducta, quien delinque está obligado a soportar la imposición de una pena, por que como miembro de la sociedad civil tiene que responder, no como se responde en las religiones, por un pecado, sino por la salvaguarda de la coexistencia social, en la medida de su culpabilidad.

En una palabra –apunta Roxin con precisión-, el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta en realidad contra la dignidad humana. Pues la eficacia protectora de este concepto consiste precisamente en que el particular, es para el orden jurídico, la medida de todas las cosas, en cuanto tiene que responder con su persona sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable.⁷²

3.4 LA PENA

El derecho penal, como su nombre lo indica, contempla diversas sanciones, penas o castigos para los distintos delitos que define.

⁷² Roxin, Claus; op.cit., p.29

Estos castigos que aplica el poder público a través de los órganos o autoridades competentes, privan al sujeto que ha delinquido, de algún bien que le pertenece.

Ese bien en los tiempos actuales, generalmente es la libertad, de la cual se le priva por medio de la pena de prisión, confinándolo a un sitio apartado de la sociedad y despojándolo también de algunos otros derechos que constituyen otra clase de bienes, como son el derecho de votar, la suspensión de sus derechos ciudadanos, la prohibición de ejercer su profesión (si la tiene) por determinado tiempo, etc. También suelen aplicarse las penas pecuniarias llamadas multas.

Giuseppe Maggiore proporciona la definición nominal de pena. El término proviene del vocablo latino poena y “denota el dolor físico o moral que se impone al transgresor de una ley”. 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.”⁷³

Raúl Carrancá y Trujillo lo precisa como “un tratamiento que el estado impone a un sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto”.

De las definiciones anteriores podemos deducir, que la sanción, en sentido genérico, es establecida por el derecho penal como un castigo contra el delincuente; que dicha pena tiene su origen en la propia ley que lo establece para preservar el orden jurídico y la estabilidad social; que es una retribución, es decir, que nace a consecuencia del acto

⁷³ Giuseppe Maggiore, Derecho Penal, Volumen II, Temis, Bogotá, 1972, pág. 223.

delictivo y, por tanto, debe ser adecuada al mismo; implica además el reproche social a quien cometió el acto delictivo.

Entre los estudiosos han surgido además otras formas de considerar a la pena impuesta al delincuente. Hay quienes no la ven como un mal, sino como una práctica, buena en sí, que restablece el equilibrio roto por el delincuente con su conducta antisocial, de tal forma que al castigarlo paga su deuda a la sociedad y en cuanto termina de cumplir la sanción queda integrado a la normalidad social.

Otros no consideran a la pena como un castigo, sino como una medida de readaptación del delincuente, es decir, como un medio para volverlo un elemento realmente útil a la sociedad.

La pena, como la punición, halla su legitimación en que el sujeto que ha de sufrirla sea culpable de la comisión de un delito. Aun cuando hubiera ya una punición, si se descubre que el sujeto no es culpable, la pena no debe ejecutarse. De ahí la figura del indulto necesario.

Si se comprende que la pena es un hecho, se verá claramente que sus características son las siguientes.

a) **PARTICULARIDAD**, ya que la sufre un sujeto determinado.

b) **CONCERTACIÓN**, por que es un hecho concreto.

c) **TEMPORALIDAD**, por que se ubica en un momento determinado, y por tanto, se agota concluido este momento.

Si la pena debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común, debemos inclinarnos a pensar que debe buscar la reivindicación del delincuente. Se justifica, pues la pena, como instrumento de repersonalización del individuo. En el campo de visibilidad de este pensamiento se divisa un objetivo de prevención especial. Pero el objetivo de prevención general no permanece ajeno pues no puede ignorarse que el cumplimiento de la pena intimida por cuanto se tiene presente que las conminaciones legislativas se cumplen. De ahí la importancia de la cadena punibilidad-punición-pena, etapas en las que se realiza el derecho penal.

Junto al interés del conjunto de la sociedad en que el sujeto no vuelva a delinquir, está el interés del sujeto en llevar una vida plena al cumplir con su pena. La tarea de repersonalización, sólo puede llevarse a cabo con el pleno consentimiento del sujeto. Nadie puede obligar a un adulto a cambiar sus puntos de vista o modo de vida.⁷⁴

Hemos abogado –dicen Taylor, Walton y Young- por una Criminología normativamente comprometida por la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna. Y también hemos abogado enérgicamente que cualquier posición teórica que no asuma como mínimo el compromiso de ese enfoque, habrá de caer en el correccionalismo (es decir la rehabilitación individual y la reforma social tangencial).

