

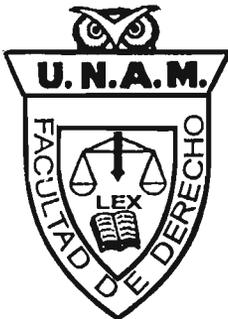


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ LA PENA DE MUERTE SEGUN EL DERECHO ROMANO
Y
SU REPERCUSION EN EL 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:
LUCILA HERRERA GUTIERREZ



ASESOR DE LA TESIS:
LIC. GPE. MARGARITA VILLANUEVA COLIN

CIUDAD UNIVERSITARIA

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: HERRERA

BUTIENAZ LUCLA

FECHA: 04 - FEBRERO - 2004

FIRMA: 

DEDICATORIAS

A DIOS

*Por el don de la vida y el entendimiento,
por guiar mis pasos siempre adelante.*

A MIS PADRES

Cirilo y Maurita

*Por ser cada uno de ellos el instrumento vital de Dios, para que yo naciera,
por enseñarme a valorar hasta las cosas mas sencillas de la vida.*

*Gracias por su amor, sus cuidados y desvelos
cuya obra me alienta a seguir su ejemplo.*

A MIS HERMANOS

*Con quienes forme una gran familia
de la cual me siento orgullosa,
y a quienes me une un gran amor fraternal.*

A MI ESPOSO

*Ismael, gracias por tu amor y tu apoyo,
Porque en los momentos en que mi voluntad flaquea
me impulsas con tus acciones y tus palabras a salir adelante.*

A MIS HIJOS

*Que representan el aliento y la vitalidad
que hacen que me supere día a día.*

A SANTIAGO REYNA

Siempre te llevo en mis recuerdos.

A VICTOR HERRERA

*En el lugar donde te encuentres
Mis pensamientos, mi agradecimiento
y el gran amor de hermano que te tuve,
lleguen hasta ti*

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Semillero del espíritu, de la ciencia y el progreso.
Orgullo de nuestra Nación.

A MI ASESORA

Margarita Villanueva Colin

Por ayudarme a concluir mi carrera profesional.
Gracias por brindarme todo el tiempo, sus valiosos consejos
y su apoyo incondicional.

A MIS MAESTROS

Por encarnar el apostolado de la enseñanza,
dirigido siempre a formar
con excelencia y madurez,
hombres y mujeres de provecho
tendientes a la libertad de obra y pensamiento.

*“ Mi sentimiento de la vida, mi vitalidad,
mi apetito desenfrenado de vivir,
y mi repugnancia a morirme
me lleva a afirmar
que con razón o sin razón
o contra ella,
no me da la gana de morirme.
Y cuando al fin muera, si es del todo,
no me habré muerto yo,
esto es no me habré dejado morir,
sino me habrá matado el destino”*

Miguel de Unamuno (1864-1936)

INDÍCE

**“LA PENA DE MUERTE SEGÚN EL DERECHO ROMANO
Y
SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO PENAL MEXICANO”**

Índice.

Introducción.

II

CAPÍTULO PRIMERO

I. Marco histórico.

I.1 Introducción.	2
Orígenes de Roma.	3
I.2 Nacimiento del Derecho Romano	5
Derecho romano arcaico.	6
Derecho preclásico.	8
Derecho clásico.	11
Derecho posclásico.	16
I.3 Fuentes del Derecho.	20
Fuentes: históricas, reales, formales.	21
Fuentes formales durante el Derecho arcaico.	22
Fuentes formales durante el Derecho preclásico.	23
Fuentes formales durante el Derecho clásico.	31
Fuentes formales durante el Derecho posclásico.	37
I.4 La clasificación del Derecho.	39
El <i>Ius Civile</i> o <i>Ius Quiritium</i> .	39
El <i>Ius Gentium</i> (Derecho de Gentes).	40
El <i>Ius Naturale</i> (Derecho Natural).	41
El Derecho Público.	42
El Derecho Privado.	42
El Derecho Civil.	42
El Derecho Honorario o Pretorio.	43

CAPÍTULO SEGUNDO.

II. El Derecho Penal Romano.

II.1 Naturaleza del Derecho penal romano.	45
II.2 Las autoridades penales.	49
a) El Rey.	50
b) Los magistrados.	52
c) El tribuno de la plebe.	54
d) Los ediles.	55
e) El pretor.	55
f) Tribunales o jurados extraordinarios.	56
g) Los juzgados perpetuos.	57
h) Los jurados de la justicia penal extraordinaria.	59
II.3 El procedimiento penal romano.	60
a) El procedimiento durante el periodo del Derecho arcaico.	60
b) El procedimiento comicial.	63
c) El procedimiento ante las <i>quaestiones extraordinariae</i> .	64
d) El procedimiento ante la <i>quaestiones perpetua</i> .	65
e) La <i>cognitio extraordinem</i> .	67
II.4 Delitos y penas en general.	71
El delito público.	71
El delito privado.	71
Los delitos públicos.	72
Los delitos privados.	76

CAPÍTULO TERCERO.

III. La pena de muerte según el Derecho romano.

III.1 Definición	81
a) La pena de muerte en el Derecho arcaico.	82
b) La pena de muerte en el Derecho preclásico.	82
c) La pena de muerte en el Derecho clásico.	84
d) La pena de muerte en el Derecho posclásico.	86
III.2 Delitos castigados con la pena de muerte.	86
Los delitos de carácter sacrílego.	87
El incendiar dolosamente las cosechas.	89
Las prácticas mágicas destinadas a hacer daño.	89
La falsificación.	89

Los delitos contra el Estado.	90
El homicidio y delitos análogos a él.	91
III.3 Momento procedimental para llevar a cabo la pena de muerte.	92
III.4 Diferentes formas de ejecución.	95
El hacha.	95
La crucifixión.	96
La pena del saco (<i>poena cullei</i>)	97
La muerte por fuego.	98
La espada.	99
Muerte de los condenados entregados a las fieras.	99
Ejecuciones en lugares cerrados y sin publicidad.	100
Ejecución en la roca <i>Tarpeya</i> o <i>Torpeia</i> .	102

CAPÍTULO CUARTO.

IV. Repercusión de la pena de muerte en el Derecho penal mexicano.

IV.1 La pena de muerte en el Derecho prehispánico.	104
a) Las cultura indígenas y su localización.	104
Los Olmecas, las tribus Nahuas y los Aztecas.	106
La Triple Alianza (Texcoco, Tacuba y México)	108
b) El Derecho prehispánico.	108
El Derecho de la Triple Alianza.	109
c) Organización judicial.	110
El Derecho procesal.	111
El Derecho penal de la Triple Alianza.	112
d) Delitos castigados con la pena de muerte.	113
El Derecho penal Maya.	119
Delitos castigados con la pena de muerte en el pueblo Maya	121
IV.2 La pena de muerte en le Derecho colonial.	122
El gobierno de la Nueva España.	124
Leyes de periodo colonial.	125
Tribunales durante la época colonial.	127
a) Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.	127
b) La Audiencia.	131
c) La Santa Hermandad.	134
d) El Tribunal de la Acordada.	135
Las penas durante el derecho colonial.	138

IV.3 La pena de muerte en México Independiente.	141
IV.4 La pena de muerte en el derecho contemporáneo.	145

CAPÍTULO QUINTO

V. Derecho actual.

V.1 La pena de muerte en la legislación Mexicana.	150
La pena de muerte. Diario de debates de la Constitución de 1917.	150
Artículo 22 Constitucional.	150
V.2 Jurisprudencia (Estados, Distrito Federal y Militar).	156
V.3 Leyes Estatales y Distrito Federal.	161

CONCLUSIONES	165
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	170
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el alto índice de criminalidad que vive la sociedad mexicana, representa un grave problema, que ha repercutido negativamente en la estabilidad social, económica y política del país. La violencia con que se cometen toda clase de delitos, es el tipo de noticias que mas se difunden en los diferentes medios de comunicación, incluso, es el tema cotidiano de conversación que se da en todos los estratos de la población.

El clima de inseguridad que se esta viviendo, ha originado que en algunos Estados de la Republica Mexicana, los lugareños han linchado o ejecutado a delincuentes, tomando la justicia por su propia mano debido a la indiferencia, incapacidad e irresponsabilidad con que actúan las autoridades.

Es frecuente enterarnos de crímenes violentos que se cometen con todas las agravantes, perpetrados por violadores secuestradores y homicidas que han victimado a seres inocentes, esto ha provocado la repulsa general, incitando a la ciudadanía a exigir que se restablezca la pena de muerte.

Por eso la pregunta obligada, ¿qué es lo que esta sucediendo en nuestra sociedad?, ¿que nos inclina a volver a establecer una sanción brutal que se creía ya no era necesaria?.

En la antigüedad, la pena capital se encontraba establecida en casi todos pueblos y por esa razón no significaba un problema trascendente, pues se aceptaba sin mayor inquietud. Sin embargo en la actualidad se ha debatido tanto, que muchos consideran que solo haría falta votar a favor o en contra de su establecimiento.

La pena máxima, constituye un problema jurídico, criminológico, ético, moral, social y cultural, sobre el cual se han emitido infinidad de opiniones, estableciéndose dos importantes corrientes; los abolicionistas que están en su contra y los antiabolicionistas que pugnan por la aplicación de la misma.

Entre los primeros, se destacan grandes pensadores como son Voltaire, Cesar Beccaria, Víctor Hugo, Mariano Ruiz Funes y Jiménez de Asúa, quienes consideran, que la pena de muerte es una violación al Derecho natural y que las leyes que la establecen nunca serán intrínsecamente justas por atentar en contra

del bien supremo de los seres: la vida. De ahí, que ellos consideren que la existencia de esta sanción, sólo revela la incapacidad del estado para mantener el orden social.

Estos expositores han establecido una serie de motivos que respaldan su posición. Entre sus fundamentos mas importantes podemos mencionar brevemente algunos:

No es ejemplar, debido a las fuertes anormalidades psicopatológicas del delincuente en general, lo convierten en un sujeto poco intimidante al que la posible pena de muerte logre persuadirlo de sus propósitos.

Siempre cabe la posibilidad de un error judicial. En muchas ocasiones hemos escuchado hablar de sentencias ilegales e injustas, de corrupción en los tribunales, de la incapacidad y la manera improvisada en que actúan las autoridades ministeriales, los errores judiciales, los compromisos políticos, etc. Por ello se afirma que es un serio peligro dejar en manos del Estado la decisión de quien debe vivir y quien debe morir.

Gran cantidad de crímenes son realizados por enfermos mentales, quienes por su propia situación, merecen un tratamiento especial.

La cadena perpetua es suficiente para proteger a la sociedad. La pena de muerte debió desaparecer en el momento mismo que se estableció el régimen penitenciario, ya que este debe cumplir con los fines para los cuales fue creado, es decir, corregir, readaptar e incorporar al delincuente a la vida social y productiva.

Los antiabolicionistas. Son los precursores que están a favor de la aplicación de la pena de muerte, entre ellos encontramos grandes expositores, por mencionar a Sócrates, Platón, Rosseau, Kant, Garófalo, Lombroso, Hegel, Manzini, Lutero, Calvino, Cuello Calón y Edmundo Mezger (estos dos últimos creadores del Derecho penal moderno).

Ellos consideran la necesidad de aplicar la pena de muerte, en virtud de una orden del Estado, puesto que el delincuente ha quebrantado el pacto social al que todo miembro de una colectividad esta obligado. Así que cuando un sujeto

ha menospreciado y privado de la vida a sus semejantes, no tiene derecho a reclamar la vida para si mismo.

Por su parte Carlos Secondat, Barón de Montesquie, nos dice “un ciudadano merece la muerte, cuando ha violado la seguridad de otro hasta el punto de quitarle la vida o querer quitársela. La pena de muerte es el remedio para una sociedad enferma, como la amputación de un miembro gangrenado”.

Ellos argumentan que *el posible error judicial*, queda fuera de discusión debido a que todas las sentencias judiciales, así como los actos del ser humano, pueden ser susceptibles de equivocación, por su propia naturaleza.

Otro aspecto sería, *el desgaste económico*, es decir, las grandes cantidades de dinero que destina el Estado, para el mantenimiento de establecimientos donde se encuentran confinados los presos.

En el *régimen penitenciario*, ha quedado demostrado, que no ha tenido los resultados esperados, antes bien los individuos envilecidos no susceptibles de readaptación, contribuyen “como caldo de cultivo” de la criminalidad, convirtiendo estas instituciones en verdaderas escuelas del crimen.

Importantes sin duda, han sido las opiniones expuestas por ambas corrientes, difícil es elegir o rechazar alguna de las dos, pues cuando se trata de defender la integridad de la familia, de la vida y el patrimonio del ciudadano honrado, cuando son arrebatados en forma violenta; convierten al crimen y la delincuencia en temas preocupantes.

Todas estas consideraciones me han llevado a reflexionar, que la pena de muerte, lejos de ser un tema acabado, debe analizarse bajo diferentes puntos de vista. En esta investigación pretendo dar un panorama histórico, jurídico y social, de lo que represento la pena de muerte en el derecho romano, su desarrollo y aplicación a través de los distintos periodos históricos del mismo y que sirvieron de base a otros sistemas jurídicos, entre ellos el nuestro.

Este trabajo no omite estudiar nuestro legado cultural prehispánico, cuyo desarrollo de esta figura se vio interrumpido por la conquista española, quienes no solo dominaron bélicamente sino que además impusieron su religión, lenguaje y la manera de administrar justicia.

En el primer capítulo, se describen, las bases históricas del Derecho romano, sus fuentes formales y su clasificación, desde que Roma estaba formada por una sociedad agrícola de pequeñas proporciones, hasta la caída del gran imperio de Occidente.

El segundo capítulo, trata la naturaleza del Derecho penal romano, sus autoridades, procedimientos y delitos en general. Muchos pensaron que esta área jurídica no tuvo los alcances que tuvo el Derecho privado, sin embargo, la excelente labor jurídica, fue evolucionando paulatinamente, de tal forma que fueron adquiriendo características singulares, que mas tarde fueron el modelo del Derecho penal y procesal clásico, base útil para el Derecho penal moderno.

El tercer capítulo, se refiere a la pena de muerte en Roma. Desde el periodo arcaico, hasta el Derecho posclásico, analizando su desarrollo, forma de llevarse acabo, las figuras delictivas que traían consigo tan violento castigo y el efecto que causaba en la sociedad la aplicación del mismo.

El cuarto capítulo, hace mención a la pena de muerte, efectuada en México, se describe a los pueblos prehispánicos, los cuales se distinguieron por su implacable autoritarismo. Continuamos con las instituciones jurídicas de la Nueva España, pues con la conquista, se abrió una nueva etapa del Derecho penal y procesal.

