

00721
7650



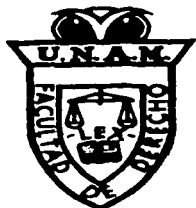
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO.
E HISTORIA DEL DERECHO

“FUENTES HISTORICAS DEL DERECHO
PENAL MEXICANO.”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAFAEL ROBLES SCOTT

ASESOR: DRA. CONSUELO SIRVENT GUTIERREZ



MEXICO, D. F.

2003



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.

b

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MEXICO

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente

Autorizo a la Dirección General de Biblioteca
UNAM a difundir en formato electrónico e impr
contenido de mi trabajo recepci
NOMBRE: Rafael Robles
SCOTT
FECHA: 5 MARZO 03
FIRMA: [Signature]

Me permito comunicarle que el pasante en Derecho **RAFAEL ROBLES SCOTT**, ha elaborado en el Seminario de Derecho Romano e Historia del Derecho, bajo la dirección de la Dra. **Consuelo Sirvent Gutiérrez**, una tesis de Licenciatura intitulada **"FUENTES HISTORICAS DEL DERECHO PENAL MEXICANO"**.

Por lo que al contenido académico y su sistematización, dicho trabajo reúne los requisitos que señalan las normas universitarias respectivas.

En vista de lo anterior, en mi carácter de Directora del seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del jurado que se asigne para presentar el examen profesional.

"El interesado deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., noviembre 12 de 2002
Directora del Seminario

Mtra. [Signature]
Sara Bialostosky Barshavsky

SECRETARÍA DE DERECHO
SECRETARÍA DE DERECHO ROMANO
SECRETARÍA DE DERECHO

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

C

*A mis padres, Rafael Robles y Alicia Scott,
ejemplo de sacrificio y dedicación, y que sin su ayuda,
llegar a la realización de este trabajo hubiera sido imposible.*

*A mis hermanos, Marco Antonio y Zaira Dennis,
mis únicos y verdaderos amigos en la vida.*

*Con profundo agradecimiento a la doctora
Consuelo Sirvent Gutiérrez, quien siempre
Entusiasta y generosamente apoyó el
presente trabajo.*

INDICE

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO 1	
EL DERECHO PENAL MEXICANO ANTES DE LA CONQUISTA	5
1.1. Derecho Penal Maya	5
1.2. Derecho Penal de Nezahualcóyotl	7
1.3. Derecho Penal Azteca	9
CAPITULO 2	
DERECHO PENAL ROMANO	14
2.1 Importancia	14
2.2 Los "Delicta Romanos"	30
CAPITULO 3	
DERECHO PENAL NOVOHISPANO	37
3.1 El Derecho Penal Español como fuente del Derecho Novohispano.	37
3.2 La Conquista y el derecho aplicado en la Nueva España	40
3.3 La Inquisición	44
3.3.1 Breves Antecedentes Históricos	44
3.3.2 El Santo Oficio	47
3.3.3 Inquisición Española	48
3.4 El Primer Penalista Mexicano	50
3.5 La Justicia Penal Novohispana	52
CAPITULO 4	
DERECHO PENAL DEL MEXICO INDEPENDIENTE	56
4.1 Hacia la Independencia de México	56
4.2 Los Principales pensadores penales del siglo XIX	69

e

CAPITULO 5	
EL DERECHO PENAL MEXICANO MODERNO	75
5.1 El Código Penal de 1871	76
5.2 El Código Penal de 1929	83
5.3 El Código Penal de 1931	89
CAPITULO 6	
EL DERECHO PENAL MEXICANO HASTA NUESTROS DIAS	94
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFIA	112

INTRODUCCION

Cuando la formación de un abogado comienza, sin duda alguna, una de las materias que más llama la atención del estudiante, es el Derecho Penal. Sin temor a equivocarnos, en la mayoría de los compañeros de las diferentes facultades de derecho, la pasión de adentrarse en una materia que tiene tanta importancia jurídica y social, es una experiencia que se aquilata conforme continúan los estudios. Nadie niega lo trascendente que es dominar la teoría del delito o bien los delitos en particular. Sin embargo, cuando comenzamos a estudiar la Historia del Derecho en México, encontramos que la Historia del Derecho Penal en México, es un campo que se ha explotado muy poco. Solamente encontramos unas cuantas hojas dentro de los grandes tratados de Derecho Penal de nuestros egregios teóricos penales. Esa es la realidad: poco se ha escrito del dónde viene nuestro sistema penal moderno.

México se distingue a nivel mundial por la formación de excelentes abogados especializados en materia penal. Libros de derecho penal mexicano, han sido considerados como una aportación invaluable a la cultura penal mundial. Pero creemos que falta algo. Ese algo es la narración histórica del derecho penal Mexicano. Esa es la intención primaria de este trabajo.

El Derecho Penal, como instrumento de control social, ha estado presente en todas las culturas de la humanidad. Es más, habrá que preguntarse si no es un rasgo característico del hombre. Se dice que lo que distinguió al hombre de la fiera fueron dos cosas: el dominio del fuego y la invención del arco y la flecha. Sin embargo, el hombre también tiene un sentimiento de justicia, y dicha justicia, seguramente en un primer momento fue de justicia penal. Es decir, el derecho penal no ha estado presente solamente en todas las grandes culturas, ha estado presente durante toda la historia de la humanidad.

Tenemos la gran dicha de ser mexicanos. Nuestro país ha sido una tierra bendecida por los acontecimientos históricos y por la gente que ha habitado en ella. Esa es la grandeza de México. Las culturas que poblaron nuestro país antes de la llegada del europeo, nos dejaron grandes enseñanzas. Por desgracia, de ese cúmulo de conocimientos, el derecho actual se ve poco fortalecido, ya que la fuerza de las armas impuso un nuevo sistema jurídico, traído desde el otro lado del mar. Sin embargo, nuestro trabajo no deja a un lado ese derecho penal que sí tuvo vigencia en México y que por tanto es digno de reseñarse con la misma seriedad como lo es el derecho castellano o el derecho penal moderno. Ese es el tema de nuestro primer capítulo, mismo que esperamos sirva de reflexión para avocarse aún más al estudio del derecho que existió antes de la caída de México Tenochtitlán.

Esa mezcla de derecho, tiene un origen milenario. El derecho europeo impuesto al recién conquistado pueblo mexicano, deviene de una tradición aún más lejana temporal y espacialmente a la española. Estamos hablando de Roma. Roma, es para muchos estudiosos la cuna del derecho civil moderno, y eso, no lo ponemos en entredicho. Sin embargo, hay cuestiones que están íntimamente vinculadas con el derecho penal y que le fueron transmitidas a España con la conquista romana de Iberia. El Derecho penal romano es otro de nuestros puntos de estudio, en esta recapitulación histórica del derecho penal mexicano.

La Edad Media marca un a pausa en el galopante afán humano por conocer su mundo. El Derecho no estuvo ajeno a esta condición. En España, la Edad media representa jurídicamente una etapa en la que el derecho era caótico con multitud de disposiciones que regulaban lo mismo, con luchas entre reinos; en fin, un verdadero desorden legislativo, caracterizado por la crueldad de las penas y la arbitrariedad de la autoridad real. Esta etapa de la historia mundial, podemos decir, termina cuando se da el descubrimiento de América. Con ello, pocos años después, viene la conquista de vastos territorios, lo que trajo grandes riquezas a

las coronas europeas. México, con el nombre de la Nueva España, tuvo como sistema legal el impuesto por los españoles; siendo este el mismo que la metrópoli, con más defectos que virtudes. Aquí, la historia de nuestro derecho penal comienza a verse íntimamente ligada a los acontecimientos políticos y sociales de la historia de México. El siglo XIX es muy difícil de analizarlo, penalmente hablando, sin dejar a un lado la grandísima serie de acontecimientos políticos y militares que dan forma a nuestra patria actual. Sin embargo, es bello saber que junto a las grandes decisiones históricas, el pensamiento penal ha acompañado a nuestra historia en los momentos más trascendentes. Personalidades como Hidalgo, Morelos, Juárez, a la par que luchaban por darle una identidad a México, incluyeron dentro de esos esfuerzos el molde del derecho penal mexicano de nuestros días. Sin embargo, también este trabajo deberá ser visto como un reconocimiento, aunque sea muy modesto, a aquellas figuras de nuestro derecho penal que la historia y el paso del tiempo se han encargado de absorber, tal y como el maestro Lardizábal y Uribe, nuestro primer penalista de exportación.

La era moderna del derecho penal en México se caracterizó por la creación de Códigos Penales y la inclusión de las garantías individuales del derecho penal dentro de la constitución política. La confrontación de escuelas penales ha dado origen a errores legislativos. Sin embargo, podemos decir que los avances de México en la legislación penal son significativos, más aún, el Código que nos rige, fue un portento, a nuestro ver, de saber conciliar lo que un pueblo necesita en cuanto a leyes punitivas y lo que los académicos opinan de las mismas.

Actualmente, México enfrenta graves problemas relacionados con las ciencias penales: falta de prevención del delito, una gran impunidad, lagunas en la ley, mala investigación de los delitos, sobre población penitenciaria, narcotráfico, delincuencia organizada a nivel internacional, etc. Ojalá y este trabajo sirva para hacernos reflexionar que muchos de estos problemas no son para nada nuevo, sino que vienen de décadas, incluso siglos, atrás.

Se dice que los trabajos históricos no pueden atreverse a decir a dónde va el motivo de su estudio, sino que más bien se limitan a decir de dónde vienen. Eso lo pretendemos hacer aquí, sin embargo, trataremos de aventurarnos a proponer hacia donde deben dirigirse los esfuerzos de nuestro gobierno para dotar a nuestro México de un derecho penal digno, ya que nuestro pueblo merece el máximo esfuerzo de todos lo que nos apasionamos por esta materia.

CAPITULO I

EL DERECHO PENAL MEXICANO ANTES DE LA CONQUISTA

DERECHO PENAL MAYA

Orgullo de México son sus culturas prehispánicas. Pero en particular destaca la cultura maya. Establecida en el sureste mexicano, ubicada particularmente en la Península de Yucatán y diseminada por Centro América, destacan en la historia universal por sus aportaciones en diferentes campos del conocimiento humano. En materia jurídico penal, la cultura maya tuvo aportaciones importantes, en una época donde por regla general, la pena de muerte era la respuesta estatal a los ilícitos que se cometían.

Los mayas, eran dirigidos por nobles, llamados *almehen-ob*, quienes detentaban las funciones administrativas y los altos mandos militares. Los sacerdotes eran otra figura importante en la estructura del poder maya; sin embargo, estaban detrás de los nobles, cuya obligación era determinar días favorables para la agricultura y actos trascendentales de la vida maya. Además, eran importantes artífices del conocimiento, ya que eran al mismo tiempo astrónomos y manejaban el cómputo del calendario¹. Este pueblo estaba ligado por ideas religiosas comunes, vivían en continua competencia comercial con otros pueblos, lo que en más de una ocasión los llevó a la guerra.

Al frente del Estado maya se encontraba el *halach uinic*, cuya traducción es el hombre verdadero; había uno por cada ciudad estado y era el encargado de regirla, acompañado por un grupo de asesores formado por jefes y sacerdotes, además de elegir a los funcionarios públicos.

En un contexto general, su derecho penal era severo. Algunas penas podían imponerse según lo decidiese el ofendido; por ejemplo, en el adulterio, el

¹ Soustelle, Jaques, Los mayas, Trad. De Jorge Ferreira. Fondo de Cultura Económica, México, 198, p. 169.

marido agraviado podía perdonar o condenar a muerte a su agresor² dejando caer sobre su cabeza una piedra grande³.

El homicidio, al igual que la mayoría de las culturas de esa época, se castigaba con la muerte; sin embargo, encontramos un rasgo significativo dentro del sistema penal maya: se podía "pagar el muerto"⁴, lo que nos habla de una incipiente y posteriormente desaprovechada cultura de la reparación del daño como alternativa de solución de controversias surgidas de la comisión de un ilícito penal⁵. El hurto era castigado con la esclavitud⁶.

El proceso penal era conocido y resuelto por los ejecutores del *halach uinic* (rey): el *batab* o también llamado *bataboop*, quienes en sus respectivos barrios ejercían el poder ejecutivo y judicial; no era admitido en contra de sus resoluciones recurso alguno. Decidían asuntos penales y civiles, pero si el asunto era muy importante, consultaban al *halach uinic*. La sentencia era ejecutada por la figura del *tupil*, funcionario público de más baja categoría, quienes ejecutaban funciones de policía⁷.

Las penas mayas a ilícitos como el daño en propiedad ajena, se pagaba con el patrimonio del responsable: indemnizaciones. Misma pena se aplicaba a la negligencia en un incendio⁸.

A pesar de la mesura en algunas penas de esta civilización, en el caso de delitos como la violación y el estupro, la pena al delincuente era la lapidación, y el

² Margadant S. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Esfinge, México 11ª Edición, p. 21.

³ Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, México, 1886, p. 34.

⁴ Idem

⁵ Lo consideramos así, ya que es uno de los principios que el invasor español no incluyó de una manera decisiva en la legislación impuesta en los territorios conquistados, omitiendo una alternativa que apenas hasta nuestros días comienza a cobrar auge.

⁶ Margadant S. Guillermo, Op. Cit. p. 22.

⁷ Morley, Silvanus. La Civilización Maya. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, p. 168.

⁸ Esto nos habla de un adelanto significativo en la ciencia penal de este pueblo, ya que incluso, si vemos la legislación que actualmente nos rige, como pena al homicidio culposo, se contempla la pena de prisión, y el legislador nunca ha manejado la opción de indemnización en este delito.

pueblo aplicaba la pena con especial encono, reflejando en el lanzamiento de cada piedra la laceración que sufrían los mayas en sus principios sociales con la comisión de este tipo de delitos.

Los mayas no conocieron la cárcel en el concepto que actualmente tenemos de ella. Sólo tenemos como antecedente una jaula de madera donde el procesado esperaba su condena.

1.2 DERECHO PENAL DE NEZAHUALCOYOTL

El reino de Texcoco, situado al noreste del Valle de México, durante largo tiempo estuvo bajo dominación de los señores de Azcapotzalco, hasta la ascensión al poder de Nezahualcóyotl, que en náhuatl quiere decir "coyote hambriento", rey de Acolhuacán (1402-1472), conocido como el rey poeta, con una vida llena de experiencias y sabiduría. Son famosos sus versos y su amor a las bellas artes, mismas que fomentó durante su reinado y quien mediante una serie de alianzas y guerras, logró la conquista e independencia de su reino. Este territorio, con el paso del tiempo adquiriría una importancia estratégica relevante para el imperio azteca, ya que era una de las rutas de acceso a Tenochtitlán.

A nosotros, la historia del reinado de Nezahualcóyotl nos es transmitida gracias a la obra de sus descendientes, obras escritas incluso ya bajo la dominación española. En su capítulo XXXVIII, titulado "*Que trata de las ochenta leyes que estableció Nezahualcóyotl y cómo las mandó guardar*", Fernando de Alva Ixtlixóchitl, cabildo de Texcoco, nos narra la obra jurídico penal de su antecesor.

Una vez que Nezahualcóyotl puso orden militar en su reino, expidió ochenta leyes que dividió en cuatro partes, para cuatro consejos supremos, que comprendía "pleitos de casos civiles y criminales"⁹.

Prosigue haciendo una enumeración de delitos y penas: al nefando, muerte por sepultura en cenizas y extracción de órganos vitales; traición al rey, rotura de articulaciones y esclavitud de la familia hasta la cuarta generación¹⁰, de lo que se infiera que las penas podían ser trascendentes.

El adúltero y la mujer infiel morían apedreados o asados vivos y rociados con agua de sal. El robo se castigaba con la esclavitud o muerte. Como medida de control social, a aquel que se embriagaba, se le trasquilaba la cabeza, pena sumamente infamante entre los pueblos de origen náhuatl, la reincidencia a esta falta se castigaba con la muerte¹¹.

El segundo consejo de las leyes de Nezahualcóyotl era de música y ciencias, donde algunas supersticiones de brujos se castigaban con la muerte¹².

El tercer consejo era el de guerra, en el que encontramos una clase de antecedente del Código de Justicia Militar: desobediencia al superior se castigaba con la muerte; el que era de noble linaje, si era cautivo y se venía huyendo a su patria, tenía la misma pena, y el plebeyo era premiado¹³. Continúa al autor de referencia, dándonos las reglas que tenían los texcocanos para hacer la guerra a otros pueblos, pero penalmente hablando, es de interés señalar que el señor enemigo que no se rendía a sus pretensiones y si era capturado, se le mataba

⁹ De Alva Ixtlixóchitl, Fernando. Obras Históricas, Tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1977, 3ª. Edición, p. 101.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Idem.

haciéndole pedazos la cabeza con una porra¹⁴.

El cuarto consejo era el de Hacienda: cobranza de Tributos y distribución de los mismos. Los cobradores reales que cobraban de más, eran castigados con la muerte¹⁵.

1.3 DERECHO PENAL AZTECA

Los aztecas, provenientes de Aztlán, "tierra de garzas", probablemente ubicado en los límites de Nayarit con Sinaloa¹⁶, tras una peregrinación de más de tres siglos, llegaron al Valle de México, donde se sometieron al poder de los señores tepanecas de Azcapotzalco. Para liberarse del yugo de sus opresores, formaron la Triple Alianza con los texcocanos y los señores de Tacuba. Esta alianza, en un principio igualitaria en derechos para cada una de las partes que lo formaban, degeneró en un dominio absoluto azteca, al grado que el rey azteca tomaba decisiones importantísimas en los reinos aliados como la sucesión de monarcas de las otras dos ciudades¹⁷. Con un imperio impresionantemente organizado, que se extendió hasta Oaxaca y Veracruz, sometiendo a las poblaciones vecinas (toltecas, olmecas, zapotecas) tenían como capital a Tenochtitlán, fundada en 1325, con una población de 300,000 habitantes.

El gobierno azteca en un principio fue regido por caudillos religiosos, para dar paso, posteriormente a un rey llamado *hueytlatoani*, jefe supremo del ejército, religión y gobierno; juez y legislador máximo.

El derecho penal azteca tenía como fuentes las decisiones judiciales (jurisprudencia), costumbre, instituciones territoriales, alianzas, pactos colectivos y

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Enciclopedia Salvat del Estudiante, Tomo 3, Editorial Salvat, México, 1984, p. 120.

¹⁷ Soustelle, Jacques. La vida cotidiana de los Aztecas en vísperas de la conquista. Trad. De Carlos Villegas, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

la actividad estatal¹⁸. Cuando el rey o los jueces resolvían algún asunto, establecían una clase de jurisprudencias, ya que al imponer una pena, esta se aplicaba de manera semejante a casos parecidos. Por ende, podemos observar que los aztecas tuvieron un sistema penal draconiano, particularmente severo, producto de una fuerte cohesión política y social. Ahora bien, dichas costumbres judiciales han llegado a nosotros por medio de pinturas jeroglíficas, conocidas como códices¹⁹.

Pero, ¿Cómo se impartía justicia al ciudadano azteca común? Una vez que se consolidó el imperio azteca, se empezaron a adoptar medidas que hicieron prevalecer los cánones de conducta. Se crearon tribunales que ejecutaban las disposiciones gubernamentales. La autoridad más alta del tribunal era el *hueytlatoni*, seguido del *cihuacóatl*, supremo magistrado del tribunal, oidores y funcionarios de justicia²⁰. Podemos decir que el *cihuacóatl* era el brazo derecho del *tlatoni*, ya que le podía suplir en caso de ausencias por guerra, muerte; auxiliarle en cosas de gobierno y hacienda pública. Sin embargo, de todas las decisiones que se tomaban en el tribunal, el único facultado para condenar a muerte era el rey. Los jueces se reunían diariamente en un lugar llamado *Tlatzontecoyan*. Las sentencias eran pregonadas por el *Tepojotl* y se ejecutaban por el *quahnoctli*²¹. Este era un órgano colegiado encargado de conocer asuntos importantes. Pero cada barrio o *calpulli* tenía un juez de competencia limitada²² llamado *teuctli*, quien resolvía asuntos de poca importancia, cuyas decisiones podían ser apeladas, en cuyo caso conocería el tribunal del *cihuacóatl*. Los funcionarios públicos con funciones de policía eran los *topilli*, quienes aprehendían a los delincuentes.

¹⁸ De Leonard, Carmen C. Esplendor del México Antiguo. Tomo II, Editorial del Valle de México, S.A. de C.V., México, 1998, p. 729.

¹⁹ Destacan los códices Mendocino (costumbres aztecas), Telleriano-Remence (historia azteca), Vaticano (historia azteca), Ramírez (ritos, sacrificios, fiestas), Borgia (calendarios y rituales).

²⁰ Rodríguez Shadow, María. El Estado Azteca. Universidad Nacional Autónoma del Estado de México, México, 198, p. 151.

²¹ Los miembros del *quahnoctli*, el *tlatotlac* y el *tlatatecatl*.

²² Nuevamente encontramos el antecedente de lo que en nuestro sistema judicial es el juez de cuantía menor (juez de paz).

Con la creación de estos tribunales, se incrementó notablemente la burocracia²³.

Las partes hacían por sí mismas sus alegatos, ya que no se tienen noticias de la existencia de abogados. La única prueba que se le admitía al inculcado era la testimonial, aunque el reo podía purificarse mediante el juramento.

El sistema punitivo recurría a castigos violentos en los que el culpable era el pregonero de su propia condena, y el acto público, su proclama, lo que representaba una auténtica política del terror penal, tal es el caso de aquél que robaba oro o piedras preciosas, después de conducirlo por toda la ciudad, era sacrificado en la fiesta de los plateros a su Dios *Xipe*. Como hemos venido mencionando a lo largo de este capítulo, la mayoría de los delitos eran castigados con la muerte: homicidio, violación, robo, etc. Sin embargo, en casos como el adulterio, si el marido ofendido mataba los infieles, él a su vez era muerto, ya que usurpaba funciones de justicia del Estado, lo que nos habla del monopolio de la represión penal que detentaba la autoridad azteca. Las penas llegaban a ser trascendentes, como el caso de la traición en el que se condenaba a muerte al traidor, y los miembros de su familia hasta el cuarto grado eran reducidos a la esclavitud²⁴.

La pena de muerte era considerada como un suplicio, la ocasión no sólo de privar de la vida al inculcado; era retener la vida en el dolor, subdividiéndola en mil muertes, obteniendo de ella la más exquisita de las agonías.

²³ Rodríguez Shadow, Op. Cit, p. 151.

²⁴ Encontramos en este caso, la exacta aplicación de la pena a este delito, copiada de las ordenanzas de Netzahualcóyotl.

Derivado de lo anterior, una vez que el derecho azteca fue suplantado por el derecho español, los vicios que reprimía la crueldad con la que se castigaba en el antiguo imperio, se extendieron rápidamente²⁵.

Un aspecto muy importante del sistema penal azteca, era el hecho de que se perdonaban los delitos cometidos por menores de 18 años²⁶, no así la desobediencia a los padres, misma que se castigaba con la esclavitud e incluso con la muerte²⁷.

Como nota final al presente capítulo, expondremos las razones por las que, en tratados de historia del derecho penal mexicano, no se le concede importancia a esta parte de la historia de México. Una realidad es que el derecho indio no es una fuente directa del derecho penal que nos rige actualmente, fruto de la grave diferencia en la aplicación de penas que existiría con su sucesor, el derecho español. Sin embargo, diferimos sustancialmente de la posición de algunos juristas, como el maestro Miguel S. Macedo, quien en su libro "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano", nos dice: "el estado de semi civilización de los antiguos mexicanos (náhuatl, mayas, etc.) hacía inevitable que sus ideas, así sociales como religiosas y su incipiente y rudimental cultura jurídica, hubieran de ceder el puesto sin resistencia a la cultura española, de indiscutible superioridad bajo todos los aspectos"²⁸. Esta aseveración, la ponemos en tela de juicio. Por una parte, si bien es cierto que el sistema judicial español era el más avanzado, utilizaba prácticas brutales de represión que no distaban mucho de las que utilizaban los aztecas; allí tenemos al Tribunal del Santo Oficio, con sus prácticas arcaicas y retrógradas usadas en el "nombre de Dios". Por otro lado, al hacer referencia a una rudimental cultura jurídica se omiten por completo los antecedentes del sistema de justicia azteca, por ejemplo que tenía todos los

²⁵ Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, Editorial Porrúa. México, 2ª. Edición, 1984, p. 190.

²⁶ Aquí encontramos, históricamente, el primer antecedente formal de la aplicación de la edad penal, criterio que es vigente hasta nuestros días en varios Estados de la República.

²⁷ Ramírez Shadow, Op. Cit, p. 153.

²⁸ Macedo, Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial Cultura, México, 1931, p.

escalones propios de un sistema judicial: jueces, magistrados, ejecutores; lo que nos habla que, seguramente en pocos años de haber continuado la existencia de ese sistema, su refinamiento era una situación que se daría por sí sola. Incluso eran instituciones como la reparación del daño de los mayas, se estaba a la altura o incluso se superaba a lo hecho por los romanos.