⁷⁴ En este sentido, hubo consenso en las Reuniones Preparatorias para el VI Congreso de Naciones Unidas para Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Ciertamente, la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna ha de ser la meta. Pero en tanto llega, ¿Qué hacer con el individuo que cayó en la cárcel?. Sería irresponsable plantear que el caso individual- los cientos y miles de casos individuales- no interesa por que el objetivo es muy superior. Preocuparse por los casos individuales, además, no tiene por que ser obstáculo en la lucha por el cambio social. ¿Cambiar la sociedad y mientras dejar que miles de hombres se pudran en las cárceles?. No evidentemente. Luchar por los derechos de esos hombres, por el tratamiento más adecuado en las prisiones (el simple trato humanitario es una forma de tratamiento), y también, por la transformación del mundo. Por supuesto, como se explicará más adelante, la prisión sólo habría de utilizarse para casos límite.

La meta que debe perseguir la pena, no cancela la garantía del individuo de no sufrir un castigo que exceda su culpabilidad. El éxito de una tarea que persiga el cambio del individuo delincuente depende, en definitiva, de la capacidad para lograr esa transformación en el tiempo señalado en la punición. Es muy probable que para la autoridad ejecutiva, ese tiempo sea insuficiente, y que se requiera de un lapso que sobrepase la medida delimitada en la punición.

El fracaso del tratamiento es un fracaso del Estado, que no debe traducirse en demérito de los bienes del individuo. El mismo fracaso podría darse si la pena fuera indeterminada. La pena tiene su fundamento en la punición, y por ello no puede rebasarla si se contemplan así las cosas.

Aceptada la necesidad del orden jurídico, se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. A tres pueden reducirse:

a) Teorías Absolutas. Para esta teoría la pena es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir; esto es, si el bien merece el bien, el mal merece el mal.

b) Teorías relativas. Consideran a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Según el propósito perseguido estas teorías se dividen a su vez en: 1) Teoría relativa de la prevención general. Dice que la pena debe ser entendida con un propósito de prevención para los demás. 2) Teoría relativa de la prevención especial. Explica que la pena se impone y surte efecto directamente sobre el delincuente.

c) Mixtas. De todas las teorías, la más difundida es la de Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una relativa. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desneutralice y se le prive de su carácter de legitimidad.

En este orden de ideas, la pena para la mayoría de los pensadores juristas tiene como fin último la justicia y la defensa social.

Para cuello Calón : la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Además, debe perseguir, la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley.

Para conseguir este fin la pena debe ser: INTIMIDATORIA, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; EJEMPLAR, al servir de ejemplo a los demás, no sólo al delincuente sino a la sociedad en general para que adviertan la efectividad de la amenaza estatal; CORRECTIVA, al producirse la readaptación, mediante los tratamientos curativos y educacionales, impidiendo así la reincidencia; ELIMINATORIA, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y JUSTA, pues la injusticia acarrearía males mayores.

“La primera tarea, y sin duda la más importante y trascendental, de la autoridad en el Estado es el gobierno de los hombres”.

CAPITULO IV

LA PENA DE MUERTE

Muchas personas han debatido en torno a la utilidad de la pena y ha existido toda una variedad: desde los escépticos hasta los sostenedores que pretenden encontrar en la pena un fin.

La pena de muerte reviste una doble trascendencia la cual surge de que si bien el derecho puede regularla, abolirla e, incluso, condenarla, no alcanza en sí a comprenderla totalmente; por su parte la filosofía que, desde otra perspectiva también se ocupa de analizar tal situación, tampoco proporciona, ella sola, una explicación profunda sobre su naturaleza y sus consecuencias.

Ateos o creyentes, socialistas o capitalistas, conservadores o liberales han manifestado su repudio o su plena aceptación.

Antes de entrar a un análisis más profundo del tema a estudio, creemos importante transcribir algunos de los conceptos, que por pena de muerte han definido algunos tratadistas.

El penalista Marco Antonio Díaz de León propone que la pena de muerte⁷⁵ es una “ sanción penal que ordena la privación de la vida al delincuente. Ejecución que tiene muchas variantes, pero tienen en común, todas ellas, que buscan matar a quien se aplique.”

Ignacio Villalobos la define⁷⁶ como “ la privación de la vida o supresión radical de los delincuentes que se considera que son incorregibles y altamente peligrosos.”

La pena de muerte, es “la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consiste en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye.”⁷⁷

Por lo tanto, podemos arribar al hecho que se traduce en que la pena de muerte en nuestro concepto, no solo es la eliminación definitiva de los delincuentes que han demostrado ser incorregibles y por lo tanto un grave peligro para la sociedad, sino que además de representar un castigo justo y ejemplar a determinados actos que resultan rebasar los límites de toda ética y valor humano.

⁷⁵ Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Porrúa, México, 1989.p!1289.

⁷⁶ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 3ª. Ed. Editorial Porrúa, México.p.542.

⁷⁷ Enciclopedia Jurídica Orbeba. Juan Carlos Smith. Buenos Aires. 1973. Tomo XXII.P.973.

4.1 LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO MEXICANO.

Para estudiar la pena de muerte establecida por el marco jurídico mexicano es necesario remitirnos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En México, nuestro ordenamiento legal prevé la pena de muerte, para los delitos más graves en su artículo 22 el cual establece:

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

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no se acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al

parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar”.