Otro periodo se escribe con don Miguel Hidalgo y Costilla, quien al declarar el inicio de la independendia, se muestra partidario de la pena capital y la contempla para los dueños de esclavos que no los dejaran en libertad en un lapso de diez días, posteriormente cuando México declaro su independendia en 1821 en tanto se promulga la primera Constitución Política se reservó la pena de muerte para los delitos graves, además las ejecuciones solo se efectuarían en lugar cerrado, consolidándose desde ese momento las prisiones como un lugar donde los presos pagarían sus penas, de modo que esta pena no afectaría al cuerpo sino al espíritu y a la libertad.

En el quinto capítulo, se hace un análisis detallado del marco legislativo, es decir, del artículo 22 Constitucional y su relación con otros preceptos del mismo ordenamiento, que hablan sobre la pena de muerte; para continuar con la jurisprudencia federal y estatal, las cuales hacen alusión a las calificativas del

homicidio, del homicidio en despoblado y de la justicia militar. Por último se hace mención de las leyes estatales, y de la inhabilitación de la pena de muerte que se hizo en los códigos penales de algunas entidades donde la tenían contemplada.

CAPÍTULO I

I

MARCO HISTÓRICO

I.1. Introducción

La antigua ciudad de Roma fue celebre en la historia por haber sido una de las civilizaciones que heredó a la humanidad una invaluable riqueza arquitectónica, la cual podemos apreciar en las ruinas de notables estructuras que construyeron para perdurar a través del tiempo, como son: el panteón, los grandes acueductos, el coliseo romano y las carreteras que mantenían unido al imperio.

En muchos sentidos los romanos adquirieron conocimientos de los griegos, pero sus logros intelectuales, llevaron siempre la huella inconfundible del poder y la firmeza romana lo que les permitió fundar el imperio mas poderoso del mundo antiguo.

Roma estableció un sistema político a lo largo de toda la cuenca del mediterráneo. Ellos no solo sometieron a los pueblos e hicieron posesión de sus territorios, además los organizaron a medida que avanzaban sus conquistas. A este proceso se le conoce como "romanización", a través de lo cual, se conservó viva la tradición romana de su lengua, literatura, religión, arquitectura, pero sobre todo su Derecho. Estos fueron los conductos por donde emanaron los cánones de esta importante cultura, los cuales influyeron en forma precisa sobre las civilizaciones posteriores.

Como ya dijimos, el Derecho fue la principal aportación del pueblo romano a la humanidad. Los romanos tuvieron la primacía de haber definido, organizado y jerarquizado un sistema legal basado en la razón y un gran respeto por la ley.

De todos los modelos jurídicos del mundo antiguo, el romano fue el único que pudo registrar su evolución, a lo largo de mil años de su historia.

El Derecho surge principalmente para facilitar las relaciones que se desarrollan en esa convivencia lógica de la vida social en Roma, en donde se hizo necesaria la creación de normas que regularan el comportamiento humano, es decir, reglas de conducta que hicieran posible establecer los límites de esas acciones individuales en beneficio del interés colectivo. Por eso se dice que el Derecho se distinguió de otras normas sociales, porque su esencia radicó principalmente en su fuerza coactiva donde el Estado imponía su observancia y asumía su tutela.

Los romanos, crearon normas y procedimientos legales aptos, para someter toda clase de datos jurídicos, extraídos de toda esa problemática social. Ofreciendo soluciones a las cuestiones jurídicas planteadas por particulares o por los mismos magistrados, investigaron sus orígenes y causas, y por medio de análisis determinaron sus efectos. De esa manera, la vida pública romana se desarrolló sobre bases legales, formadas de elementos diferentes, proporcionados de todas esas fuentes jurídicas que le dieron vida, de tal manera que la formulación de leyes hechas por los pretores de Roma y los grandes jurisconsultos, expertos en Derecho, proporcionaron un importante legado a través, de la jurisprudencia, o mejor aún cuerpos de doctrinas y planes racionales sobre los cuales fijaron sus fundamentos. Esto se debió en gran parte a la fuerza que cobró el Derecho romano y que culminó en una verdadera ciencia y filosofía del Derecho que ha trascendido hasta nuestros días y que es de gran utilidad para el estudio de diversos sistemas legales.

Orígenes de Roma.

La península itálica se sitúa en el centro del mediterráneo. En tiempos remotos estuvo poblada, por grupos nativos de la propia región emparentados con habitantes de los Balcanes y el Norte de África.

En la zona central de Italia, en el Valle del Lacio se fundaron dos importantes ciudades que fueron: Alba Longa y Roma.

Cuenta la leyenda, que después de que ocurriera la caída de Troya, el príncipe Eneas uno de los sobrevivientes, se fue al exilio, por consejo de su madre, la diosa Venus, hizo un largo recorrido hasta que finalmente llegó al Norte de Italia a un lugar llamado Lacio, ahí se casó con la princesa Lavina, hija del rey latino. El hijo de Eneas, Ascanio, erige la ciudad de Alba Longa, convirtiéndola en la nueva capital. Así tras ocho generaciones, seguían ocupando el trono del Lacio. Desafortunadamente cuando se encontraban gobernando dos de sus descendientes Amulio y Numitor; el primero destrona al segundo, asesina a sus hijos y condena a su hija como sacerdotisa, la princesa latina Rea Silvia, que había prometido castidad como virgen vestal, dio a luz unos gemelos varones, hijos del dios Marte; y como castigo por la violación al voto de castidad, su tío la manda a la cárcel, mientras que sus hijos Rómulo y Remo ordena que sean abandonados a la rivera del río Tíber. Los niños fueron hallados por una loba que los amamantó, hasta que un humilde pastor los encontró y los llevó a su casa, donde les dio alimentos y educación. Cuando se hicieron hombres, construyeron una nueva ciudad.⁽¹⁾

Por lo que respecta al nacimiento de Roma, reina una gran incertidumbre, debido a que los historiadores romanos aparecieron más tarde y los conocimientos obtenidos pertenecen más a las tradiciones que a la propia historia.

Gran parte de los autores aceptan que la base étnica se originó por la unión de tres tribus: a partir de los latinos, cuyo nombre emana de Rómulo; de la tribu Sabina, nombre derivado de Tito Tacio de quien eran subordinados. Por último nombraremos a los Luceres o Etruscos de origen oscuro, de quienes se han

(1) MONTANELLI, Indro. Historia de Roma, segunda edición, Edit. Plaza Janes S.A., Barcelona, 1963, p. 284

dicho muchas cosas. Se cree que fue un pueblo que se formó y desarrollo en la misma Italia, otros opinan que llegaron a la región procedentes del Asia Menor a principios del siglo X a. de C., y ocuparon el centro de la misma península y el Valle del río Po. Mas tarde se fueron expandiendo a lo largo de la región.

Los etruscos se caracterizaron por ser un pueblo superior culturalmente, impusieron su dominio en el Lacio e introdujeron en él, los sistemas de Ciudad-Estado y la vida urbana hasta entonces desconocidos. Dominaron a los otros pueblos y tenían como jefe a Lucomio.

Roma pues, tuvo un origen legendario, digno de su poderío y grandeza, acorde con la vanidad, ambición y el ideal de un pueblo eminentemente conquistador. La región no ofrecía atractivo alguno, situación que reconocieron los antiguos, solo una razón especial e imperiosa pudo determinar su fundación.

“La leyenda también parece acreditar la extravagancia del hecho, de aquí la fábula de la construcción de la ciudad por una cuadrilla de tráfugas procedentes de Alba Longa, al mando de dos príncipes de sangre real Rómulo y Remo”.⁽²⁾

La historia fija como año de la fundación de Roma, el 21 de abril del año 753 a. de C., y tiene a Rómulo como absoluto fundador, quien instauró el primer régimen político establecido en ella y señalando como asiento inicial el monte Palatino.

I.2. Nacimiento del Derecho romano.

Para los antiguos romanos la denominación técnica del Derecho era *Ius*, es decir la norma que se impone al obrar y exige obediencia.

(2) MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma, octava edición, Edit. Aguilar, Madrid, 1990. p. 56

La etimología de la palabra es bastante obscura, viene tal vez de *zeugnini*, que quiere decir en griego, ligar; otras derivan de la vieja raíz *iaus* (que se encuentra también en sánscrito) y que designa cierta idea vaga de felicidad, salud, con carácter religioso.⁽³⁾

Derecho romano arcaico.

Los primeros tiempos del sistema jurídico, comienzan con la fundación de la ciudad de Roma, con Rómulo, que sería el primer rey. La monarquía o *regnum* fue la forma de gobierno que prevaleció a lo largo de seis siglos y medio. Unidos a la figura del monarca se encontraban el senado y los comicios, juntos integraron la autoridad política de ese tiempo.

Los primeros años del denominado Derecho quirinario (*ius quiritium*), se desarrolla en una sociedad restringida, sencilla, rustica, esencialmente agrícola. La cual se formó en base a una confederación de gentes; y cada *gens*, a su vez, se estableció en una confederación de *dumus*, es decir, constituía la única organización social de los pueblos itálicos, no constituidos todavía en ciudades, sin embargo precedieron al Estado y contribuyeron en fundarle. A esta clase de cultura correspondió una noción de Derecho empírico, pues se reduce a un conjunto de reglas y usos adicionales, recibidos de sus antepasados, encaminados a satisfacer las necesidades inmediatas de la vida cotidiana.

En sus inicios, la religión, lo jurídico y lo moral se encontraban entrelazados. Posteriormente aparece una separación entre el *Fas* y el *Ius*. La palabra *Fas*, fue empleada para designar el Derecho divino, o mas bien para indicar la esfera de la divinidad, lo que la ésta permite, era la norma religiosa; precepto que ordenaba las relaciones humanas con los dioses. Mientras que el *Ius* se refería propiamente a la ley humana, lo que los hombres elaboran y permiten.

(3) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, quinta edición, Edit. Reus. S.A., Madrid, 1979, p. 6

La norma lo mismo que sus cultos religiosos eran algo propio del pueblo romano, donde el extranjero no podía participar de ellos, reservados únicamente a todo aquel ciudadano romano. Lo que nos indica que el Derecho es algo exclusivo del “*civis romanus*” se le llama *ius civile romanurum* o *ius quiritium* (de *quirite* romano).

Las formas y el ceremonial jurídico son casi solemnes y fijas. Es así como surgen en esta etapa la Ley de las XII Tablas, es decir el Derecho civil, elaborado por la jurisprudencia de los pontífices, quienes habitaron en lo alto del monte Capitolio. Fueron ellos los que crearon interpretaron y aplicaron el Derecho.⁽⁴⁾

Las características del Derecho:

* El Derecho privado de esta época encuentra sus bases en la familia y la *gens*, principalmente en el campo de los derechos de familia y sucesiones. Pero esto no era algo nuevo, ya que antiguamente habían derechos personales que se daban en las relaciones de grupo a grupo.

* Es estricto y riguroso. Su principal valor lo encuentran en la seguridad, aún por encima de la justicia.

* Es formal y solemne. Los negocios jurídicos, se regían en buena medida por imperativos religiosos. Las negociaciones se perfeccionaban con palabras solemnes, en presencia de testigos. El incumplimiento de estas formalidades traía como consecuencia que se invalidara el negocio en cuestión.

* Es oral. Los actos jurídicos se llevaban a cabo en forma verbal. El llamado sistema de las acciones de la ley (*legis actionis*), parece haber imperado aún antes de las Doce Tablas hasta la Ley Abutia, que dio vigor al procedimiento por formulas. Este procedimiento se caracterizaba por la oralidad y solemnidad de sus formas. Así que todo acto jurídico se perfeccionaba a través del

(4) *Ibidem*. pp. 11-12

pronunciamiento de palabras rituales. El incumplimiento de tales formalidades traía como consecuencia la invalidación del negocio en cuestión.

* Es nacionalista. El sistema legal que conducía a los romanos, era eminentemente nacionalista. Lo que se traducía como un Derecho único y exclusivo de los ciudadanos (*civitas*). Todo acto jurídico se tenía que realizar solo por ciudadanos romanos. Tiempo después esta situación cambió, gracias a la pretura peregrina y al procedimiento por fórmulas.

* La escasez de Instituciones jurídicas. La *mancipacio* y el *nexum*, eran dos de los antiguos negocios jurídicos, creadores de una obligación. Estas dos figuras, regulaban toda la vida jurídica de la época antigua. Tanto en el área de las obligaciones como en los derechos reales. Tiempo después, con la *interpretatio*, estas dos formas legales sirvieron para llenar algunas lagunas, que se presentaron en la sociedad romana.⁽⁵⁾

Derecho preclásico.

El Derecho romano preclásico, se desarrolla en un ambiente de profundos cambios, políticos, sociales y jurídicos.

La caída de la monarquía se sitúa en el año 509 a. de C., Se nos habla de un último rey llamado Tarquino el Soberbio, a quien derrocan los Comicios por centurias y el ejército lo expulsa de Roma. De esa forma da inicio el período republicano. Algunos historiadores dicen que aquella forma de gobierno se extinguió poco a poco. Sea como fuere, hubo una transición en el poder, y en

(5) BERNAL, Beatriz y José de Jesús Ledesma. Historia del derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, segunda edición, Edit. Porrúa, México, 1983, pp. 88-89

lugar de conferirlo al rey, los romanos lo pusieron en manos de dos magistrados o cónsules.⁽⁶⁾

En consecuencia los nuevos magistrados reciben el poder ejecutivo, y el *imperium* (agregado de facultades políticas, religiosa, militares, administrativas y judiciales), pero se les privo de la potestad legislativa. Posteriormente, debido a los problemas que se presentaron por las conquistas y la expansión, de Roma, hubo necesidad de conferirle también el poder legislativo a través del llamado *Ius edicendi*. Es decir, la facultad de redactar y publicar edictos.⁽⁷⁾

Estas nuevas autoridades, eran responsables de su actuación durante el desempeño de su magistratura, que duraba solo un año. durante este tiempo, ejercían el poder alternativamente por meses. Mientras uno de los cónsules actuaba, su colega tenía el derecho del veto (*ius intercessionis*) a las decisiones de su compañero en funciones. Con el tiempo perdieron algunas de sus atribuciones, así al finalizar la República son despojados del *imperium* militar, que pasa a manos de militares profesionales.

Junto a esa magistratura se encontraban los Tribunos de la plebe, fueron una institución muy temprana de la República. Su finalidad era defender los intereses de la plebe contra la opresión de los patricios. Era una magistratura estrictamente plebeya. Para desempeñar su misión el tribuno poseía el derecho del veto contra cualquier magistrado, excepto el dictador, y además estaba cubierto de las represalias posibles por la inviolabilidad tribúnica, que le confiere un carácter casi sagrado “sacrosanta” decían los romanos.

(6) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia de Derecho Romano, quinta edición, Edit. Reus, Madrid, 1994. p. 31

(7) MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma. Op. Cit. pp. 295-301

La nueva organización romana, pretende subsanar errores, cuyos fines son: que el pueblo sea escuchado por el gobierno y que la clase plebeya goce de los mismos derechos políticos y sociales que tenía la clase patricia.