El tema de la presente tesis es "Fuentes Históricas del Derecho Penal Mexicano". Una fuente histórica es el antecedente temporal de un ordenamiento legal. El derecho indígena, como tal, no dio origen a un nuevo ordenamiento legal. Sin embargo, en nuestro punto de vista, es derecho penal mexicano aquél ordenamiento o conjunto de principios de carácter punitivo que se hayan aplicado en nuestro actual territorio nacional y de allí que consideremos la importancia de hablar de esta etapa del derecho penal. Por otra parte, hemos descubierto importantes antecedentes históricos de figuras penales, como los hemos desarrollado en el presente capítulo, y figuras que pueden entrar dentro del campo de estudio de la criminología o de la sociología, como es el caso de la lapidación, antecedente del linchamiento moderno, con lo que observamos que es una figura que llegó a estar institucionalizada en las diferentes culturas existentes en territorio nacional.

CAPITULO 2

DERECHO PENAL ROMANO

*"A todos los países por lo que pasa el
Rhin y el Danubio, a todos los que
Recorre el Tiber, Ganges, o a los que
Dan vida las siete bocas del Nilo, a
Todos ellos, Dios los enseñó a hacerse romanos".*
Prudencio. Poeta Latino de origen ibérico.
Siglo IV D.C.

2.1 IMPORTANCIA.

Efectivamente, a muchos países del orbe, entre ellos el nuestro, y en lo que a materia jurídica refiere, podemos considerar nuestros orígenes como romanos.

Alejémonos espacial y temporalmente de México, y trasladémonos a la península itálica. Allí, los romanos sentaron las bases reales del derecho, de cuando menos, toda Iberoamérica, sólo por mencionar un espacio geográfico, por lo que se convierte en un aspecto relevante de nuestro trabajo.

El imperio más grande del que se tenga memoria, tuvo orígenes muy modestos, mismo que la arqueología nos permite reconstruir parcialmente. Es muy difícil ubicar cronológicamente la aparición de Roma; las excavaciones hechas sugieren su fundación en la segunda mitad del siglo VIII antes de Cristo. La fundación de Roma es atribuida a Rómulo, pero la consolidación de la ciudad como tal le correspondió a Numa Pompilio²⁹.

²⁹ Rey sucesor, según las leyendas, de Rómulo.

La fecha tradicional, 753 a.C., es la más cercana a la realidad³⁰. En esta época, el rey era asistido por un Senado conformado por ciudadanos romanos mayores de sesenta años, con funciones consultivas³¹.

En esta primera época, la sociedad estaba integrada por:

- ◆ *Patricios*.- Familias acomodadas, con un fundador común (*gens*), bajo la autoridad del *paterfamilias*. Él y sus descendientes forman esta clase.
- ◆ Los *clientes*.- Al lado de cada familia patricia estaba un cierto número de personas agrupadas a título de clientes, bajo la protección del patrón, llegando incluso a tomar el *nomen gentilitium*. El patrón les debía socorro y asistencia y les concedía tierras para su cultivo. Los clientes, debían al patrón respeto y abnegación, además de deber acompañarle en tiempos de guerra.
- ◆ Los *plebes*.- Libres de toda relación con los patricios, con un rango social inferior, no tenían ninguna clase de participación política. La historia romana narra múltiples confrontaciones entre patricios y plebeyos en busca de igualdad de los últimos, obligando a los patricios a hacer concesiones a lo largo de los siglos venideros.

Al ser derrotado el último rey etrusco, y proclamarse la República, dos cónsules, cuyo mandato dura un año, detentaban el poder, junto con un Senado de 300 miembros y dos asambleas de ciudadanos romanos. Le sigue a Roma el dominio de Cartago; comenzaría la fusión del derecho campesino romano con el pensamiento griego, dando origen a la literatura jurídica clásica.

³⁰ Grimberg, Carl. Historia Universal. Tomo 9, Editorial Samra, S.A. de C.V., México, Edición Especial, 191, p. 54.

³¹ Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita. Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Editorial Harla, México, 1996, p. 10.

Podemos considerar a la Ley de las XII Tablas como la primer ley importante dentro de la historia jurídico penal romana. Para cuando esta ley se estableció, ya tiempo atrás, se tenía la intención de codificar el derecho público y privado. En 454 a.C., Roma envió una comisión de embajadores a Grecia, formada por tres patricios; al cabo de un año regresaron, trayendo consigo las leyes griegas.

Diez magistrados patricios fueron los recipendarios de las magistraturas ordinarias; elegidos en comicios, los *decenviros*, así llamados (decen, diez; vir, hombre), fueron quienes se encargaron de la realización de la ley. Su obra se publicó en 451 a.C.; obra escrita en diez tablas que recibieron la consagración de un voto de los comicios. Al parecer, esta legislación fue insuficiente, ya que un año después, se eligieron otros decenviros, que redactaron dos tablas más, complemento de las diez primeras³². La distribución era la siguiente.

I-III, Cuestiones procesales.

IV. Derecho de Familia.

V. Derecho Sucesorio.

VI. Derecho de las cosas.

VI. Derecho agrario o de las servidumbres.

VIII. De los delitos.

X. Derecho sacro.

XI y XII Tablas complementarias.

Paralela a las Doce Tablas, tenemos otras fuentes importantes del derecho romano, como los plebiscitos, decisiones de la plebe en los *concilia plebi*, a propuesta de un tribuno. Después de la Lex Hortensia³³, sus disposiciones se aplicaban a plebeyos y a patricios. Estos plebiscitos permitieron la creación de la

³² Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa, México, 6ª. Edición, 1991, p. 30.

³³ Ley que hace alusión a la obligatoriedad de las decisiones tomadas en plebiscitos. Junto a ella están la Lex Canuleia (que permitía el matrimonio entre plebeyos y patricios) y la Lex Publilia, que decide el valor pleno de las leyes centuriadas desde su votación. Por ser leyes que no se involucran directamente con el tema del presente trabajo, nos permitimos mencionarlas someramente.

Lex Aquila, sobre la responsabilidad engendrada de la comisión de cierto tipo de delitos, mismos que analizaremos más adelante. Como otras fuentes del derecho, encontramos la costumbre, la jurisprudencia y los edictos de los magistrados³⁴, que eran el resultado escrito de dichos funcionarios, basada en el *ius edicendi*. Los magistrados eran los encargados de resolver controversias entre los ciudadanos romanos, así como entre romanos y extranjeros. Para ello, junto a la figura del pretor urbano, surgió el pretor peregrino; la duración del cargo era de un año³⁵.

A esta etapa le sobreviene el Imperio, dando el poder legislativo al Senado y al *emperor* (constituciones imperiales), resoluciones emitidas por el mismo con fuerza de ley, tomando forma de edictos (normas que obedecían funcionarios y súbditos); *decretos*, resoluciones judiciales del príncipe; *rescriptos*, respuestas a preguntas escritas; los *mandatos*, órdenes a funcionarios públicos de índole administrativo³⁶. Sucede, posteriormente, la división del imperio en Oriente y Occidente.

Episodio de la historia del Derecho Romano que no puede dejarse de estudiar es la vida y obra del emperador Justiniano. Nacido en 483, su imperio duró de 527 a 565. Es gracias a él que el imperio recobró su esplendor, y en materia jurídica alcanzó la cúspide. Cuando ascendió al poder, las únicas fuentes del derecho que quedaban eran la costumbre y las constituciones imperiales, y sintiendo la necesidad de compilar los escritos de jurisconsultos pasados, que incluían las opiniones de Gayo, Ulpiano, Papiniano, Paulo y Modestino³⁷, entre los años de 527 y 534 de nuestra era,³⁸ se elaboró una compilación de derecho que hasta la fecha lleva el nombre de *Corpus Iuris Civilis*³⁹. Como jefe de esta

³⁴ Oderigo, Mario. Sinopsis de Derecho Romano, 6ª Edición, Ediciones de Palma, Argentina, Argentina, 1982, p. 18.

³⁵ Sirvent Gutiérrez, Op. Cit. p. 11

³⁶ *Ibidem*, p. 12.

³⁷ Oderigo, Mario, Op. Cit. p. 22

³⁸ *Ibidem*, p. 23. Diferentes autores no se han puesto de acuerdo en torno a la fecha del término de los trabajos.

³⁹ *Ibidem*. Este nombre es proveniente de la Edad Media.

compilación sobreesale Triboniano. Dicha obra estaba integrada por el Código, el Digesto, las Instituciones y las Novellae (leyes nuevas⁴⁰). De igual forma, se publicó un texto para estudiantes de derecho con fuerza de ley⁴¹. La semblanza de cada una de las partes del Corpus Iuris Civilis es la siguiente:

- **El Código**, obra que trata de derecho público, fuentes del derecho eclesiástico, administrativo, penal y financiero⁴².
- **Digesto**.- Conocido también como Pandectas, contiene citas de los grandes juristas y se conforma por cincuenta libros.
- **Instituciones**.- Inspirada en las Institutas de Gayo, era la obra que se utilizaba para la enseñanza del derecho.
- **Las Novelas**.- integradas por las constituciones imperiales de Justiniano, se recopilaron a su muerte⁴³, hablan en su mayor parte de derecho público.

Ahora que fugazmente hemos recapitulado la historia del derecho en Roma, abordaremos de lleno nuestro tema de estudio. En un principio analizaremos el legado penal de Roma, y posteriormente, los delitos públicos (crimina) y los privados (delicta).

De lo que hemos venido exponiendo, podemos decir que la pena en Roma era muy distinta a la nuestra, ya que en la antigüedad tenía el carácter de composición.

⁴⁰ Sirvent Gutiérrez, Op. Cit. p. 14.

⁴¹ Margadani, Guillermon, Derecho Privado Romano, 17ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1991, p. 185.

⁴² Sirvent Gutiérrez, Op. Cit. p. 14.

⁴³ Idem.

De las enseñanzas romanas, muchos principios serían tomados por las escuelas Clásicas y Positivas, mismas que tuvieron influencia en la realización de los Códigos Penales del siglo XX; alguno de estos principios son:

- El Derecho Penal Moderno ha determinado la existencia de varios elementos para la conformación de un delito: elementos materiales, temporales y personales y es así como la dogmática penal moderna analiza las figuras delictivas, entre ellos los sujetos activos y pasivos de los delitos. Los romanos distinguieron calidades, tanto en sujetos activos como pasivos de diferentes delitos. Tal es el caso, por ejemplo del estupro, en el que se requería de la honestidad de la mujer para que se configurara dicho delito.
- En cuanto a la incapacidad penal, los romanos, a diferencia de otros pueblos, desecharon la posibilidad de imputar hechos delictivos a cosas o muertos. Para el caso de animales o personas privadas de su libertad (esclavos), la responsabilidad recaía sobre el dueño.
- Los menores adquirían, para Roma, capacidad, al momento de entrar a la pubertad o bien cuando eran susceptibles de matrimonio, sin embargo, desde las primeras legislaciones romanas, los delitos cometidos por los menores, eran considerados como un *factum* que se daba en el mundo de los hechos, dándole solución haciendo responsable a su progenitor⁴⁴.
- Las enfermedades mentales generaban la falta de responsabilidad penal, principio que no se ha olvidado en nuestros días, sin embargo, los romanos no entraron al estudio de los problemas psicológicos vinculados con el derecho penal.

⁴⁴ Momsem, Teodoro. Derecho Penal Romano. Jiménez Gil, Editor, España, 1999, p. 84.

- Otros principios importantes que encontramos dentro del derecho penal romano y que nos son aplicados en la actualidad, son los relativos a las conductas que excluyen el delito, sea en cumplimiento de una obligación o un mandato de un superior al que se le tenía que prestar obediencia, principio consagrado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

- Cuando se cometían delitos en legítima defensa, no existía el delito, tal es el de matar a otro hombre en defensa⁴⁵. Para Paulo, "si alguno hubiese matado al ladrón nocturno, lo hará impunemente si no pudo perdonarlo sin peligro propio⁴⁶".

- Los romanos diferenciaron los delitos dolosos y los culposos. La Ley de las XII Tablas decía que el hecho culposo se sancionaba con la expiación religiosa sin sufrir pena alguna. En leyes posteriores se dispuso que las penas tuvieran como base la voluntad antijurídica del autor. Dicha voluntad podía aparecer como una defensa intencional a la ley y era conocido como *dolus*, mismo que requería del conocimiento del autor de que el hecho que iba a realizar era contrario a la ley. Los romanos decían que la ofensa intencional a la ley, como propósito de delinquir era el *animus*, la voluntad delictuosa⁴⁷.

- La participación es definida como la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito⁴⁸. Conocemos varios tipos de participación: autores materiales intelectuales, coautoría, cómplices, encubridores, instigadores. Los romanos contemplaron la codelinquencia, tal y como la llama Momsem de la siguiente manera: "A

⁴⁵ *Ibidem*, p. 85

⁴⁶ Carrancá y Rivas, *Derecho Penal Mexicano*, p. 98.

⁴⁷ Momsem, *Op. Cit.* p. 61

⁴⁸ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 283.

los coautores se les denominaba *socci*; al autor material *princeps delicti* o jefe; el *consciis* era el equivalente al encubridor moderno; el instigador era el *suctor*, y para que se presentara esta figura, era necesario que influyera de manera definitiva en la resolución delictiva de otra persona.

- Por lo que hace a la tentativa, nos es legado de la Escuela Clásica el término de *Iter Criminis* (camino del crimen) en el que se dice que el delito recorre un trayecto para integrarse, que va desde la ideación hasta su ejecución, bien sea consumando el delito o quedando en grado de tentativa. Sólo los delitos dolosos recorren el *Iter Criminis*. Los romanos no participaron nuestra idea de tentativa, ya que sólo se castigaban hechos consumados y el pretor determinaba cuando se había consumado un delito. Para el Derecho Romano, la obligación que engendra un delito, siempre nace de la realización de un hecho material, nunca por lea mera intención, por lo que los romanos no conocieron la tentativa.
- Los romanos no desarrollaron teorías acerca de las ausencias de conducta en los delitos; sin embargo, el único antecedente que tenemos es una cita del Digesto atribuida a Ulpiano que dice que si alguien causa daño a otro empujándolo, no queda obligado ni el que empujó por que no mató, ni el empujado por que no causó daño con injusticia (D. 9.2.7.3) por lo que se desprende que los romanos sólo admitían la *vis absoluta*, consistente en la fuerza o energía proveniente del exterior del sujeto, pero esta fuerza es de naturaleza humana, misma e impulsa al sujeto a cometer un hecho dañoso o le impide cumplimentar su deber.
- Por lo que respecta al ejercicio de un derecho, los romanos conocieron dos casos: el derecho de corrección y el de las lesiones deportivas. Ulpiano cita: "Un zapatero dice a un niño aprendiz, libre de nacimiento e hijo de familia, que no hacía bien lo que se le había enseñado; le golpeó

en la cara con una horma y le sacó un ojo a niño. No compete la acción de injurias porque no le golpeó para dañarlo, sino para advertirle y enseñarle" (D. 9.2.5.3). En cuanto a las lesiones deportivas, podemos decir que, si en la lucha o en el pugilato libre, uno de los luchadores hubiese herido o matado a otro, cesa la acción *aquillae*, por que el daño no se considera hecho con mala intención, sino a causa de la gloria y el valor. (D. 9.2.5.4).

- En el Digesto encontramos la siguiente cita que prueba la existencia del concurso de delitos en Roma: "De la concurrencia de varios delitos, nunca puede resultar que el que los cometió salga impune porque un delito no puede atenuar la pena de otro delito. Las injurias en el concurso real podían concursar con cualquier otro delito. En el concurso ideal, concursaban con el robo, rapto, violación.

- De igual modo, los romanos sí conocieron las concausas, que son las circunstancias que concurren en la salud de una persona, mermando sus aptitudes físicas, originando su muerte sin que esta sea consecuencia directa de las lesiones que una persona le provocó. Hay concausas anteriores que son aquellas que por la situación en particular del sujeto son una lesión que en otro individuo no sería mortal, y en él sí lo es, tal es el caso de una debilidad por diabetes, hemofilia, etc. Las concausas posteriores no se refieren a estados patológicos del lesionado, sino que después de lesionado, comete excesos o sufre la falta de cuidado o de previsión por parte de terceras personas, como la aplicación de medicamentos nocivos, cirugías mal hechas, entre otros. En el Digesto encontramos citas que hacen alusión a las concausas: "Si un esclavo no hubiese sido herido mortalmente, pero muere por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por ser muerto" (D. 9.2.30.5).

- En cuanto a la comisión por omisión, los romanos no la conocieron en el sentido que la manejamos nosotros, sin embargo, encontramos un antecedente citado por el maestro Margadant, al decir que el emperador Claudio castigaba a aquellos que abandonaban a su suerte a sus esclavos viejos o enfermos⁴⁹.

Derivados del derecho penal romano, encontramos varios términos que son universalmente usados dentro de la doctrina jurídico penal, algunos de ellos son *delictum*, *poena*, *crimen*, *injuria*, *damnum*, *furtum*, *animus*⁵⁰, por citar unas cuantas palabras.

El Derecho Romano es mero antecedente de lo que vendría a ser, con el paso de los siglos, el derecho europeo que nos fue transmitido gracias a la conquista. Así que es necesario hacer la aclaración que si bien encontramos figuras actuales que ya existían en Roma, hay otras que sólo nos llegan como vestigios de su cultura jurídica.

Como lo hemos venido mencionando, los romanos distinguieron entre *delitos* y *crimina*. Los primero engendraban como *poena* la reparación, eran perseguidos por el ofendido, y el beneficio de las multas era para él. Eran considerados como delitos que no ponían en riesgo la paz social. La pena para los *crimina* era pública y podía consistir en una sanción pecuniaria o corporal y esta clase de delitos transgredía la seguridad de la comunidad. Sobresalían el parricidio, el peculado, delitos que se perseguían de oficio o de querrela de parte⁵¹. En cambio, los *delicta*, eran fuente de obligaciones pecuniarias, y el *ius civile* les castigaba con penas de esa índole.

Los principales crimina en Roma eran:

⁴⁹ Margadant, Op. Cit. p. 122.

⁵⁰ Carrancá y Rivas, Derecho Penal Mexicano, p. 97.

⁵¹ Iglesias Juan, , Derecho Romano, 12ª Edición, Editorial Ariel, España, 1999, p. 350.

- **Perduellio.**- Era el mal guerrero, causado por el enemigo de la patria. Los delitos contra la patria se denominaron *perduellio* o *crimen maiestatis*⁵²s. Eran conductas que ponían en riesgo la seguridad de la nación romana, tales como entrar en tratos con el enemigo después de haber desertado del ejército romano, violaciones a las obligaciones políticas de los ciudadanos como no cumplir con el servicio militar o no acudir al llamado del ejército en tiempos de guerra. También se encuentra dentro de esta figura a la sedición, que era la insubordinación tumultuaria contra un magistrado, desobedeciéndole. La pena de este delito era que en el mismo momento de la comisión del mismo, el patrimonio de los responsables pasaba ipso iure a ser propiedad del Estado, como si se tratase de un botín de guerra⁵³. Además, se le imponía a los inculpados la pena de muerte.

- **Parricidio.**- El *parricidium* era el vocablo usado para referirse a aquellos homicidios violentos y dolosos. Fue tipificado por las Leyes Pompeya de *Parricidium* y por la *Lex Cornelia de Sicaris*, pero ninguna hizo la diferencia del homicidio. Consistía en la privación de la vida de algún pariente del sujeto activo del delito, y su pena era la muerte. Para definir el grado de parentesco en Roma, la siguiente información es valiosa: para tipificarse el *parricidium*, el sujeto activo debía ser: ascendiente del homicida en cualquier grado, hermano o hermana, tío, cónyuge, suegros o cuñados, así como padrastros e hijastros. Ahora bien, para los romanos el homicidio fue considerado como un delito que violaba gravemente la paz social, por lo que era delito público. Mommsen clasificó en seis grupos las conductas que los romanos consideraron homicidio:

⁵² Mommsen, Op. Cit. p. 341.

⁵³ Ibidem, p. 374.

1. *Asesinato violento y salteamiento*, para cuya realización se necesitaba el empleo de armas. Entraban dentro de esta clasificación los homicidios perpetrados en los caminos.
2. *Abuso del procedimiento capital*.- Se configuraba cuando un Magistrado ordenaba la ejecución de algún ciudadano romano sin existir previa sentencia condenatoria y sin que el derecho autorizara la ejecución, por lo que el Magistrado era responsable de homicidio.
3. *Envenenamiento*.
4. *Homicidio por hechizo y magia*.
5. *Incendio intencionado y delitos cometidos en naufragio*.
6. *Homicidio entre parientes*⁵⁴.

No era considerado homicidio la muerte que el marido de una mujer adúltera daba al amante de esta, siempre y cuando el amante fuera libre o esclavo del marido ofendido. El *paterfamilias* podía matar a miembros de su familia en ejercicio de la patria potestad, derecho que fue restringido posteriormente bajo órdenes del emperador Constantino⁵⁵. Otra causa de licitud dentro del homicidio era quien daba muerte a un desertor de guerra, quien podía matarle sin hacerse acreedor a una sanción. La pena para el delito de homicidio era, que después de ser azotado con varas de mimbre, el inculpaado fuera metido en un saco cosido, en compañía de un perro, un gallo, una víbora, y un mono y luego echado al fondo del mar, o bien, a las fieras. (D. 48.10.9)

- ***Peculado***.- Era el robo de los bienes del Estado, presentándose como una sustracción de metales o monedas del erario como robo de muebles, siempre en detrimento del patrimonio del Estado. Se encontraba tipificado en la Lex Julia de Augusto.

⁵⁴ Ibidem, p. 398.

- **Aborto.-** Durante la monarquía se consideró que el producto de la concepción era una viscera de la mujer, y el aborto no era considerado como delito. Después durante la República, el aborto cometido por un tercero, se consideraba homicidio por envenenamiento y se castigaba como tal. En el Imperio, bajo el mando de Septimio Severo, se castigó el aborto como homicidio; a la comadrona que además de causar la muerte del feto provocara la de la madre, se le privaba de la vida; si solamente moría el producto se le confiscaban sus bienes y se le condenaba al destierro.
- **Adulterio.-** La idea romana de este delito fue penalizar únicamente la conducta de la mujer, argumentando que el adulterio femenino podía originar que entrara sangre ajena al *domus* familiar. El hombre era únicamente exhortado a no mantener relaciones sexuales con mujeres honestas, fueran casadas o solteras. Momsem dice que el derecho republicano poco se ocupó de las agresiones a la mujer. El adulterio tuvo repercusiones en el campo del derecho civil, en cuanto a la restitución que el marido de la mujer adúltera tenía que hacer de los bienes dotales que aquella había apartado al casarse. El adulterio era todo acto carnal de una mujer casada con otro hombre que no fuese su legítimo esposo. Los romanos decía que, para exigir una vida honesta de la mujer, era necesario que el marido predicara con el ejemplo, llevando una vida libre de escándalos. La pena a este delito era la relegación condenándose a los responsables a marcharse a lugares distintos, y al hombre adúltero se le confiscaba la mitad de su patrimonio, mientras que a la mujer la tercera parte de sus bienes, y se le privaba de la mitad de la dote que hubiera entregado al marido al contraer matrimonio⁵⁶. Los esclavos que cometían este delito eran sancionados con penas corporales, y las mujeres libres que eran adúlteras con un esclavo, automáticamente caían en la esclavitud⁵⁷. En el siglo III de nuestra era, se penalizó el adulterio con la muerte. Justiniano dispuso que una mujer adúltera fuera encerrada en un

⁵⁵ Ibidem, p. 392.

⁵⁶ Ibidem, p. 437.

⁵⁷ Margadant, Op. Cit. p. 124.

claustro. Augusto, preocupado por la baja natalidad y degeneración de su imperio, expidió la Legislación caducaria, con la que se reglamentó el adulterio y además, el estupro. La diferencia entre estos dos delitos era la calidad de la mujer que ejecutaba la conducta delictiva; así estupro era con la doncella o con la no casada (D. 48.5.6.2), las prostitutas no podían ser sujetos pasivos del estupro, pero sí de actos de adulterio.