Lo anterior nos muestra como la pena de muerte se encuentra vigente en nuestra legislación contrariamente a lo que afirman aquellos que aseguran que esta sanción se encuentra abolida en nuestro país, aun cuando en algunos estados la suprimieron siguiendo las reformas hechas a la legislación sustantiva penal de 1929; algunos de ellos restableciéndola posteriormente.

El artículo 14 de la Constitución Federal en su segundo párrafo es complementario del dispositivo antes comentado. Dicho numeral ordena que:

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.

Esto quiere decir que legalmente la única forma autorizada a privar de la vida implica como condición necesaria la debida existencia de un proceso legal y que después de cumplirse todas las formalidades de ley, éste culmine con una sentencia firme pronunciada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca dicha pena dictada con antelación a la comisión del ilícito, luego entonces la pena de muerte se encuentra vigente en nuestro país.

La única manera de decir que la pena de muerte no es aplicable en México, sería en el supuesto caso de que el artículo 22 la prohibiera de manera total y sin excepciones y por el otro que el artículo 14 no señalará que nadie podrá ser privado de la vida.

Si la pena de muerte se encuentra vigente en el Derecho Mexicano, ¿por qué no se aplica? La explicación se encuentra en que la Legislación Penal Federal no la contempla desde que la suprimió de su texto en 1929.

Ahora bien, la razón de ser del artículo 22 Constitucional la encontramos en el Diario de Debates⁷⁸ de 1917, en el que la Comisión Dictaminadora sostenía que:

“La vida de una sociedad implica el respeto de todos los asociados hacia el mantenimiento permanente de las condiciones necesarias para la coexistencia de los derechos del hombre. Mientras el individuo se limite a procurar la satisfacción de todos sus deseos sin menoscabar el derecho que los demás tienen para hacer lo mismo, nadie puede intervenir en su conducta; pero desde el momento que, por una agresión al derecho de otro, perturba esas condiciones de coexistencia, el interés del agraviado y la sociedad se unen para justificar que se limite la actividad del culpable en cuanto sea necesario prevenir nuevas agresiones. La extensión de este derecho de castigo que tiene la sociedad esta determinada por el carácter y la naturaleza de los asociados, y puede llegar hasta la aplicación de la pena de muerte si sólo con esta medida puede quedar garantizada la seguridad social. Que la humanidad no ha alcanzado el grado de perfección necesario para

⁷⁸ Diario de Debates de 1917, citado por Ignacio Villalobos. Op.cit.p.564.

considerarse inútil la pena de muerte, lo prueba el hecho de que la mayor parte de los países donde ha llegado a abolirse, ha sido necesario restablecerla poco tiempo después. Los partidarios y abolicionistas de la pena capital concuerdan en un punto: que desaparecerá esta pena con el progreso de la razón, la dulcificación de las costumbres y el desarrollo de la reforma penitenciaria.”

La pena de muerte por lo tanto se encuentra vigente en nuestro país, esta prevista para los delitos más graves que se cometen y aun cuando algunos de ellos sean de difícil perpetración debido a la situación actual del país o bien por que se les haya cambiado el título en el Código Penal para el Distrito Federal vigente.

Actualmente es necesaria su aplicación, pues está claramente demostrado que desde que no se aplica, la delincuencia ha rebasado límites inimaginables; a causa de la delincuencia tan crecida, los ciudadanos han perdido sus derechos o garantías tales como el: Derecho a la libertad, pues tenemos que permanecer “presos” en nuestras propias casas o negocios; el derecho a la seguridad, pues aun encerrados bajo las cerraduras de las casas, rejas de los negocios, etc. No se encuentra la tan buscada seguridad; pero sobre todo el derecho a la vida, ya que actualmente infinidad de personas son privadas de la vida en circunstancias que no habría jamás imaginado ningún ser racional.

Ahora bien, cuando el homicida es detenido, lo primero que debe hacer el Estado es respetar los derechos humanos de tal individuo para someterlo a un proceso, no obstante que lo que dio origen a ese proceso haya sido la violación del derecho a la vida de un semejante por parte de ese individuo; lo cual se podría traducir en que si el Estado solo

protege el derecho a la vida del delincuente, aquél se convierte en cómplice de éste, toda vez que la sociedad que el Estado representa y de la que forma parte, está siendo afectada individual y generalmente, y tiene por otra parte todo el derecho de deshacerse de un individuo para quien al decir de su acto delictuoso el derecho a la vida no existe o no le merece la menor importancia y por lo tanto al privar de la vida a una célula de la sociedad destruye a ésta y a la vez al mismo Estado, por lo cual resulta necesaria la aplicación de la pena de muerte en nuestro país.