Las características del Derecho:

Muchos fueron los problemas que tuvieron los grupos sociales en Roma, de tal forma que se habían definido con tanta precisión que en la práctica eran comunidades separadas. Los patricios eran los encargados de administrar justicia, sólo ellos conocían el Derecho ó la costumbre vigente. Mientras que los plebeyos por su parte reclamaban leyes escritas y definidas que fuesen de dominio público, pues hasta entonces los sacerdotes patricios aplicaban un monopolio legal a base de interpretaciones de matiz religioso oponiéndose a toda transformación social. Y como remedio a sus males es como surge el Derecho de las XII Tablas que sustituyo al Derecho consuetudinario anterior. Fue un proceso de laicización a la secularización del Derecho. Con la aparición de esta ley, finaliza el periodo del Derecho arcaico e inicia un ciclo de incesante producción legislativa, el cual culminaría con la jurisprudencia clásica de la etapa imperial. Es por consiguiente, dentro del ámbito jurídico, un periodo de transición, un paso del nacionalismo (Derecho de los *civitas*), al cosmopolismo (pretura peregrina y posteriormente el procedimiento formulario). Del formalismo (celebración de los negocios jurídicos con testigos y perfeccionados con palabras rituales), al consensualismo (contrato formado por el consentimiento de las partes). En esta época destacan el *ius gentium* y el *ius honorarium* en contraposición del *ius civile*.

El proceso conquistador y el inicio de la metropolización, provoco que, el derecho preclásico sufriera cambios muy radicales, es decir, este se tuvo que acoger a las nuevas instituciones. Es así como en Roma surge una magistratura para los peregrinos (*praetor peregrinus*), con una jurisdicción especial, con la cual se formo un nuevo orden jurídico; el *ius gentium*, que puede definirse como el derecho comercial de los romanos, y que contribuyó en forma determinante

para la elaboración de los contratos, consecuencia evidente de toda esa internacionalización comercial. Caso similar ocurrió con la economía familiar, la que cambió a mercantilista abierta al mediterráneo. Por ello, el intenso tráfico mercantil dio lugar a la contratación consensual, creada para resolver todas esas necesidades cada vez mayores que traía consigo la rigidez de los actos jurídicos del formalismo. Así el Derecho preclásico se fue perfeccionando gracias a la interpretación creadora que realizaban los magistrados jurisdiccionales, denominados pretores y los juristas laicos que actuaban al margen del colegio sacerdotal de los pontífices.⁽⁸⁾

Derecho clásico.

La Roma republicana nos legó un gobierno efectivo y del pueblo. Hubo quienes quisieron aprovecharse de esa comunidad y su hegemonía, pero el equilibrio se mantuvo y aprobó su consistencia hasta que el tiempo y la conquista exterior hicieron sentir la necesidad de una mayor concentración del poder. Cesar abrió este camino. Por el siguió Octavio, hijo adoptivo de Cesar inaugurando una nueva forma de gobierno: el principado. Podríamos definirla como un imperio con apariencias republicanas y democráticas. Octavio procedió suavemente con gran conservadurismo al exterior, alegando el sentimiento democrático del pueblo romano. En realidad hacía muchos años el pueblo se había entregado al gobierno del hombre poderoso: Cesar. Cuando este murió asesinado se creyó que todo volvería a sus causas normales, pero los acontecimientos siguieron su incontenible proceso y contribuyeron en darle vida a la historia de Roma.⁽⁹⁾

(8) KRUGER, Pablo. Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano, Edit. Nacional, México, 1980, pp. 10-11

(9) DE AVILA MARTEL, Alamiro. Derecho Romano, Edit. Jurídica de Chile, 1994, pp. 106-107

Octavio tuvo la habilidad de identificar su lucha contra Antonio con la del pueblo romano para someter a Egipto. Con gran habilidad eliminó a sus oponentes y logró que toda Italia primero y luego todo Occidente le jurase fidelidad: De este triunfo arrancó la nueva forma de gobierno, el principado, que consistió en la acumulación de las dignidades y poderes republicanos en manos de un solo hombre: el príncipe. Con este sistema político, resolvió dos de los problemas que la gesta interna de Roma le habían heredado, es decir, fortaleció a las clases dominantes en su lucha contra el movimiento revolucionario y constituyó el régimen imperio-multinacional, por la del estado-ciudad.

La base de los poderes de este dirigente fueron dos instituciones heredadas de la república: la *potestas tribunicia* y el *imperium proconsulare*. La primera inviolable, controla a todos los magistrados contra los que se podía interponer el *ius intercessionis* (derecho del veto), sin reciprocidad. Y el segundo tenía el mando de todos los ejércitos. Sobre estos dos pilares se irán amontonando las dignidades y títulos, como el *princeps*: el primero de todos los ciudadanos, senador, censor, pontífice máximo, supremo jefe militar, director de la moneda y de la política internacional. Por fin en el año 27 a. C., se le otorga el título de *Augustus*, además del de *imperator* que había heredado de su tío Julio César.

La organización política, que adoptó Augusto, fue la de conservar y fortalecer las instituciones existentes como la del senado, con quien compartió el gobierno, de ahí, la denominación que adquirió este sistema, el de diarquía o gobierno dual. Este órgano adquirió facultades electorales y posteriormente legislativas, a través de los senadoconsultos, fuente formal del Derecho de este período. Y aunque en un momento dado esta institución alcanzó distinción, se puede decir que nunca escapó del absolutismo imperial, pues siempre estuvo sometida a la voluntad del emperador. Al llegar el siglo III d. C., se había consumado la evolución descendente del senado: el *concilium principis* lo redujo a un simple consejo municipal de Roma.

Los comicios, que eran la típica representación popular romana, el príncipe, los vuelve a reunir, y les concede aún la facultad de elegir a los magistrados. Lo que en realidad ocurría, era que Augusto, les decía a quienes tenían que nombrar. Tiempo después fue el senado el que se encargó de esta tarea. Por otro lado siguieron conservando la misión de elaborar leyes, había gran cantidad de ellas, aunque claro esta, que ocurría la misma situación que con el senado, ya que estas eran de acuerdo al deseo del emperador. En este tiempo las reuniones de esta institución, eran cada vez menos frecuentes, hasta que finalmente con el gobierno de Tiberio, se extinguieron totalmente.

Las magistraturas republicanas, no corrieron mejor suerte. Toda aquella actividad, prestigio e independencia de que gozaban, se vieron vulneradas, hasta extinguirlas por completo. Esto se debió en gran parte a todas esas sustituciones que efectuaba el príncipe a su libre arbitrio, en el interior de este organismo. Se puede decir que la pretura fue la única magistratura republicana, que pudo conservar sus rasgos, desempeñando su actividad jurisdiccional en Italia y sus provincias a través de la pretura urbana y peregrina. Sin embargo, comenzó en esta etapa su decadencia con la aparición del procedimiento extraordinario y con el edicto de Adriano, el cual restringió su actividad creadora.

En esta época, apareció la figura de un nuevo magistrado llamado prefecto del pretorio. Era el comandante militar de la guardia personal del emperador. El cual, era asistido por su *cohorte pretoria*, es decir su escolta. El número de prefectos era diverso, iba de uno a cuatro en las diversas épocas. Fueron grandes jurisconsultos y con el tiempo tuvieron gran importancia política, esto aconteció, cuando comenzó a declinar el principado.⁽¹⁰⁾

Podemos referirnos al gobierno de Augusto como una dirección prudente, en la cual después de una etapa de desastres e inseguridades, producto de las guerras civiles, trajo orden, seguridad y prosperidad para el imperio lo que se denominó como *Pax Romana*, por el periodo de paz y progreso que vivió Roma.

(10) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 274-sc

Sin embargo a pesar de tantos avances positivos, a consecuencia de algunos de esos factores, trajo como consecuencia la llamada crisis del siglo III, encontrándose principalmente, la transición del poder, después los príncipes elegían su sucesor dentro del ámbito familiar o adoptaban como hijo al hombre que les pereciere apto, con lo que heredaban carisma y riqueza. Otro punto fue la acumulación de riqueza en pocas manos, que eran los que se dedicaban al consumo y no a la producción, esto generó problemas inflacionarios, lo que llevó a un retroceso y práctica del trueque, propios de una economía inferior.⁽¹¹⁾

Las características del Derecho:

Se le considera a esta época, clásica para el Derecho, en el sentido, de ser digno de imitación, toda vez que en la producción de las obras de importantes jurisconsultos, llegó a su máximo florecimiento, gracias a su técnica jurídica la cual llevaba consigo valores de equidad, para que de alguna manera contribuyeran en un intento por resolver todas esas diferencias que iban en detrimento del interés público. y en particular el de difundir principios rectores. Sin olvidar que toda esa labor jurídica se había realizado con libertad de criterios y con una cultivada técnica procesal. Las obras de esos juristas fueron el legado más valioso que transmitió el pueblo romano y que se pudo conocer a través de la compilación de Justiniano.

Como ya habíamos dicho, el consensualismo fue uno de los avances que tuvo el periodo del Derecho clásico. Con el avance y expansión de Roma, la economía mercantilista que se generaba, dio mayor auge a los contratos, los cuales se perfeccionaban con la voluntad de las partes, sin el cumplimiento de todos aquellos requisitos que exigía el formalismo, provenientes del *ius gentium*.

(11) BRAVO, Gonzalo. Poder Político y Desarrollo Social en la Roma Antigua, Edit. Taurus Universitaria, Madrid, 1989, pp. 272-sc.

El Derecho se plasmó por escrito, prueba de ello es el procedimiento por fórmulas, donde el sistema es formalista, pero no sacramental. Lo que quiere decir, que las partes debían valerse de los modelos previamente redactados por el pretor, para resolver sus controversias, pero ellos no tenían que hacer recitaciones textuales (oralidad del proceso), cuyo mas leve error, como en la *legis actio*, implicaba la perdida del litigio.

El carácter nacionalista que por tanto tiempo había distinguido al Derecho de gentes, se fue fusionando con las instituciones romanas, gracias a la ardua labor, que realizaron los pretores peregrinos y que convirtieron al Derecho en cosmopolita y universal.

En adelante, el pensamiento jurídico daría muestras del gran avance en la solución de casos que se les planteaban, utilizando juicios críticos. Si bien es cierto que estos análisis no alcanzaron a establecer la formulación de teorías jurídicas, es decir una teoría general del Derecho. Si fueron útiles muchas de las veces, para que se arrojaran conclusiones, en ocasiones hasta sutiles. Hubo por así decirlo, flexibilidad en la administración de la justicia. Varias y concurrentes fueron las causas que dieron impulso a esa labor jurídica. La equidad, la buena fe, la organización así como la solución de los conflictos, fueron aspectos importantes que tomaron en cuenta los pretores y los juristas, para forjar un Derecho nuevo y accesible.

La actividad creadora, bajo ese ambiente de paz que ofrecía el gobierno de Augusto, fue lo que propició que los investigadores jurídicos ofrecieran excelentes resultados en la creación de esa jurisprudencia clásica que los caracterizó. La unidad de criterios, en los principios y métodos, se pueden apreciar al hacer un análisis de sus fuentes. La claridad y sencillez de su lenguaje, la técnica casi perfecta y el dominio de la materia basada en su excelente juicio crítico, hizo que se consideraran destacados estudiosos de la ciencia jurídica. Se vio afectada la sociedad aristocrática, cuando se dieron

nuevas formas burocratizadoras. También el individualismo creador, dio paso a una absoluta estatificación, la cual culminó en una monarquía absoluta.⁽¹²⁾

Derecho posclásico.

El período comprendido entre la gran época de Marco Aurelio y la invasión de Roma por los bárbaros en el siglo V, recibe con frecuencia el nombre de “decadencia y caída de Roma”.

El imperio absoluto o dominato, inició durante el reinado de Dioclesiano, en el año 284 d.C., hasta la desaparición del imperio romano de Occidente, acontecida en el año 476, y el año 1453 fecha de la caída de Constantinopla cuando termina el imperio romano de Oriente.⁽¹³⁾

Dioclesiano estableció la doctrina oficial del Derecho divino al cargo del emperador, luego hasta exigir que todos los que se acercasen a él debían postrarse en adoración. Con él se instituyó una anarquía militar, porque se consideró “verdadero señor del pueblo” frente al cual los ciudadanos eran simples súbditos.

El emperador se enfrentaba a varios problemas: primero asegurar la continuidad del poder; para evitar, que se siguieran desatando guerras internas que tanto daño habían causado al imperio; segundo era el de hacer una franca ofensiva de ese vasto territorio, el cual se había convertido en eje de constantes ataques de los bárbaros; tercero la administración del erario público representaba

(12) RICCOBONO, Salvatore. Roma Madre de Todas las Leyes, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 58-sc.

(13) MORINEAU IDUARTE, Martha, Roman Iglesias Gonzalez. Derecho Romano. Edit. Harla, México, 1987, p. 19

un fuerte problema económico, el que requería una pronta solución, por último el pueblo romano deseaba alcanzar una paz religiosa.

Por eso durante su mandato, Dioclesiano hizo una reforma constitucional, con implicaciones fiscales, administrativas y militares. El fin era dar solución a los problemas que ya hemos mencionado. Comenzó con la instauración de la llamada tetrarquía, que consistió en dividir al imperio romano en cuatro partes; la Italia, el Oriente, las Galias y la Iliria; las primeras gobernadas por dos Augustos y las dos restantes por dos Césares. Con esto, pretendía el emperador solucionar el problema de la sucesión al trono con arreglo a la designación previa, pero también aprovechó para nombrar a Maximino como cogobernante (Augusto) y a Galerio y Constancio Cloro como Césares. Al parecer esta reforma ofrecía mayor control sobre el territorio, lo que les permitía un mayor éxito en la defensa, a través de la concentración de tropas en las cuatro secciones territoriales.

Para controlar la crisis económica, tomo medidas administrativas, a través de una elevada tasa de precios en toda clase de mercancías y jornales, a consecuencia de ello hubo una reducción en la producción y la desaparición de productos en el mercado, así que ordenó la acuñación de monedas de plata y emitió el áureo de 1/60 de libra, pero igualmente fueron medidas burocráticas pues mientras tanto los precios continuaban en incontenible ascenso. Promulgo un edicto que fijara los precios máximos para géneros y salarios por todo el imperio y que colocaba a todo el sector bajo el control del emperador (*Edictum de pretiis rerum venalium*), a pesar de ello fracasó ya que en realidad el gobierno ya no podía calcular sus desembolsos y era obvio que el edicto de Dioclesiano, fracasara.

Por otra parte, aumento el número de impuestos en especie y efectivo, es por eso que para poder llegar a todos los rincones del imperio y tener control sobre todos los habitantes del mismo mandó un ejército de funcionarios del censo, pero esto acabo por ser una carga mas para el pueblo.