- **Estupro.** Viene del latín *stupor sensum*, que significa entorpecimiento de los sentidos⁵⁸. Modestino dijo que comete este delito aquel que cohabita con mujer libre sin que medie matrimonio con ella, quedando exentos los concubinatos. No podían ser sujetos pasivos los esclavos, prostitutas y lenonas⁵⁹. Podemos decir que en México, en la elaboración del tipo penal de estupro se siguió a los romanos al exigir como calidad del sujeto pasivo castidad y honestidad.
- **Falsedad.**- La falsedad, etimológicamente viene de *fallere*, que significa fraude. Los romanos concibieron este delito, en un principio contra falsificaciones de moneda y de testamento, aunque las decisiones jurisprudenciales posteriores ampliaron este concepto a cualquier engaño fraudulento⁶⁰, por lo que el concepto romano de dicho delito era muy amplio. Las conductas penadas en cuanto a la falsificación de un testamento, podían ser: darle validez a un acto falso de última voluntad, firmar o sellar un testamento falso⁶¹. Por lo que hace a la falsificación de moneda, era delito disminuir el valor de la moneda de uso corriente, falsificar monedas aunque tuvieran el mismo valor que las originales, vender monedas falsas, negarse a recibir monedas legítimas del reino. Como podemos ver, este es un buen antecedente histórico de nuestro tipo penal de "Falsificación, alteración y destrucción de moneda", contemplada en el artículo 234 del Código Penal para

⁵⁸ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Los Delitos. Editorial Porrúa, México, 1958, 5ª Edición, p. 357.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 434

⁶⁰ *Ibidem*, p. 418

⁶¹ *Idem*.

el Distrito Federal. En Roma, la pena para este delito era el destierro de Italia y la confiscación de parte del patrimonio del responsable.⁶²

- **Delitos de los abogados.-** Podemos decir que en Roma, la profesión de abogado adquiere una importancia tanto social como cultural, ya que la gran herencia romana a la historia es el desarrollo de la ciencia jurídica. Este pueblo, consciente de la importancia de los asuntos que recaían en manos de los defensores, clasificó como delitos ciertas conductas como propone al juez dádivas para que emitiera cierta resolución, ofrecer dinero a testigos para que falsamente comparecieran o dejaran de hacerlo en un juicio. No era considerado como delito el hacer alegatos falsos, situación que ha cambiado con el paso del tiempo, porque a pesar de que en la actualidad vemos en la práctica profesional cotidiana que abogados litigantes defienden sus asuntos alegando la veracidad de hechos falsos, conducta tolerada en ciertos juzgados, pero que la ley es muy clara al constituir este delito, tal es el caso de la fracción I del artículo 231 del Código Peral par el Distrito Federal, que dice que comete delito el abogado que alegue a sabiendas de hechos falsos o leyes inexistentes o derogadas. Dentro de este rubro, había delitos que cometían los funcionarios encargados de administrar justicia, como el emitir un fallo contrario a derecho, devolver a una de las partes los documentos que de común acuerdo hayan depositado ambas⁶³.

LAS PENAS EN EL DERECHO ROMANO.

Si bien los romanos siguieron con la costumbre, propia de la época de castigar de una manera muy severa, casi siempre con la pena de muerte, la mayoría de los delitos contemplados como tales en sus comunidades, encontramos interesantes antecedentes de algunas penas que evolucionarían con

⁶² *Ibidem.* P. 424.

el paso del tiempo en diferentes sistemas de derecho nacionales, entre ellos, el nuestro.

Dentro de este apartado, la primer pena que mencionaremos, es la pena de muerte. Conocida por los romanos como *suplicium* o *poena capitis* o *capitis*, la cual revestía diferentes formas:

1. Decapitación por hacha.

2. **Crucifixión.**- Como procedimiento de la misma, se desnudaba al condenado, se le ponía una horca en la cerviz, se ataban ambos brazos a los extremos de aquella, y junto con el cuerpo del reo, se colocaban en lo alto de un palo levantado en el lugar del suplicio⁶⁴.

3. **El saco** (*colleus*⁶⁵).

4. **Muerte en la hoguera.** Aplicada a los incendiarios por mera retribución.

5. **La entrega a las fieras.** Pena que revestía diferentes acepciones, ya que no sólo se entregaba a los animales feroces a los condenados, sino que revestía la forma de muerte en espectáculo popular, al combatir también contra los gladiadores. Por lo general, a las fieras eran condenados los paganos, mientras que al combate, los prisioneros de guerra y los desertores del ejército romano⁶⁶.

6. **Precipitación al vacío.**

Por su importancia, otra pena que aplicaron los romanos era la pérdida de la libertad, como ya lo señalaremos más adelante, el *furtum*, había delitos con los que se caía en la condición de esclavo.

Como una pena interesante que los romanos consideraron, fue la del trabajo forzado en las minas, trabajos forzados a perpetuidad y trabajos forzados

⁶³ Ibidem. p. 566

⁶⁴ Ibidem. p. 566

⁶⁵ V. Supra. p. 21

⁶⁶ Ibidem. p. 570

temporales. Momsem señala que esta pena pudo haber sido introducida por Tiberio en el año 23 de nuestra era⁶⁷. Se trataba de una pena en la que el inculpaado era un trabajador penal del estado y estaba sometido a un régimen de esclavitud con todas las consecuencias patrimoniales que ello implicaba. Era tan grave esta pena que se consideraba la más atemorizante, después de la pena de muerte.

La cárcel fue contemplada por los romanos como medio para poder ejecutar las penas capitales. La privación de la libertad como retribución a la comisión de un ilícito en el derecho romano, encuentra su clara expresión en el trabajo e las minas.

Como otras penas, podemos citar la expulsión y el confinamiento (ver supra en adulterio), privación de derechos civiles y la confiscación total y parcial de los bienes del sentenciado.

2.2 LOS "DELICTA ROMANOS".

En las XII Tablas, los delitos privados eran:

- *Furtum*. Robo
- *Damnum*. Daño en propiedad ajena.
- Injuria.
- Lesiones Corporales.

En las Instituciones de Gayo, *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delictu* (toda obligación nace, bien del contrato, bien del delito)⁶⁸. Sin embargo, para entrar al estudio de los delitos privados romanos, es necesario hacer a un lado nuestra concepción actual de delito (y más aún en México), donde las acciones derivadas de la comisión de un delito, las monopoliza el Estado, es decir,

⁶⁷ Ibidem. p. 585.

⁶⁸ Iglesias, Juan, Op. Cit. p. 250.

tienen un carácter público,⁶⁹ cuya consecuencia es la pérdida de la libertad y la entrega de una multa a la entidad estatal correspondiente, situación que en el derecho romano fue muy diferente. Además del contrato y el delito, para Justiniano, también son fuente de la obligación los cuasi contratos y los cuasi delitos.

Los delitos privados eran hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad del particular, pero sin alterar el orden público.

La comisión de delitos genera acciones. Los delitos sancionados por el *ius civile*, general acciones perpetuas, pero después de Justiniano, las acciones de cuasi delitos perseguidas por el pretor, duraban un año. Dichas acciones tienen las siguientes características:

1. Eran intransmisibles. Tal vez en una primera época, donde la venganza privada era la *poena* sí era transmisible a los familiares de los responsables, pero cuando la obligación derivada de un delito se convirtió en la *delictio*, obligación pecuniaria, misma que sólo era válida entre el ofensor y la víctima.
2. Noxalidad. Son las acciones intentadas contra el padre de familia o el amo por el delito cometido por su hijo o por su esclavo, es decir, encontramos cierta incapacidad de las personas para la autoridad⁷⁰.
3. Acumulación.- Antes de la época justiniana se prohibía intentar acciones paralelas a efecto de recuperar la cosa. Con Justiniano, si se permitió⁷¹.

La desaparición histórica del delito privado ha dado origen a la cuestión del resarcimiento de los daños morales, cuestión espinosa dentro de nuestra doctrina civilista.

Entremos al análisis de los delitos privados romanos.

⁶⁹ Sin embargo, rasgo sumamente interesante del derecho penal romano que encontramos en nuestro derecho, son los delitos de querrela.

⁷⁰ Así mismo, los dementes no eran responsables, a no ser que cometieran el delito en un estado de lucidez.

⁷¹ Petit, Eugene, Op. Cit. p. 456.

FURTUM.

Su traducción es el hurto. Comienza con el *furtum rei*, que es el aprovechamiento ilegal de un objeto ajeno; el *furtum usus*, cometido por el depositario, el acreedor prendario o el depositario que utiliza el objeto dado en forma prohibida por el legítimo dueño; el *furtum possessionis*, cuando el propietario retiraba dolosamente la cosa a otro que tenía derecho de poseerla⁷².

Tenía como elementos la *contrectatio rei*, coger una cosa para apoderarse de ella; una intención fraudulenta (*afectus furcandi*) que es la conciencia de obrar en fraude con los derechos de terceros⁷³.

El *furtum* daba origen a dos acciones: *poenae persecutoria*; donde la víctima trataba de obtener una multa privada la segunda, la *rei persecutoria*, la víctima trataba de recuperar la cosa o en su caso, una indemnización en su lugar⁷⁴.

Las penas para el hurto en la Ley de las XII Tablas eran: en flagrancia, pérdida de la libertad si el autor era libre; y la vida si era esclavo. Posteriormente, el derecho clásico hizo las penas más benignas, consistentes en el pago del cuádruple del valor del bien⁷⁵.

Hay que distinguir dos clases de *furtum*:

⁷² Arangio Ruiz, Instituciones de Derecho Romano, De Palma Editores, Argentina, 1986, p. 412.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Iglesias, Juan, Op. Cit. p. 292.

⁷⁵ Petit, Op. Cit. p. 457.

- *Furtum Manifestum*. Tal es el caso de la flagrancia, para que esta se configurara, era necesario encontrar al ladrón antes de que se hubiese llevado el bien al primer lugar de destino.
- *Furtum Nec Manifestum*.- Su pena era el pago de cierta cantidad de dinero por el bien robado⁷⁶, su diferencia con el *furtum nec manifestum* era que no había flagrancia, lo que nos habla de que lo que regía el mayor castigo en el *furtum* era la ofensa que causaba el delito al encontrar al responsable en la comisión del mismo.

RAPIÑA

Era el hurto con violencia. En un principio, no constituía una figura independiente del delito, sino un hurto calificado⁷⁷. En el año 66 a. C. El pretor Luculio publicó un edicto con el cual creó a *actio in quadruplum* contra el robo con violencia, primer paso para la constitución autónoma de este delito⁷⁸, mismo que empezó a castigarse como *furtum nec manifestum*⁷⁹, ya que prácticamente era imposible aprehender al ladrón antes de que escondiera el botín. No se podían ejercitar acciones de hurto y rapiña al mismo tiempo, ya que el pretor tenía obligación de no concederlas.

DAÑO MATERIAL

Este delito privado romano encuadra perfectamente en nuestro tipo penal de daño en propiedad ajena, encontrando su antecedente en la Lex Aquila (fines del s. V a.C.) donde se reglamenta en tres capítulos, con dos penas interesantes

⁷⁶ Iglesias, Juan, Op. Cit. p. 294.

⁷⁷ Ibidem. p. 295.

⁷⁸ Arangio, Op. Cit. p. 414.

⁷⁹ V. Supra P. 15.

que vale la pena mencionar: el que hubiese dado muerte a un animal o esclavo ajeno, estaba obligado al pago del mayor precio que hubiese tenido el bien el bien en el año pasado, en beneficio del dueño⁸⁰.

INJURIAS.

Era originalmente todo acto contrario a derecho, pero ya 500 años antes de Cristo, su uso era para referirse a las lesiones causadas a una persona libre o a un esclavo ajeno. En sentido propio es un acto que lesiona física o moralmente (honor) a una persona, pudiendo consistir en palabras (*verbis*) o en hechos y puede incluso ser calificada por circunstancias agravantes de persona, lugar y tiempo. También existió la injuria simple.

En el derecho pre-clásico, la injuria consistía en lesiones físicas; la ley de las XII Tablas autorizaba el talión en caso de mutilación, permitiendo incluso a las partes la composición, cuyo monto era fijado en ases⁸¹ y esta valoración debía hacerla el ofendido⁸². Después, con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, el pretor empezó a fijar reparaciones teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones y la calidad de las personas.

La acción de injuria era penal e infamante, pertenecientes a las acciones *vindictam spirantes*, por lo que no compete a los herederos del injuriado intentarlas, ni tampoco recae contra los herederos del injuriante. El pretor extendió las injurias a las lesiones morales (difamación, por ejemplo). La jurisprudencia de esta época, creemos, refleja claramente una confrontación entre derecho y moral. Con el paso del tiempo, se le dio al injuriado la posibilidad de escoger entre las acciones de injuria como delito privado, o bien, como delito público⁸³.

⁸⁰ Arangio, Op. Cit. p. 417

⁸¹ El as era la antigua moneda romana de bronce, equivalente a la décima parte de un denario.

⁸² Iglesias, Juan, Op. Cit. p. 298.

⁸³ Petit, Op. Cit. p. 465.

INTIMIDACIÓN.

Este delito privado, citado por el maestro Margadant como delito del derecho honorario, operaba cuando alguien entregaba algún bien o cumpliera una prestación a favor de otra persona que le prometía algo, pero como factor para la entrega de dicha cosa, operaba el miedo o temor a alguna represalia⁸⁴. El mismo autor continúa diciéndonos que la acción penal que recaía sobre este delito era la *actio quod metus causa*, que obligaba al responsable al pago de cuatro veces el daño causado si dicha acción se ejercía antes de un año, y el precio simple del valor si se ejercía posteriormente⁸⁵.

FRAUS CREDITORUM.

Clasificado por el Corpus Iuris como delito, tenía el carácter rescisorio, ya que protegía al acreedor de una obligación del peligro de que su deudor realizara actividades que aumentaran o provocaran su insolvencia, dando lugar a la anulación de dichas actividades⁸⁶; lícitas en sí sin embargo, perjudiciales para el acreedor. El Corpus Iuris maneja *el Fraus Creditorum* como un delito privado, aunque como podemos analizar, sus consecuencias eran más bien de carácter civil.

CUASI DELEITOS.

Cuando existían delitos que no habían sido contemplados por la ley y conllevaban una acción que les pudiera ser propia, surgían obligaciones producidas como por un delito, por lo que debían reprimirse. Eran situaciones

⁸⁴ Margadant, Derecho Romano, Op. Cit. p. 442...

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

sancionadas por el derecho clásico por acciones *in factum*, acciones anuales e intransmisibles.

Las obligaciones de los cuasidelitos eran numerosas y su sanción era una condena o una multa. Alguna hipótesis, citada por Gayo y las Instituciones son:

1. Si un juez hacía suyo el litigio dictando una sentencia injusta, orando de mala fe, se condenaba al juez al pago de una indemnización⁸⁷.
2. *Effusum et deiectum*.- Cuando un objeto o un líquido lanzado desde un edificio causaba un daño, daba origen a la *actio Legis Aquilae*, que podía intentarse contra el principal habitante de la casa, quien respondía por el doble del daño causado.
3. *Positum vel suspensum*.- Cuando se ha colocado o colgado sobre la vía pública un objeto que pudiera causar un daño, cualquier ciudadano puede denunciar el peligro, recibiendo en a su beneficio una recompensa. Se ejercía contra los habitantes de la casa⁸⁸.
4. *Robos y daños en hoteles y establos*. Los dueños de estos establecimientos eran responsables de esas conductas hasta por el doble del valor del bien. La víctima podía escoger entre el valor del bien o la persecución del responsable. Algunas de estas figuras tienen su lugar en el derecho civil. Era una acción penal y perpetua, pero no transmisible.

⁸⁷ Esto no es otra cosa más que nuestro recurso de responsabilidad, mismo que tenemos presente en nuestra legislación procesal civil y penal.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 466

CAPITULO 3

DERECHO PENAL NOVOHISPANO

EL DERECHO PENAL ESPAÑOL COMO FUENTE DEL DERECHO NOVOHISPANO

La división internacional del trabajo consiste en que unos países se especializan en ganar y otros en perder.
 América Latina fue precoz:
 Se especializó en perder desde tiempos remotos.

Eduardo Galeano. *Las venas abiertas de América Latina*⁸⁹.

La Edad Media trajo consigo en Europa, un nacimiento vigoroso por el estudio del derecho romano. Una vez redescubierto el Digesto en el norte de Italia por Irineo, a finales del siglo XI, las incipientes universidades del Viejo Mundo, se dieron a la tarea de desarrollar una nueva cultura jurídica.

Contagiados por este espíritu neo romanista, los reyes empezaron a hacer lo propio en cuanto a legislaciones. Por lo que refiere a España, el reino de Castilla sobresales por sus intentos de unificar sus legislaciones. Alfonso X, el Sabio, expidió en 1255 el Fuero Real⁹⁰, legislación tendiente a regir en las tierras que estuvieran directamente bajo la corona, y su obra mayor fueron las Siete Partidas (1256), compiladas por los maestros Jacobo, Roldán y Fernando Martínez de Zamora. Los temas que trataban las Partidas eran:

- I. Fuentes del derecho y Derecho Eclesiástico.
- II. Del rey y de los funcionarios públicos y sus atribuciones.

⁸⁹ Galeano, Eduardo, *Las Venas Abiertas de América Latina*. 62ª. Edición, Editorial Siglo XXI, México, 1993, p. 1.

⁹⁰ En España, fuero era el conjunto de ordenamientos vigentes en un territorio determinado.

- III. Jueces y Procedimiento Judicial.
- IV. Hasta la Partida VI, Derecho Civil.
- VII. Derecho Penal.

La Séptima partida estaba compuesta por XIV títulos dedicados a las acusaciones de delitos y a los jueces. Los delitos que contempló esta partida, fueron: traiciones, retos, lides y acciones deshonorosas; infamia, falsedades y deshonras; homicidios, violencias, desafíos, treguas; hurtos, daños, engaños; adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomía; por último, los delitos religiosos, judaísmo, blasfemia, herejías y moros⁹¹.

Aquí hay un antecedente de la prisión preventiva: el título XXIX sobre la guarda de presos, dice que los indiciados deberían estar privados de su libertad "fasta que sean juzgados"⁹². La pena era impuesta según el albedrío del juez, estableciendo castigos dependiendo de las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución del delito, así como de la calidad social de las personas que cometían el delito. Esto nos habla de una incipiente individualización de la pena, sin embargo, la certidumbre jurídica era un término desconocido en esta época, ya que el juez tenía completa libertad de imponer sanciones según su criterio.

Como fuentes de inspiración de esta obra, encontramos el Corpus Iuris Civilis, las obras de los glosadores, entre otras⁹³. Las Siete Partidas alcanzaron fuerza de Ley obligatoria hasta con Alfonso XI, quien en 1348 promulgó el Ordenamiento de Alcalá de Henares, y les quita el carácter de Derecho supletorio, estableciendo una prelación de leyes, el cual era el siguiente: primero, debía aplicarse el ordenamiento mismo, los fueros que estuvieran vigentes en el lugar, siempre que no fueran contradictorios entre sí, y en su defecto, se aplicarían las Siete Partidas. Si el Juez no encontraba una norma para resolver el caso concreto, debía dirigirse al rey para que elaborara una norma que resolviera el asunto.

⁹¹ Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Op. Cit. p. 120.

⁹² Idem.

⁹³ Ibidem. p. 43.

Como es sabido de todos, España estuvo dominada por mucho tiempo por el imperio árabe. Diferentes reyes lucharon por la reconquista de los territorios. A finales de tal reconquista, se presenta la boda entre las dos coronas más importantes de España: Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, misma que llevó a la consolidación política de los dos reinos. Se realizó la compilación de Alfonso Días de Montalvo, en 1485, llamada las Ordenanzas Reales de Castilla, la cual fue un intento de unificar el derecho vigente español, pero que encontró una fuerte renuencia por parte de los jueces para aplicarla, debido en mayor parte, a su fuerte filiación a la obra de los pos glosadores⁹⁴. Para solventar esta situación, se emitieron las ochenta y tres Leyes del Toro, de 1505, misma que en su mayoría, habla de derecho civil.

A efecto de seguir la línea histórica del derecho español, las obras más importantes fueron:

- La Nueva Recopilación, promulgada en 1567 por Felipe I, refundida en la Novísima Recopilación, de 1805. La Novísima recopilación, en su libro XI se dedica a los delitos y a las penas. Carece de método y de sistema, ya que no distingue la materia sustantiva y adjetiva⁹⁵.
- El derecho mercantil se separó en España del derecho civil, mismo que se codificó en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737.
- Para 1812, se expidió en España la Constitución de Cádiz, misma que tuvo un carácter liberal y en cuya elaboración participaron representantes de la Nueva España. Es el antecedente de nuestro Derecho Constitucional, pudiendo ser el último vínculo de la historia jurídica de México con España⁹⁶.

⁹⁴ Margadant, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Op. Cit. p. 44.

⁹⁵ Carrancá, Derecho Penal Mexicano, p. 121

⁹⁶ Margadant, Introducción a la Historia del Derecho mexicano. P. 47.

3.2 LA CONQUISTA Y EL DERECHO APLICADO EN LA NUEVA ESPAÑA.

Una vez descubiertos por Cristóbal Colón los nuevos territorios, la corona española se aprestó a colonizarlos. Se comenzó por las Antillas, donde, gracias a una superioridad técnica abrumadora, los españoles pronto exterminaron a los nativos.

Desde Cuba, el gobernador de ese entonces, don Diego de Velázquez, ordenó las misiones de exploración de Francisco Hernández de Córdoba y de Juan de Grijalva, para culminar con la expedición de conquista de Hernán Cortés.

Equipado con 11 embarcaciones, 10 oficiales, 50 soldados, 16 caballos y 14 cañones, Cortés supo aprovechar muy bien las rivalidades existentes entre los pueblos que habitaban el actual territorio mexicano, y por medio de inteligentes alianzas con ellos. Es célebre el episodio de la "Noche Triste", al cual le sucedió el sitio y la caída de Tenochtitlán, a pesar de la defensa heroica de sus pobladores, quienes faltos de agua y enfermos de viruela, tuvieron que sucumbir ante el empuje europeo.

Posteriormente, casi todos los señoríos que estaban dominados por los aztecas, aceptaron pacíficamente la dominación española, por lo que la Corona de Carlos V, vio extendidos sus posesiones hasta Aridoamérica⁹⁷.

La historia nos habla de dos clases de conquista de los territorios americanos por parte de los españoles: la militar y la religiosa. Sin embargo, creemos que este crédito no sólo se le tiene que dar a frailes y soldados, sino también a los letrados, es decir a los abogados, ya que la maquinaria legal que se implementó en la Nueva España permitió incorporar como fuerza de trabajo a casi toda la población indígena. La ley dio permanencia así como forma a las victorias

⁹⁷ Sierra Campuzano, Claudia. Historia de México. México, Editorial Esfinge, 2001, p. 63.

conseguidas por la fuerza y religión; el derecho español implantado aquí, aseguró la supervivencia del imperio.

El maestro Margadant, señala que en este derecho español, sumamente falto de organización, estuvo vigente en las colonias españolas en América, en convivencia con normas expedidas para regiones específicas de dichas posesiones coloniales, es decir, hubo una mezcla de derecho español con derecho elaborado ex profeso para las colonias americanas.

Siguiendo la opinión del mismo autor, el derecho español fue un sistema de derecho supletorio del derecho indiano (derecho aplicado a las colonias americanas), pero bien pronto este derecho se hizo más que dominante en el Nuevo Mundo, ya que la tendencia española fue acabar con el derecho nativo de las zonas conquistadas, a pesar de que en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, en su libro 5, tit. 2, ley 24, dice que se debía hacer cumplir la ley indígena, siempre que no estuviera en conflicto con los intereses españoles. Por ello no es de extrañarnos que la ley colonial en México permaneciera como una extensión trasatlántica de su matriz española, aunque en la práctica, la ley en México y España funcionasen diferente: En España, la ley regía la conducta de los hombres en una sociedad hasta cierto punto igualitaria, pero en México, no hubo tales condiciones y se adoptaron como métodos de control social, los principios religiosos.⁹⁸

La Corona española incorporó a sus dominios las tierras americanas y los reyes españoles fueron considerados señores de las mismas. Para gobernarlas, la corona creó diversos organismos. La máxima autoridad después del monarca, fue el Real y Supremo Consejo de Indias, que empezó a funcionar como una sección del Consejo de Castilla desde 1519 y en 1524 adquirió plena independencia. Al

⁹⁸ Mac Lachlan, Colin. La Justicia Criminal en el Siglo XVIII en México. 2ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1976, p. 26

Consejo le correspondía el gobierno político y administrativo y sus atribuciones consistían en decidir en última instancia sobre los asuntos judiciales, civiles y penales, que le remitían las autoridades de América; designar los funcionarios de Indias; autorizar la exploración y conquista⁹⁹. Se integró por un presidente, ocho consejeros, un gran canciller, un fiscal y secretarios. Es de mencionar que los puestos eran asignados a personas que se hubiesen desempeñado ejemplarmente en su actividad, y es importante señalar que en esa época era muy importante el ejercicio de la abogacía.

En la Nueva España, la máxima autoridad era el Virrey, quien concentraba en sus manos asuntos políticos, militares y administrativos. Los virreyes presidían la Real Audiencia, ostentaban el cargo de Capitán General y eran, a partir del siglo XVII, los superintendentes de la Real Hacienda.

El virreinato de la Nueva España se creó en 1535 y Antonio de Mendoza fue el primer virrey. Otras autoridades le seguían: gobernadores, capitanes generales, quienes estaban a cargo de las ciudades, alcaldes, regidores y el procurador síndico. Estos puestos eran reservados para los peninsulares, los puestos de segunda categoría eran para los criollos, motivo de resentimiento de la población. Como una limitante a su poder, se creó una Real Audiencia, que estaba facultada para cuestionar las disposiciones que emitiera el virrey, aunque es de suponer que en contadísimas ocasiones ponía en entredicho la autoridad virreinal.

Detrás de este cúmulo de empleados estatales, se conservaron algunas autoridades indígenas. Esto fue con la finalidad de conservar el gobierno que existía antes de la conquista, así cada pueblo contaba con sus propias autoridades, tal era el caso de la figura del cabildo indígena, cuyo número variaba según la importancia de la localidad, y le acompañaban los escribanos, alguaciles, mayordomos. Se encargaba de resolver cuestiones indígenas y de una manera

⁹⁹ Gallo, T. Miguel Angel. Del México Antiguo a la República restaurada. Quinto Sol, México, 2000, p. 123.