4.2 LA PENA DE MUERTE EN EL MARCO DE LA O N U

Las Naciones Unidas desde su fundación han manifestado preocupación por el tema de la pena capital, así el 20 de noviembre de 1959 en su resolución 1396 (XIV), La Asamblea General invitó al Consejo Económico y Social a iniciar un estudio sobre la pena capital, por lo que la Secretaría preparó los respectivos informes a partir de 1962, 1967 y 1973.

La Asamblea General, en su resolución 2857 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, "afirmó que el objetivo principal era restringir progresivamente el número de delitos en los que se incurre con dicha pena, sin perder de vista la conveniencia de abolir esa pena en todos los países".⁷⁹

En el informe el Secretario General, respecto del periodo de sesiones sustantivo de 1995, resume: "En su 54º. Periodo de sesiones, el Consejo Económico y Social pidió al

⁷⁹ Naciones Unidas. Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la Esfera de la prevención del delito y la justicia penal. S.e. Naciones Unidas. Nueva York. 1993.

Secretario General que presentara informes periódicos actualizados y analíticos sobre la pena capital a intervalos quinquenales a partir de 1995... asimismo... que utilizara todos los datos disponibles, incluida la actual investigación criminológica, y que los informes quinquenales, a partir de que se presentara al Consejo en 1995, también trataran la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte. En el presente informe se examinan el uso y la tendencia de la pena capital, incluida la aplicación de las salvaguardias, durante el periodo 1989-1993".⁸⁰

En el análisis de las respuestas recibidas, éstas se clasificaron en a) **abolicionistas** que son aquellos que no prevén la pena de muerte en sus legislaciones, ni para los delitos comunes ni para los delitos militares; b) **abolicionistas de ipso**, son los países que mantienen la pena de muerte para los delitos comunes, pero no han ejecutado a nadie durante los 10 últimos años cuando menos; y c) **retencionistas**, que son los países en los que la pena de muerte esta vigente y en los que ha habido ejecuciones.

Los resultados finales de la quinta encuesta quedaron como sigue: situación en mayo de 1995: 28.

Clasificación	Cantidad
Retencionistas	92
Totalmente abolicionistas	56

⁸⁰ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/1995/78.

Abolicionistas para los delitos comunes únicamente	14
Abolicionistas de facto	28

Como se puede ver es mucho mayor el número de países retencionistas de la pena de muerte, a los cuales se les pueden sumar los abolicionistas de facto y los abolicionistas para delitos comunes únicamente, pues los países que se encuentran en los dos últimos casos, se encuentra contemplada y vigente la pena capital; de lo anterior podemos deducir, sin vicios ni apasionamientos y basados en la tendencia de dejarnos llevar por la experiencia de otros países, y aún cuando nuestra realidad sea distinta a la de aquellos; que no pueden estar equivocados la gran mayoría de los países, sobre todo los países desarrollados del mundo, pues si bien en cuanto estos han decidido abolirla, es por que sus habitantes han alcanzado el grado de suficiente cultura por lo que ya no es necesaria la pena de muerte.

Actualmente México esta en el rubro de los países abolicionistas sólo para delitos comunes, que son aquellos países cuyas leyes admiten la pena de muerte sólo para delitos excepcionales tales como los cometidos bajo la ley militar o en circunstancias excepcionales tales como en tiempo de guerra.

4.3 LA PENA DE MUERTE Y LOS DERECHOS HUMANOS

En 1946, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, creó la Comisión de Derechos Humanos, la cual debería elaborar un catálogo de los Derechos Humanos, así como un mecanismo internacional para su protección. El primer

documento creado al respecto fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 bajo el nombre de Declaración de los Derechos Humanos.

Cómo ideal común que planteaba la protección internacional de los Derechos Humanos, por lo que todos los pueblos y naciones deben esforzarse; creada con la finalidad de ser y despertar la inspiración de individuos e instituciones a promover mediante la enseñanza y educación el respeto a tales derechos y libertades, así como que aseguren su reconocimiento y aplicación universales, la Asamblea General proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la que transcribiremos el artículo 3 por ser de los de mayor importancia para el objetivo del presente estudio.

ARTICULO 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona.

Cómo podemos ver en el artículo 3 se encuentra establecido el derecho a la existencia; el derecho a la vida es el derecho fundamental por antomasia ya que es el supuesto de todos los demás derechos de la persona humana; sin el carecen de relevancia los restantes.

Ahora bien el texto del artículo 3 es muy claro y no tiene necesidad de ser interpretado al apuntar que “todo” individuo tiene el derecho a la “vida”; lo cual implica un principio de equilibrio universal, es decir, que también “todo” individuo debe respetar el derecho que todo individuo tiene a la vida; esta es la finalidad de la Declaración de los Derechos Humanos, en consecuencia cuando un delincuente rompe este equilibrio, ese

mismo individuo esta renunciando a su propio derecho a la vida, es así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 23 de marzo de 1981 en su artículo 6.1 reconoce que el derecho a existir es un atributo co-sustancial a la persona humana; sin embargo el precepto establece una excepción cuando enuncia que: nadie podrá ser privado de la vida "arbitrariamente", es decir que si se autoriza a privar de la vida de manera "no arbitraria".