Finalmente fijó a todos los ciudadanos romanos a un sistema de castas económicas rígidas donde todos los hombres del imperio trabajaban y producían en beneficio del Estado.⁽¹⁴⁾

Dioclesiano, fue el primer emperador que abdicó. Su sucesor fue Constantino en el año 324 d. De C., que quedó como único emperador, se le conoció como el primer emperador cristiano. El logro reunir a la iglesia y al Estado, apartando fondos del Estado y la reglamentación imperial en los asuntos de la iglesia.

El edicto de Milán, promulgado en 313 d. De C., por Constantino, se afirma la fe católica como única religión del imperio, además otorgó a los cristianos igualdad de derechos que a los romanos.

Los edictos de Constantino no detuvieron el deterioro económico del imperio, así que prácticamente la parte occidental de este había sido debilitada casi por completo.

El último gran historiador Amonio, describe al imperio de Occidente como un país castigado por el exceso de pagos y repetidas cargas de impuestos sobre el pueblo, esto sin contar las guerras contra los bárbaros, las cuales se extendían por todo el territorio.

Con Justiniano se dan algunos años de prosperidad, gracias al merito de sus generales, se reconquistó Italia y África, también se reúne por última vez las antiguas posesiones romanas, lo que no duró mucho tiempo pues los

(14) HADAS, Moses. La Roma Imperial, Las Grandes épocas de la Humanidad, Edit. Time - Life, Nederland, 1981, pp. 143-145

bárbaros vuelven a tener la posesión de Italia. Así con la muerte de Justiniano el imperio de Oriente no es mas que un imperio griego.⁽¹⁵⁾

La nueva organización política, considera al senado como una corporación honorífica, integrada por aquellos ciudadanos que ocupaban altos cargos dentro de la burocracia y por profesionistas destacados. La integración de este órgano siguió siendo hereditaria y aunque su labor legislativa en tiempos del principado tenían una importante labor, para este tiempo el emperador ya legislaba solo, sin necesidad de acudir al senado para imponer su voluntad a través de los senadoconsultos, la *oratio* y la *epistola*.

Por el contrario en la ciudad de Constantinopla se creó un senado, provisto de funciones prácticas, con mayor prestigio y relevancia. Era un cuerpo consultivo integrado por los "íntimos" del emperador (*sonsitorium sacrum*).

En cuanto a las magistraturas romanas, que se encontraban a punto de desaparecer durante el principado, llegan en este período a su fin; la pretura y la cuestura ahora son cuerpos municipales, ellos son los encargados de organizar los juegos públicos en las grandes capitales. Los pretores fueron la última magistratura que sobrevivió, con cierto prestigio, pero carente de toda actividad. Es a partir del año 567 cuando todos los emperadores adquieren el título de cónsul *perpetuus*, y por tanto esta magistratura desapareció.

Características del Derecho.

Al sobrevenir el Imperio surge un fenómeno tan repetido en la historia. El equilibrio -pueblo, magistratura, senado- se rompe. El poder ejecutivo asume todos los poderes. El príncipe gobierna, legisla (*edicta, decreta, mandata responsa epistolae, rescripta*) y juzga (apelación), sin que nadie tenga derecho a

(15) PETIT, Eugene. Tratado de Derecho Romano, Novena edición, Edit. Porrúa, México, 1992, p. 55

controlar su actividad en ningún terreno. En adelante toda aquella actividad creativa del Derecho se ha perdido. En este sentido se dice que el vulgarismo (desaparición de juristas creadores) progresa, lo que da a lugar a una gran confusión en los conceptos fundamentales y secundarios de la casuística jurisprudencial, es decir solo se adaptaba el Derecho anterior al presente con lo que se confirma una falta de originalidad y rigor científico que caracterizó al Derecho clásico.

Por otro lado, da inicio la compilación de todo ese material jurídico que se había originado a lo largo de la historia del derecho en Roma. Justiniano, llevó acabo una gran recopilación, a través de la cual conocimos el Derecho romano anterior, que se conoce con el nombre de Cuerpo del Derecho Civil (*Corpus Iuris Civilis*), que abarca todas las ramas del Derecho y que se dividen en cuatro partes: Instituciones de Digesto, Código y Nuevas Constituciones (*Novellae leges* o *Novelas*). A la recopilación de Justiniano se le considera como la mas importante e influyente obra jurídica de todos los tiempos, y que unida a las Institutas de Gayo, hubiera sido imposible que conociéramos esa trayectoria del Derecho, debido a que los escritos de los demás jurisconsultos no llegaron hasta nosotros.⁽¹⁶⁾

I.3. Fuentes del Derecho.

Fuentes del Derecho romano son aquellas formas institucionalizadas por las que la norma jurídica se manifiesta y se describe como tal, ante los miembros de una comunidad.

El problema de las fuentes del Derecho romano se reduce a una simple cuestión ¿Dónde esta contenido el Derecho romano? ¿donde se encuentra?

(16) ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET J.A. Derecho Romano I. Edit. de Derecho Privado. Madrid, 1991, pp. 4-5

Gayo, enumera brevemente las fuentes del Derecho romano: “El derecho del pueblo romano, dice, esta contenido en las leyes, los plebiscitos, los edictos de aquellos que tienen el poder de hacer edictos y en las respuestas de los prudentes”.⁽¹⁷⁾

En esta enumeración solo falta mencionar la costumbre, sin duda porque en la época de Gayo esta fuente tenía ya muy poca importancia.

Al abordar el tema de las fuentes del Derecho, dentro de nuestra disciplina jurídica, explicaremos varias acepciones:

Las fuentes históricas.- Son los medios materiales que nos permiten conocer el Derecho de una sociedad determinada, en un momento histórico y están contenidas en los libros, documentos, papiros, inscripciones, etc., siempre y cuando contengan el contexto de una ley; ejemplo: las Instituciones de Gayo o el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano.

Las fuentes reales.- Son el conjunto de acontecimientos sociales, políticos y económicos, que dan lugar a una determinada institución jurídica; es decir los factores que impulsaron al legislador a dar vida a una norma jurídica.

Las fuentes formales.- Son las formas en que se manifiesta una norma jurídica: la ley, la jurisprudencia, etc., es el procedimiento mediante el cual, una regla llega a establecerse de obligatorio cumplimiento para todos los miembros de una sociedad.⁽¹⁸⁾

(17) INSTITUTAS, Gaius. Texto, traducción, notas e introducción por Alfredo Di Pietro. Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1967, Gayo Inst. 1, 2 p. 6

(18) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 22- sc.

El Derecho en Roma, se manifestó de varias maneras, esto se debió en gran parte a la evolución que tuvo a través de su historia. Es necesario que analicemos cada una de las fuentes formales, desde su origen hasta el desarrollo escalonado que tuvieron. Ya que estas son las de mayor relevancia

Fuentes formales durante el Derecho arcaico:

La costumbre. Considerada como un Derecho no escrito, nacido en forma espontánea de las necesidades y los usos de la vida cotidiana; es un Derecho instintivo que el mismo pueblo va creando y cuya fuerza se deriva del respeto que inspira, de su utilidad para resolver los problemas que la vida va presentando y también del tiempo durante el cual ha regido.

La costumbre por consiguiente, cuenta con dos elementos, uno objetivo, *la inveterata consuetudo* -uso prolongado y constante-, y otro subjetivo, *la opinio iuris seu necessitate*- convencimiento de que esa practica es jurídicamente obligatoria.

Los romanos primitivos, se rigieron, en un principio, por normas nacidas del seno de la comunidad y consagradas por el uso constante, conocidas con el nombre de *mores maiorum*; es decir, costumbres o usos tomados como reglas de conducta y posteriormente como *consuetudo*.

Generalmente, el Derecho de los pueblos primitivos fue consuetudinario. La vida no tenía demasiada complicación y unas pocas reglas sencillas bastaban para resolver los problemas que se presentaran. También la sanción en estos casos, se alcanzó a través de la sentencia judicial. Es decir cuando surgía una controversia y el magistrado se sentía en la obligación de aplicar esa regla consuetudinaria, la imponía en su fallo y desde ese momento, la costumbre adquiría eficacia.⁽¹⁹⁾

(19) DECLAREVIL, J. Roma y la Organización del Derecho, Edit. Cervantes, Barcelona, 1928, pp. 19-22

Las leyes regias. A través de ciertas referencias ofrecidas por algunos historiadores y juristas romanos - Pomponio, Tito Livio, Dionisio de Alicarnaso y principalmente Grano Flacco- nos han llegado reseñas sobre las llamadas Leyes Regias. Se habla de leyes que el primero, cuarto y sexto rey habrían presentado a la asamblea popular (los Comicios Curiados) y que al ser aceptadas por ellos se convirtieron en leyes.

Sin embargo para la crítica moderna tales preceptos de índole religiosa penal o familiar no pueden tener tal carácter legal, es decir, solo se pueden considerar, reglas recogidas de la tradición y posiblemente formuladas por los pontífices.

Se dice también que durante los primeros años de la república, fueron recopiladas por un pontífice llamado Papirio, quien publicó un libro llamado el *Ius Civiles Papirium* (Derecho Civil Papiriano). Sin embargo, gran parte de la crítica moderna considera que los Tarquinos (la única dinastía críticamente segura) nunca acudió a los comicios con fines legislativos. Por eso se piensa que estas disposiciones son de carácter religioso o son meros anticipo de ley, provenientes del colegio de pontífices y que el título exacto de la obra debió ser de *ritu sacrorum*.⁽²⁰⁾

Fuentes formales durante el Derecho preclásico.

En este periodo, las relaciones jurídicas se ven afectadas, debido a que el grupo social ha aumentado lo mismo que su territorio. Se observa también que la autoridad de los notables se ha debilitado a medida que la autoridad del Estado va acaparando el poder. Por otro lado el contenido de la costumbre y su misma existencia llegan a ser inciertos, de prueba difícil, pues cada vez mas se

(20) KRUGER, Pablo. Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 6-7

va restringiendo su aplicación es casi cantoral. Al mismo tiempo que se consagraba el Derecho consuetudinario existente, se apropiaba en principio la empresa de creaciones futuras. Surge entonces el régimen de Derecho escrito, *ius scriptum*, es decir la creación y organización del Derecho por el poder público, por medio de la ley, el plebiscito, del edicto, de la jurisprudencia pontifical y laica así como los senadoconsultos.

La ley. Si la auténtica costumbre respondía de una manera certera a las necesidades de la vida, no podemos negar que también tendía a la dispersión y a la obscuridad sobre todo cuando la vida evoluciona y cuando las situaciones jurídicas se complican. A medida que las sociedades más o menos primitivas, se van civilizando, el Derecho tiende a la fijeza, tiende a manifestarse en normas escritas. La ley, es esa norma escrita. La ley presupone un legislador, distinto del instinto jurídico de la comunidad, de donde fluye la costumbre. La ley es un Derecho reflexivo, cuyas ventajas teóricas serían la claridad y la certidumbre; y que a veces se pagan con posibles equivocaciones e injusticias.

La ley, dice Gayo, es lo que el pueblo manda y constituye. En efecto, las leyes de la época republicana y principios del imperio son leyes populares, pero no como lo fueron en Grecia, en donde cualquier ciudadano podía proponer leyes en la asamblea del pueblo. En Roma solamente ciertos magistrados podían presentar proyectos de ley; se decía entonces que tenía el *Ius agendi cum populo*: esos magistrados eran el cónsul, el pretor y el dictador.⁽²¹⁾

El magistrado, que quería proponer una ley, daba a conocer, en primer lugar, públicamente su texto y señalaba una fecha para la reunión de los Comicios, o asamblea del pueblo. Esa publicación de un proyecto de ley para que el pueblo lo conozca se le llamaba *promulgatio* promulgación.

(21) INSTITUTAS, Gayo, Op. Cit. P. 6

A menudo, antes de la reunión de los Comicios o Asamblea popular para votar las leyes, el pueblo se reunía con el objeto de discutir públicamente el proyecto (*contiones*). Estas reuniones a menudo generaban tumultos y agitaciones de toda clase. Pero siempre eran de carácter puramente político, no constituían ningún requisito legal, es decir, nada tenían que ver con la expedición de la ley.

Llegado el día designado por el magistrado para la reunión de los comicios, ante el pueblo reunido, se tomaba la venia de los dioses (*auspicium*) y luego, el magistrado interrogaba al pueblo, preguntándole si aceptaba o no el proyecto presentado. Ahí no había lugar para ninguna discusión: el pueblo aceptaba o no el proyecto, en bloque y no tenía facultad para modificarlo: En un principio, la votación (*suffragium*), se efectuaba oralmente, después se hizo por escrito. La resolución no se obtenía por la mayoría absoluta de los votos, sino por la aceptación del proyecto por la mayoría de las centurias, las curias o las tribus, dentro de cada una de las cuales se contaban los votos por cabezas.

La ley así votada necesitaba, además, para su validez, la aprobación del senado patricio (*auctoritas patrum*), acto que en un principio tuvo gran importancia, pero que más tarde se convirtió en mera formalidad.

De acuerdo a la procedencia de las leyes, podían ser *curiadas* o *centuriadas*. Las primeras emitidas por los comicios en curia y las segundas originadas por los comicios por centurias.

A este conjunto de leyes (*curiadas* y *centuriadas*) eran denominadas como *leges rogatae*, es decir una ley votada directamente por el pueblo romano, en la forma que acabamos de ver. Se le llama *rogata* del nombre latino de la interrogación que hace el magistrado al pueblo para que diga si acepta o rechaza: "*rogatio*", para distinguirlas de las *leges datae*, que eran disposiciones, tomadas directamente por el magistrado: generalmente pertenecen a esta última clase de

leyes los estatutos que rigen las provincias, los que organizaban las colonias y las magistraturas ordinarias.

La ley consta de tres partes:

* *Praescriptio*. Es la parte de la ley que señala el nombre del magistrado que la propuso y el día en que fue votada.

* *Rogatio*. Se refiere propiamente, al texto de la ley y, por tanto, es la parte mas importante.

* *Sanctio*. Es aquella parte donde se indican disposiciones relativas a su observancia, así como la sanción aplicable en el caso de que la misma sea infringida.

De acuerdo con la *sanctio*, las leyes se clasificaban en perfectas, menos que perfectas, imperfectas y más que perfectas.

Una ley era perfecta, cuando la sanción consistía en la anulación del acto violatorio, en cambio las menos que perfectas; se refiere aquellos casos donde además de que el culpable sea castigado, el resultado del acto violatorio no desaparece. Por lo que se refiere a las leyes imperfectas: es aquella donde a pesar de que fue transgredida, carece de sanción. Finalmente haremos alusión aquellas denominadas mas que perfectas: son aquellas leyes que combinan el castigo al agresor de la norma, así como la anulación del acto violatorio.⁽²²⁾

La ley de las XII Tablas es un claro ejemplo de una ley votada en Roma.