"oculta", estaba supeditado a las órdenes de autoridades españolas, civiles o eclesiásticas.

Para asuntos criminales indígenas, Carlos I, en 1539, puso bajo la jurisdicción del virrey de la audiencia el conocimiento de dichos asuntos, y en 1574, se creó el juzgado general de Indios, del que era asesor un oidor o alcalde del crimen, elegido por el virrey. En México, el derecho penal castellano era el que llenaba los vacíos de legislación punitiva. Era un derecho penal muy primitivo con normas que resolvían las cuestiones con disposiciones como las del talión, la entrega del culpable a la familia de la víctima en calidad de esclavo. Era regla general la aplicación como sanción pecuniaria derivada de la comisión de un delito, el pago del doble de la pena que se impusiera en ese tiempo en España.

En la Nueva España estuvo en funciones un juez con atribuciones muy especiales: el juez pesquisador. Era el encargado de investigar sobre un asunto específico; ya fueran abusos, irregularidades administrativas, alteraciones al orden público o bien, delitos¹⁰⁰. Este funcionario virreinal se desplazaba a donde era necesario, bien fuese para emitir una información de lo acontecido, o para levantar el testimonio de alguien¹⁰¹. Esta figura, a pesar de que concentraba en sus manos el poder de acusar y juzgar, representa, a nuestro punto de vista, un antecedente formal de la institución actual del Ministerio Público.

En la colonia, en la época que de 1710 en adelante, era muy frecuente la comisión de delitos en los caminos, delitos tales como cuatrерías, robos, violaciones, lo que dio lugar a la creación del Tribunal de la Acordada, tanto en México como en Perú, los cuales imponían penas tras un rápido proceso. Su nombre derivó de acuerdo, y que era presidida por el virrey, quien fue quien la estableció. En un principio era un tribunal ambulante, ya que el juez se desplazaba

¹⁰⁰ Muro Orejón, Antonio. Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano. Miguel Angel Porrúa, Editor., México, 1989, p. 247.

¹⁰¹ Idem

a la población donde se encontrasen los acusados de la comisión de un delito. El juez iba acompañado de un escribano, sus comisarios, un sacerdote y el verdugo. Se llevaba al cabo un juicio sumario, y si la pena era de muerte, se ejecutaba en el acto, dejando el cadáver suspendido de un árbol para dar el ejemplo¹⁰². Esta institución fue sumamente útil y representaba un gasto mínimo para el gobierno, ya que además de administrar justicia de una manera rápida, los funcionarios que de ella dependían, casi por lo general no cobraban honorarios, ya que era suficiente pago el desempeñar un título que daba mucho renombre en la sociedad novohispana.

3.3 LA INQUISICION

3.3.1 BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS

Mención especial requiere el Tribunal de la Inquisición, mismo que si tuvo funcionamiento como institución en territorio mexicano como órgano represivo del Estado y del clero. Fue la institución judicial creada por el pontificado en la edad media, con la misión de localizar, procesar y sentenciar a las personas culpables de herejía. En la iglesia primitiva, la pena habitual por herejía era la excomunión. Con el reconocimiento del cristianismo como religión estatal en el siglo IV por los emperadores romanos, los herejes empezaron a ser considerados enemigos del Estado, sobre todo cuando habían provocado violencia y alteraciones del orden público. San Agustín aprobó con reservas la acción del Estado contra los herejes, aunque en general, la Iglesia desaprobó la coacción y los castigos físicos.

En el siglo XII, en respuesta al surgimiento de la herejía de forma organizada, se produjo en el sur de Francia un cambio de opinión dirigida de forma destacada contra la doctrina albigena. La doctrina y práctica albigena parecían nocivas respecto al matrimonio y otras instituciones de la sociedad y, tras los más

¹⁰² Esquivel Obregón, Toribio, Op. Cit. p. 401.

débiles esfuerzos de sus predecesores, el Papa Inocencio III organizó una cruzada contra esta comunidad. Promulgó una legislación punitiva contra sus componentes y envió predicadores a la zona. Sin embargo, los diversos intentos destinados a someter a la herejía no estuvieron bien coordinados y fueron relativamente ineficaces.

La Inquisición en sí no se constituyó hasta 1231, con los estatutos *Excommunicamus* del Papa Gregorio IX. Con ellos el papa redujo la responsabilidad de los obispos en materia de ortodoxia, sometió a los inquisidores bajo la jurisdicción del pontificado y estableció severos castigos. El cargo de inquisidor fue confiado casi exclusivamente a los franciscanos y a los dominicos, a causa de su mejor preparación teológica y su supuesto rechazo a las ambiciones mundanas. Al poner bajo dirección pontificia la persecución de los herejes, Gregorio IX actuaba en parte movido por el miedo a que Federico II, emperador del Sacro Imperio Romano, tomara la iniciativa y la utilizara con objetos políticos.

Restringida en principio a Alemania y Aragón, la nueva institución entró enseguida en vigor en el conjunto de la Iglesia, aunque no funcionara por entero o lo hiciera de forma muy limitada en muchas regiones de Europa.

Dos inquisidores con la misma autoridad -nombrados directamente por el Papa- eran los responsables de cada Tribunal, con la ayuda de asistentes, notarios, policía y asesores. Los inquisidores fueron figuras que disponían de imponentes potestades, porque podían excomulgar incluso a príncipes. En estas circunstancias sorprende que los inquisidores tuvieran fama de justos y misericordiosos entre sus contemporáneos. Sin embargo, algunos de ellos fueron acusados de crueldad y de otros tipos de abusos.

Los inquisidores se establecían por un periodo definido de semanas o meses en alguna plaza central, desde donde promulgaban órdenes solicitando que todo culpable de herejía se presentara por propia iniciativa. Los inquisidores

podían entablar pleito contra cualquier persona sospechosa. A quienes se presentaran por propia voluntad y confesaran su herejía, se les imponía penas menores que a los que había que juzgar y condenar. Se concedía un periodo de gracia de un mes más o menos para realizar esta confesión espontánea; el verdadero proceso comenzaba después.

Si los inquisidores decidían procesar a una persona sospechosa de herejía, el prelado del sospechoso publicaba el requerimiento judicial. La policía inquisitorial buscaba a aquellos que se negaban a obedecer los requerimientos, y no se les concedía derecho al asilo. Los acusados recibían una declaración de cargos contra ellos. Durante algunos años se ocultó el nombre e los acusadores, pero el Papa Bonifacio VIII abrogó esta práctica. Los acusadores estaban obligados bajo juramento a responder de todos los caros que existían contra ellos, convirtiéndose así en sus propios acusadores. El testimonio de dos testigos se consideraba, por lo general prueba de culpabilidad.

Los inquisidores contaban con una especie de consejo, formado por clérigos y laicos, para que se les ayudara a dictar una sentencia. Les estaba permitido encarcelar testigos sobre los que recayera la sospecha de que estaban mintiendo. En 1252, el Papa Inocencio IV, bajo la influencia del renacimiento del Derecho Romano, autorizó la práctica de la tortura para extraer la verdad de los sospechosos. Hasta ese entonces, ese procedimiento había sido ajeno a la tradición canónica.

Los castigos y sentencias para los que confesaban o eran declarados culpables, se pronunciaban al mismo tiempo en una ceremonia pública al final de todo el proceso. Era el *sermo generalis* o auto de fe. Los castigos podían consistir en una peregrinación, un suplicio público, una multa o cargar una cruz. Las dos lengüetas de tela roja cosidas en el exterior de la ropa señalaban a los que habían hecho falsas acusaciones. En los casos más graves, las penas eran la confiscación de propiedades o el encarcelamiento. La pena más severa que los

inquisidores podían imponer era la de prisión perpetua. De esta forma, la entrega por los inquisidores de un reo a las autoridades civiles, equivalía a solicitar la ejecución de esta persona.

3.3.2. EL SANTO OFICIO

Alarmado por la difusión del protestantismo y por su penetración en Italia, en 1542 el Papa Pablo III hizo caso a los reformadores como el cardenal Juan Pedro Carafa y estableció en Roma la congregación de la Inquisición, conocida también como la inquisición Romana y el Santo Oficio. Seis cardenales, incluido Carafa, constituyeron la comisión original, cuyos poderes se ampliaron a toda la Iglesia. En realidad, el Santo oficio era una institución nueva vinculada a la Inquisición medieval sólo por vagos precedentes. Más libre del control episcopal que la primera, concibió también su función de forma diferente. Mientras la Inquisición medieval se había concentrado en la lucha contra las herejías que ocasionaban desórdenes públicos, el Santo Oficio se preocupó de la ortodoxia de índole más académica y, sobre todo, la que aparecía en escritos de teólogos y eclesiásticos destacados.

Durante los 12 primeros años, las actividades de la Inquisición romana fueron modestas hasta cierto punto, reducidas a Italia casi por completo. Encargó a la Congregación que elaborara una lista de libros que atentaban contra la fe o la moral, y aprobó y publicó el primer índice de libros prohibidos en 1559. Aunque Papas posteriores atemperaron el celo de la Inquisición romana, comenzaron a considerarla como el instrumento consuetudinario del gobierno papal para regular el orden de la iglesia y la ortodoxia doctrinal; por ejemplo, procesó y condenó a Galileo en 1633.

3.3.3 INQUISICION ESPAÑOLA

Diferente también de la inquisición medieval, la Inquisición española se fundó con aprobación papal en 1478, a propuesta del rey Fernando V y la reina Isabel I. Esta inquisición se iba a ocupar del problema de los llamados "marranos", los judíos que por coerción o por presión social se habían convertido al cristianismo; después de 1502, centró su atención en los conversos provenientes del Islam, y en la década de 1520 a los sospechosos e apoyar las tesis del protestantismo. A los pocos años de la fundación de la Inquisición, el papado renunció en la práctica a su supervisión a favor de los soberanos españoles. De esta forma, la Inquisición española se convirtió en un instrumento en manos del Estado más que de la Iglesia, aunque los eclesiásticos, y de forma destacada los dominicos, actuaran siempre como sus funcionarios.

La Inquisición española estuvo dirigida por el Consejo de la Suprema Inquisición, pero sus procedimientos eran similares a los de su réplica medieval. Con el tiempo se convirtió en un tema popular, en especial en las zonas protestantes, por su crueldad y oscurantismo, aunque sus métodos fueran parecidos a los de instituciones similares en otros países católicos romanos y protestantes de Europa. Sin embargo, su superior organización y la consistencia del apoyo que recibían de los monarcas españoles, descollado Felipe III, hicieron que tuviera un mayor impacto en la religión, la política o la cultura de las instituciones paralelas de otros países. Esta eficacia y el apoyo político permitieron a Tomás de Torquemada, el primero y más notable gran Inquisidor, ejecutar por miles a supuestos herejes.

El gran inquisidor y su tribunal tenían jurisdicción sobre tribunales locales de virreinos como México y Perú, donde estuvieron más ocupados con la hechicería que con la herejía. En la Nueva España, se creó por cédula real del 25 de enero

de 1569, por la que Felipe II autorizó su establecimiento en las Indias. El tribunal se componía de dos inquisidores y un acusador.

Como lo cita Floris Margadant, este tribunal respetó las costumbres indígenas, los sentenciados eran en su mayoría extranjeros y no gozaban de mucho aprecio en México y los autos de fe siempre eran algo grato para las masas¹⁰³. El Auto de Fe, era la ceremonia pública de ejecución de personas condenadas a muerte por la Inquisición acusados de herejía y otros pecados. Era la más impresionante de las ceremonias judiciales de la Iglesia Católica celebrada con gran pompa y solemnidad. Consistía en una procesión de los condenados conducidos a una plaza pública y en la pronunciación de un sermón, seguido de la ejecución de la sentencia, que con frecuencia consistía quemar al condenado en la hoguera. El primer auto de fe registrado, se realizó por el inquisidor español Tomás de Torquemada, en Sevilla en 1481; el último tuvo lugar a principios del siglo XIX. Entre 1481 y 1808, más de 340,000 personas sufrieron el auto de fe. De estos, 32,000 fueron quemados. Cada dos o tres años, tenía lugar un auto de fe para dramatizar lo infamante de ciertas ofensas; se levantaban tribunas en las plazas centrales y acudía el virrey y otros altos cargos oficiales. La Inquisición en América fue menos perseguidora que en Europa central. Entre 1570 y 1820, las inquisiciones americanas actuaron sobre 6,000 casos, y de éstos, un centenar aproximadamente fueron conducidos a la hoguera. La ceremonia se realizaba normalmente un domingo entre Pentecostés y Adviento, o en el día de Todos los Santos.

La Inquisición es legendaria por las aberrantes violaciones a los derechos más fundamentales del hombre. Los acusados eran incomunicados, se les torturaba con saña y en "El nombre de Dios" eran ejecutados, privados de su libertad, del derecho de elegir libremente su abogado, de tachar testigos en el proceso. El maestro Margadant cita como últimos actos de este Tribunal, las

¹⁰³ Los espectáculos públicos que exponen una pena o un acto morboso siempre han llamado la atención de las multitudes, ganándose su simpatía. Incluso en la actualidad, con la manipulación que engendran programas morbosos, encontramos temas de análisis para sociólogos y criminólogos.

condenas de los caudillos de la independencia de México: el cura Hidalgo y de José María Morelos¹⁰⁴. Esta institución quedó al fin suprimida en España en 1843, tras un primer intento fallido, de los liberales en las cortes de Cádiz en 1812¹⁰⁵.

3.4 EL PRIMER PENALISTA MEXICANO

Las semblanzas históricas del desarrollo de cierta rama del derecho suelen ser muy injustas con los personajes del pasado. En el caso del derecho penal, ha trascendido a la historia obras como la de Cesar Beccaria "*Et deliti et de le poenae*", pero olvidamos a aquellos que hicieron obras comparables a la de esos personajes, pero que por distintos motivos han pasado al olvido.

En México nació un ilustre jurista en la época de la colonia, cuya obra, como analizaremos, fue adelantada a su tiempo: Don Miguel de Lardizábal y Uribe. Oriundo de Tlaxcala, nació en 1714, y concluyó sus estudios de abogacía en España, donde ocupó cargos relevantes como alcalde del crimen, Secretario de la Academias Española.

Bajo el reinado de Carlos III, el consejo Real le encargó redactar un extracto de leyes de la Recopilación, misma que fue tan bien redactada que el Consejo ordenó que pasara a la Sala de Alcaldes para que se revisara como un Código Penal. Puede que a simple vista sea la tarea que un órgano legislativo encargue, incluso en la actualidad, a cualquier erudito de las diferentes ramas jurídicas. Sin embargo, esa situación era nueva, ya que se estaba hablando del primer Código Penal de España y del mundo. Como lo cita Luis Garrido, es una lástima que dicho documento se haya perdido, ya que así nadie hubiera puesto en tela de juicio su autoría del primer Código Penal del mundo¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Margadant, Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho en México. Op. Cit. p. 127.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Garrido, Luis. Ensayos Penales. Editorial Botas, México, 1952. P. 23.

Tal fue la importancia y la calidad de los servicios de nuestro personaje, que incluso llegó a ser Ministro Universal de Indias, haciendo lo que estaba a su alcance para beneficio de los nacidos en Nueva España.

Como una de sus obras fundamentales, nos llega su "Discurso sobre las Penas", en el que se distingue como un jurista penal avanzado a su tiempo: proclamaba la importancia de la prevención del delito, atribuyó causas y factores de las conductas delictivas, al señalar el clima como una condición que se debe tener en cuenta al momento de la elaboración de las leyes.

Universalmente, el derecho penal de cada país le da un trato especial a los menores infractores. Múltiples autores extranjeros pueden citarse al respecto como antecedente al origen de esta tendencia. Sin embargo, el mexicano Lardizábal ya se preocupaba por los ambientes que rodeaban desde pequeños a los delincuentes, señalando como tales la mendicidad y la falta de educación.

A nuestro parecer es el fundador de la Penología en América, ya que se ocupó de la retribución como una respuesta salvaje del estado a los ilícitos, manifestando que las penas debían ser proporcionales, más no retributivas, ya que a su parecer, la pena debe ser un tratamiento, ya que es para el delincuente lo que para el cuerpo es la medicina; era una manera de mantener la salud social¹⁰⁷. Y no sólo eso, hablaba ya de que las penas excesivas, como las galeras y los trabajos forzados, hacían que el delincuente se contagiara de otros, es decir, aprendiera nuevas técnicas delictivas.

Las ideas que hemos vertidos no son más que los discursos que a la fecha seguimos escuchando de nuestros ilustres catedráticos. Los problemas que nos aquejan en esta materia no son nuevos, ya lo hemos visto. Pero nuestro orgullo es que haya sido un mexicano de nacimiento el que se haya preocupado mucho antes que las dogmáticas penales europeas de esta clase de asuntos.

¹⁰⁷ Ibidem.

Sirvan estas líneas para rendir un tributo a alguien que emerge como luz dentro de las tinieblas del derecho penal español en la Colonia, a aquel hombre que ni siquiera conocemos físicamente, ya que el único retrato que existía de él en Tlaxcala se ha perdido, y a quien la historia de nuestro derecho penal ha omitido de una manera lamentable. La deuda que tienen los investigadores al respecto es muy grande, para alguien que puede rivalizar en pensamiento con Cesar Beccaria y estar a la par de figuras como Juan Ruiz de Alarcón y Sor Juana Inés de la Cruz.

3.5 LA JUSTICIA PENAL NOVOHISPANA

Durante la colonia, los españoles impusieron un sistema de castas tendientes a preservar la supremacía de los peninsulares. Los más desprotegidos fueron los mulatos y los negros, a quienes se les tenía prohibido portar armas y transitar por las calles de noche; los castigos que se les imponían iban desde los azotes hasta los trabajos forzados en las minas,¹⁰⁸ mediante procedimientos sumarios. La condición de los indios, a pesar de ser mala, era mejor con respecto a la de los negros, ya que las leyes eran más benévolas, ya que por ejemplo, un castigo recurrente y siempre que el delito no fuese grave, se les condenaba a prestar sus servicios para alguna persona o institución, como la iglesia. Esto tenía como motivo el hecho de que el Estado debía por un lado, responder con una sanción la comisión de un delito, pero por otro, debía ser un Estado evangelizador, en el que en más de una ocasión encontramos la intervención de miembros eclesiásticos como defensores de los derechos de los indígenas.

¹⁰⁸ Eduardo Galeano hace una descripción impresionante en su libro "Las venas abiertas de América Latina" sobre el trabajo en las minas. Los negros morían en masa amén de los rudos trabajos. Es importante ver cómo nuestra historia sólo se ha ocupado de estudiar en una pequeña parte, las vulneraciones de los derechos de los nativos indígenas, pero se encuentran muy pocos estudios sobre la condición de los negros y las injusticias que se cometieron contra ellos en la Nueva España.

En la Nueva España encontramos dos grandes divisiones de los delitos: los que tenían un matiz religioso y aquellos que eran, por así decirlo, "del fuero común". Los delitos relacionados con la iglesia eran: la herejía, difamación, calumnia, blasfemia, idolatría y demonología.

La intolerancia religiosa fue una característica común de épocas pasadas. El judaísmo, la práctica de la religión judía, era castigada con la muerte por garrote y quema del cuerpo en la hoguera; la herejía, con la muerte en la hoguera, la mentira relacionada con la hoguera se castigaba con azotes.

En su misión evangelizadora, el Estado instituido en nuestro territorio, respondió violentamente a las prácticas religiosas ajenas al cristianismo. La idolatría en México fue severamente reprimida. Cuando se sacrificaba un niño arrojándolo a un cenote, las penas para los responsables, eran tormentos y mutilaciones, acompañados de azotes y trasquiladura en público¹⁰⁹.

Por lo que refiere al delito común, resultó muy frecuente el delito de homicidio. En su modalidad de envenenamiento, se castigó con el garrote, amputación de la mano derecha y muerte en la horca.

Hay casos documentados en que el homicidio simple se castigó con un auto de fe por el que un pregonero hacía público el delito, mientras que el inculpado era llevado a la casa de la víctima, en cuya puerta le era cortada la mano derecha, para después degollarle en la plaza pública.

En la Colonia, se contempló el homicidio en grado de tentativa, y dependiendo del caso, se amputaba la mano al culpable, y esta extremidad se clavaba con una lanza en la puerta del agraviado, o bien era ahorcado; aunque también hubo casos en que el ofendido otorgaba su perdón.

¹⁰⁹ Recordemos que para el indígena era una grave pena la pérdida del cabello.

El magnicidio¹¹⁰ era castigado con encierros en las mazmorras de San Juan de Ulúa, o arrastramiento por las calles, cortando la cabeza y exhibiendo el cuerpo por ocho días¹¹¹.

El suicidio se castigó exhibiendo el cuerpo y paseándolo por la ciudad cargado en una mula mientras se pregonaba el delito. El daño en propiedad ajena se castigó con azotes. De igual forma se castigó la homosexualidad con azotes. A este respecto, Martín de Guijón nos dice: "Un seis de noviembre de 1658, murieron 14 hombres quemados por cometer el delito de sodomía"¹¹²

Por lo que hace a la prisión, las Partidas decían que la cárcel era preventiva, para retener al reo mientras se le juzgaba. El Tribunal del Santo Oficio llegó a imponer penas de prisión perpetua a clérigos por la comisión de ciertos delitos y probablemente sea este el origen de la prisión como pena, no como prevención. En México, la prisión era el antecedente de la aplicación al reo de otras penas privativas también de la libertad, como las galeras, minas o trabajos públicos.

En la cárcel, el trabajo era visto como el medio que tenía el Estado para tener mano de obra gratuita, no era visto como medio para la readaptación social del sentenciado. Estas disposiciones se encontraban en el derecho de Castilla (Leyes del Toro, Ordenanzas Reales de Castilla) que eran derecho supletorio al derecho de Indias.

La Cárcel del Tribunal del Santo Oficio era aplicada sin distinción de los delitos, pero hay el antecedente de que las mujeres debían estar separadas de los hombres¹¹³. El sistema que se aplicó en las prisiones Coloniales fue el del régimen

¹¹⁰ Homicidio de un personaje público, mismo que causa estupor en una sociedad por lo sonado del caso.

¹¹¹ Martín de Guijón, Gregorio. Diario de sucesos notables. México, Editorial Porrúa, 1963, p. 123.

¹¹² *idem*

¹¹³ Podemos resumir, en la Colonia encontramos dos situaciones penales semejantes a la actualidad: por un lado, la concepción de la prisión preventiva mientras duraba el juicio, y el hecho de que los reclusos estuvieran separados según su sexo.

celular, que consiste en el total aislamiento e incomunicación del preso, en celdas individuales¹¹⁴. El reo debía pagarse su estancia en cuanto a comida, vestido y cama, pero en caso de insolvencia, el erario público pagaría su estancia.

¹¹⁴ Este sistema estuvo en desuso mucho tiempo, sin embargo, ha vuelto a ponerse en boga con la construcción de los penales de máxima seguridad en el país, ya que siguen este sistema.

CAPITULO 4

DERECHO PENAL DEL MEXICO INDEPENDIENTE

4.1 HACIA LA INDEPENDENCIA DE MEXICO

Como hemos venido señalando, la sociedad novohispana era un mosaico de castas, desiguales entre sí. Tan desiguales que a pesar de que un sujeto ocupase una posición privilegiada dentro de la sociedad, fruto de su capacidad económica, si no era peninsular, estaría vetado para el desempeño de argos políticos. Esta situación era motivo de rencor para los criollos, clase social mexicana próspera y culta.

Sin embargo, las condiciones que propiciaron la Independencia de México se empezaron a gestar del otro lado del mar. En 1808, el rey español, Carlos IV, abdicó a favor de Fernando VII, pero debido a la invasión de España por parte de la *Grand Arme* de Napoleón Bonaparte, el título de soberano español le fue conferido a José Bonaparte. Una serie de acontecimientos políticos globales generaron nuestra independencia, entre ellos el encumbramiento de Inglaterra como potencia de primer nivel, desplazando a Francia y España, fruto de los saqueos y ventajosos negocios que tenía distribuidos por todo el mundo; el surgimiento de ideas nacionalistas en Europa mismas que contagiaron a la intelectualidad americana. Dicha elite deseaba participar de manera directa en las decisiones políticas; tenían el dinero y la cultura necesarias, pero no el poder político¹¹⁵.

¹¹⁵ De la Torre Villar, Ernesto. Historia de México I. Mc Graw Hill, México, 2002, p. 4.

Napoleón Bonaparte fue visto en la Nueva España como el Atila moderno. Los criollos mexicanos trataron de desconocer esta usurpación al trono, y el Ayuntamiento de México tomó la iniciativa encabezado por los criollos Primo de Verdad, Azcárate y Ramos, quienes poseían una fina instrucción jurídica, moderna y recia. Se dijo que ante la falta de una autoridad legítima en el poder, el mismo residía en el propio país. Se convocó a una reunión de diferentes sectores de la sociedad novohispana: el virrey, la audiencia en pleno, alcaldes de cortes, fiscales, el arzobispo, la Inquisición, el Ayuntamiento, en la que se discutió la necesidad de desconocer la autoridad de las Juntas peninsulares. Es de resaltarla importancia de la normatividad que se presentó como proyecto para regir en México, ya que se propuso la vigencia de las Partidas y otros cuerpos jurídicos, tradicionales, e incluso, las novedosas ideas de Rousseau¹¹⁶. Se acordó jurar a Fernando VII como rey legítimo, sin embargo, los criollos insistieron en la formación de un gobierno nacional. La tensión fue creciendo entre criollos y peninsulares hasta que en la noche del 15 de septiembre de 1808 se presentó el primer golpe de Estado en nuestra historia, encabezado por el rico comerciante español Gabriel Yermo: se aprehendió al virrey y a su familia y se le removió del cargo, instalando a Pedro Garibay, simpatizante de los intereses españoles; se abrieron procesos contra los criollos insurrectos, incluso Primo de Verdad falleció en prisión. Este es el antecedente histórico, poco conocido de todos del intento de independencia pacífica de México de la metrópoli.