Esta es la única excepción a este derecho de conformidad con el derecho internacional.

Por lo anterior, la pena de muerte no puede considerarse una violación a los derechos humanos, concretamente al derecho a la vida de un individuo que primeramente ha roto el equilibrio existente entre aquél y éste, es decir no ha respetado ningún derecho a la vida, ningún derecho humano a su víctima y posteriormente ha demostrado que ningún otro tratamiento que el Estado le imponga será capaz de corregir su conducta.

Los organismos internacionales aceptan con pleno valor jurídico la pena de muerte, pero sus esfuerzos tienden a que ésta se aplique, en los países que la emplean, con estricto apego a derecho y respetando en todos los momentos del proceso las garantías del criminal, pues se ha denunciado ante esas entidades mundiales, que las ejecuciones obedecen más a motivos que nada tienen que ver con la justicia, tales como el racismo, eliminación de enemigos políticos o de inmigrantes, etc.

4.4 LA PENA DE MUERTE, PROS Y CONTRAS.

Precisamente a raíz de las denuncias presentadas por organismos como Amnistía Internacional, la discusión respecto de la aceptación o no de la pena de muerte ha formado y distinguido, en el ámbito del hombre común y corriente, dos grupos extremos: los abolicionistas y los defensores de la pena capital.

A continuación se citarán algunos argumentos en contra y a favor de la pena de muerte:

Francisco González de la Vega:

Se pronuncia en contra de la pena de muerte y dice que "México presenta, por desgracia, una tradición sanguinaria, se mata por delitos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aún por puro placer de matar; la "ley fuga", ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre."⁸¹

Raúl Carrancá y Trujillo:

La pena de muerte es en México radicalmente injusta e inmoral, por que en México el contingente de delincuentes que estarán amenazados de condena judicial se

⁸¹ Gonzalez de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 18ª. Edición. Porrúa. México.1982.P.83.

compone, en su gran generalidad, de hombres económica y culturalmente inferiorizados; los demás delinquentes, por su posición económica o social superior, no llegan jamás a sufrir proceso y menos llegarían a sufrir la irreparable pena; pero además el delincuente de otras clases sociales delinque contra la propiedad y sólo por raras excepciones, contra la vida e integridad personales, y tendría jamás como consecuencia la pena de muerte. Por lo tanto, está pena se aplicaría casi exclusivamente a hombres humildes de nuestro pueblo, hombres que son delinquentes porque son víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado y la sociedad, víctimas de la incultura, de la desigualdad y miseria económica, de la deformación moral de los hogares en que se han desarrollado, mal alimentados y tarados por herencia alcohólica y degenerados por la depauperación. El Estado y la sociedad entera son los principales culpables de esto, y en vez de la escuela, de la solidaridad social que los adapte a una vida humana y digna y de la elevación de su nivel económico, que borre para siempre su inferioridad ancestral, el Estado optará lindamente por suprimirlos.

Mario Ruiz Funes:

También se pronuncia en contra, al expresar que “la aplicación de la pena de muerte no cesa en su crueldad cuando se extingue la vida del delincuente contra quien se pronuncia: pretende también causarle daño moral, que sobreviva a su mera vida física, que deshonne su memoria y el recuerdo que pueda quedar de él en la conciencia delictiva. Además de inflingirle la muerte, se le castiga con la infamia.”⁸²

⁸² Ruiz Funes, Mario. Actualidad de la venganza. Lozada. Buenos Aires. 1944.P.102.

CORRIENTES QUE LA JUSTIFICAN

Desde la antigüedad, si bien es sabido sobre la existencia de la pena de muerte, no se sabe que se hayan suscitado polémicas doctrinarias al respecto, es decir, en torno a su necesidad o licitud. Probablemente fue Platón quien inició una teoría sobre ello, Platón justificó la pena de muerte como medio político para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo y pernicioso, y sostiene que: "En cuanto aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir y se castigará con la muerte, a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible. Es lo mejor que puede hacerse por ellos y por el Estado".⁸³

Platón considera que el delincuente es incorregible por ser un enfermo anímico incurable y que por lo mismo constituye el germen de perturbaciones y aberraciones de otros hombres. Por tal razón para esta especie de hombres, la vida no es una situación ideal y la muerte es el recurso que existe para solucionar socialmente el problema.

Lucio Anneo Séneca, gran exponente de la literatura latina y representante del estoicismo ecléctico con su obra "De ira", para él, los criminales son considerados como resultante de un conjunto de anomalías mentales y biológicas, cuya eliminación sólo es posible conseguir mediante la muerte. Decía el autor: "...y que reserve el último, de tal forma que nadie muera, sino aquel cuya muerte es para él mismo un beneficio".⁸⁴

⁸³ Platón. Diálogos. UNAM. SEP. 1ª. Edición. 1921. 1ª. Reimpresión México. 1988. P.489.