Comenta la tradición, que a principios de la república, en los años 451 y 449 antes de Cristo, la plebe romana después de duras luchas, obtuvo el derecho

(22) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 23-24

consuetudinario, que hasta entonces había sido mantenido en secreto dentro de los colegios de pontífices patricios, estos controlaban el conocimiento y la práctica jurídica, negándose con ello a que la ley fuera publicada para que todos la conocieran. Esto fue lo que motivó a los plebeyos a plantear sus requerimientos para que la ley fuera publicada a través del código decenviral.

Después de la caída de la de la monarquía fueron abrogadas todas sus leyes, es entonces cuando la aplicación del derecho se hace en forma consuetudinaria. Es por inspiración de Terentilio Arsa en el año 464 antes de Cristo, que exige la redacción de un código escrito aplicable por igual a patricios y plebeyos. Siendo aceptada su petición dos lustros más tarde, que es cuando se formó una comisión de tres patricios, que salía al sur de Italia, se cree que es en Grecia, que es donde estudiaran su legislación, es decir las leyes de Solón y Licurgo. Cuando estuvieron de regreso en Roma, fueron suspendidas todas las magistraturas, se nombraron diez patricios, elegidos de los comicios por centurias que reciben el nombre de *Decenviri Legibus Scribundis* (Decem: diez-Viros-varones), encargados de redactar la ley, labor que se concluyó un año después y que dejaron escrita en diez tablas. Un año después como consideraron insuficiente este trabajo, en el año 450 a. C. se nombró otro decenvirato más en el que figuraban cinco plebeyos y se redactaron dos tablas las cuales se aprobaron en el año 449 a. C., complementan, a las diez anteriores.

Las tablas fueron expuestas en el foro y se perdieron durante el incendio que ocurrió en Roma provocado por los Galos, y nadie se ocupó de volver a esculpir las, pero sus preceptos fueron transmitidos en forma oral.⁽²³⁾

Contenido de la Ley de las XII tablas.

Estas tablas nos hablaban: de la competencia ante el magistrado, señalaban los juicios; hacían referencia a las ejecuciones de los juicios en contra

(23) KRUGER, Pablo. Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 10-11

de los deudores insolventes; nos decían sobre el Derecho de la potestad paterna; sobre la tutela y la herencia; y hablan sobre el dominio y la posesión, también hacían referencia a los derechos sobre los edificios y heredades; la tabla VIII estaba dedicada al Derecho penal, la IX comenta temas sobre el Derecho público, y la X se dedicada al Derecho sacro. Por último las tablas XI y XII complementan las diez anteriores.⁽²⁴⁾

Legislaciones posteriores a las XII Tablas aparecieron en la época republicana y muchas disposiciones de la época imperial se fueron modificando a medida que las necesidades de la vida fueron más grandes y, por consiguiente, el derecho se hizo más complicado y diversificado. En un momento dado, las XII tablas no fueron mas que un venerable monumento al pasado.

El plebiscito. Otra fuente citada por Gayo fue el plebiscito, que es una decisión tomada por la plebe solo para asuntos que le interesaban. El procedimiento para la votación de esta fuente legal es análoga a la votación de la ley. El *ius agendi cum plebe* correspondía exclusivamente al tribuno de la plebe, de suerte que solo el magistrado podía proponer plebiscitos y hacerlos votar. Siendo el mismo un acto de la plebe, no requería ni *auspicum* ni confirmación del senado patricio. La ley Hortensia del año 287 a. C., equiparó el plebiscito con la ley: desde entonces se declararon obligatorios para todos los ciudadanos.⁽²⁵⁾

El edicto.

Durante la época que media entre la terminación de las guerras púnicas y el fin de la república, la práctica jurídica llegó a ser un factor importantísimo en la historia del Derecho romano.

(24) MORALES, José. I. Derecho Romano, cuarta edición, Edit. Trillas. México, 1992, pp. 36-37

(25) INSTITUTAS, Gayo. Op. Cit. p. 6

La causa profunda reside en el inmenso desarrollo comercial y político de Roma. En ese momento precisamente, la costumbre y la legislación llegan a ser insuficientes para regir las infinitas situaciones jurídicas nuevas; la vida jurídica rompe con las rígidas formas del antiguo Derecho: y, como la legislación no logra seguir con el ritmo de un desarrollo tan intenso, la práctica del Derecho tuvo que buscarse por sí misma su camino. El magistrado, encargado de la diaria administración de la justicia, que en Roma es el pretor, forzosamente tuvo que saltar por encima de los límites de la ordenación jurídica existente y pasar al campo de la libre creación del Derecho.

Edictos de los magistrados.

Esa libre creación del Derecho se hizo por medio del edicto.

Los edictos son bandos o proclamas que los magistrados edicentes dirigen a los ciudadanos para adoptar medidas circunstanciales políticas o administrativas. Algunos edictos tienen más alcance y se refieren al conjunto de actividades oficiales de un magistrado y permanecen en vigencia mientras ese magistrado este en funciones. A esta clase pertenecen los edictos llamados “jurisdiccionales”, en los cuales el magistrado de las normas que piensa seguir en el ejercicio de su magistratura y las fórmulas procesales que, en cada caso ofrece a las partes.

En Roma, los magistrados que tienen derecho a dar edictos son: los ediles curules, a cuyo cargo corría la policía en Roma y la administración de las plazas de mercado; los gobernadores de provincia y los cuestores, pero principalmente, los pretores urbano y peregrino, en cuyos edictos se encuentran las normas jurídicas.

Teóricamente el edicto no debía durar más de un año y podía cambiar con el nuevo magistrado que cada año entraba a desempeñar su oficio. Sin embargo, la necesidad de que la función jurisdiccional fuera permanente y segura hizo que

los magistrados, y sobre todo los pretores, adoptaran los edictos de sus antecesores. De esta manera se fue formando un fondo invariable de normas que pasaba de un magistrado a otro. Se le llamaba “edicto translaticio”.

Dentro de cada jurisdicción es posible hablar de la evolución del edicto, en cuyo desarrollo cada magistrado contribuía un poco, o mucho o nada, según las diferentes personalidades y las necesidades de la vida. Desgraciadamente los detalles de esta evolución son caso completamente desconocidos. Solamente conocemos la codificación redactada en el año 130 después de Cristo, por el jurista Salvio Juliano, por orden del emperador Adriano.⁽²⁶⁾

Jurisprudencia pontifical y laica.

La jurisprudencia pontifical, son aquellas opiniones emitidas por los jurisconsultos sobre aquellos asuntos que se les planteara. En los primeros tiempos esta labor la desempeñaban los ciudadanos mas ilustres, es decir, los pontífices. Ellos fueron los encargados de monopolizar el conocimiento del Derecho (fórmulas procesales), además de interpretar el Derecho, para darle un carácter doctrinal, a través de los *comentarii pontificum*.

Fueron los responsables de dar a conocer el Derecho antiguo, las costumbres, la situación social y económica de esos tiempos. En esta época, el Derecho permanece esos recintos oscuros de los templos, inaccesible al conocimiento del pueblo.

Fueron varios los momentos importantes en el proceso de laización o secularización del Derecho: comienza prácticamente con la publicación de las Doce Tablas, primera ley creadora de *ius*, promulgada por los “*decemviri legibus scribundis*”. Que al mismo tiempo representaba una conquista del

(26) KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano, octava edición, Edit. Ariel. S.A. Barcelona 1982, pp. 102-103

a las decisiones del príncipe en virtud de su potestad tribunicia. Éste les ordenó que aprobaran una serie de leyes necesarias para la vida jurídica del pueblo romano, relativas principalmente al matrimonio, adulterio, concubinato, procreación, manumisiones y a reformas de tipo procesal. Es en esta última área donde se suprimió el procedimiento de las *legis actionis*, para dar paso al procedimiento formulario y dictaron normas sobre el procedimiento criminal.

En los tiempos de Nerón, su actividad legislativa estaba extinguida casi por completo, y se cree que la última ley comicial fue en materia agraria en la época de Nerva.

Con los edictos de los magistrados aconteció la misma historia que había ocurrido con los comicios, debido a que la actividad creadora del pretor, se encontraba en pugna con el nuevo ordenamiento político sustentado por el emperador, quien tenía el monopolio de los poderes: proconsular, la potestad tribunicia, senatorial, el poder religioso, trajo como consecuencia grandes cambios en el ejercicio del poder legislativo. Fue casi a finales del principado cuando los poderes más importantes de los pretores pasaron a manos de los nuevos funcionarios, creados por el emperador: el prefecto de la ciudad y al prefecto pretorio. Además de surgir el procedimiento extraordinario.

Cuando inició el principado, se siguieron publicando edictos hasta finales del siglo I, donde la repetición de reglas que contenía el edicto, se transmitía año con año. Quizás esto se debió en gran medida a que los magistrados habían adquirido una gran experiencia jurídica, previa para la fase codificadora que vendría más tarde y también a la autoridad del emperador, a quien nadie osaba desafiar.

Por eso es que la elaboración de los edictos se consideró como la traducción de reglas que elaboró la magistratura a lo largo de su historia. Y que en el año 130 por orden del emperador Adriano, se publicó una colección con el nombre de edicto *perpetuo*, conocido también con el nombre de Adriano o

Edicto de Salvio Juliano. Fue una codificación del Derecho emitido por los pretores. La cual conocemos casi en su totalidad por el Digesto de Justiniano.

El senadoconsulto.

“Es lo que el senado ordena y establece; tiene fuerza de ley, por la que para algunos la cuestión ha sido controvertida”.⁽²⁸⁾

El senado romano, en si mismo, no era un cuerpo legislativo, sino deliberante, a pesar de lo cual su influjo fue casi siempre decisivo en la legislación, gracias al prestigio que gozaba.

Durante las guerras púnicas, la influencia del senado fue considerable y probablemente entró a legislar, pero la verdadera potestad legislativa solamente la adquirió en la época de Augusto, y esto, mas por la fuerza de las circunstancias que por modificación legal de la constitución.

Augusto nunca se atrevió a rechazar francamente la Constitución republicana. Gobernó, guardando las formas republicanas y nunca adoptó ni el título de *rex* ni el de *dominus*. Las votaciones populares, tal como han sido descritas anteriormente, le sirvieron para imponer su voluntad. Pero, pronto se dio cuenta de que esas votaciones ya no tenían sentido. La población romana estaba dispersa en el extenso territorio. En Roma no quedaba más que una plebe exaltada, incapaz de legislar. Las circunstancias mismas demostraron que no se gobierna un extenso imperio de la misma manera como se gobierna una ciudad. Augusto pensó entonces en el senado como un cuerpo legislador; así, por lo menos, se conservaba la ilusión de que la antigua república no había desaparecido del todo.

Si la intención de los primeros emperadores fue la de crear un cuerpo de senadores con ideas propias y verdaderamente colaborador, muy pronto la

(28) INSTITUTAS, Gayo. 1,4. Op. Cit. p. 8

preponderancia del poder imperial redujo, en la práctica, al senado a ser un mero instrumento para registrar la omnipotente voluntad del príncipe: los proyectos del emperador apenas si se encontraban en oposición; el proyecto se convertía en ley por su mera lectura ante el senado.

El tiempo de la legislación senatorial se extiende desde la época de Augusto hasta la de Marco Aurelio y Cómodo. El número de sus resoluciones en materia civil es muy importante, sobre todo en el Derecho de la familia y en el Derecho sucesorio. Los senadoconsultos son conocidos con el nombre del proponente o de quien hubiera puesto en discusión el proyecto.⁽²⁹⁾

Las constituciones imperiales.

“Es lo que el emperador establece por decreto, edicto o rescripto (epístola) jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley, puesto que el poder (*imperium*) mismo del emperador le es conferido por la ley”.⁽³⁰⁾

Augusto y los primeros Césares no poseyeron la potestad legislativa basada en la constitución política del Estado. Desde la época de Augusto se recalcó que la constitución republicana seguía en vigencia, y el propio Augusto rehusó varias veces los poderes que se le ofrecieron para legislar de una manera independiente y según su criterio personal: como lo hemos visto, la facultad legislativa de los emperadores se desenvuelve en la forma que corresponde al ejercicio normal de las funciones de magistrado republicano, o por lo menos, en una forma análoga.

A pesar de todo, y debido a la enorme influencia de los emperadores, sus disposiciones, genéricamente llamadas constituciones imperiales, alcanzaron muy pronto fuerza de ley en la conciencia jurídica del pueblo y en la práctica de

(29) KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 102-103

(30) INSTITUTAS, Gayo. 1, 5 Op. Cit. P. 8

los tribunales. El edicto de Adriano ya equipara las constituciones imperiales a las otras fuentes del Derecho. Desde mediados del siglo II, la doctrina reconoce a las constituciones imperiales con fuerza de ley, mediante la ficción de la ley del imperio, según la cual el pueblo es soberano, pero mediante una ley cede su soberanía al emperador. Por eso Gayo, dice que nunca dudó que la constitución imperial tuviera el valor de una ley, puesto que el mismo emperador había recibido el imperio por medio de una ley.

Sin embargo, puede decirse que hasta Dioclesiano, los emperadores evitaron mezclarse en la esfera del Derecho privado, mediante disposiciones personales, a pesar de que, en su carácter de magistrados republicanos podían hacerlo. Como lo hemos visto, para imponer su voluntad, los emperadores se sirvieron de medios indirectos como el senadoconsulto y aún la legislación popular.

En la época de Dioclesiano y sobre todo desde Constantino, la constitución republicana queda por completo abolida y el emperador se convierte en el único órgano del Estado; a él le corresponde legislar, administrar y juzgar.

En esta época, el Estado romano se convierte en una monarquía de tipo oriental; la voluntad imperial tiene valor de ley y adquiere una función dominante en la evolución jurídica. Si antiguamente pudo definirse la ley como “lo que el pueblo romano manda y establece”, ahora la ley no es más que la voluntad imperial.

Manifestaciones de la legislación imperial hasta Dioclesiano.

El jurista Gayo dice, en el fragmento citado, que la constitución imperial es lo que el emperador establece por medio de un “decreto”, de un “edicto” o de una “epístola”: Estudiaremos cada una de estas formas.

1) **El edicto.** Lo mismo que los magistrados republicanos, los emperadores podían publicar edictos, cuya importancia es mas grande, debido a la trascendencia de las funciones, imperiales y al carácter vitalicio de las mismas. Los edictos imperiales regían, aún después de la muerte del emperador que los dicto, a menos que fueran expresamente derogados.