Sin embargo, el descontento de la población de la Nueva España continuó. Se suscitaron numerosas rebeliones indígenas. Las hubo en variadas partes de México: Yucatán, Sonora, Guadalajara, Potosí; pero es de llamar la atención las que se presentaron en el Bajío. Es allí donde se generaron la mayoría e las insurrecciones previas a la Independencia¹¹⁷. Hay que recordar que es en el

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 5

¹¹⁷ González Marín, María Luisa. Las rebeliones Indígenas durante la colonia, en Colmenares Ismael, Delgado Arturo y González Francisco. De Cuauhtémoc a Juárez y de Cortés a Maximiliano. Ediciones Quinto Sol, México, 1990, p. 197.

Bajo donde se fraguó la Independencia de México, y es en esa misma zona donde el movimiento cobró su mayor fuerza.

Mucho se ha dicho de los intereses que llevaron a Miguel Hidalgo a iniciar la gesta de Independencia. Sutilmente, el maestro Margadant nos dice "... la proclamación de Hidalgo, sin embargo, no menciona independencia, pero sí contiene un ¡Viva Fernando VIII!¹¹⁸". Dejando a un lado este punto, la realidad social del México colonial era sumamente desigual: Para cuando inició la Independencia, sólo treinta mil personas sabían leer y escribir de una población de seis millones de habitantes; sólo peninsulares y algunos criollos tenían en sus manos el comercio de la Nueva España, además de que todo el territorio nacional estaba dividido entre unas cuantas familias¹¹⁹. Así pues, podemos inferir que el torbellino de una revolución de grandes dimensiones era sólo cuestión de tiempo.

Miguel Hidalgo y Costilla, es una figura diferente al resto de los libertadores de América. A diferencia, por ejemplo de Bolívar, Hidalgo tenía una buena y bien cimentada cultura, ya que al ser sacerdote recibió una educación sistemática y aunado a esto, estaba sumamente influenciado por las ideas de la Ilustración francesa. La agitación social llevó a la organización de diferentes conspiraciones, lo que nos habla de un nivel más avanzado de insurrección. Hidalgo fue el alma de la conspiración de Querétaro; él mismo en su proceso se declaró culpable de ese cargo, y sus compañeros de prisión declararon que era Hidalgo a quien le correspondía el honor de tener semejante acusación. Las victorias iniciales de Hidalgo fueron opacadas con la derrota definitiva de su ejército por el Brigadier Calleja el 17 de enero de 1811. Traicionado, fue detenido al dirigirse al norte del país; conducido a Chihuahua, después de un largo proceso, fue sentenciado a muerte.

¹¹⁸ Margadant, Introducción... p. 139

¹¹⁹ Silva Hezog, Jesús. El pensamiento económico, social y político de México. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México. P 34.

Hidalgo, legislativamente, dejó una obra que es digna de mencionarse. En Valladolid, el 19 de octubre de 1810, ordenó publicar un decreto por el que abolía la esclavitud; previniendo a los dueños de esclavos que inmediatamente que tuvieran conocimiento de ese decreto debían poner en inmediata libertad a los esclavos, bajo la advertencia que de no hacerlo, se harían acreedores a la pena capital.

Antes de morir, Hidalgo nombró como jefe de la insurrección al padre José María Morelos y Pavón. Despreciado en un principio, la turba inicial que encabezó Morelos, se convirtió en un gigantesco torbellino que tambaleó a la autoridad imperial en el sur del país. Morelos ejerció el sacerdocio en el actual territorio del estado de Michoacán, pero era un sacerdote diferente: no era el cura solapador y tolerante; era un párroco que exigía el trabajo de la comunidad y a quien el ocio y la vagancia desesperaban.

Morelos se enteró que su maestro¹²⁰ Hidalgo se había levantado en armas, y en la localidad de El Charo, se entrevista con él y recibe la encomienda de iniciar el movimiento en el sur, cuando contaba con cuarenta y cinco años de edad. Su genio militar estaba inspirado en las Instrucciones Militares de Federico de Prusia y en su talento innato, eligiendo a rancheros como sus jefes militares (los hermanos Galeana y los hermanos Bravo); los ascensos en su ejército obedecían únicamente al mérito y al valor, además de manejar con extrema honradez la tesorería.

Al mismo tiempo, un nuevo jefe insurgente salió a la luz: Ignacio Rayón, abogado y minero, admirador de Oliver Cromwell, quien quedó al frente de parte la insurrección. Morelos reconoció su autoridad y sus ideas, como la acuñación de monedas y la administración de justicia. Morelos adoptó los elementos constitucionales de Rayón; mientras se proseguía con los efectivos ataques.

¹²⁰ Krauze, Enrique. Siglo de Caudillos. Biografía política de México (1810-1910). Tusquets Editores, México, 1994, p. 68.

Incluso el comandante realista Calleja llegó a compararlo con Mahoma ya que le admiraba la capacidad de convocatoria y liderazgo de Morelos para con sus subordinados militares.

Además de las brillantes victorias, la mayor aportación de Morelos a la Independencia de México fue la introducción de nuevos y mejores argumentos ideológicos que legitimaran la lucha armada, además de sentar los antecedentes legislativos y constitutivos del futuro México independiente.

Morelos fue implacable con sus enemigos, más no sanguinario. Estaba consiente que la revuelta insurgente no debía cobrar más vidas que las que se perdieran en los campos de batalla. Era movido por un interés político y militar, no por un odio étnico o una venganza social.

En 1813 convocó al Primer congreso de Anáhuac en Chilpancingo, que debía preparar una nueva constitución para el país. El 14 de septiembre del mismo año, Morelos publicó los Sentimientos de la Nación. Estos Sentimientos de la Nación, conformados por 23 artículos, contienen tópicos en materia penal de los que sobresalen la abolición de la esclavitud, la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de la tortura¹²¹.

En el Congreso de Anáhuac, se expidió la Constitución de Apatzingán, en la que se declara la independencia absoluta de México de España. Se establece que la herejía y apostasía¹²² eran motivo de pérdida de la ciudadanía. Los artículos 20 y 23 señalaban que la sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comportamiento de su razón, ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general, lo que marca la clara influencia de la obra de Beccaria¹²³.

¹²¹ Es importante señalar que en los futuros textos constitucionales de México, estos principios relacionados con la materia penal, invariablemente se encontrarán plasmados en las Cartas fundamentales.

¹²² La apostasía es el hecho de abandonar públicamente la religión que se profesa.

¹²³ Citado por Margadant, Guillermo, Introducción a la Historia... Op. Cit. p. 141. Al respecto de la obra de Beccaria en un capítulo por separado, analizaremos a las influencias penales del siglo XIX.

Esta obra es rica en la implementación de principios penales: el principio de *nullum crime sine lege*, consagrado en el artículo 21, que a la letra dice: "Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano; que la pena debe ser personal contra el reo"¹²⁴, el principio de inocencia, en el artículo 30, al señalar que "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado"¹²⁵. Morelos prosiguió su lucha, esperando apoyo de Estados Unidos, sin embargo, cayó prisionero por un antiguo colaborador suyo y fue trasladado a la Ciudadela, una prisión de la capital a efecto de seguir un proceso en su contra. Terminaron siendo tres procesos: el eclesiástico, el militar y un último por la Santa Inquisición. La sentencia pronunciada fue la de muerte por fusilamiento, sentencia ejecutada el 22 de diciembre de 1815 en San Cristóbal Ecatepec.

Para las autoridades virreinales, la muerte de Morelos significaría un apaciguamiento en la marea de la revolución: en efecto, el Congreso Constituyente al que convocó Morelos se disolvió, algunos guerrilleros se acogieron al indulto. Sin embargo los más cercanos lugartenientes de Morelos continuaron la lucha durante los 5 años posteriores a su muerte. En 1817 el liberal español Francisco Javier Mina se unió a la lucha en Michoacán y Guanajuato y murió fusilado.

Para cuando fue posible consumir la independencia de México, los dos más importantes guerrilleros estaban en activo: Guadalupe Victoria y Vicente Guerrero. Sin embargo, las causas de la independencia se deben más a sucesos en el exterior que pusieron en peligro los privilegios de la clase poderosa novohispana, quienes preferían conservarlos en un estado independiente.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁵ Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, Editorial Porrúa, México, 1986, 12ª. Edición, p. 35.

Al obligar al rey en España a acatar la Constitución de Cádiz, misma que volvió a tener vigencia en México; importantes reformas de carácter liberal se vislumbraban en el horizonte novohispano. Surgió el Plan de la Profesa en México: intelectuales y gente poderosa de la Nueva España¹²⁶ empezaron una conspiración que otorgaría a México su independencia.

Iturbide, a la sazón jefe de las fuerzas virreinales que combatían a los insurgentes e instruido por la gente dominante de la colonia, se concilió con las fuerzas de Guerrero que terminó con el Plan de Iguala (24 de febrero de 1821). El virrey, don Juan de O'Donojú que venía en camino a México, no pudo más que aceptar el Plan en nombre de España mediante la firma de los Tratados de Córdoba, mismos que no fueron reconocidos en España. Por fin, el 28 de septiembre de 1821 Iturbide proclamó solemnemente la Independencia del Imperio Mexicano. Se acordó convocar a un Congreso Constituyente que se formó por 120 miembros quienes nombraron a Iturbide emperador.

El Congreso quedó instalado el 24 de febrero de 1822, declarando como bases fundamentales las establecidas en el Plan de Iguala y el Tratado de Córdoba, en la que se estableció la división de poderes, la igualdad de derechos civiles. Sin embargo, este congreso era hostil a Iturbide, quien lo disolvió implementando la Junta Instituyente el 2 de noviembre de 1822.

Para diciembre de ese año, una importante figura de la historia de México, entra en escena: Antonio López de Santa Anna, quien desconoce la monarquía en Veracruz, mediante la redacción del Plan de Veracruz. El Congreso regresó al lugar que tenía e Iturbide tuvo que abdicar. Como secuela, la gestión de Iturbide nos dejó la pérdida de Guatemala, que se separó en 1823 de México. El 31 de marzo de 1823 el lugar de Iturbide fue ocupado por un triunvirato formado por los

¹²⁶ Cabe hacer mención que en este grupo se encontraban firmes detractores del movimiento inicial de la Independencia, incluso hasta magistrados del Tribunal de la Inquisición que se pronunciaron por la ejecución de Morelos, lo que nos habla del claro sentimiento de conveniencias hacia una emancipación política de España atendiendo a intereses personales.

generales Negrete, Bravo y Victoria, gobierno que tuvo que luchar por la unidad nacional, ya que estados como Jalisco, Yucatán, Texas, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas se declararon independientes¹²⁷.

Se realizó la convocatoria para el Congreso Constituyente el 17 de junio de 1823, misma que trabajó, según el maestro Margadant en tres etapas: una en la que implantó el sistema federal, para después expedir el acta constitutiva añadiendo otros principios para terminar expidiendo el 4 de octubre de 1824 la Constitución Federal. En materia penal se prohíben las penas de infamia (art. 146), la prohibición de la pena de confiscación (art. 147), así como los tormentos, el hecho de que nadie puede ser juzgado sin que existan indicios de su culpabilidad; un avance significativo en materia procedimental es el hecho de que señala el término para la detención "por indicios" no podría exceder de 72 horas (art. 151), así como la inviolabilidad del domicilio a no ser que existiera orden de autoridad competente.

Es difícil reseñar el estado de anarquía y confusión que reinaba en México: en esa época: cacicazgos locales, intereses encontrados de grupos políticos, revueltas, cuartelazos. En cuanto a la administración de Justicia, los tribunales existentes antes de la Independencia siguieron funcionando de igual forma ya consumada ésta. Sin embargo, para junio de 1823 se decretó el establecimiento de un supremo Tribunal de Justicia, mismo que sustituiría a la Audiencia.

Cierto es que podemos ver ciertos principios penales plasmados en la Constitución de 1824, misma que analizaremos más adelante, sin embargo, la aportación de ese periodo de la historia de nuestro país en lo que a materia sustantiva refiere, es muy poco reseñable. Coincidimos con Miguel Macedo al señalar que por un lado se seguía la corriente del humanitarismo filantrópico del siglo XVIII y por otra parte la necesidad de impedir el crecimiento galopante de la delincuencia en el México independiente. El Congreso determinó que el delito de

¹²⁷ Macedo S. Miguel, Op. Cit. p. 208.

conspiración humana era comparaba al de lesa majestad humana¹²⁸. La razón de ser de estas disposiciones era el evitar cualquier nacimiento de movimientos políticos contrarios al régimen en el poder.

Un decreto del 27 de septiembre de 1823 estableció el procedimiento sumario para los salteadores de caminos, a los ladrones en despoblado o en cuadrilla de cuatro o más¹²⁹, en el que se les somete a las disposiciones militares. Apareció la figura del indulto, fruto de los múltiples cambios políticos del país, para todo tipo de delitos, a excepción del homicidio agravado.¹³⁰

En este periodo de la historia de México, el domicilio no tenía una inviolabilidad tal y como la conocemos en nuestra época. Un decreto de fecha 30 de octubre de 1822 dispuso que "se podría catear toda casa por un contrabando o en persecución de otro delito o de un delincuente, siempre que por medio de una prueba constare la verdad del hecho y de la ocultación del mismo o de la persona que le cometió en la casa que haya que catearse"¹³¹.

Jurídicamente, la Constitución de 1824 adolece de la falta de un capítulo especial que contemple las garantías individuales; igualmente, establece la figura del vicepresidente, puesto que ocuparía el candidato a la presidencia que en votos hubiese quedado en segundo lugar. Esta situación propició que el vicepresidente más que ser colaborador del presidente, se convirtiera en un adversario dentro del poder. A la par, dos grandes fuerzas políticas empezaron a tomar el aspecto con el que marcarían una importante página de nuestra historia: los conservadores y liberales.

¹²⁸ Ibidem. P. 212.

¹²⁹ Nos atrevemos a señalar como antecedente importante este hecho, de la asociación delictuosa así como un tratamiento especial para las organizaciones delictivas. Al respecto, en México, tenemos nuestra "Ley Federal contra la delincuencia organizada".

¹³⁰ Idem

¹³¹ Ibidem., p. 214.

Los presidentes en el poder se sucedían incesantemente. En 1829 Vicente Guerrero fue presidente, teniendo a Bustamante como vicepresidente, mismo que logró derrocarlo para ocupar la presidencia. En 1833 los liberales ponen en el poder a Santa Anna con Gómez Farías como vicepresidente. Las ideas liberales empezaban a filtrarse en la legislación y en la toma de decisiones políticas¹³². Sin embargo, la reacción conservadora no se hizo esperar, y las presiones hicieron renunciar al Vicepresidente Gómez Farías. Santa Anna comenzó a coquetear con las ideas conservadoras para lo que necesitaba un nuevo marco constitucional. Al efecto convocó a un nuevo Congreso Constituyente que, en 1835 produjo las Bases para la nueva constitución, para que, el 15 de diciembre de 1835 se crearan las Siete Leyes, en la que ya encontramos un capítulo para los derechos del hombre, establece el principio centralista, la intolerancia religiosa, además de crear el Supremo poder Conservador, órgano encargado de hacer guardar la Constitución y que no tenía más responsabilidad que ante Dios.

Por lo que refiere a los derechos del hombre, las garantías individuales referentes al derecho penal, comienzan a asentarse con mayor claridad dentro de los textos constitucionales. Ya nadie podría ser detenido sino por mandamiento de Juez competente (artículo segundo), dado por escrito y firmado, con la excepción del delito *in fraganti*, principio que es vigente hasta nuestros días. El Estado tendría la obligación de juzgar mediante Tribunales previamente establecidos, así como la irretroactividad de la ley (fracción V, artículo 2). El artículo 5 establece como pena a los delitos de alta traición contra la independencia del país, asesino alevoso, la pérdida de cualidad de mexicano. Así mismo, los derechos civiles se suspendían desde la fecha de mandamiento de prisión hasta el pronunciamiento de la sentencia absolutoria¹³³.

¹³² Se expidieron leyes precursoras de las Leyes de Reforma, en el sentido de limitar el poder de los tribunales eclesiásticos, la prohibición del diezmo así como la limitación de hacer política desde la iglesia.

¹³³ Antecedente importante de la situación que viven las personas internadas en Reclusorios y Penitenciarias en nuestros días.

La tendencia de la legislación secundaria se mantiene en el mismo sentido. Los delitos cometidos por embriaguez, generaron que se limitara la venta del licor a horas de fácil vigilancia por parte de la policía (los expendios de licor deberían cerrar a las nueve de la noche). Tal vez es pequeño este aspecto, pero a nuestro entender representa un intento de la autoridad por prevenir cierta clase de delitos, atacando el factor que producía las conductas anti sociales. El gobierno se vio en la necesidad de reconocer la vigencia de las leyes coloniales, según consta en una circular del Ministro del Exterior de fecha 20 de septiembre de 1838, en cuya parte medular se señala que "... estarán en vigor aquellas leyes que, no chocando con abiertamente con el sistema que rige, tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna disposición posterior, teniendo en cuenta esta regla con respecto a las leyes dictadas en una época muy remota y bajo las diferentes formas de Gobierno que ha tenido la Nación".

Una muy arraigada costumbre dentro de nuestro sistema legislativo y de ejecución de las leyes es el hecho de que, al hacer una ley u ordenamiento legal, creemos que la situación que se legisla, dejará de existir si es nociva para la sociedad, o existirá como por arte de magia por el simple hecho de crear una norma que regule tal situación. Tal y como sucedió en el siglo XIX con la vagancia. Una ley del 3 de marzo de 1828 declaró la vagancia delito, "haciéndola consistir en la ociosidad y falta de dedicación al trabajo útil y honesto), teniendo como pena el servicio en el ejército o en la marina hasta por cuatro años o el destino a la colonización, y los menores eran puestos en casas de corrección ¹³⁴.

¹³⁴ Citado por Miguel S. Macedo, Op. Cit. p. 256. Es interesante ver en esta pena aplicado al delito de vagancia como una pena al servicio del Estado, pena que no tiene mayor aplicación en la actualidad, por lo menos en nuestro sistema penal. En cambio, en Estados Unidos, por ejemplo, para cierta clase de menores infractores existen los llamados "Boot Camps", en el que se les somete a la disciplina y se les encausa, para que en determinados casos, puedan seguir la carrera de las armas, cuyo modelo propusimos para que se creara de manera piloto en nuestro país dentro del marco del VII Congreso Nacional de Criminología en Guanajuato, en 1997.

En 1835, vio la luz el primer Código Penal de México: el Código Penal para el Estado de Veracruz, cuya inspiración directa es el Código Penal español de 1822¹³⁵.

Históricamente, en 1841, las Bases de Tacubaya sustituyeron a las Siete Leyes de 1836, previeron el Cuarto Congreso Constituyente de 1842, integrados por Siete Miembros, mismos a los que removió Santa Anna por una junta de personas afines a sus intereses para que formaran el Quinto Congreso Constituyente Mexicano, que produjo las Bases Orgánicas de 1843¹³⁶. En este texto constitucional encontramos la prohibición de la esclavitud en México (art. 9, fr. I), la fracción IV señala que "en los juicios de delitos de imprenta intervendrán jueces de hecho que harán las calificaciones de acusación y sentencia", el principio de legalidad, de estricto derecho al señalar la obligación de realizar las detenciones mediante mandamiento judicial. Podemos concluir diciendo que los principios que habían venido estableciéndose en las constituciones precedentes ven continuidad en esta Constitución de carácter centralista.

Gracias a la mala administración de Santa Anna, se retiró del cargo del presidente, y al mismo tiempo estalló el problema de Texas, quien al separarse de México y al no ser añadida a Estados Unidos, quiso ponerse bajo protección Británica. Esto alarmó a Estados Unidos y lo acogió en la Federación estadounidense en 1846. Gómez Farías ocupó la presidencia y devolvió vigencia a la Constitución de 1824. Sin embargo, la guerra con el norte era inminente, y nuevamente Santa Anna fue el encargado de la defensa del territorio nacional. Los resultados de esa guerra son ampliamente conocidos: México tuvo que suscribir los tratados de Guadalupe Hidalgo, mediante los cuales "vendía" Nuevo México, Arizona, California, Nevada, Utah y parte de Colorado, a cambio de 15 millones de dólares.

¹³⁵ Carancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Op. Cit. p. 122.

¹³⁶ Margadant, Guillermo, *Introducción a la Historia del derecho mexicano*, Op. Cit. p. 154.

La organización política de México, fue de lo más desastrosa que registra nuestra historia. Tras unas gestiones infructuosas, el influyente político conservador Lucas Alamán instaló en el poder, en 1853, de nueva cuenta a Antonio López de Santa Anna.

Los resultados de los terribles gobiernos Santannistas, generaron una revuelta liberal que llevó a Ignacio Comonfort al poder. Más rebeliones le privan del cargo, para que lo ocupara Benito Juárez, a la sazón, Presidente de la Corte, quien enfrentó la ocupación francesa, exilios en su gobierno y la guerra con los conservadores, guerra en la que salió triunfante.

Una vez que ganaron los liberales, en una primera etapa de esa confusa parte de la historia, y antes de la llegada de la invasión francesa, se dieron a la tarea de elaborar una nueva constitución, misma vio la luz en el año de 1857, que ya contiene un apartado especial para el tratamiento de las garantías individuales, donde se establece la prohibición de enfrentar pena privativa de prisión por deudas civiles (art. 17); se establece el permiso para la posesión de armas con fines de legítima defensa (art. 10).

Un avance importante en materia penal, lo constituye el artículo 20, que establece las garantías en un proceso penal:

- ◆ El detenido debería saber el motivo por el que se le acusaba así como el nombre de quien lo acusaba.
- ◆ La declaración preparatoria debería tomarse dentro de las primeras cuarenta y ocho horas en que fue puesto a disposición del juez.
- ◆ Establece el derecho de carearse con los testigos que declaren en su contra.
- ◆ Se estableció la posibilidad de ser oído en juicio mediante persona de confianza, así como la posibilidad de ser defendido por defensores de oficio.

- ◆ Se abolieron las penas de mutilación, azotes, así como la confiscación de bienes.
- ◆ Se establece el principio del *non bis in idem*, ya que nadie podría ser juzgado dos veces por el mismo delito.

En 1867, al ocupar nuevamente la presidencia tras ser electo presidente, Juárez nombró como Secretario de Instrucción Pública al licenciado Antonio Martínez de Castro quien se encargó de presidir la comisión encargada de redactar el nuevo Código Penal, materia de estudio de nuestro siguiente capítulo.

4.2 LOS PRINCIPALES PENSADORES PENALES DEL SIGLO XIX.

La historia de México en el siglo XIX es turbulenta y difícil. Revueltas, rebeliones, sucesiones incesantes de presidentes, pérdida de territorio, etc. Sin embargo, a nivel internacional, grandes pensadores (principalmente europeos) empezaban a fraguar las principales teorías que darían forma a las ideas que se plasmaron en nuestra legislación penal de finales de siglo antepasado y principios del siglo XX.

CESAR BECCARIA.

Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, es reconocido como el fundador de la doctrina penal moderna. Es muy conocida su obra "De los delitos y de las penas". Nacido en Milán en 1738 y con formación jesuita, tuvo importante formación en cuanto filosofía, economía y matemáticas. Desempeñó varios cargos administrativos, pero en 1771 fue hecho consejal para la reforma de la jurisprudencia civil y criminal de Lombardía.

En Milán, en compañía de unos amigos, editó un periódico que trataba cuestiones sociales y económicas, de nombre "Il Café", esto en el año de 1764.

En ese mismo año publicó su libro llamado "Tratado del delito y de la pena", libro que tuvo seis ediciones durante dieciocho meses y traducido rápidamente a 24 idiomas¹³⁷. Esa obra la realizó a la edad de 25 años. Luis Garrido señala que ese tratado señaló las durezas de los abusos de la práctica criminal imperante misma que exigía una reforma de fondo¹³⁷, señalando que la justicia penal encuentra su justificación en el bien común, y que esta justicia debería aliarse con la ley moral.

Beccaria condenaba el procedimiento inquisitorial, la confiscación, la pena de muerte. Algo que citaba Beccaria y que encuentra actualidad en nuestra realidad: de nada sirve la pena si no existe la certidumbre del castigo, es decir, de nada sirve el incremento de las penas si no existe la conciencia de que quien comete un delito va a ser castigado por el Estado. Con este argumento de Beccaria, vemos que las palabras que hacen suyas personalidades de la academia penal de nuestro país e importantes funcionarios públicas en el ámbito de la procuración de justicia en cuanto a la exterminación de la impunidad en aras del cumplimiento del estado de derecho. Sus "novedosas" ideas, tienen más de 200 años.