⁸⁴ Séneca, Lucio Anneo. Obras completas. Aguilar. México. 1966. P. 51.

Santo Tomas de Aquino, en su máxima obra “ La Summa Teológica” (parte II, cap. 2, párrafo 64), sostiene que “todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público esta facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad. De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad”.⁸⁵

Por su parte la Escuela Clásica del derecho natural ha admitido la pena de muerte; Juan Bodino, Samuel Puffendor y Hugo Grocio, coinciden en que esta es necesaria como instrumento de represión, y señalan que no existe contradicción entre el pacto social y la institución de esta pena, ya que un cuerpo social que se forma y se organiza a través de la unión de una multiplicidad de individuos, tiene una organización, una voluntad y un conjunto de necesidades distintas, y por cierto, superiores a las de los sujetos que lo integran, siendo admisible que en función de las necesidades sociales se tengan que sacrificar en ocasiones la vida de uno de ellos, para defender la vida y seguridad de todos.

Ignacio Villalobos afirma que a la pena de muerte se le puede considerar justa, eliminatoria y selectiva; ya que es un medio de defensa con que cuenta la sociedad y es eliminatoria para sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en las cárceles, resulta en vano intentar corregirlos y selectiva porque previene reproducción.

⁸⁵ Aquino, santo Tomás de. Summa Teológica. Católica. Madrid. 1978. Tomo III. Pp. 448 y 449

Para finalizar, un gran ilustre jurista Italiano, de los iniciadores del Derecho Penal, César Bonesano, Marqués de Beccaria, al cual la mayoría de los autores, maestros o estudiantes, se refieren a él como abolicionista de la pena de muerte, lo cual consideramos es un error, ya que en su tratado "De los delitos y de las Penas" escribe:

"Está inútil prodigalidad de los suplicios que no han hecho nunca mejores a los hombres, me ha impulsado a examinar si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado".⁸⁶

El gran pensador prosigue diciendo que ningún hombre tiene derecho a matar cruelmente a sus semejantes y que la pena de muerte no es un derecho; añadiendo con claridad:

"No puede considerarse necesaria la muerte de un ciudadano más que por dos motivos. El primero cuando aún privado de su libertad tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación..."⁸⁷

Prosigue: "No veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, sino cuando su muerte fuese el verdadero y único freno para disuadir a los demás de cometer delitos; lo que constituye el segundo motivo por el que puede considerarse justa y necesaria la pena de muerte".⁸⁸

⁸⁶ Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Clásicos universales de la C.N.D.H.S.e. México. 1991. P. 67.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibid. P. 68

CONCLUSIONES

Es claro que en este tema hay mucho escrito, y por ello, no se puede descubrir el hilo negro, ni tampoco fue la pretensión de la autora de tesis, lo importante, es ubicarse en alguna de las dos posturas, en mi opinión a favor, creo que corresponde a nosotros los abogados, más que a los sociólogos o filósofos cuya búsqueda de la razón ha sido ampliamente superada por un entorno social que se intensifica en las grandes ciudades, más que a los partidos políticos que en si mismos encierran grandes contradicciones y solo proyectan beneficios personales, y que crean movimientos sociales con falaces pretensiones, más que a los medios de prensa que a se apoderan de una opinión pública que al final siempre carece precisamente de ella, más que al ejecutivo que solo propondría una fría iniciativa, más que al legislativo que solo le daría forma, solo nosotros, los que tomamos la decisión de seguir una carrera en la cual el principio básico es la firme convicción de la justicia, los que en las aulas ratificamos esa convicción, y los que en algún momento hemos sido de manera directa, parte del sistema y de la aplicación de la justicia, es cierto, no es fácil tomar una decisión en donde la implicación inmediata es la privación de la vida, cuando ese mismo ejercicio aplicado por propias manos se traduce en un delito que puede ser uno de los motivos que provoque su aplicación, solo que esta vez, buscando un bien común, una paz social, pero al final y en nuestro concepto una causa justa, que además no solo resulta un medio para acabar con el delito y el delincuente, sino que representa la pena, en si misma, una medida de prevención por su obvia ejemplaridad, sabemos que no es fácil tomar uno y otro partido entre la lucha de creencias personales, convicciones propias, opiniones de terceras personas y una realidad social que corresponde a nuestros días y a nuestro entorno, por ello tenemos que ser sinceros con nosotros mismos y escrutar detenidamente los fundamentos que nos

lleven a crear y por lo tanto a defender la opinión adoptada, ya que ante este planteamiento, la única actitud que no puede tolerar un abogado es la indiferencia.