2) **Los decretos. Imperiales.** Son las resoluciones judiciales del emperador. Son una manifestación del poder imperial que no tienen paralelo en la organización republicana. El emperador podía atraer a su conocimiento y resolución personal cualquier cuestión litigiosa, bien fuera que una de las partes acudiera a él o que el magistrado se la presentara. La decisión definitiva correspondía siempre al emperador, pero éste solía dictar su sentencia, después de haber oído consejo, en el cual generalmente estaban representados los mas grandes juristas de la época. Por ese motivo la jurisprudencia del consejo Imperial es muy importante.

Las sentencias imperiales, en un principio, sólo tenían validez en el litigio en el cual habían sido dictadas. Pero, a causa de la inmensa autoridad de que gozaba el emperador, muy pronto sus sentencias fueron alegadas causas similares, y la conciencia jurídica del pueblo y la práctica de los tribunales las equiparo a las fuentes del Derecho.

3) **Las epístolas.** Al lado de las decisiones orales del emperador, se encuentran los dictámenes que emitía por escrito, cuando era consultado sobre un caso litigioso. Tales decisiones llevaban el nombre de rescripto (*rescriptum*).

Existen dos clases de rescriptos:

a) A las consultas e informes de los funcionarios, consejos territoriales o provinciales, municipales y otras corporaciones, solía el emperador contestar en forma de cartas; son las llamadas "epístolas" (*epistola*). Para la redacción de estas respuestas existía una secretaría *ab epistolis*.

b) Los solicitantes particulares debían entregar, personalmente o por medio de comisionados, sus peticiones durante una audiencia del emperador. Estas peticiones eran llamadas libelos (*libelli*). La respuesta se redactaba en una secretaría especial, la secretaría a *libellis*, y se consignaba al pie de la solicitud, con el visto bueno del emperador. El peticionario podía obtener copia.⁽³¹⁾

Fuentes formales del Derecho posclásico.

Durante este período, la actividad jurisdiccional ha cesado, debido a que ya no había creación en el derecho, Justiniano emprendió una importante labor que fue la de codificar todo el derecho romano en todas sus expresiones es decir reunió toda esa obra jurídica que habían elaborado los grandes jurisconsultos hasta esos momentos.

Como es sabido, hubo muchos intentos de compilación, pero la gran compilación de las leyes del derecho romano, fue efectuada por Justiniano Primer emperador bizantino, quien así lo dispuso hacia el año 533 d.C.

Esta codificación, contenía los estatutos imperiales y también se condensaron los escritos de jurisprudencia, es decir el conjunto de resoluciones judiciales dictadas por los tribunales y que sentaron precedente.

La gran obra de Justiniano recibió el nombre de *Corpus Iuris Civiles* (Cuerpo de Derecho Civil y comprendió las siguientes partes.

1ª *Código* (sobre los estatutos imperiales).

En el año 528, el emperador nombro una comisión de diez hombres encargada de reunir en una sola obra, los códigos Gregoriano, Hemogeniano y Teodosiano.

(31) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 24-25

Esta comisión tenía facultades de agregar, modificar hacer aclaraciones así como eliminar todas aquellas repeticiones existentes a las leyes caídas en desuso o que no respondieran a las nuevas necesidades. Este código se publicó el 7 de abril de 529 con el nombre de “Código de Justiniano”.

2ª *Digesto* (sobre los asuntos de jurisprudencia).

El *digesto* o *pandectas*, que era el nombre con que también se le conocía, era una colección de manuscritos, de grandes *jurisconsultos* clásicos. Esta tarea fue llevada a cabo por una comisión con el jurista Triboniano al frente. Ellos se encargaron de redactar toda la colección, a base de extractos de escritos realizados por los *jurisconsultos* que hubieran tenido la concesión del *ius respondi*. No fue una tarea fácil, debido a que tenían que examinar más de 200 compendios, que comprendían más de tres millones de líneas. Sin embargo dicha tarea la efectuaron tres subcomisiones: la primera llamada el fondo sabiniano (Sabino y sus comentaristas), encargada de analizar las obras de Derecho civil; la segunda se le conoce con el nombre de fondo edictal, encargada de estudiar el Derecho honorario y el contenido de los edictos. Y por último se encontraba el tercer grupo, fondo papiniano, la cual se dedicó a analizar principalmente los escritos de Papiniano y otros grandes *jurisconsultos*.

Estas comisiones tuvieron la plena facultad de corregir y modificar, todos esos escritos a los que tuvieron acceso, así como el adoptar todas esas obras clásicas, al Derecho vigente. Todas esas adaptaciones y modificaciones se les conoce como interpretaciones o *Emblemata Triboniani*. Esta obra contiene cincuenta libros, se publicó y tuvo fuerza de ley por la constitución Tanta, el 16 de diciembre del año 529 y entro en vigor el día 30 del mismo año.

3ª *Instituta* (sobre instituciones).

Las instituciones del emperador, represento una obra monumental destinada a la enseñanza del Derecho en Constantinopla. Era el año 529, cuando

Justiniano ordenó que se redactaran una obra, que hicieron Triboniano y los profesores Teófilo y Doroteo, quienes se basaron en las obras de Ulpiano, Marciano y Gayo. Esta obra era prácticamente un libro de texto en cuyo preámbulo el emperador daba una serie de consejos a “la juventud que deseara estudiar leyes”. Esta obra estaba contenida en cuatro libros. El primero trata de las personas; el segundo, tercero y parte del cuarto se refiere a las cosas, mientras que el final de éste se dedica a las acciones.

4ª *Novellae* (sobre las nuevas disposiciones desde el año 535 al 565 d. C.)

Después de que se hubo publicado el código en forma definitiva en el año 534, las constituciones imperiales que se fueron publicando dieron vida a una nueva obra denominada novelas.

De estas novelas, se tienen varias versiones. Una recopilada en 555 por un famoso profesor de Derecho en Constantinopla llamado Juliano, quien reúne en latín 124 novelas y cuya colección se le conoce con el nombre de *Epitome Juliani*. La segunda colección de 134 novelas, conocida con el nombre de *Authenticum Corpus Novellarum*, que va desde 533 al 556; están traducidas al latín. Por último, existe una colección completa de 168 novelas; 167 redactadas en griego y una constitución en doble texto, traducida al griego y latín.⁽³²⁾

I.4. La clasificación del Derecho.

El ius civile o ius Quiritium

Estas reglas, venerables por su antigüedad y por el respeto que inspiran, eran consideradas como algo propio y exclusivo del pueblo romano, lo mismo que los dioses nacionales, las ceremonias y los sacrificios religiosos. El

(32) VENTURA SILVA, Savino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado, décima edición, Edit. Porrúa, México, 1990, pp. 45-sc.

extranjero no podía participar en el culto de los dioses, tampoco era admitido a gozar de los beneficios del Derecho, reservados únicamente a los ciudadanos romanos. Para indicar, pues que el Derecho es algo exclusivo del “*civis romanus*” se le llama *ius civile romanurum* o *ius quiritorium* (de *quirite* romano).⁽³³⁾

El Derecho romano, en sus principios, es esencialmente formalista y estricto, como, por otra parte, lo es el Derecho de todo pueblo primitivo. Si la religión de los primitivos romanos exige para invocar a los dioses una fórmula solemne y precisa, así también para actuar jurídicamente era preciso emplear determinadas fórmulas o pronunciar ciertas palabras sacramentales, sin lo cual no se producían los efectos jurídicos esperados. Considerado bajo este aspecto, comprendemos que los juristas hayan llamado a este Derecho *strictum*, porque es un Derecho que tiene mas en cuenta el empleo correcto de las fórmulas que el fondo mismo de la cuestión.

***El ius gentium* (Derecho de gentes)**

Las recientes relaciones con los pueblos extranjeros y las necesidades del comercio indujeron, poco a poco, a los romanos a abandonar la primitiva rigidez del *ius strictum* y admitir el extranjero dentro de las relaciones jurídicas normales. Sobre esta base comenzó a desarrollarse el *ius gentium*. Que no es más que un Derecho desprovisto de toda fórmula y accesible tanto a los ciudadanos como a los extranjeros. Fuera de esto, el Derecho de gentes no se diferencia esencialmente del civil; y puede decirse que el *ius gentium* es el mismo Derecho romano desprovisto de los formalismos puramente romanos, los cuales, durante mucho tiempo, fueron exclusivos del ciudadano.

El *ius gentium* es un Derecho común a todos los pueblos, el cual rige las relaciones entre el Estado romano y los demás Estados (Derecho Internacional) o

(33) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 10-11

Derecho que abarca todas las instituciones jurídicas tanto a los ciudadanos como a los extranjeros.⁽³⁴⁾

***Ius naturale* (Derecho natural)**

En el Derecho romano el jurisconsulto Ulpiano definió al Derecho natural, como “el conjunto de leyes que la naturaleza ha impuesto a todos los seres animados”, es decir, la naturaleza enseña a todos los animales, cual las normas que rigen al hombre y las bestias relativas a la unión de los dos sexos, procreación y cuidado de la prole. Sin embargo hace una clara diferencia entre ellos, pues mientras que a los animales los mueve el instinto, a los hombres por el hecho de estar dotados de conciencia y razón. Lo dirigen el derecho y deber.

El *ius* natural se encuentra constituido por normas que se han producido en la naturaleza, donde el legislador no ha participado activamente.

Paulo, proporciona otra definición, quien la considera como “lo que siempre es bueno y justo”, concepto de un derecho ideal, y que de acuerdo a los juristas compiladores, decían que confrontado este con el derecho de gentes, resultaba un derecho racional, ideal e inmutable.⁽³⁵⁾

El Derecho natural constituye la aspiración de la humanidad para alcanzar la justicia entre los hombres y por lo mismo, es como un modelo que sirve de base, para todos los tiempos y lugares, porque a través de la razón se logra la equidad. Así lo define Justiniano cuando habla “De un Derecho inspirado en la razón común”.

(34) MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, vigésima edición, Edit. Esfinge. México, 1994, p.101

(35) ARIAS RAMOS J. ARIAS BONET J.A. Derecho Romano I . Op. Cit. p. 43

El Derecho público.

Era aquel que regulaba, la constitución, administración y funcionamiento del Estado romano. Su organización política, magistraturas, poderes de los magistrados, etc. Las relaciones con los particulares y las que pudiera tener con otros Estados. Así como el Derecho Sacro, vinculado al culto de los dioses y a los sacerdotes. Este Derecho se distinguió, por que en él, sus normas no pueden ser alteradas voluntariamente por los particulares.

Las instituciones de Justiniano, inspirado en Ulpiano, nos da esta breve definición: el Derecho público, es aquel que regula las relaciones políticas y los fines que el Estado debe alcanzar. A través de su organización, gobierno y administración "*Ius publicum est quod ad estatum rei romanae spectat*".⁽³⁶⁾

El Derecho Privado

Regula y ampara las relaciones entre los ciudadanos romanos particulares. Fija las condiciones y los límites que atañen a los particulares. Los que se relacionan con su patrimonio, su familia y los convenios establecidos con otros particulares. Esto es lo que nos indica Ulpiano, a través de su definición. "*Ad singularum utilitatem pertinet*".⁽³⁷⁾

El Derecho civil. Es el conjunto de normas que tienen como fuente la costumbre y la ley.

El derecho civil evoluciono y se manifestó, de acuerdo a las fuentes que le dieron vida, esto es: la costumbre y la ley que se plasmo en todas esas disposiciones emitidas por los comicios y el concilio de la plebe (la ley rogata, los plebiscitos); por el senado (senadoconsultos); así como las decisiones del

(36) BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Op. Cit. p. 13

(37) Ibid. p. 13

emperador (la jurisprudencia y las constituciones imperiales); y la actividad de los juristas.⁽³⁸⁾

El Derecho honorario o pretorio

Es el conjunto de principios del Derecho creados por los pretores, en el ejercicio de su jurisdicción.

Estrictamente el magistrado romano solo podía crear Derecho; a el solamente corresponde extraer de cada norma legal su significado práctico para el caso determinado que debe juzgarse. Pero a medida que el magistrado resuelve las cuestiones jurídicas en determinada forma, esa forma se va afianzando dentro del uso constante, y, dentro de la comunidad, se llega a la convicción de que esos preceptos del magistrado también son Derecho. En este aspecto cabe destacar, que el Derecho honorario, se diferencia de la costumbre en que sus normas no son creación instintivas de la comunidad, sino la creación de una voluntad conciente de fin propuesto: el magistrado. Es por eso que en la época imperial, se le considero al Derecho honorario como fuente de la libre creación del magistrado, plasmada en los edictos. Donde se procura llenar las lagunas o deficiencias del Derecho civil, mas aún, lo corregía en lo que ese derecho tuviera de impracticable e injusto. El Derecho honorario, a pesar de su naturaleza especial, tenía una aplicación inmediata y a veces, se recurría con mas frecuencia, que al Derecho civil.⁽³⁹⁾

(38) MARGADANT, Guillermo Floris. El derecho Privado Romano. Op. Cit. pp. 100-101

(39) Ibid. pp. 100-101

CAPÍTULO II

II

EL DERECHO PENAL ROMANO

II.1. Naturaleza del Derecho penal romano

“Por Derecho criminal romano se entiende el conjunto históricamente considerado, de normas de conducta impuestas a los particulares por el Estado romano, para alcanzar la tutela de los intereses de la colectividad, mediante la conminación a los transgresores, en las formas de proceso de carácter público, de penas aflictivas.”⁽¹⁾

Se considera que la materia penal en Roma, fue hasta tiempos posteriores una verdadera ciencia criminológica producto de un proceso evolutivo, donde el Estado en forma gradual ejerció su represión, moderando la actividad penal en los grupos menores.

En sus inicios el Derecho penal se ubico en las esferas del orden público y privado, situación que nunca llego a superarse totalmente de aquel sistema jurídico. Sin embargo el Estado habría de tener una intervención más amplia y directa dentro del Derecho penal privado, juzgando en nombre de la colectividad, iniciando de esa forma la organización de los conceptos fundamentales como son el delito y la pena.

Antiguamente el delito era definido como *noxa o noxia*, y su significado era el daño o perjuicio que se cometía en contra de la de la comunidad o a un particular. No era propiamente el concepto o la idea precisa de lo que es el delito, mas bien la palabra se refería a un tercero y no al delincuente. Esta tercer

(1) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Publico Romano, Edit. Bosch. Barcelona, 1972, p. 295

persona se hacía cargo de la infracción inferida a la ley penal y para liberarse de esta responsabilidad pagaba el daño o perjuicio. Esta figura se puede observar en el Derecho privado, donde el particular entregaba al infractor que estuviera bajo su potestad y por el cual debía responder jurídicamente. En el Derecho público la entrega por *noxia* (*noxia-dare*) tenía como finalidad liberar a la comunidad del castigo divino.

Noxa fue la forma arcaica de nombrar al delito y *noxia* el concepto que más se utilizó en ambos ordenes del Derecho público y privado.⁽²⁾

Posiblemente al delito se le quiso dar una denominación más técnica y se le llamo crimen y *delictum*, conceptos que fueron de uso y aplicación general. La palabra crimen significaba la inculpación de una injusticia, era una voz procesal, el caso que se le presentaba al juez para que emitiera su veredicto.