La Declaración de los Derechos del Hombre estuvo claramente inspirada en la obra de Beccaria. Muchos principios consagrados en nuestras constituciones son idea original de Beccaria: la abolición de la tortura, la legalidad de los delitos y de las penas, a nadie se le podría imponer una pena por un delito que no estuviera previamente contemplado en una ley; igualmente una pena no podía imponerse si no estaba previamente establecida en una norma legal.

El fruto de la obra de Beccaria, inmediatamente surtió sus benéficos efectos en la justicia penal: Peter Leopold, Gran Duque de Toscana abolió la pena de muerte; Catalina II de Rusia empezó a transformar su régimen penal. Lo mismo sucedió en Francia e Inglaterra¹³⁸.

¹³⁷ Garrido, Luis. Notas de un penalista. Ediciones Botas, México, 1947, p. 152.

¹³⁸ Ibidem. P. 155.

Beccaria planteó el problema de la adecuación de la pena. Dijo que si fuera posible, debería usarse la aritmética, debería inventarse un método según el cual existiese una escala de penas, de la más severa a la más benigna, misma que se ajustase a las múltiples conductas que encarnan el comportamiento humano. Su idea fue seguida, con posterioridad por los códigos penales de 1871 y 1929 en México, sin embargo, esta fórmula limitaba sustancialmente el arbitrio judicial.

Reflexiona sobre la pena de muerte: cuestiona su origen, ya que en el contrato social, las personas no facultan al Estado para disponer de sus vidas.

Es de llamar poderosamente la atención cómo un libro de pequeñas dimensiones pudo transformar tan de fondo la concepción del sistema penal del mundo en una época donde el terror penal era el instrumento más usado por los Estados.

MONTESQUIEU

Como lo señalamos anteriormente, el cambio del sistema penal comenzó con el éxito de la obra de Beccaria. Pero la primer manifestación clara de ese cambio se presentó con la Declaración de los Derechos del Hombre. Montesquieu elaboró una obra, llamada "Espirít des Lois", en el que señala el perjuicio para la sociedad que representa la arbitrariedad de los jueces y la crueldad de las penas.

Este pensador francés señaló en su obra un principio fundamental en el derecho penal: la prevención es el fin que debe perseguir el legislador, no la represión. Desarrolla una teoría criminológica, novedosa en su tiempo, según la cual, el hombre es influenciado en su comportamiento por el clima; así, en el norte de Europa las personas tienen un menor índice de comisión de delitos, no así en el sur, donde las pasiones son más exaltadas y empujan al hombre a delinquir.

A finales del siglo XVIII, siglo en el que Montesquieu realizó su obra, la pena a los suicidas era recurrente en varios países europeos: arrastres por las calles del cuerpo, confiscación de bienes, exhibición en plazas públicas. Apuntó la necesidad de abolir tales penas, dada su inutilidad para la sociedad. Actualmente, la gran mayoría de países no penan el suicidio.

Su estudio prosigue con la disertación sobre la utilidad de la severidad de las penas, así como la conveniencia de ajustar la pena al delito cometido.

JOHN HOWARD

Contemporáneo de Beccaria, John Howard fue originario de Londres. Su principal obra fue el elaborar la "geografía del dolor", visitando casi todas las prisiones de los países europeos, analizando las condiciones infrahumanas que prevalecían en las cárceles del siglo XVIII en Europa, tales como falta de aire, luz, enfermedades y mal nutrición, señalando como soluciones a estos problemas: la higiene y la alimentación, disciplina para encarcelados, educación, trabajo y la "dulcificación" del sistema celular.

EMMANUEL KANT

Uno de los más grandes filósofos de la edad moderna, Kant, originario de Prusia. En materia penal señaló que el Derecho Penal es el que tiene el representante del poder sobre el individuo sujeto a él, a efecto de imponer una pena como consecuencia de la comisión del delito. Considera la pena como una derivación de la comisión de un hecho ilícito, ya que para él no es provechosa para nadie, ni para el Estado ni para el reo. La pena debe existir no por su utilidad, sino porque la razón lo exige.

FEDERICO HEGEL

Otro de los grandes pensadores de la era moderna. Hegel adoptó una teoría evolucionista, siguiendo a Heráclito de Efeso: "nada es, todo deviene". Explica el método dialéctico: a todo concepto (tesis) se opone su contra parte (antítesis), lo que entraña un nuevo concepto (síntesis), la cual constituirá una nueva tesis de la siguiente triada y así sucesivamente.

Para él, el delito es la negación del derecho, la pena es la negación del delito, y por tanto al ser la negación de la negación, se convierte en la afirmación del derecho.

FEUERBACH

Pablo Juan Anselmo, Caballero de Feuerbach (1775-1833), es considerado el padre de la ciencia penal moderna; redactor del Código Penal de Baviera de 1813, colocó el fundamento de la pena en la intimidación psicológica. Considera que el interés máximo del Estado es impedir que se produzcan violaciones al estado de derecho; y para él, la coacción física del Estado tiene dos formas: una preventiva, que consiste en la aniquilación de las fuerzas que potencialmente vulneren al derecho y una represiva, que es posterior a la lesión de derecho. Sin embargo, en ocasiones la coacción represiva no es suficiente y hay que recurrir a otro tipo que sea anterior al delito, es decir, la coacción psicológica, haciendo saber a los posibles delincuentes que su acto ilícito irremediablemente les acarreará una pena mayor.

Es autor de las versiones latinas de los mas importantes principios de derecho penal: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis*, cuya esencia procede de los filósofos de la Revolución francesa.

JEREMIAS BENTHAM.

Fundador del utilitarismo inglés, nacido en 1748 y muerto en 1832. Sostuvo que la pena es necesaria en la sociedad. El fin de las penas es el de la prevención general. Sin embargo, también tiene una función de prevención particular, al incapacitar al reo para continuar causando daños y así intimidarlo¹³⁹. Las penas deben reprimir el deseo de delinquir. La pena es en sí vil y contraria a todos los sentimientos de generosidad humana, sin embargo se eleva como algo de primerísimo orden dentro de las funciones del Estado cuando se le considera como un sacrificio para la salud común¹⁴⁰.

FRANCISCO CARRARA

El Profesor de la Universidad de Luca y Pisa, se le considera como el fundador de la escuela Clásica. Sostuvo que el derecho de castigar no tiene más legitimidad que la necesidad de defensa en aras de la conservación de los derechos de la humanidad. Este derecho de castigar deberá estar sujeto a las normas de justicia .

Sostuvo que la ciencia penal tiene como objetivo el moderar los abusos de la autoridad, ya que si la pena excede los límites marcados por el derecho se convierte el ejercicio del poder en tiranía, por o que el Derecho Penal debía velar por la estricta observancia de la ley.

¹³⁹ Reynoso Dávila, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Cárdenas Editores, México, 1990, p. 71.

¹⁴⁰ Idem

CAPITULO V

EL DERECHO PENAL MEXICANO MODERNO.

Durante el siglo XIX, como ya lo hemos comentado, hubo grandes pensadores (juristas y filósofos) que dieron forma al Derecho Penal que conocemos en la actualidad. Las ideas de estos pensadores se tornaron en corrientes doctrinarias que dieron lugar a importantes Escuelas Penales, principalmente en Europa.

Sin ser materia de estudio del presente trabajo, es menester mencionar las principales corrientes que influenciaron el Derecho Penal mexicano, en lo referente a la elaboración de los futuros Códigos Penales.

Comenzaremos con a Escuela Clásica. Con Francisco Carrara como principal exponente, tiene como vértice de su doctrina al delito, no al delincuente. Así mismo, la ley penal sólo se le aplicarías a aquel que realice una acción prevista por la ley como delito y sancionada con pena. Dicha pena sólo podría imponerse a los individuos moralmente responsables, es decir, con libre albedrío. Además, se señala como monopolio exclusivo del Estado la represión penal, así como la proporcionalidad de las penas, lo que nos habla del carácter retributivo de la concepción clásica de la pena.

El italiano Cesar Lombroso empezó a cambiar la concepción de la ciencia penal al estudiar más a fondo el delito como un acto fruto de la actividad humana, teniendo en cuenta varios factores que incidían directamente en el delincuente. Con esto se abre la escuela Positiva, en su etapa antropológica, misma que cedió su lugar a la etapa sociológica con Enrico Ferri, quien sostuvo que el delito era producto de factores antropológicos, físicos y sociales, para que Rafael Garófalo

construyera el concepto de temibilidad: perversidad activa y constarite del delincuente y cantidad de mal previsto que hay que temer de él.

Luego entonces, para la Escuela Positiva, su eje fundamental fue el delincuente; la sanción deberá estar ajustada a la peligrosidad del sujeto y no a la gravedad objetiva de la infracción; apunta que es más importante la prevención que la represión de los delitos, además de que el juez tendría facultades para imponer la pena según su criterio, atendiendo a las cualidades del delincuente. Lo importante para la escuela Positiva, es la defensa social.

5.1 EL CODIGO PENAL DE 1871.

Como ya lo estudiamos en el capítulo anterior, el derecho penal en México creció de una manera atargada durante gran parte del siglo XIX, gracias a que el interés del Estado estaba puesto en solventar las incesantes crisis políticas y económicas que asolaban al país.

Una vez que el gobierno derrotó definitivamente la intervención francesa, Juárez creó una comisión que trabajaría en la redacción de un Código Penal. Al frente de la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública se encontraba el licenciado Antonio Martínez de Castro, quien presidió la comisión encargada de elaborar el Código Penal, esto en el año de 1868.

Los abogados de la época de la Reforma, estaban claramente influenciados por el pensamiento francés. La penetración de ideas sajonas no era importante, tal vez debido al resentimiento que existía por la guerra de 1847. Martínez de Castro, abogado de profesión desde 1850, había formado su cultura penal principalmente con la obra de Ortolán, Beccaria y Lardizábal, así como del filósofo Jeremías Bentham¹⁴¹.

¹⁴¹ Garrido, Luis, Op. Cit. p. 88

Antes de la invasión francesa, Martínez de Castro ya había hecho trabajos tendientes a la elaboración del Código Penal dentro de la Comisión que encabezaba para tal efecto¹⁴². Sin embargo, estos trabajos se vieron interrumpidos por la guerra. Una vez restaurada la paz, Martínez de Castro retomó su trabajo con la valiosa ayuda de los abogados Eulalio M. Ortega, don Manuel Ortiz de Montellano e Indalecio Sánchez Gavito.

El Código Penal quedó estructurado de un modo lógico, enumerando los delitos con sus caracterizaciones completas y singulares. Quedó de tal forma que el Código Penal no fue un libro de doctrina, pues los preceptos que se establecieron quedaron plasmados de una forma clara e inteligible para todos. Las penas estuvieron acorde a la comisión de los delitos; así, si la codicia es el móvil en la mayor parte de los delitos, la multa hiere al delincuente en la pasión e inclinación viciosa que lo hizo delinquir¹⁴³. Todos sabemos ahora cuan importante es la correspondencia entre delito y pena.

El principal colaborador de esta obra legislativa (D. Antonio Martínez de Castro) estaba en contra de la aplicación de la pena de muerte, a que creía que con el paso del tiempo, los más ilustrados juristas que defendían la aplicación de esta pena tendrían que ceder ante la modernización de las ideas para así eliminar el último vestigio de la ley del Talión.

Martínez de Castro, a pesar de elaborar una ley liberal, nunca tuvo empacho en mostrar sus preferencias religiosas. Se declaraba un católico ferviente, y sus ideas respecto al derecho penal estaban claramente influenciadas por ese sentimiento. Afirmaba que la verdadera readaptación de los sentenciados se lograría gracias a una profunda instrucción moral y religiosa¹⁴⁴. Se ocupó de los

¹⁴² A la par de esta comisión, otra similar se encargaba de la elaboración de un Código Civil.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 89

¹⁴⁴ *Ibidem*. P. 90

reincidentes al decir que si al momento de volver a cometer un delito, el estado de descomposición de su moral era mayor al que tenían al momento de delinquir por primera vez, la pena que se les debía aplicar era mayor. La individualización de las penas era algo que también le ocupó, al manifestar su pendiente de que los jueces valoraran adecuadamente agravantes y atenuantes para así encontrar el término medio de la pena justa a aplicar en el caso concreto. Otro avance significativo de este personaje para la época es que apuntó la conveniencia de prevenir el delito, más que castigarlo. Y al efecto estableció la caución de no ofender, la prohibición de ir a lugar determinado, la vigilancia de la policía; además de plantear la posibilidad de elaborar un Código Penitenciario, es decir, un ordenamiento que estableciese la manera de ejecutar las sanciones.

El Código Penal de 1871 es una obra legislativa correctamente elaborada. En un principio fue hecha para regir sólo unos cuantos años, sin embargo, su vigencia se extendió hasta 1929, cumpliendo cabalmente con el cometido de control social que se le había encomendado.

Este Código fue promulgado el 7 de Diciembre de 1871, para comenzar a regir el 1 de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California sobre los delitos de fuero común y en toda la república contra delitos cometidos en agravio de la Federación. Como fuente de inspiración encontramos el Código Penal español de 1850 y su reforma de 1870, ambos (el de España y México, apegados a la Escuela Clásica).

La estructura del Código es semejante a la que vemos en el Código que actualmente nos rige: se divide en dos libros: el primero nos habla de la parte general de derecho Penal; un libro segundo que trata de la responsabilidad civil en materia criminal; para concluir con un tercero que nos detalla los delitos en particular, mismos que son semejantes a los que tenemos hoy en día.

Define al delito como la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda. Hace una distinción de los delitos intencionales y culposos. Distingue como grados de delito intencional el conato, el delito intentado el delito frustrado y el delito consumado.

El "conato de delito" consistió en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.

Como circunstancias que excluyen la responsabilidad enumera: la decrepitud, cuando por ella se ha perdido enteramente la razón, ser menor de nueve años, así como el caso fortuito (arts. 15 y 34).

Además, se señala como agravantes en el artículo 95 la privación de leer y escribir; pena incongruente y lasciva para la cultura de pueblo que a finales del siglo XIX a duras penas tenía para comer y salía de una etapa de convulsiones sociales

El delito intentado es aquel que llega hasta el último acto de su ejecución, sin embargo, por no utilizar los medios idóneos, pero que sin embargo, revela del inculcado una perversidad que causa alarma para la autoridad y no debe quedar impune.

Delito frustrado es aquel que llega hasta el último acto de se ejecución, pero por causas ajenas al agente no se realiza.

El artículo 48 nos enumera los grados de responsabilidad, que son los siguientes:

- ◆ Los que conciben la ejecución del delito; quienes lo preparan o ejecutan, o bien, compelen a otros para que lo cometan.

- ◆ Los que hagan circular manuscritos o carteles dirigidos al pueblo, o los que pronuncien discursos incitando a la multitud a cometer un delito.
- ◆ Los autores materiales.
- ◆ Los que realizan actos sin los cuales no podría ejecutarse determinado delito

La complicidad también fue una figura que rigió el Código Penal de 1871. El artículo 50 nos enumera los supuestos de complicidad:

- ◆ Los que proporcionan instrumentos u objetos a aquel que cometiese un delito, siempre que supiesen el fin de esos objetos.
- ◆ Los instigadores, que utilicen otros medios para persuadir a otro a cometer un delito.
- ◆ Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera secundaria o accesoria.
- ◆ Los que ocultan cosas robadas o dan asilo a delincuentes.

Los encubridores son contemplados de tres maneras:

- ◆ Los de primera clase son los que sin previo acuerdo con los delincuentes le favorecen de alguna de las siguientes maneras: auxiliándolos para que se favorezcan de los instrumentos con los que cometerán un delito, procurando cualquier medio para que no se investigue el delito, o bien ocultando a los responsables de la comisión de los delitos
- ◆ Los encubridores de segunda clase eran los que adquirirían alguna cosa robada, aunque no tuvieran conocimiento de esta situación, si concurren estas dos circunstancias: que al momento de adquirir la cosa no se aseguraron que quien se las vendía tenía conforme a derecho, disposición de la cosa; así como los que habitualmente compraban cosas robadas.

- ◆ Los encubridores de tercera clase eran aquellos que por razones de su empleo en el que tenían obligación de castigar o investigar un delito, favorecían a los delincuentes, o bien los ocultaban de la acción de la justicia.

Este código se señala como el claro ejemplo de un Código que atendió al delito, más no al delincuente, como lo sería el Código Penal de 1929. El Código estuvo influenciado claramente por el pensamiento del propio Martínez de Castro: "Las leyes penales deben ciertamente ser lo más favorables posible al acusado, pero al mismo tiempo deben ser muy precavidas para no dar armas al verdaderamente delincuente o por una mal entendida filantropía, fomentar los delitos"¹⁴⁵.

Una novedad que presentó este código fue la libertad preparatoria, que es la "que con calidad de revocable y con las restricciones que expresa esta ley, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarles después una libertad definitiva" (art. 98). La institución de la libertad preparatoria fue un adelanto para su época, figura que fue exportada al derecho europeo a través de l proyecto suizo de Carlos Stoo¹⁴⁶ (1892), y cuya autoría se le debe a Antonio Martínez de Castro.

Un defecto del que adoleció el Código Penal de 1871 fue que no reconoció el arbitrio judicial, por lo que durante la vigencia de este ordenamiento, los jueces se veían obligados a imponer rigurosamente la pena.

Los castigos, tenían al carácter de retributivos y en este Código, se acepta la pena de muerte en el artículo 143, se señala que la pena de muerte tendría como objeto la simple privación de la vida y no podría agravarse con circunstancia

¹⁴⁵ Azzolini, Alicia y De la Barrera Solórzano, Luis. El Derecho Penal Mexicano, Ayer y hoy. México, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993, p. 32.

¹⁴⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Op. Cit. p. 126.

alguna que aumente los padecimientos del reo. Es de señalarse que la pena de muerte no podría aplicarse a las mujeres ni a los hombres de más de setenta años¹⁴⁷.

Del mismo modo, este Código se encarga de establecer el tipo de sistema penitenciario que tendría México, el sistema celular, consistente en la incomunicación de los reos entre sí, restringiendo la comunicación de éstos con los empleados carcelarios, a efecto de retirar del preso cualquier influencia que le fuera "moralmente peligrosa", es decir, cualquier posibilidad de influencia negativa para un preso era necesario retirársela.

Tipos penales del Código de 1871 se encuentran vigentes en nuestros días; tal es el caso de la figura del robo El aborto estuvo regulado en esta legislación, de tal forma que era impune en el caso de que la vida de la madre corriese un riesgo, esto a juicio de médico. El artículo 635 determinó que cuando se le diera tormento a una persona arrestada o detenida o se maltratase gravemente de obra, las penas se aumentarían dos años a las penas señaladas en los tipos penales correspondientes¹⁴⁸. Llevaría muchos años para crear una ley que castigase ex profeso la tortura, fue hasta 1986 que se creó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. El texto de este Código, originalmente elaborado para regir por solo unos cuantos años, se mantuvo semejante hasta 1903, año en que la Secretaría de Instrucción Pública designó una comisión presidida por Miguel S. Macedo para reformar el Código Penal. Los trabajos de esta comisión terminaron en 1912 y se publicaron en 1914. Dichas reformas no son trascendentes, ya que en su mayoría, solo aumentaron la punibilidad en los delitos. Sin embargo, encontramos un rasgo de modernización en nuestro derecho penal, en el hecho de proteger la propiedad de la energía eléctrica y el servicio telefónico.

¹⁴⁷ Hernández López Aarón, Código Penal de 1871. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 19

5.2 EL CODIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal de 1871 fue la ley penal de porfirato y del periodo pos revolucionario. Durante ese tiempo (y hasta antes de la Revolución), la condición política de México fue estable gracias a que el poder (para mal o bien) se mantuvo en manos de Porfirio Díaz. La inversión extranjera fluía a territorio mexicano.

En el mismo año en que entró en vigencia el código de 1871, un movimiento armado desconoció la reelección de Juárez en el poder. Este levantamiento fue controlado y la muerte del presidente en 1872, hecho que le terminó de restar fuerza. Lerdo de Tejada se hizo cargo del Ejecutivo, situación que motivó a Díaz a sublevarse nuevamente para el año de 1876, cuando Lerdo de Tejada pretendió reelegirse. Lanzó el 10 de enero de 1876 el Plan de Tuxtepec. El principal argumento ideológico de Díaz era el principio de no reelección. Díaz derrotó a las fuerzas lerdistas y se apoderó literalmente de la presidencia. Se celebraron elecciones y Díaz fue "elegido" como presidente de la República¹⁴⁹.

Con Díaz México vivió una dictadura alejada por completo de cualquier rasgo de democracia, aunque esta última fuese solamente disfrazada. El gobierno solo estaba allí para los poderosos, mientras que las clases oprimidas debían ser disciplinadas al precio que fuese para enlistarlas en los ejércitos de obreros que necesitaban las crecientes inversiones extranjeras en el país.

La oligarquía del poder en México estuvo compuesta por militares retirados del servicio activo, así como de políticos anti juaristas y anti lerdistas, quienes vieron en Díaz la posibilidad de retornar a la escena política nacional. Díaz se encargó de reorganizar al ejército. Redujo drásticamente el número de efectivos, hizo más efectivos los cuerpos de guardias rurales, dependientes de la Secretaría

¹⁴⁸ Ibidem, p. 15

¹⁴⁹ Siera Campuzano, Claudia, op. Cit. p. 257

de Gobernación y encargados de apoyar a los jefes políticos y dar protección a hacendados. Este cuerpo policiaco, se volvió con el tiempo el más temido, gracias a la brutalidad de sus acciones y sus ejecuciones sumarias, entre ellas la costumbre de aplicar la ley fuga a sus indiciados. La policía estaba supervisada por el Secretario de Gobernación, y se dice, tuvo funciones de espionaje a los ciudadanos, para llevar la información al poder central. Esa era la maquinaria represiva que el porfiriato tejió para perpetuarse en el poder durante casi 30 años.

Como podemos ver, el proyecto de un país democrático, respetuoso de las garantías individuales, nunca se ha dado en la realidad. En México, el poder se caracterizó por un estricto control de la población, con una inexistencia de la división de poderes camuflageada con la existencia de un Senado y de una Corte, y por un presidencialismo abrumador, en el que una persona, teóricamente encargada del poder Ejecutivo es la responsable de la totalidad del poder. Este hecho que hemos padecido hasta nuestros días, tiene su origen en esta época, en un tiempo en el que la necesidad de un crecimiento económico, debe hacerse a costa de la máxima represión de toda corriente disidente y de todo movimiento social.

La gestión de Díaz se puede resumir en la frase de "poca política y mucha administración", ya que perpetuado en el poder, Díaz se encargó de gobernar a México. Sin embargo, los altos puestos del gobierno se movían poco y la mayoría de los secretarios de despacho para 1910 tenían arriba de 75 años, lo que nos dice que envejecieron en el ejercicio de sus funciones.

El régimen porfirista encontró su justificación ideológica en el positivismo¹⁵⁰, corriente que desde los liberales se propuso impulsar el nacionalismo y la modernización de la sociedad para que esta transitara hacia el capitalismo. Lo positivo, en contraposición a lo negativo, no destruye, sólo construye; no desecha

¹⁵⁰ Ibidem p. 284

ninguna idea hasta que no es sustituida por una nueva. Es una ideología que condena la revolución, defendiendo la renovación. El principal exponente de esta corriente fue Gabino Barreda, quien presentó a la historia como una ciencia que presenta leyes que hacen posible prever el futuro y explicar los hechos del pasado, por los cuales México alcanzaría mejores niveles de vida, eliminando las luchas de facciones, y siguiendo a la mayoría de pensadores de esa época, guiados por una clase (la burguesa) a la cual se le oponía la clase que no estaba hecha para el progreso (la indígena). Para esta corriente mexicana, y en especial para Justo Sierra, el porfiriato daba vida a la última de las tres grandes etapas de la historia de México: la Independencia había dado vida a nuestra identidad nacional, la Reforma a nuestra identidad social, y el porfiriato a nuestra personalidad internacional¹⁵¹.

El gran descontento de las masas se volvió insoportable al grado que el estallido de un movimiento social de grandes proporciones era sólo cuestión de tiempo. El hecho de que una persona ocupara por casi tres décadas el poder de manera casi ininterrumpida, desató el torbellino revolucionario en 1910.

La Revolución Mexicana, jurídicamente, nos deja como legado, ser el movimiento del que surge la Constitución de 1917, documento que, aunque con muchísimas modificaciones, es el que actualmente nos rige. Sin embargo, en materia penal, el periodo de la Revolución nos aporta casi nulos resultados.

Fue hasta el año de 1925 que se conformaron nuevas comisiones que se encargaron de elaborar un proyecto del que sería el más efímero Código Penal que ha existido para el Distrito Federal. El Presidente Emilio Portes Gil expidió el Código Penal el 30 de septiembre de 1929 para que entrara en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

¹⁵¹ Sierra Campuzano, Claudia, Op. Cit. p. 285.

En cada obra legislativa importante, encontramos detrás de ella a una persona igual de importante, y a pesar de que el Código de 1929 tuvo una vigencia corta, también debe su existencia a un abogado distinguido. Nos referimos al Licenciado José Almaraz. De origen Cordobés, al terminar sus estudios de derecho, fungió como diplomático en Berlín, y fue allí donde acudió a las cátedras de Franz Von List, fundador de la escuela que dio nacimiento a la Política Criminal¹⁵².