Uno de los aspectos que llevan a la conclusión de su aplicación, es la inexistencia de la readaptación, algo que por lo menos en México es inconcuso, la corrupción, las adicciones, y la saturación de las penitenciarias o de las cárceles, no solo aleja a los internos de la readaptación, sino que lo hace más violento no solo de acción sino de pensamiento, lo cual hace nugatoria su reincorporación a la vida social. Por lo tanto la pena capital, es la supresión radical o la eliminación definitiva de los delincuentes que con sus actos demuestran ser peligrosos e incorregibles y que en el mejor de los casos representan un alto costo para el estado que por cierto recibe sus ingresos de los contribuyentes, "incluida la víctima". En ese sentido, la pena de muerte se debe aplicar a los individuos que no tienen el menor respeto, ni le atribuyen valor alguno al derecho a la vida, derecho inherente a los individuos que forman dicha sociedad y de la que ellos mismos forman parte y se valen para realizar sus actos, sin atribuir por lo tanto, valor alguno a su propia vida. Por ello, dicha sanción se impone actualmente necesaria en nuestro país como medida tanto eliminatoria como preventiva del alto índice de delincuencia que impera en nuestros días, ya que tal medida en nuestro concepto, no viola derecho alguno, en virtud de que un individuo que con intención y agravantes priva del derecho a la vida, a la libertad y a la libertad sexual de las personas, y lo que es peor, a los menores e incapaces, en ese mismo acto al menospreciar tal derecho universal inherente al hombre y en consecuencia hacerse acreedor a la pena de muerte, esta no puede representar una violación a un derecho, al que él mismo ha desechado.

Ahora bien, tanto en materia penal como civil, los códigos sustantivos hablan de la reparación del daño, incluso moral y que tienen por objeto una restitución económica al

ofendido, sin embargo, hay delitos que por su naturaleza propia trascienden además en los sentimientos de los familiares y amigos de la víctima del delito, y resultan ser de difícil o imposible reparación, tal y como ocurre en los delitos de homicidio, violación y secuestro, y aún y cuando el sufrimiento de estas personas es del tipo afectivo, no por ello resulta ser menos doloroso que quien sufrió en carne propia la comisión del delito, es innegable, que las madres, los padres, hermanos y esposos de las víctimas, se hunden en la desesperación, en la angustia y en la pena, además de que en infinidad de casos, este tipo de crímenes no logran ser superados ni por los familiares, ni por las víctimas, por ejemplo en los casos de violación y secuestro, y tanto unos como otros, pueden incluso atentar contra sus propias vidas, por ello la pena de muerte, en muchos de los casos, creemos, repararía más el daño de los ofendidos desde el punto de vista moral, que cualquier tipo de resarcimiento económico, que en la mayoría de los casos resulta ser insuficiente.

Un Estado de Derecho que precie de serlo, deberá hacer sentir su esencia, que reside en la sociedad de la cual forma parte, así como su fuerza para protegerla, previniendo o reprimiendo en su caso el daño causado por un elemento incorregible y por tanto nocivo para todos, eliminándolo definitivamente, y así evitar males mayores, sin embargo, para la aplicación de esta pena, se deben crear ciertos mecanismos que eviten hacer de ella un circo, o una dilación que haga dudar de su aplicación y que provoque confusiones, ya que después de varios años y según sea el caso, se pudiera pensar incluso en la posible rehabilitación del reo, transformando algo que en el principio era considerado como parte de la aplicación del derecho en el ejercicio de Estado respecto de una sanción, en algo que pudiera hacer de lado el sentido de justicia por instrumentos burocráticos. Por eso entre la sentencia y la ejecución no debe transcurrir un tiempo suficiente para borrar el recuerdo de la falta que motivo el procedimiento, pues de lo

contrario, toda ejecución se tomará sólo como una crueldad injustificada, y provocará reacciones contraproducentes, aun en el mismo orden de la política criminal.

En conclusión, creo que debe coexistir con la pena de muerte un requisito esencial para que ésta funcione en forma adecuada y éste es que los tribunales, los organismos que posean la acción penal y los demás elementos de la administración de justicia sean suficientes en número y calidad tales que garanticen la seguridad jurídica, creando, si es necesario, un proceso especial y diferente que se instaure contra los delitos que puedan merecer la pena capital. Por lo que:

“Se propone la necesaria aplicación de la pena de muerte, reimplantándola por medio de las legislaturas de los estados, estatuyéndola en sus respectivos ordenamientos jurídicos, estableciendo para ello, que para la aplicación de la pena capital debe existir el concurso de las agravantes que correspondan a esta sanción, para el caso de los delitos de homicidio, secuestro y delitos sexuales.”

Es deseo de la autora, concluir el presente trabajo con un extracto de la confesión que hiciera ante el juzgador, el peluquero Isidro Cortés Piza, quien según él, llevado por celos, mató a su esposa y a sus propios hijos:

“ Juez – A ver, díganos, ¿ por qué asesinó a su esposa y a sus hijos? ¿Qué motivos o causas lo orillaron a ello?