Algunas expresiones griegas y latinas como *iudicium* y *legis actio*, conjuntamente con otras voces, constituían, los tecnicismos propios de las contiendas jurídicas, descendían de la misma base jurídica y por lo mismo abrazaban todo el campo del derecho. Eran definiciones que servían para designar la acción o demanda inclusive de índole patrimonial. Sin embargo el concepto del crimen fue adquiriendo otro matiz, entonces su significado fue la inculpación de una injusticia, en adelante, sería definido como la imputación de un delito público o privado, acepción que ya no fue adecuada para designar a la acción o demanda con carácter patrimonial.

Crimen fue un concepto que predominó aún en la época imperial, y que se extendió hasta nuestros días, de lo cual podemos deducir, que la palabra desde tiempo atrás ya había adquirido su simiente científica.

(2) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano, Edit. Temis. Bogotá 1976. p. 6

Delictum, la otra designación que tuvo el delito, nos indica la comisión de una falta, se aplicaba frecuentemente en los delitos del orden público y privado, y según se sabe, en tiempos del imperio, en el campo del Derecho civil, las acciones penales tuvieron una denominación genérica de delitos privados (*delicto privata*).

El delito no tenía un carácter unitario, un hecho penal concreto, por tal razón se le denominó de igual manera en los delitos públicos (*crimina pública*), y en los delitos privados (*delicta privata*). Y aún cuando en las disposiciones de Justiniano en su Digesto, se fusionaron las acciones públicas y privadas, el delito ya tenía un carácter indiviso desde tiempo atrás.⁽³⁾

Por último cabe hacer mención, que en este orden jurídico que sustentaba el Derecho penal romano, la retribución o castigo, término correlativo al delito, aquella era ordenada y ejecutada por el Estado, fue la actividad que recibió el nombre de pena, palabra a la que los romanos no le encontraron denominación alguna.

En un principio la pena solía ser el *supplicium* o la venganza, estas eran las formas más usuales de retribución, mismas que se ejecutaban de manera inmediata.

Posteriormente el concepto de pena como expiación religiosa, se sustituyó por la función social de las sanciones penales, ahora bien cuando el aparato coercitivo del Derecho consideró las multas o indemnizaciones en dinero o en especie, se sintió la necesidad apremiante de ver como se designaría a la pena pública, situación semejante vivía el Derecho privado.

Cabe señalar, que en el ámbito particular la retribución justa y aprobada por la comunidad se llevó acabo por medio de la pena capital, la venganza o la Ley del Tali3n, su fin era que el da3ado se sintiera resarcido. Y fue

(3) Ibidem. P. 8

precisamente en el Derecho privado donde encontraron una forma de pago o solución a la deuda contraída por aquella acción que constituía un delito. Aquí la retribución se lleva a cabo en forma pecuniaria. Al principio fue potestativa, pero ya en las XII Tablas se les denominó con la palabra *damnum*, expresión de entrega o donación. Pero en los delitos que se cometían por lesiones corporales, las XII Tablas los definían con la palabra griega *ñolún*.

Con el tiempo se generalizó la forma de pago o prestación pecuniaria obligatoria y se dejó de utilizar los distintos conceptos para dejar únicamente el principio de punición o pago.

Así que cuando más se perfilaba un delito como fuente de una obligación de resarcimiento pecuniario, iba perdiendo sus antiguas características para colocarse frente al contrato como fuente de las obligaciones. Constituyendo el punto de partida para la evolución del Derecho penal privado, sucesos que acontecieron en el período republicano tardío y la época imperial, a lo cual se le considera como una parte del derecho de las obligaciones.⁽⁴⁾

Sin embargo en los delitos graves por ejemplo: el homicidio, las acciones penales las podía interponer el ofendido, su *gens* o cualquier persona, el fin era imponer de oficio una pena al delincuente, esto ocurrió en el siglo II a. C., inicio del Derecho y proceso penal, los cuales ya no pertenecían al Derecho civil (*ius civile*), considerados desde ese momento parte del Derecho público (*ius publicum*).

No obstante con todos esos argumentos el legislador, no tenía aún una idea definida de esa concepción publicista del Derecho penal. El criterio era que el ofendido tuviera el derecho a vengarse por el daño recibido, se limitó la

(4) KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 37-sc.

venganza y se puso al autor del delito bajo el control de los tribunales para evitar que la comunidad hiciera incursiones armadas colectivas.⁽⁵⁾

De la serie de cuestiones examinadas podemos deducir que el Derecho de las XII Tablas, tenían un carácter muy primitivo, en una comunidad embrionaria y rural, de pequeñas proporciones, que evolucionaron a la par de la justicia penal.

De modo análogo sufrió esa evolución el Derecho penal privado, lo cual no fue tan rápido y fácil como parece, antes tuvieron que ocurrir importantes acontecimientos sociales, políticos y jurídicos en Roma. A través de esos cambios de gobierno y la transformación que sufrió la misma legislación, la cual se tuvo que ir adaptando a las necesidades que la comunidad requería, logrando que se atenuara el rigor de ese Derecho hermético y arcaico, que representó el derecho de las XII Tablas y en consecuencia fue posible ese desarrollo sostenido del Derecho.

II.2. Las autoridades penales

Al referirnos a las autoridades penales en Roma, es importante plantearnos dos interrogantes relativas con este tema: ¿que era la jurisdicción? y ¿qué era el imperio?.

La jurisdicción o Iurisdictio. Era el poder de administrar justicia, la etimología de la palabra viene de *jurisdictio*, que quiere decir declarar el derecho. Facultad que en el derecho romano, residía en la persona destinada para esos fines.⁽⁶⁾

(5) Ibidem. p.38

(6) COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, undécima edición, Edit. Porrúa. México, 1989, p. 120

En materia penal, área donde se castigaban los delitos ya fuese del orden público o privado y por el solo hecho de irrumpir en el campo del derecho, la aplicación de la justicia era igual que la administración de justicia en general.

El imperium, era un tipo especial de poder, que en un principio lo sustentaba el rey y mas tarde lo tuvieron los magistrados en la república. Su etimología, *imparare* (preparar las filas de los soldados) nos da indicios de lo que pudo haber sido el origen del *imperium*, y que tradicionalmente se describía como un poder originario, dado que halló su razón de ser en la institución de la monarquía y más tarde en la magistratura, era unitario por tener un cúmulo de poder, absoluto por ser ilimitado y por último diremos que era soberano por ser superior a otro.

El concepto de *imperium*, implicaba la potestad para aplicar el derecho y el poder necesario para llevar acabo la ejecución en las resoluciones judiciales.

Se dice que el magistrado romano tenía dos facultades: el *imperium*, que era la facultad de recurrir a la fuerza para imponer su autoridad y la jurisdicción que era la licencia de declarar el derecho o mejor aún, la de administrar justicia.

Leopoldo Wenger, nos dice: “*la Iurisdictio* es una de las formas en que se manifiesta el *imperium*, este y aquella guardan estrecha relación como es el caso del pretor”.⁽⁷⁾

a) El rey. Durante la monarquía, el monarca como representante vitalicio del Estado, detentaba el *imperium* (el mando), en tiempo de paz y de guerra. El juzgaba y castigaba; imponía penas de policía cuando transgredían ordenanzas y

(7) CUENCA, Humberto. Proceso Civil Romano, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957. p. 2

reglamentos, conocía de las penas privadas y criminales; sentenciaba a muerte, y a la pérdida de la libertad.⁽⁸⁾

Condenaba a muerte, por ejemplo aquel, que alterara la paz pública, sin embargo se podía apelar al pueblo (*provocatio*), después de pronunciada la sentencia capital, pero el rey podía conceder o negar ese recurso, no estaba obligado a ello.⁽⁹⁾

Con el tiempo se le adicionaron al rey otras atribuciones, a las ya existentes, debido a que era más compleja la vida política de los *civitas*, por lo que tuvo que delegar funciones y para tal efecto se nombraron algunos colaboradores reales:

El prefecto urbano. (*Proefectus ubis*), a quien se le confiaba todos los poderes administrativos en ausencia del rey.

Los dos varones de la traición a la Estado.(*Duoviri perduellionis*). Alfredo Di Pietro, nos dice: que eran los encargados de administrar el proceso y la ejecución de los acusados de alta traición o insurrección contra la autoridad suprema. Durante la monarquía el rey era el encargado de designarlos.

Los inquisidores del parricidio. (*Quaestores parricidii*), eran quienes tenían la misión de buscar y detener al asesino o asesinos de un *paterfamilias*, ellos actuaban en la instrucción del proceso y la ejecución del asesino.

Los tres hombres de la noche (*Tres viri nocturni o capital*), quienes ejercitaban después de la policía de seguridad de incendios nocturnos, la

(8) MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma. Op. Cit. pp. 78-79

(9) Ibidem pp. 183-184

vigilancia de ejecuciones, y tuvieron por consiguiente el derecho de jurisdicción sumaria.⁽¹⁰⁾

b) Los magistrados. Cuando Roma se convirtió en una república, tras un período de notables conflictos sociales, entre la clase, patricia y plebeya, situación que trajo como consecuencia la destitución del último de los reyes y la aparición de nuevas instituciones, como la de los magistrados (colegiados, anuales y gratuitos); el senado, los comicios y las organizaciones de la plebe, entre las que figuraban, los comicios y los ediles, quienes alcanzaron en cierta forma igualdad de derechos.

Este sistema de gobierno republicano, fue un período en el que intervinieron de manera activa todas las clases sociales, lo cual constituye el inicio del derecho penal público, el cual se verificaba, en el individuo que hubiese cometido un delito público (crimen), que por el hecho de ofender a la sociedad era perseguido por el Estado.

Así mismo el Derecho penal público, se apoyaba en la coercición (*coercitio*), era el poder de hacerse obedecer imponiendo arrestos, penas y castigos de carácter disciplinario; de la *jurisdicción*, facultad de administrar justicia; el mando militar; el derecho de convocar al senado y a los comicios y por último la *intercessio*, que consistía en el veto que hacia un cónsul a otro. Todas estas atribuciones, constituían el *imperium*, poder supremo de los altos magistrados.

Este cargo tenía diversas funciones judiciales y administrativas, además de la jurisdicción; el *imperium*, el cual se dio bajo dos rubros: el *Imperium domi*, mando que se ejercía dentro de la ciudad, era un tipo de justicia ordinaria, donde el magistrado era el juez legítimo de las causas criminales, él era el único que podía dirigir y fallar el procedimiento penal, su *imperium* se encontraba regulado

(10) DI PIETRO, Alfredo. Manual de Derecho Romano, cuarta edición, Edit. Depalma. Buenos Aires, 1985, pp.25 - 26

por la ley, es decir por las prerrogativas del pueblo romano, sin embargo en los asuntos en que intervinieran; mujeres, extranjeros y los privados de su libertad, el *imperium* era libre y discrecional

Por lo que toca al *Imperium militar*. Era un poder que se desarrollaba fuera de la ciudad, se dice que este reproducía en toda su plenitud el poder real, dado que esta autoridad se aplicaba sin ningún obstáculo. Pero el empleo de esta facultad para fines penales, excepto el derecho de guerra tenía carácter extraordinario.

Durante la república, al igual que sucediera durante la monarquía, nacieron otras magistraturas, con una esfera limitada de facultades imperativas, poseían la potestad que correspondía a su cargo (*potestas*), pero no con un poder general de mando (*imperium*). Constituían por así decirlo una magistratura inferior, lo que se traduce como meros auxiliares de los cónsules, quienes los elegían en un principio libremente, pero con el tiempo se cree que fue el pueblo quien los nombró, nos referimos a los cuestores (*quaestores*). Creados para el cuidado del erario público, administración del ejército, la imposición de multas, además de la función jurisdiccional penal, en la instrucción de procesos capitales.

Se les encomendó la manera permanente la represión del parricidio, de ahí el nombre que se les asignó *quaestores parricidii*. Posteriormente su competencia se fue ampliando a otros delitos que afectaran a la persona en su patrimonio (homicidio, robo, incendio, peculado, etc.), los que se castigaban con la muerte.

Así mismo se facultó a los magistrados extraordinarios, los *Duoviri Perduelloni*, para que conocieran de los delitos de traición a la patria.

El cónsul se encargaba de nombrar a los mismos, eran dos los elegidos, por la colegialidad constitucional que se exigía, pero en realidad era uno de ellos

el que sustanciaba y fallaba, en espera de que los comicios confirmaran o anularan la sentencia.

En el curso del año 300 antes de Cristo, surge una importante disposición. La ley Valeria, según la cual, el condenado a muerte por los *Duoviri perduellonis* y los *quaestores parricidii*, podía acudir a la “provocatio” de la sentencia ante el pueblo. Norma de vital importancia, por el hecho de marcar límite al *imperium*.⁽¹¹⁾

c) El tribuno de la plebe. Fueron magistraturas creadas por la plebe, elegidos en asambleas, carentes de reconocimiento oficial y por consiguiente desconocidas para la verdadera y propia constitución ciudadana, sin embargo contaban con el apoyo del grupo, quienes a través de una “conjura” (*conjuratio*), es decir el juramento que hicieron todos los plebeyos, los que amenazaron con venganza de muerte cualquier agresión a su órgano supremo. Este acuerdo muestra de manera clara, el carácter de inviolabilidad de naturaleza (*sacrosantitas*) que le dieron a las magistraturas plebeyas.

Fue la misma plebe quien sancionó en un principio el carácter sacrosanto de sus órganos y al no contar con una medida penal, le declaró consagrado con su patrimonio a sus dioses particulares, garantizando de ese modo cualquiera que hiciese justicia con el.

La función primordial de los tribunos en un principio fue la de acudir en ayuda del ciudadano particular, de protegerlo contra los actos legales, abusos y opresiones de los magistrados patricios. Contra semejantes actos, el tribuno oponía su veto (*intercessio*).

Se les asignó el derecho de interceder contra las actuaciones oficiales de cualquier magistrado (excepto el dictador); era una facultad con la que se podía

(11) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 96-sc

paralizar la actuación de cualquier magistrado ordinario. Y también tenían derecho de acudir a las sesiones del senado.⁽¹²⁾

La potestad penal de los tribunos, como órgano jurisdiccional, se ponía en marcha en el momento que se cometían infracciones a esos derechos que paulatinamente con el tiempo se les había reconocido.

d) Los ediles. Otros magistrados plebeyos fueron los ediles, quienes fueron instituidos al mismo tiempo que los tribunos del pueblo, se piensa que se encargaban del cuidado del templo y de las divinidades plebeyas de mas rango, así como de la administración de recursos financieros que servían para reunir fondos y de ese modo continuar con su lucha reivindicadora.