La influencia en Almaraz de las ideas alemanas del primer tercio del siglo XX fue clara, así como de las ideas italianas positivas sobre el delito y el delincuente.

La filiación ideológica del Código Penal de 1929 no es clara. Hay autores que nos señalan sin temor a equivocarse que el Código Penal es Positivista. Sin embargo, es interesante reseñar la opinión del maestro Manuel Rivera Silva¹⁵³, quien apuntó que si bien, al momento de su publicación, el Código Penal tuvo una "flamante camiseta" de positivista, en su interior, llevaba la "carroña clásica", ya que como lo señala el autor citado, para 1929, la escuela positivista era una escuela sumamente pretérita. Los dos problemas a este respecto que presentó el Código en comento fueron que:

- ◆ Pretendió ser positivo, cuando terminó siendo clásico. La escuela positiva nace de la aniquilación de los ideales de la escuela Clásica, que eran un espiritualismo que tenía como paradigma la igualdad del hombre; el delito se estimó como un acto fruto de la voluntad del hombre, es decir existía el libre albedrío; y por último, el problema jurídico penal se redujo a una cuestión aritmética. Estos fueron los principios que tuvo que destruir, como misión primaria, el positivismo. La cuestión más importante (la del libre albedrío), fue acabado al reducirse el problema universal a la simple causalidad de los

¹⁵² Garrido, Luis, Op. Cit. p. 29

¹⁵³ Rivera Silva, Manuel, El Positivismo y el Código de 1929 en Criminalia, Organó de Difusión de la Aacademias mexicana de Ciencias penales, México, Octubre de 1942, p. 567.

fenómenos naturales, en la que estaba incluida la vida del hombre, quedaba sujeto a un simple determinismo psicológico. Aunado a esto, la Escuela Positiva postulaba "una pena para cada delincuente", haciendo esto posible gracias al arbitrio judicial. Las fallas garrales de este Código, fueron que mantuvo el libre albedrío, que es la capacidad de escoger entre lo bueno y lo malo. La Escuela Positiva tachó a la Clásica de no conocer las causas que orillaban a alguien a delinquir. Si los legisladores del 29 eran positivistas habría que preguntarse por qué en el Código se hizo la división entre delitos intencionales y de imprudencia punible. Lo anterior evidenció la existencia del principio de la escuela Clásica del Libre Albedrío. Del mismo modo, el haber incluido a la antijuridicidad y la inimputabilidad se encuentran presentes en este Código, lo que lo reafirma como clásico. La escuela positiva postula la defensa social en las normas penales, sin embargo, al incluirse la inimputabilidad y antijuridicidad, lo que demuestra la existencia en el legislador de que el delincuente tenía el conocimiento y la voluntad del acto jurídico.

La Escuela Clásica pugnó por que a delitos iguales se les impusiera penas iguales. En cambio, la escuela positiva dice que el hombre tiene una historia, por lo que era necesario una pena para cada delincuente, es decir, la adecuación de la pena. El Código de 1929, al impedir el libre arbitrio judicial, regresa al principio clásico del rigor de la ley, misma que se aplicaba por meras fórmulas matemáticas¹⁵⁴.

Aunado a eso, los críticos del Código de 1929, tenían razón de señalar que para el año en que se publicó el cuerpo legislativo al que nos referimos, el positivismo era ya una doctrina ampliamente superada. Como lo señala Rivera Silva, en ese tiempo, había surgido la exiología que negaba las soluciones que daba el positivismo. Los positivistas-penalistas Ferri, Lombroso, y Garófalo eran ya superados por nuevas escuelas penales.

¹⁵⁴ Ibidem. P. 569

Como podemos ver, la simple salida a la luz de este Código Penal, provocó las más feroces críticas en su contra. José Almaraz, principal colaborador en su redacción, defendió su obra obstinadamente. En diferentes oportunidades (exposición de motivos, Revista Criminalia, etc.) Almaraz apologiza su obra señalando que fue el primer Código Penal del mundo en pretender la defensa social mediante la individualización de sanciones. Él mismo comentó que su código era un código de transición y que estaba sujeto a importantes correcciones ya que estaba plagado de defectos. Los escritores más diversos no tienen ninguna discrepancia entre sí al señalar que el Código Penal de 1929 se hizo prácticamente imposible de aplicar dadas sus gravísimas fallas técnicas, entre las que se incluyen fallas de redacción y estructura, duplicidad de conceptos y notorias contradicciones.

El Código, con ese problema que representó no tener bien definida su doctrina, no difirió mucho del sistema clásico: se describe en su contenido grados de delitos y de responsabilidad, las atenuantes y agravantes tuvieron un valor progresivo matemático, continuo limitando el arbitrio judicial como lo hizo su predecesor de 1871¹⁵⁵.

Sin embargo, no todo fue malo dentro de este Código. Por fin suprimió la pena de muerte, pena que se encuentra fuera desde entonces en los Códigos Penales que nos han regido. Las multas que se impusieron a partir de este Código son, como lo dice Carrancá, siguiendo el sistema sueco, basado en la utilidad diaria del delincuente; así como la reparación del daño, exigible de oficio por parte del Ministerio Público, así como la instauración de granjas escuela y navíos escuelas, que por falta de dinero nunca llegaron a realizarse, sin embargo, la intención del legislador es lo que llama nuestra atención.

José Almaraz se enemistó con la mayoría de los penalistas de la época, abandonó sus cátedras de derecho penal en la Facultad de Derecho. Sin

¹⁵⁵ Carrancá y Trujillo, Op. Cit. p. 153.

embargo, después de la salida del Código de 1931, en el desempeño de diversos cargos públicos, Almaraz continuo defendiendo su Código, así como lanzando severas críticas contra el ordenamiento penal vigente.

5.3 EL CODIGO PENAL DE 1931

La mala experiencia provocada por el Código del 29 generó preocupación en el medio del Derecho Penal y bien pronto en el gobierno mexicano. La inaplicabilidad del ordenamiento del 29 orilló a Portes Gil a formar una nueva comisión revisora que terminó elaborando el Código Penal de 1931, Código que a la fecha nos rige.

La comisión quedó integrada por Alfonso Teja Zabre, José López Lira, José Angel Ceniceros, Luis Garrido y Ernesto G. Garza. Sin duda, los mejores profesores de derecho penal de la antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, estaban involucrados en la realización de dicho Código.

Luis Garrido, parte de esa comisión, narra que cuando dicha Comisión se trató de poner de acuerdo respecto a la escuela ideológica que debería de seguir el Código, Teja Zabre opinó "en materia social, más que buscar teorías, es menester auscultar necesidades, y utilizar de acuerdo a ellas, los principios científicas hasta donde fuera posible"¹⁵⁶. Señala Garrido, que desde entonces, Teja, Ceniceros y él, trabajaron en un plan que más que polémica académica, fuera de realidad penal mexicana. En lo personal si bien creemos que las Facultades de derecho son el lugar para la discusión de las diferentes corrientes ideológicas que predominan en el campo del derecho, y especialmente del derecho penal, si es de llamar nuestra atención y de hacer una crítica a todos aquellos profesores que, dentro de sus preferencias doctrinarias, invaden a sus alumnos muchas veces en discusiones bizantinas que no llevan a ningún lado

¹⁵⁶ Garrido, Luis, Op. Cit. p. 33

(como por ejemplo la ya antigua disputa entre el causalismo y el finalismo), siendo que el delito y el delincuente no se acaban por la implementación legislativa de tal o cual teoría, siendo que a nuestro parecer, si al alumno, además de hacer de su conocimiento las diferentes posturas, se le inculcara la responsabilidad social que tiene el estudiante de derecho, y en especial a aquellos a los que nos llama el derecho penal, no sólo de desarrollar argumentos ideológicos, sino de preocuparnos por la prevención del delito, tantísimas cuestiones de nuestra realidad social que una simple teoría no va a resolver. De nada nos ha servido y servirá tener la mejor ideología penal plasmada en nuestras leyes si el momento de aplicar la ley la impunidad y corruptelas obstaculizan la labor de visionarios como Teja Zabre, que mas que alinearse dentro de la dogmática penal, buscó elaborar una teoría ecléctica, de verdadera utilidad social. Esto ocurrió en el año de 1930; han pasado más de 70 años y es menester, por lo menos mediante estas líneas, recordar al medio jurídica la enseñanza que nos deja este pasaje de la historia del derecho penal en nuestro país.

Podemos comenzar reseñando al Código del 31 como una ley que buscó estar redactada de una manera clara práctica y sencilla atendiendo a las condiciones biológicas, económicas y social así como políticas. No pretendió como muchas otras leyes normar la realidad, mejor, se adaptó a ella. Se puede analizar del Código de 1931, que es un Código ecléctico (del griego *eklego*, escoger), que es una ley que busca conciliar y recoger lo mejor de las doctrinas que existieron en su tiempo. De entrada se adoptó el pragmatismo, método divulgado por el psicólogo estadounidense Q. William James, que afirmó que el único criterio para decidir si una teoría es funcional, es juzgando sus resultados prácticos¹⁵⁷.

Tal vez el mayor logro del Código del 31 fue el lograr el arbitrio judicial, mismo que sustituyó el sistema métrico de los anteriores Códigos, donde el juez careció de iniciativa, ya que le misma ley le daba la pauta de las penas a imponer. Podemos

¹⁵⁷ Gonzalez Bustamante, J. El Código Penal de 1931, en *Criminalia*, Organó de difusión de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, abril de 1956, p. 109

decir que el juez estaba convertido en una máquina de imponer las penas, ya que no valoraba ninguna de las características del sujeto inculpado, circunstancias de comisión del delito, etc. El hecho de que el juez tuviese mayor libertad para imponer penas a los delincuentes significó un avance importante, ya que para los años 40s y 50s varias legislaciones extranjeras entre las que se encontraba España continuaban conservando un sistema métrico. El artículo 51 del Código Penal para el Distrito Federal, estableció que "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y los tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente". Podemos apreciar que las facultades que se le dan al juzgador son discretas pero efectivas, ya que no se cae en un exagerado subjetivismo, lo que denota a todas luces un rompimiento con el sistema antes usado.

Derivado de la creación de este artículo de importantísima trascendencia, el artículo 52 del Código Penal dispuso que "En la aplicación de las sanciones penales, se tendrá en cuenta 1º. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido, 2º. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3º. Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad". Este artículo genera un rico y profundo estudio por su novedad legislativa en México: Mezcla estudios subjetivos y objetivos, al estudiar al delincuente y sus actos (delitos), lo que es una mezcla de la escuela Positiva y Clásica; de allí su naturaleza ecléctica. En la parte final del artículo, se estableció que "el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso". Noble

disposición, sin embargo, el tema de la víctima es un asunto largamente olvidado por los legisladores; no ha sido sino hasta últimos años que se han implementados serios esfuerzos para considerar a la víctima dentro de la maquinaria penal de nuestro país. La importancia de estos dos artículos fue vital para el desarrollo de la justicia penal en México. Pronto las legislaciones estatales siguieron el modelo de la capital en cuanto al libre arbitrio, además de que la Corte ávidamente dio sentido e interpretación a dichas disposiciones.

En lo referente a que el juez y los magistrados deberán tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho", exigió a los jueces y personal judicial un conocimiento, si bien no profundo, por lo menos sí lo suficientemente basta para cumplimentar con el peso de la responsabilidad que genera un arbitrio judicial de la realidad social mediante el estudio de ciencias que se avocan al análisis del mismo, tales como la criminología, que desde la creación de este Código ha tomado mayor fuerza como una ciencia que no está en disputa con el derecho penal, sino más bien como una disciplina con la que se auxilia recíprocamente.

Este código mantiene abolida la pena de muerte, el arbitrio judicial del que hemos venido hablando consiste en la instauración de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones. Se perfeccionó figuras jurídicas como la tentativa, el encubrimiento, la participación. Pero otro logro de este código fue que es legible tanto para el jurista como para el ciudadano común.

Los delitos se clasificaron como dolosos y culposos. Es importante señalar que el Código contempla la culpa para todos aquellos cuya índole lo impiden. Esto, técnicamente es bueno, sin embargo, habría que preguntarse (incluso en nuestros días) si todas y cada una de las figuras delictivas que admiten la culpa son una verdadera conducta anti social. El Código establece en su artículo 15 las circunstancias excluyentes de la responsabilidad, mismas que eliminan la capacidad psíquica del delito, la conducta, la antijuricidad y la culpabilidad.

El Código nos impone la figura de la reincidencia, según la cual, una persona que comete un delito, después de haber sufrido una sentencia condenatoria por la comisión de un delito anterior, se le imponga, además de la pena que le importaría por delinquir nuevamente, una punición adicional por el delito anterior. Esto tiene objetivo la defensa social al mantener mayor tiempo segregado de la sociedad a un ente con mayor potencial de ofenderla¹⁵⁸. Esta figura vulnera, a nuestro parecer el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Al aumentarse la punición al reincidente por un delito que cometió en el pasado, rigurosamente hablando, se le esta juzgando dos veces por el mismo hecho¹⁵⁹.

Las sanciones, mismas que provenían del Código de 1871, se siguieron conservando: prisión, tratamiento en libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad, tratamiento en libertad de inimputables, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, sanción pecuniaria, decomiso de objetos.

La responsabilidad penal se extingue por muerte del delincuente, por amnistía, perdón del ofendido, reconocimiento de inocencia indulto y prescripción.

¹⁵⁸ De la Barreda Solórzano, Luis. El Código Penal Mexicano de 1931. Un Vistazo a la parte General. Revista Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1992, p. 93.

¹⁵⁹ Idem.

CAPITULO 6

EL DERECHO PENAL MEXICANO HASTA NUESTROS DIAS

La creación del Código Penal de 1931 fue de importancia a nivel nacional. De hecho es el modelo que ha inspirado a la inmensa mayoría de las legislaciones penales estatales, lo que de alguna manera nos habla de que la legislación de la capital es el modelo a seguir en el interior del país.

Dicho Código fue recibido con elogios por la crítica penal internacional. Fruto de la Revolución Mexicana ¹⁶⁰ fue considerado como una obra actualizada y llena de la lógica jurídico penal que había faltado en anteriores legislaciones¹⁶¹.

Al poco tiempo de haber salido a la luz el Código de 1931, los principales opositores de dicho ordenamiento, empezaron a cuestionarse el porqué si el Código era abundante en tantos principios modernos y estaba tan bien hecho, los efectos perturbadores y dañinos del crimen seguían en aumento, diciendo que el Código era la obra de hombres de Gabinete, de soñadores ajenos a la realidad mexicana, desconociendo que dichos autores eran conocedores de la realidad sociológico-penal mexicana.

Estas críticas, como lo pueden llegar a ser en nuestros días, eran ajenas a la concepción de que ni el mejor Código Penal del mundo servirá si no existe una eficaz persecución e investigación, así como prevención de los delitos.

¹⁶⁰ Carrancá y Trujillo, Op. Cit. p. 132.

¹⁶¹ Hacemos alusión a la síntesis ideológica que utilizaron los redactores del Código, a fin de adecuarse a la realidad mexicana.

En México se ha hecho evidente la ausencia de instituciones (a nivel gubernamental como privado) que difundan con ahínco la pasión por las ciencias penales. Aprovechamos estas líneas para proponer la creación de un Instituto Nacional de Criminología que vele por las reformas a las leyes penales y dirija eficientemente las directrices de la política criminal en México. Por desgracia, esta meta se ve limitada, tal y como ya lo hemos señalado, esta política criminal, esta íntimamente ligada a las decisiones políticas. Es muy difícil esperar Códigos llenos de técnica jurídica, a pesar de que las diferentes comisiones se asesoran de los mejores penalistas de México, quienes terminan realizando las últimas modificaciones, son legisladores que en ocasiones (cuando hay fortuna) son profesionistas en otras ramas del conocimiento que están muy alejadas del derecho penal. La creación de un Instituto, tal y como lo proponemos, debería tener una estructura muy diferente a cualquier organismo que en la actualidad pudiese pensarse tiene tal función, ya que si bien el derecho penal es dominado (como debe ser) por los abogados, el combate al crimen y la impunidad debe tener el carácter de multidisciplinario. Ya hemos visto, por ejemplo, que la Academia Mexicana de Ciencias Penales engloba dentro de sus miembros a ingenieros, médicos, y en general, gente conocedora de las materias con las que puede interactuar el derecho penal y la Criminología. Sin embargo, es necesario plantearse la necesidad de la creación de un organismo nuevo capaz de coordinar acciones con Ejecutivo y Legislativo, que conozca de fondo las causas del crimen y, las deficiencias en el combate al mismo, las fallas técnicas que puedan llegar a tener las leyes, que dirija la unidad legislativa penal en el país, tema de importancia plena en la actualidad, ojalá y nuestro sentir sea compartido por los lectores, ya que no podemos seguir dando palos de ciego en materia criminológica ni de la investigación de los delitos, ni tampoco podemos seguir limitando a la autoridad con disposiciones que favorezcan a los indiciados¹⁶².

¹⁶² Hacemos la aclaración que consideramos como un avance en la cultura mundial el respeto generalizado de los derechos humanos, sin embargo, creemos que en ocasiones, la autoridad es temerosa de hacer cumplir la ley con todo su rigor por el temor a vulnerar dichos derechos de los delincuentes.

Somos de la idea que el estudio del derecho penal en las diferentes universidades del país ha tomado el tinte del estudio de algo dogmático¹⁶³ que puede llegar a estar alejado de la realidad. En la mayoría de los casos, este apasionamiento es pasajero en el alumno, quien posteriormente aprende las mañas que pueden practicarse cotidianamente en el juzgado penal o en la agencia del ministerio público. Los éxitos como abogado que pueden llegarse a cosechar en estas instancias, podrían verse aumentados si el abogado dominara materias que se han hecho por completo a un lado en su formación como jurista. Hablamos de la criminología y la criminalística. La criminología es considerada como una materia optativa que se cursa hasta el final de la carrera, mientras que la criminalística es abordada de manera general en otras materias (Medicina Forense, por ejemplo). El abogado que no tiene una especialización, se ve limitado frente a técnicas policiales en la defensa del inculcado, ya que no tiene conocimiento del cómo se investiga un delito ni los recursos que podría llegar a utilizar en la defensa de presuntos responsables. El desarrollo integral del área de las ciencias penales en México, tiene que darse desde las mismas facultades de derecho, formando profesionales inmersos en la realidad social mexicana. Nos permitimos reconocer la labor de la Universidad Autónoma de Nuevo León, la única Universidad del país que cuenta con la Licenciatura en Criminología, formando excelentes estudiosos de la materia. La gran limitante que padecen los egresados de esta carera, es que las diferentes legislaciones y Leyes Orgánicas de Procuradurías y Tribunales Superiores de Justicia es que están limitados para ejercer como litigantes en materia penal (a pesar de conocer bien las legislaciones penales), así como desempeñarse como funcionarios públicos en este ramo por carecer del título de abogado, siendo que están formados de una manera especializada a nivel licenciatura. Sería necesario plantearse la conveniencia de modificar estas reglamentaciones.

¹⁶³ Como la eterna lucha entre el finalismo y causalismo, que a pesar de que son teorías pretéritas, hicieron un gasto enorme de tinta y papel disertando la conveniencia de la adopción entre una u otra escuela.

Es evidente que el México de la actualidad ya no es el mismo que fue en 1931. Los esfuerzos del Estado en el combate a los diferentes tipos de delitos se han modificado en 70 años. Mientras en la antigüedad la preocupación era el combate al homicidio y al robo, en la actualidad lo es el combate al narcotráfico. Se crearon diferentes tipos penales al respecto, además de la adhesión de México a diferentes convenciones internacionales de la materia (p.e. la del 30 de marzo de 1961, publicada el 31 de mayo de 1967 en el Diario Oficial). A nivel de investigación de los delitos, se crearon unidades especializadas en las Procuradurías, que combaten frontalmente este ilícito. La complejidad del narcotráfico es un tema que merece un estudio por separado, dada la convergencia de aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos que involucra este tema.

En el año de 1949 se elaboró un anteproyecto oficial de un Nuevo Código Penal, formulado por una comisión que formó la Secretaría de Gobernación, misma que estaba integrada por Luis Garrido y el Doctor Celestino Porte Petit, entre otros. El mérito de este anteproyecto, a pesar de que nunca alcanzó el Congreso, fue que se volvió a situar en una posición ecléctica en lo que refiere a las escuelas penales. Un nuevo anteproyecto se elaboró en 1958, pero este no llegó al Ejecutivo, a pesar de tener un mejor ajuste técnico de las instituciones penales al Código¹⁶⁴. Pero el trabajo de los redactores no fue en vano: sus esfuerzos serían influencia en Códigos Penales del interior del país, tales como Estado de México y Michoacán.

El año de 1963, en el marco del II Congreso Nacional de Procuradores, se propuso la adopción de un Código Penal tipo para toda la República, anteproyecto del mismo que fue elaborado por la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. Carrancá señala que fue un anteproyecto que estaba lleno de errores técnicos, por lo que el proyecto fue archivado, en espera de un trabajo mejor hecho. Este apartado histórico es interesante y tema de gran actualidad. Sería importante la

¹⁶⁴ Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Op. Cit. p. 135.

unificación de criterios en las diferentes entidades del país. Como ya lo hemos venido diciendo a lo largo del presente trabajo, si bien es cierto que es sumamente importante que la impunidad no sea la constante en el combate el crimen y que es preferible la correcta investigación de los delitos a la modificación a ultranza de las leyes. Sin embargo, es necesario reconocer la utilidad de la unificación de criterios legislativos-penales en México, a que una gran variedad de ordenamientos que existen en el territorio mexicano.

Ahora bien, todas estas páginas de las que consta este trabajo, hablan de donde viene nuestro derecho penal. Ha llegado el punto en el trataremos de explicar hacia donde va o debería ir nuestro derecho penal. Es unánime la preocupación nacional: la inseguridad que reina en el país. El *boom* de la delincuencia vino después del error de diciembre (de 1994). El gobierno ha tratado de adoptar medidas para frenar esta oleada¹⁶⁵, sin embargo, los resultados han sido pocos. Sin embargo, el delito, bajo el aspecto en el que se presenta en México, tiene implicaciones profundas en el ámbito económico, político, social y cultural. Sin embargo, advertimos en el gobierno una nueva manera de explicar la delincuencia y la corrupción, y una de ellas es reconocer la infiltración de las mafias en las altas esferas del poder. Las estrategias que se han adoptado se basan en la capacitación, aumento del personal en la procuración de justicia, mejoramiento de salarios de funcionarios, construcción de reclusorios y la mejora de los sistemas de readaptación.

Es ampliamente conocido que la estructura de un sistema penal de un país está íntimamente ligada a las condiciones del sistema político del mismo. Ahora la situación México debe ser vista desde otra perspectiva debido a que el régimen en el que el derecho penal alcanzó su crecimiento en México ha dejado el poder, debido a una transición democrática. Esta frase es de resaltarse, porque México

¹⁶⁵ Se volvió a caer en el error de que legislando las cosas iban a cambiar: se creó la Ley que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000

tal vez nunca había conocido la democracia a lo largo de su historia, y este cambio, significativo en el plano político, debe verse reflejado pronto en el aspecto punitivo. Por lo tanto, es necesario realizar dos preguntas: ¿Cuál ha sido el impacto de la democracia en el sistema penal Mexicano? Y ¿Cómo afectan los cambios sociales derivados de la democracia al sistema penal?

De entrada podemos decir que hay que analizar el *ius puniendi* que se encuentra legitimado en la Constitución Política. Es inevitable mencionar que las normas penales contenidas en nuestra Carta Fundamental, han tenido muy poco respeto desde su creación. Aunado a eso, nuestra Constitución, a pesar de ser dogmáticamente de la especie de "Constituciones rígidas" por su proceso de modificación, ha sido sumamente maleable a lo largo de su historia, lo que ha mermado la correcta aplicación de sus preceptos a lo largo de los sexenios, tanto en lo político como en lo penal.

Discusiones acaloradas han engendrado las polémicas acerca de los derechos humanos, que como tales requieren estudios profundos y concienzudos, y nosotros nos manifestamos respetuosos y satisfechos de que el Estado Mexicano haga los esfuerzos para respetarlos y hacerlos cumplir, tanto por autoridades como por gobernados. Sin embargo, los derechos fundamentales, incluidos en textos penales (como las Constituciones Políticas de antaño) no habían sido respetados casi en ningún momento de nuestra historia. Remontémonos a la historia cercana. Durante la persecución de una banda de secuestradores, el entonces presidente de la República, Ernesto Zedillo declaró refiriéndose a los delincuentes "vamos a llevar a esas ratas inmundas hasta que se pudran en la cárcel"¹⁶⁶. Declaraciones política y jurídicamente incorrectas se siguieron en esa época: Arturo Montiel, candidato a la gubernatura del Estado de México dijo " los derechos humanos no son para las ratas". Claramente vemos, con estas manifestaciones, vulneradas las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 18 y 22 de la Constitución, ya que el primero dirige el sistema

¹⁶⁶ Cuernavaca Morelos, 28 de mayo de 1998.

penitenciario hacia la resocialización y el artículo 22 prohíbe las penas inhumanas. Por ello es que coincidimos plenamente con Alejandro González Gómez en cuanto a que "como consecuencia del régimen autoritario y vertical del sistema político mexicano, la doctrina tradicional mexicana, ha realizado sus estudios de manera escéptica y desvinculada de la realidad político social, independientemente de que sus disposiciones se cumplan o no"¹⁶⁷. Por ello citamos tales declaraciones políticas, mismas que nos llevan a reflexionar: "si esa es la mentalidad de odio contra los delincuentes del presidente, ¿Cómo ejecutarán las sanciones sus subalternos? La respuesta es muy sencilla: con total desacato a las normas penales. El mismo autor hace hincapié en la ausencia de un programa penal propio de la Constitución.