“ Peluquero- Mire señor juez, siempre fui un hombre trabajador aunque mujeriego y un poco bebedor. Como en todo matrimonio, con frecuencia peleaba con mi esposa y le presumía de que yo tenía mujeres más hermosas y atractivas que ella, y sentía gusto al

verla enojada. El día de los hechos hice lo mismo, pero foribunda, me contesto que nuestros hijos no eran sino sólo de ella y que también ella tenía otros hombres. No me pude contener y de inmediato me le eché encima; la golpeé primero con los puños y luego con un palo, para finalmente estrangularla. Lo mismo hice con mis pequeños hijos, ¡pobrecitos! Gemían y me suplicaban que no los matara. Ofuscado no pude resistir y los estrangulé. Sus angelicales rostros quedaron con los ojos abiertos. Luego me quise suicidar, pero la cobardía me dominó. Eso es todo, señor juez.⁸⁹

⁸⁹ García salinas, David

BIBLIOGRAFIA

- Aniyar, Lola; El proceso de criminalización, ponencia en el Primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Venezuela. Noviembre de - 1972.
- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975.
- Basave Fernández del valle, Agustín; Meditación sobre la pena de muerte; FCE, México, 1997.
- Beccaria; Tratados de los delitos y de las Penas; Porrúa, México, 1992.
- Beristáin, Antonio; "El delito de peligro por conducción Temeraria", en Cuestiones penales y Criminológicas, Reus, 1979.
- Carrancá y Rivas, Raúl Derecho Penitenciario; Porrúa, México 1992.
- Carrancá y Trujillo; Derecho penal mexicano. Parte general, Porrúa, México, 1977.

- Carranca, Francisco; Opúsculos de Derecho Criminal; Temis, Colombia, 1977.
- Castellanos, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa, México, 1994.
- Constitución Política de 1857; Ediciones Andrade, México, 1958.
- Córdoba Roda, Juan; Culpabilidad y pena, Bosch, España, 1992.
- Cué Canová, Agustín; La Reforma Liberal en México, Centenario; México, 1960.
- Exposición de Motivos del Código Penal de 1871; I. I. J. UNAM. México, 1984.
- Fernández Doblado, Luis; Tipificación y Destipificación; UNAM, México, 1990.
- García Ramírez, Sergio; Derecho Penal; UNAM, México, 1990.
- Gimbernat Ordeig, Enrique; "Tiene un futuro la dogmática jurídico Penal?", en Problemas actuales de derecho Penal y procesal, España, 1971.

- Gómez, Eusebio; Tratado de derecho penal; Omeba, Argentina, 1984.
- González de la Vega, Francisco; Derecho Penal Mexicano, los delitos, Porrúa México, 1944.
- Martínez Roaro, Marcela; Delitos Sexuales; Porrúa, México, 1991.
- Mir Puig, Santiago; "Dogmática creadora y política criminal",
Revue Internationale de droit penal,
Número 1, 1978.
- Montagu, Ashley; La naturaleza de la agresividad humana,
Alianza Universitaria, España, 1978.
- Morineau I., Martha, et. Al. ; Derecho Romano, Harla, México, 1994.
- Morris, Norval; El futuro de las prisiones, México, 1990.
- Muñoz Conde, Francisco; El principio de culpabilidad, Comunicación
A las III jornadas de Profesores de Derecho
Penal, Santiago de Compostela, España,
1992.

Petit, Eugène;

Tratado Elemental de Derecho Romano,
Nacional, México, 1971.

Ramírez, Elpidio;

Punibilidad, punición y pena, Instituto
Nacional de Ciencias Penales, México,
1978.

Ibáñez, Perfecto Andrés;

“Conflicto y Control Social”. El Viejo topo.
Extra/7, España, 1992.

Iglesias, Román;

Roma a 2740 años de su fundación, UNAM,
México, 1988.

Islas de González Mariscal, Olga;

Contenido de las Normas Penales. UNAM.
México, 1982.

Islas, Olga y Ramírez, Elpidio;

“El error en el modelo lógico del derecho
Penal”, en Derecho penal contemporáneo,
Número 38, Facultad de Derecho, UNAM.

Jiménez Huerta, Mariano;

La Tipicidad; Porrúa, México, 1980.

Jiménez Huerta Mariano,

Derecho Penal Mexicano, I, Introducción al
Estudio de las figuras típicas, Porrúa. México,
1977.

- Kelsen, Hans; Teoría Pura del Derecho. Eudeba, Argentina, 1987.
- López Cámara, Francisco; Origen y Evolución del Liberalismo Europeo; UNAM. México, 1978.
- Martínez de Castro, Antonio; Código Penal Federal.
- Roxin, Claus; Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus. España, 1976.
- Torquemada, Fray Juan de; Monarquía Indiana; Porrúa. México. 1989.
- Valliant, George C; La civilización Azteca; FCE, México, 1980.
- Villalobos, Ignacio; Derecho Penal Mexicano; Porrúa, México, 1980.