La transformación del sistema penal comenzó en la década de los ochenta, al incluir en textos penales principios dogmáticos tales como la eliminación del "principio de intencionalidad", mismo que se mantuvo vigente por más de cincuenta años sin mayores oposiciones, dándole paso al principio de inocencia. En materia federal se introdujo como penas alternativas a la de prisión el trabajo a favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y en semilibertad. Los viejos conceptos de "temibilidad y peligrosidad", se vieron sustituidos por la culpabilidad y la proporcionalidad de la pena. Además, como causas que excluyen la responsabilidad penal (art. 15), se incluyeron la no exigibilidad de otra conducta y el consentimiento del ofendido.

Para el año de 1996, como ya lo mencionamos, la prioridad de los gobiernos (federal y locales) era el combate frontal al delito, como la mayor exigencia del pueblo a la autoridad. Como intento de respuesta, se creó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que salió a la luz implantando medidas nunca vistas en el derecho mexicano, justificando estas al combatir una delincuencia especial. Junto con esta ley se reformó la constitución para permitir,

¹⁶⁷ González Gómez, Alejandro, "Sistema Penal y transición a la democracia en México" en Revista ABZ, México, segunda quincena de agosto de 1999, p. 2.

por ejemplo, la intervención de llamadas telefónicas (art. 16 Constitucional, párrafo noveno y décimo).

Derivado de la misma desesperación de la que fue presa el gobierno, a finales de 1997, se expidió un nuevo "paquete" de reformas constitucionales en materia penal, que degeneró en varias circunstancias, perjudiciales para el derecho penal, tales como el endurecimiento de las penas y la reducción de requisitos para librar órdenes de aprehensión y autos de formal prisión¹⁶⁸. De la misma forma, se rompió con la costumbre histórica mexicana de la prohibición de la confiscación, al instaurarse juicios en rebeldía y confiscar bienes mediante un juicio sumario de bienes relacionados con la delincuencia organizada (arts. 20 y 22 Constitucionales).

Continuando con esta misma línea, se limitaron los beneficios o sustitutivos penales. Podemos decir que a partir del ya citado *boom* de la delincuencia, el estado mexicano es un estado que aplica la frase: *máxima intervención, mínimo de garantías*.

Un estado democrático necesita un derecho penal igualmente democrático, ya que un derecho penal que no concuerda con la realidad política de un país, es capaz de arruinar cualquier democracia. Es una lástima descubrir que el derecho penal que se enseña en las facultades de derecho es muy diferentes al que se practica día con día en juzgados, ya que vulnera los valores que idealmente protege.

Todos coincidimos que la manera que tiene la democracia de legitimarse es mediante el respeto de los derechos fundamentales del hombre y el apego al

¹⁶⁸ Para liberar una orden de aprehensión se requerirá que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiéndose este como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto como delito por la ley. Con ello, al implantarse estos elementos en el nivel constitucional se obligó a las legislaturas estatales a cambiar sus conceptos contenidos en los diferentes Códigos penales, vulnerando la autonomía para legislar en materia penal que tienen las diferentes entidades.

principio de legalidad, garantizando el gobierno de la mayoría respetando a las minorías. A lo anterior le agregaríamos a los excluidos, quienes representan la gran masa de la población, los pobres, víctimas del sistema económico, quienes pierden sus capacidades materiales, pero siguen con las mismas cargas legales: fiscales, penales, etc. Y el gobierno, por acto reflejo, ve incrementada la delincuencia por este grupo de la población, y ante la imposibilidad de combatir esto, infunde el terror penal ante este grupo de gobernados. Citemos la pobreza como el primer obstáculo que tiene el estado mexicano democrático para consolidar un derecho penal democrático.

Un tema del que ya ningún estudio del derecho penal en México puede hacerse a un lado es el de la corrupción. Fenómeno no sólo jurídico, sino sociológico y de cultura nacional, posee sus propias reglas de conducta y tributo, actuando de manera paralela a las funciones del gobierno. La manera que la corrupción ataca a la democracia es haciendo falsear los mecanismos de control de la legalidad de los actos del poder público. De la misma forma, la corrupción vulnera el principio de igualdad, ya que quien más recursos económicos tiene, más beneficios de la ley obtendrá. Como lo cita Miguel Carbonell, la corrupción es muy difícil de combatir a que no se cuenta con ninguna cifra o información oficial corroborable. Este es nuestro segundo obstáculo.

Otro aspecto donde esta fallando el estado Mexicano es en su frontera última, es decir, las prisiones. Esto se debe a que las penas que se imponen en las cárceles ya no sirven para lo que la Constitución señala¹⁶⁹. Sin embargo, la contradicción en las cárceles y la democracia es evidente: el gobierno no se preocupa de las prisiones, por una razón bien sencilla: no dan votos. Sin embargo, esta realidad no es sólo de las prisiones; establecimientos vinculados con el

¹⁶⁹ La readaptación social en base al trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

derecho penal como centros psiquiátricos y centros de reclusión de menores viven los mismos problemas.

La causa por la que el derecho penal en México dista mucho de la aplicación idónea que pretendió originalmente el legislador es la deficiente funcionamiento de los órganos encargados de la aplicación de la ley. Luego entonces; el problema es institucional, no legislativo¹⁷⁰. A nivel de procuradurías, una realidad es que solamente se consignan a juzgados penales, por diferentes causas, aproximadamente el 5% de las averiguaciones previas. Pero lo peor es que solamente se denuncia aproximadamente 15 de cada 100 delitos. Con estas líneas queremos dejar de manifiesto otros dos grandes problemas: la falta de la cultura de la denuncia y la impunidad.

Se dice que los trabajos históricos tienen la ventaja de no decir hacia donde va el destino de su fuente de estudio, sino que solamente se limitan a decir de donde viene. Creemos que con este último apartado, a fin de tratar de resolver los grandes problemas penales de México, por lo menos, hay que tratar de enumerarlos, y una vez que los tengamos claramente definidos, tratar de aportar soluciones de fondo, no de forma que nos permitan solventar esta dura etapa de nuestra historia penal.

¹⁷⁰ Carbonell, Miguel. Democracia y Derecho Penal en México. Una nota, en Derecho Penal y Estado Democrático. México, Inacipce, 1999. p. 34.

CONCLUSIONES

1.- El estudio de la Historia del Derecho Penal en México, o bien, la historia del Derecho Penal Mexicano, ha sido una disciplina muy poco difundida dentro de nuestra historia jurídica, al grado de que las fuentes bibliográficas especializadas en el tema son pocas en términos generales. La creencia de que la historia del derecho penal mexicano comienza una vez terminada la gesta de Independencia es errónea. Como queda demostrado en el cuerpo de este texto, las disposiciones jurídico penales en México vienen desde épocas sumamente anteriores a la llegada del conquistador ibérico. Ya lo mayas tenían claramente definido un sistema jurisdiccional que dirimía los problemas penales de su sociedad. Como antepasados nuestros, nos dejan el aspecto rescatable de la cultura de la reparación del daño, con un sistema de indemnizaciones por la comisión de cierta clase de delitos.

2.- El derecho prehispánico en México nos permite ver el avance en ciertas ramas relacionadas con el derecho penal, tal es el caso del rey Nezahualcóyotl, quien impulsó la creación de penas castrenses, por lo que a nuestra opinión se encuentra el primer antecedente de una reglamentación de Justicia Militar.

3.- El dominio territorial que tuvieron los aztecas sobre gran parte de México y Centroamérica también se vio reflejado en la supremacía judicial vinculada con el derecho penal. Habrá quien diga que el derecho penal de los pueblos mexicanos anteriores a la conquista es arcaico. Sin embargo, rasgos de aquel derecho nos permean a la actualidad; el monopolio de la función punitiva, en los aztecas, era exclusiva del Estado, ya que por desgracia no se adoptó la posibilidad de las multas o indemnizaciones. El hecho de que el Estado sea el que detente la persecución y el castigo de los delitos, es un aspecto que conservamos en el derecho penal de nuestros días. De igual forma, nos heredan como un

antecedente de vital importancia en nuestra realidad penal la edad en que el sujeto es responsable penalmente: los 18 años.

4.- México es un crisol de diferentes culturas. A la llegada de los españoles, no se presentó como se nos pretende hacernos creer "un encuentro de dos mundos". Fue la subyugación de un mundo sobre otro. Y el dominio no sólo fue cultural, también lo fue religioso y jurídico. España, una potencia del mundo en el siglo XVI, era legataria de las grandes glorias jurídicas del viejo Imperio Romano. Es en este punto de nuestra historia donde tuvimos la fortuna de formar parte de la tradición romanista. A este pueblo le reconocemos sin ninguna duda sus avances en derecho civil, sin embargo, el análisis histórico de Roma también nos permite desentrañar instituciones jurídico-penales que a fecha seguimos manejando. Roma tuvo la visión de compilar sus disposiciones jurídicas en cuerpos normativos, darle a la pena el matiz de autocomposición, elemento que en nuestros días evitaría la pérdida de tiempo-hombre en agencias Investigadoras, ya que como todos podemos ver, hay delitos donde la víctima o el ofendido no quiere para el responsable la pérdida o menoscabo de su libertad, sino más bien el reintegro de los daños o perjuicios que hubiese sufrido en su patrimonio como consecuencia de un delito. Y el catálogo de avances en materia penal no termina allí. Tal y como queda desarrollado en el capítulo respectivo, el dolo, la culpa, el tratamiento en el derecho a las enajenaciones mentales, la legítima defensa, calidades y cualidades de sujetos activos y pasivos, etc. Elementos que encontramos en las legislaciones modernas, son obra de los romanos. Tal vez el problema de Roma en relación con el derecho penal es que no contó con el renombre de autores como los tiene en el derecho civil.

5.- Roma conoció a las conductas antisociales como *crimina* y delitos y. Los primeros, como ya es sabido, eran de carácter público, es decir, perseguidos por el Estado por vulnerar el equilibrio social. Sin embargo, el tratamiento que tuvieron para el pueblo romano los *delicta*, es digno de apuntarse e incluso, de rescatarse. Para el caso del *furtum*, la víctima tenía derecho a optar por una multa

privada o bien el tratar de recuperar la cosa robada. En la actualidad, el delito de robo se persigue de oficio por la autoridad, argumentando el daño que a la sociedad genera el hecho de que un sujeto se apodere de cosas ajenas. Sin embargo, el derecho penal moderno debe orientarse no sólo a defender a la comunidad, sino también a la víctima en lo particular. Una modificación en nuestra forma de ver los delitos patrimoniales (tal y cómo lo hacían los romanos) aparejada a una sanción por parte del Estado, tendiente a cumplir los fines que tienen la pena, sería ideal para que, por lo menos, la opinión del gobernado en cuanto a la poca eficacia del proceso penal y la utilidad de las penas cambiara en el sentido de que, al tener acceso a una remuneración directa (sin hacer caso al obsoleto sistema de reparación del daño que tenemos) fruto del sufrimiento del delito. Creemos que por ejemplo, la figura del daño en propiedad ajena culposo, debería modificarse a fin de que el responsable haga un total resarcimiento de los daños en favor del ofendido del delito. Sabemos que se trataría de una reforma ambiciosa y sería el luchar contra una concepción del delito que tiene en nuestra tradición desde que Roma dejó de usarlos.

6.- El derecho medieval en España es un mosaico de disposiciones jurídicas, diseminadas por diferentes reinos de la península ibérica. Hay antecedentes en cuanto a procedimiento y prisión preventiva, sin embargo, estos antecedentes se ven empañados por el abusivo exceso de autoridad que imperaba en la época. La inspiración de este derecho siguió siendo el derecho romano.

7.- El acontecimiento histórico que conocemos con el nombre de conquista, fue el evento responsable de la aniquilación de cualquier vestigio de avance jurídico en los siglos precedentes por parte de las culturas precolombinas. La implantación de un derecho y culturas diferentes, con la subsecuente creación de una diferencia abismal entre la metrópoli y la colonia, sería la semilla que daría nacimiento al árbol de la insurrección de la independencia. La creación de una infraestructura administrativa que conocía de los asuntos relativos a los territorios recién

conquistados con la instrucción real de cuidar los derechos de los indios, fue una noble intención que en la práctica alcanzó mediocres resultados gracias a la lejanía de la autoridad de los lugares donde se practicaban los abusos, la existencia de la figura de la encomienda, entre otras. Por otra parte, el respeto de algunas autoridades indígenas, fue un rasgo sabio, tal vez inspirado en la obra de Sulaimán, el Magnífico, rey otomano, quien a sus pueblos conquistados les respetaba su forma de gobierno y autonomía política, sometiéndolos solamente en el área tributaria.

8.- La investigación de los delitos es un arte, más que una técnica. Dicho arte, a nuestro entender, comienza con una eficiente organización administrativa y de formación de personal. La colonia tuvo ese acierto en ese sentido con la creación de funcionarios como el juez pesquisador, que si bien concentraba la investigación y acusación en una sola persona, es sólo el antecedente de nuestra institución del Ministerio Público con la práctica de diligencias a la que estamos acostumbrados según nuestro régimen procesal.

9.- La Colonia contó con un órgano represivo que utilizó el derecho penal como instrumento para cumplimentar sus objetivos. Estamos hablando de la Inquisición. Su procedimiento era, claro, manejado por el poder político y económico más poderoso del mundo: la iglesia. Aunque los condenados no eran en su mayoría indígenas, sino más bien herejes y enemigos del poder político y religioso, los autos de fe y el morbo que engendraban es digno de tomarse en cuenta como una afición que conserva el pueblo mexicano hoy en día y que la Sociología debe explicar. Además, las penas impuestas (atroces en su mayoría), no eran tendientes a privar de la vida como tal, sino era el alargamiento de la muerte en la vida.

10.- Durante le época de la Independencia, con las novedosas ideas francesas de la Ilustración y la Revolución, el principal objetivo de los movimientos insurgentes en América Latina, era en primer término, la libertad de la metrópoli, para

posteriormente plasmar en una Constitución escrita los ideales de su movimiento. México no se mantuvo alejado de esta tendencia, y tan pronto como las circunstancias militares lo permitieron, los caudillos comenzaron (aunque de manera provisional) a expedir ordenamientos tendientes a darle forma a la nueva nación independiente. Dentro de estas disposiciones, las vinculadas con la materia penal, fueron las primeras en aparecer. El interés del movimiento de independencia por abolir la esclavitud, es un claro ejemplo. A nuestra opinión, José María Morelos, fue el genio militar y político quien, a pesar de que no consumó la Independencia, sí sentó las bases del fin de la misma. La autoridad de Morelos trascendió los mares: conocido hasta por Napoleón quien le hubiese querido como dirigente de sus tropas, hasta el temor de la corona por el peligro de su inteligencia y astucia, jurídicamente creó documentos que contenían el embrión de lo que es México. Fue el primero en preocuparse por plasmar en la Constitución (haciéndonos a un lado de la polémica de que si dicho documento estuvo vigente o no) los derechos fundamentales de los gobernados, mismos que están íntimamente vinculados con el derecho penal.

11.- La consumación de la independencia es un acontecimiento que sin duda, es motivo de fiesta hasta nuestros días. Sin embargo, la liberación de España obedeció a la protección de los intereses de unos cuantos en México. Ese grupo de elite estuvo en un principio, en contra de la Independencia, incluso, miembros del Plan de la Profesa, fueron juzgadores de Morelos y lo enviaron al patíbulo. Pero al ver amenazados sus privilegios por la adopción de España a la Constitución de Cádiz, prefirieron ver independiente a la Nueva España. La primera etapa de la vida independiente de México estuvo marcada por las múltiples revueltas internas, mismas que desgastaron al país al grado de que la sucesión presidencial era cosa de todos los días: los presidentes entraban y salían con la facilidad de iniciar un cuartelazo y sublevación. La elaboración de la Constitución de 1824 continuó con la inclusión de tópicos penales en su texto, encontrando antecedentes de garantías individuales en la misma. La preocupación del gobierno era el combate a cierto tipo de delitos y para ello implantó juicios

sumarios (como por ejemplo al salteador de caminos), además de que por la misma situación política del país, el derecho penal comenzó a usarse como fuerza represiva estatal, es decir como un medio para legitimar la "legalidad de la injusticia" al perseguir o perdonar según fuera el criterio del gobernante determinados delitos vinculados con la actividad política.

12. La historia de México nos enseña que el gobierno confunde la actividad legislativa con la correcta persecución de los delitos. El hecho de que el Estado expida leyes en números cuantiosos, no significa que los delitos desaparezcan por arte de magia. Es necesario, aún en la actualidad, tener en todos los niveles, tanto de gobierno, como de la sociedad una cultura de la prevención, y para la autoridad, una correcta cultura de la persecución e investigación de los delitos. Es trillado, sin embargo, de nada nos servirá tener la mejor legislación punitiva del mundo si no podemos abatir la impunidad.

13.- El siglo XIX fue un siglo de contrastes para México: lo comenzó siendo colonia; tras obtener su independencia, fue uno de los países más grandes del mundo, se vio humillado con la pérdida de más de la mitad de su territorio, e invadido tanto por norteamericanos como franceses. La situación, durante varias décadas, fue desastrosa. El pensamiento liberal comenzó a cobrar fuerza y adeptos, hasta que se convirtió en una verdadera fuerza política en el país. Tras la respectiva lucha interna, los liberales caracterizaron su estancia en el poder por dar un marco legal sólido al sistema jurídico mexicano. La Constitución de 1857 es un claro ejemplo. Sin embargo, la legislación penal secundaria, había estado descuidado por muchos siglos. Fue el momento de realizar un Código Penal que pusiera a México a la vanguardia en esta materia. Juárez fue el visionario que encomendó la realización del respectivo proyecto que terminaría con la formulación del Código Penal de 1871; obra correcta cuya vigencia se extendió hasta 1929. Como enseñanza nos deja este Código que el legislador debe adecuar las escuelas penales a la realidad social que impera en el país o lugar donde deberá regir el ordenamiento. Este fue el error de su sucesor, el Código de

1929, cuya vigencia sólo fue de dos años. Sustituido por el nuevo Código de 1931, el legislador mexicano comprendió que no importan las disertaciones teóricas de qué corriente hay que seguir: hay que limitarse a hacer leyes prácticas y funcionales que reúnan los requisitos elementales y cumplan con los cometidos que se les encomiendan.

14.- La organización constitucional de México, permite la coexistencia de una legislación penal por cada entidad federativa. Esta diversidad, a efecto de la adecuada persecución de los delitos, es necesario que deje de existir. La unidad de códigos traerá aparejada la unidad de criterios. Un código modelo, como ya lo han propuesto muchos académicos, no deja de ser una propuesta interesante.

15.- El derecho Penal moderno, interactúa con otras materias, y una de ellas es la criminología. Por desgracia, la mayoría de los abogados, en nuestra formación profesional, sólo tenemos vagos conocimientos de tan importante área del conocimiento humano. Es muy importante que los diferentes centros de enseñanza del derecho se preocupen por poner al día a sus alumnos, inculcándoles el dominio de materias vinculadas con el que hacer diario de la práctica penal.

16.- En México no contamos con una institución que estudie los problemas penales en México. Tenemos organismos formados por destacados académicos, sin embargo, esta no es su ocupación principal. Hay direcciones generales en varias secretarías de Estado que podrían decir que cumplen con esta tarea. Creemos que es necesaria la creación un organismo que coordine las acciones legislativas y ejecutivas, analizando de una manera científica los problemas vinculados con el derecho penal en nuestro país.

17.- El Estado mexicano se jacta ante el resto del mundo como un estado democrático. Sin embargo, esa democracia deberá alcanzar todos los aspectos de su sistema jurídico, y entre ellos, el del derecho penal. La consigna del régimen

pasado de incrementar a ultranza las penas como medio "eficaz" de prevenir la delincuencia, debe desaparecer. La prevención así como la persecución con elementos técnicos y científicos, debe ser el pan de cada día de las instituciones policiales. La formación a conciencia de los integrantes de los poderes judiciales (federal y local) es algo que no se puede dejar para mañana. El respeto a los derechos humanos como una necesidad del Estado debe conservar, y es más incrementarse como un método de control de los actos de poder. Sólo así, el Estado democrático mexicano, tendrá un derecho penal democrático.

BIBLIOGRAFIA

- Arangio Ruiz. Instituciones de Derecho Romano. De Palma Editores, Argentina, 1986.
- Azolini, Alicia y De la Barreda, Solórzano, Luis. El Derecho Penal Mexicano, ayer y hoy. Instituto de Capacitación de la PGR, México, 1993.
- Carbonell, Miguel. Democracia y Derecho Penal en México, una nota, en Derecho Penal y Estado Democrático, INACIPE, México, 1999.
- Carrancá Y Rivas Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 18ª Edición, 1996.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México. 20ª Edición, 1997.
- Colmenares Ismael, Delgado Arturo, Gallo Miguel y González Francisco. De Cuauhtémoc a Juárez y de Cortés a Maximiliano. Ediciones Quinto Sol, México, 1990.
- De Alva Ixtlixóchitl, Fernando. Obras Históricas. Tomo I y II, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, México, 33ª Edición, 1977.
- De la Barreda Solórzano, Luis. El Código Penal mexicano de 1931, un vistazo a la parte general en Revista Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1992.
- De la Torre Villar, Ernesto y Navarro de Anda, Ramiro. Historia de México la época Prehispánica y Colonial. McGraw Hill, México, 1998.
- De Leonard, Carmen C. Esplendor del México Antiguo. Editorial del Valle de México, México, 1988. Enciclopedia Salvat del Estudiante, Tomo 3, Editorial Salvat, México, 1984.
- Esquivel Obregón Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I y II, Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, 1984.

- Galeano, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina. Editorial Siglo XXI, México 62ª Edición.
- Gallo T. Miguel Angel. Del México Antiguo a la República Restaurada. Historia de México I. Quinto Sol, México, 2000.
- Garrido, Luis. Ensayos Penales. Editorial Botas, México, 1952.
- Garrido, Luis. Notas de un Penalista. Ediciones Botas, México, 1947.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa México, 5ª Edición, 1958.
- González Bustamante, J. "El Código Penal de 1931", en *Criminalia*, Organo de difusión de la Academias Mexicana de Ciencias Penales, México, abril de 1956.
- González Gomez, Alejandro. "Sistema Penal y Transición a la democracia en México" en Revista ABZ, México, agosto de 1999.
- Grimberg, Carl. Historia Universal. Editorial Samra, Tomo 9, México, Edición Especial, 1991.
- Hernández López, Aarón. Código Penal de 1871. Editorial Porrúa, México.
- Iglesias, Juan. Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Ariel, España, 7ª Edición, 1982.
- Krauze, Enrique. Siglo de Caudillo, Biografía Política de México (1810-1910). Tusquets Editores, México, 1994.
- Mac Lachlan, Colín. La Justicia Criminal del siglo XVIII en México. Editorial Porrúa, México, 2ª Edición, 1976.
- Macedo S. Miguel. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial Cultura, México, 1931.
- Margadant S. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Editorial Esfinge, México, 11ª. Edición, 1989.
- Margadant S. Guillermo. Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 17ª Edición, 1991.
- Martín de Guijón Gregorio. Diario de Sucesos Notables. Editorial Porrúa, México, 1963.
- Momsem, Teodor. Derecho Penal Romano. Jiménez Editor, España, 1999.

- Morley Sylvanus, Grisworld. La Civilización Maya. Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- Muro Orejón, Antonio. Lecciones de Historia del Derecho Hispano Indiano. Miguel Angel Porrúa, Editor, México, 1989.
- Oderigo, Mario. Sinopsis de Derecho Romano, Editorial de Palma, Argentina, 6ª Edición, 1982.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa, México, 6ª Edición, 1991.
- Reynoso Dávila, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Cárdenas Editores, México, 1990.
- Rivera Silva, Manuel. "El Positivismo y el Código Penal de 1929", en *Criminalia*, Organó de difusión de la Academias Mexicana de Ciencias Penales, México, Octubre de 1942.
- Rodríguez Shadow, María. El Estado Azteca. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 1998.
- Silva Herzog, Jesús. El pensamiento económico, social y Político de México. Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 1967.
- Sierra Campuzano, Claudia. Historia de México. Editorial Esfinge, México, 2001.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita. Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Editorial Harla, México, 1996.
- Soustelle, Jaques. Los Mayas. Traducción de José Ferreira, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- Soustelle, Jaques. La vida Cotidiana de los Aztecas en Vísperas de la Conquista. Trad. De Carlos Villegas, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- Tena Ramírez Felipe. Leyes Fundamentales de México. Editorial Porrúa, México, 1986, 12ª Edición.