En la jurisdicción penal, eran auxiliares en el procedimiento penal tribunicio, podían dictar sentencias y defenderlas ante la ciudadanía, al menos cuando se tratara de daños inferidos a su persona, situación que se hizo extensiva a los ediles curules, autoridad que se creo tiempo después.

En ocasiones las leyes penales romanas, hacían peticiones dirigidas a los magistrados, las cuales señalaban el cambio que podían hacer, a penas pecuniarias por determinados hechos punibles, era una suma penal fija a favor de la comunidad, ejerciendo el multado el derecho de provocación. Era obvio que la invitación era aplicable a los tribunos del pueblo, ediles plebeyos y curules, ante quienes se podía interponer tal recurso.⁽¹³⁾

e) El pretor. Un hecho significativo fue la creación de otro magistrado al lado de los dos cónsules, esto fue el pretor. Surgido al principio de la clase patricia para mas tarde elegirlo de entre los plebeyos.

(12) KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano Op. Cit. pp. 30-31

(13) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Op. Cit. pp. 112-113

Figura ilustre y carismática en la jurisprudencia romana, como legislador, juez y ejecutor, reunió en su persona los atributos del poder, para determinar con prudencia los conflictos privados, aún cuando se tratara de juicios privados contradictorios por causa de delitos. Era casi un tercer cónsul que en caso de necesidad (por ausencia, muerte etc.). Podía desempeñar otras funciones militares o políticas en el lugar del cónsul.

Por el hecho de permanecer en la ciudad se le denominó con el título de pretor urbano, era por excelencia quien conocía de los litigios privados. Un siglo después se le asigno a este un colega, el pretor peregrino, quien regulaba los asuntos entre partes, cuando alguna de ellas o ambas careciera del derecho de ciudadano o del derecho latino.

El pretor tenía la misión de declarar el derecho y orientar el debate, sin ir al fondo del asunto, es decir sin investigar los hechos, ni juzgar. Sus atribuciones las ejecutaba por medio de edictos, eran comunicados dirigidos al pueblo. Hablaban sobre la normatividad en la administración de justicia, a la cual debían de atenerse. Fijadas en tablas blancas, se promulgaban al inicio del año en que duraba en funciones. Facultad que desempeñaba sobre la base de esa jurisdicción de que estaba investido.⁽¹⁴⁾

f) Tribunales o jurados extraordinarios. (*quaestiones extraordinarie*) Creados desde el siglo IV a. C., designados para conocer delitos multitudinarios, que la justicia penal ordinaria no pudiera resolver, y de aquellos actos que atentaban contra la seguridad del Estado, a través de un procedimiento de carácter público y cuyas decisiones escapaban a la *provocatio ad populum*, por lo que se dice que este tipo de justicia extraordinaria limitó en mucho la aplicación del proceso criminal.

(14) CUENCA, Humberto. Proceso Civil Romano. Op. Cit. pp. 22-23

La quaestio o tribunal juzgador, estaba integrado por cónsules, a partir del siglo II a. C., fue dirigido por uno de los pretores; formando parte los jueces que constituían el *concilium* del magistrado. La elección corría a cargo de las partes, por acuerdo mutuo, también se podía acudir al sorteo o en su defecto podía designarlo el pretor, de una lista que figuraba en tablas blancas (*albus iudicium*).

Estos tribunales eran creados para cada caso en particular, pues no trabajaban de forma permanente, pero fueron el precedente del sistema de juzgados ordinarios permanentes.⁽¹⁵⁾

g) Los juzgados perpetuos (*quaestiones perpetuae*). Una de las formas más antiguas del tribunal romano, fueron los colegios de jueces privados. Estos tribunales, fueron en materia penal donde se les denominó como jurados.

Una de las teorías que se da en torno a la creación legislativa de estos órganos, fue la de configurar un jurado permanente que juzgara y reprimiera el crimen *repetundarum*. Delito que era cometido por magistrados romanos que recibían o aceptaban bienes, dinero o territorio, de las personas, sobre las que ejercían jurisdicción, y que en virtud de numerosas quejas de los provinciales, sufridas por obra de esos magistrados concusionarios, acudían los afectados ante el senado.

Antes de que se adoptasen medidas legislativas, se optó por designar un colegio, organizado por uno de los pretores e integrado por cinco recuperadores, extraídos de los senadores, a quienes se les encomendaba la misión de investigar los hechos denunciados y condenar a los culpables a restituir lo mal adquirido. De ahí el nombre de delito *repetundae*. La misma asamblea permitía a las partes que asignaran su patrón.

(15) KUNKEL, Wolfgang. Historia de Derecho Romano. Op. Cit. p. 73

Mas tarde en el año 149 a. C., la ley Calpurnia, plebiscito propuesto por el tribuno Calpurnio Pisón, introdujo una regulación para los procesos *repetundae*, creando para tal fin un álbum del juicio, para que en cada caso, el pretor peregrino eligiese de esa lista, al jurado competente, para que conociera de cada crimen.⁽¹⁶⁾

Posteriormente surgen otras leyes; como la ley Junia, la cual estableció un modelo de procedimiento que habría de desarrollarse. Por ese camino siguió una ley que adoptó el procedimiento civil de la *legis actio sacramento*. El tema halló una nueva regulación con la ley Acila *repetundarum*, plebiscito que dio el tribuno L. Acilio Glabrio, colega de Cayo Graco. Este último también propuso la ley *Sempronia iudiciari*, la cual describe que el pretor peregrino prepare una lista de 450 ciudadanos, elegidos entre los caballeros, al igual que se hiciese en el pasado con los senadores, y que la misma se publicara en álbum.

Estas comisiones investigadoras, creadas contra el *crimen repetundae*, se extendió a toda una gama de figuras delictivas, mediante la creación de una serie de colegios, cada uno de los cuales era competente para conocer una figura en particular del delito y puesto que cada ley era constitutiva de cada tribunal, definía los términos y regulaba la función del colegio y establecía las reglas a las cuales se tenía que apegar el procedimiento.

Los juicios de las *quaestiones perpetuae*, constituían un haz de procedimientos, siendo distintos los colegios para cada crimen en particular, diferentes los pretores que presidían y acaso diversas las modalidades.

(16) (D. 3, 6.1) (D. 48. 11) (C. 9. 27)

Estos tribunales permanentes arrebataron a los comicios sus atribuciones judiciales. Suceso que aconteció a finales del período republicano y se dice, que durante el imperio se extinguieron finalmente.⁽¹⁷⁾

h) Los jurados de la justicia penal extraordinaria. En el período imperial, cuando Augusto era emperador, reglamentó de manera definitiva, mediante su ley “*iudiciuorum publicorum*” el procedimiento de las *quaestiones*, esto no suprimió a los jurados de la república, sino que los reorganizó y los incrementó.

Su objetivo era el de impulsar el desarrollo y fortalecimiento de la competencia criminal; aprovechando todos esos elementos susceptibles, que hicieran posible un nuevo procedimiento, donde el Estado, tuviera más actividad jurídica. Este asunto encontró la pauta en la *cognitio* extraordinaria. Cuyas funciones jurisdiccionales, estaban a cargo de la asamblea senatorial; por el emperador asistido de un *concilium* o bien por magistrados o funcionarios imperiales (prefecto de la ciudad, el prefecto de policía y el prefecto de la anona) e incluso aquellas autoridades que actuaban fuera de la ciudad, como era el caso de los gobernadores de las provincias.⁽¹⁸⁾

La competencia de las *quaestiones* se limitó debido a esa ley que impedía a los jurados actuar fuera de la ciudad, y en virtud de ello el nuevo sistema de la *cognitio* abrazó todos los delitos ya fueran públicos o privados.

El procedimiento por cognición, se transformó muy pronto en un método procesal que se apegaba un tanto a la antigua discrecionalidad del juzgador, es decir individualizaba el delito y la pena de acuerdo a las circunstancias agraviantes o atenuantes. Era un auténtico sistema de represión criminal, de ahí

(17) FRANCISCI DI, Pietro. Síntesis Histórica de Derecho Romano. Madrid 1954. pp. 583-584

(18) KUNKEL, Wolfgang. Historia de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 75-sc.

que toda sentencia que se declarara, tenía que ser regulada por lo que estipularan las prescripciones imperiales, las que establecían tiempos y modalidades para el desarrollo del procedimiento.

II.3. El procedimiento penal romano.

“Proceso criminal romano se considera el conjunto de actos realizados por los órganos estatales o bajo su control, encaminados a la referida función sancionatoria”.⁽¹⁹⁾

a) El procedimiento penal durante el periodo del derecho arcaico .

La represión penal que se llevo a cabo en la época más antigua del derecho romano, se integró de principios de orden religioso. Se podría decir que este procedimiento encontró sus precedentes en la punición domestica, donde el *paterfamilias*, tenía el poder punitivo para juzgar y castigar a cualquier miembro de su familia, sin tener que apegarse a una pena y procedimiento, por eso este sistema no se puede considerar como un procedimiento penal, dado que no se encontraba regulado por ninguna ley. Sin embargo puede tomarse como antecedente de ese sistema jurídico religioso, que le precedió.

Este procedimiento se constituía con reglas de carácter religioso y en cierto modo encajada dentro de un ordenamiento ético-social, pues no solo se ocupaba de la represión en aquellas conductas individuales que turbaran las buenas relaciones entre los dioses y los hombres (*pax deorum*), eran además una forma de refrenar aquellos comportamientos que dañaban los intereses de la comunidad.

La dirección de este procedimiento estaba a cargo del rey, a quien correspondía no-solo la jefatura militar y política, tenía también la representación

(19) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público Romano. Op. Cit. p. 295

de la comunidad ante los dioses, por eso actuaba dentro de un ámbito jurídico-religioso, en la punición de esos comportamientos que lesionaban los intereses de la colectividad, pero sobre todo preservar la *pax deorum*. A través de lo cual se justificaba la penalidad del sacrificio expiatorio, donde se daba la consagración del inculpaado (*consecratio capitis*), y eventualmente sus bienes (*consecratio bonorum*), mismos que se ofrecían a determinada divinidad, a título de purificación expiatoria. Pero la actividad del monarca no sólo se limitó a lo anterior, además se puso bajo su control la autoridad de la gens o por lo menos de cada familia.

Durante la monarquía al rey contaba algunos colaboradores como lo fueron, los *duoviri perduellonis*, para los delitos de alta traición a la patria y los *quaestores parricidii*, quienes conocían de los hechos en los delitos de cierta gravedad, una vez que se hubiera dictado sentencia, el culpable podía apelar el fallo, pero la decisión final la emitía el monarca, él podía conceder o negar ese recurso. Como ya lo habíamos comentado, en este periodo el monarca, elegía a estos colaboradores.⁽²⁰⁾

A principios del siglo II, y tal vez durante el transcurso del siglo III a. C., se dio un tipo especial de justicia policial, establecida para aquellos individuos que cometieran delitos violentos que atentaran contra la vida y los bienes de la comunidad *civita*. Ejemplo de ello fueron los litigios seguidos a incendiarios y envenenadores, a quienes se les castigaba con la pena de muerte.

Este procedimiento podía dar inicio con la *cognitio*, es decir era un sistema donde el estado intervenía de oficio, sin el impulso de ninguna denuncia. Este proceso era instruido algunas veces por el pretor urbano como titular del *imperium* jurisdiccional, o por un delegado suyo, el (*quaestor*), ellos se encargaban de los procesos seguidos en contra de los ciudadanos de cierto prestigio no confesos, en donde la sentencia condenatoria la emitía el *concilium*,

(20) BLOCH, Leo. Instituciones Romanas. Edit. Labor. S.A., Barcelona, 1930, p. 44

y la imposición de la pena para el que había sido culpable la aplicaba el pretor, quien en caso de una condena a muerte no podía cambiarla, pero si dejar que el culpable escapara al exilio.

Por su parte los *tresviri capitales* tenían la facultad de ejercer justicia policial a esclavos y criminales de estratos inferiores de la población. Ellos ejecutaban a los culpables confesos o sorprendidos *in fraganti*, según parece sin haber sido procesados.

Cuando se trataba de esclavos se forzaba a la confesión mediante la tortura, era un tipo de procedimiento inquisitivo, pero si el inculcado discutía el hecho que se le imputaba entonces decidía sobre su inocencia o culpabilidad el consejo (*consilium*).⁽²¹⁾

Para finalizar solo nos queda agregar que este procedimiento penal público, que se dio durante la antigüedad, no se daba de manera formal, basta recordar que cuando se quería aclarar la culpabilidad de alguien, la autoridad tenía atribuciones para servirse de quien fuera, así como del hacerse llegar todo medio jurídico, aún torturando, para instruir el proceso y resolverlo. En la comunidad se daba por hecho el delito, pena y procedimiento, aunque ninguno de estos rubros se diera en sentido jurídico.

En el curso del último período monárquico, se vislumbraba un desarrollo incesante dentro del Derecho penal, lo cual se debió en gran parte a la evidente laización que había en la jurisdicción criminal de ese tiempo, quizás por la falta de normas religiosas.

Por otra parte surge un fenómeno que complica el poder individualizar la pena pública, de la privada, pues como ya es sabido, fue en ese plano donde se encontró la forma de subsanar el daño, a través del pago en dinero, arreglo que

(21) KUNKEL, Wolfgang. Historia de Derecho Romano. Op. Cit. p. 72

de alguna manera limitaba la autodefensa o venganza privada, de ahí que surja la incógnita, del órgano que habría de juzgar y la forma de imponer la sanción. Sin embargo, fue posible ir estableciendo una separación entre el Derecho penal privado y un Derecho criminal público, que sancionaba con perfiles propios un proceso criminal.

b) El procedimiento comicial. El procedimiento penal público en su forma más antigua, se caracterizó por la coercición que ejercían los magistrados, de tal manera que se dejaba a los inculcados al abuso sin límite de las autoridades. Como sucedía con los *Duoviri perduellonis* y los *quaestores parricidii*, autoridades que ejecutaban a los delincuentes confesos o sorprendidos in fraganti, al parecer sin proceso, incluso podían acudir a la tortura para arrancar la confesión.

Con el tiempo, se introdujo la *provocatio ad populum*, que era el derecho que tenía el sentenciado de apelar al pueblo, la sentencia capital dictada por el magistrado, quedando en suspenso el fallo emitido, pudiendo después ser modificado por la ciudadanía ante la cual se apelaba. Por medio de un juicio popular, proceso donde intervenían los comicios conjuntamente con el magistrado.

El proceso comicial, se desarrollaba en cuatro reuniones sucesivas, y para que fuera posible dicho beneficio, era preciso que se diera la sentencia, sus fundamentos y las pruebas de culpabilidad del condenado, por lo que al lado y después de la inquisición que sin formalidades legales se había llevado a cabo, y al ser aceptada la petición de *convocare*, se hacía uso de un procedimiento preparatorio llamado *anquisitio*, donde el magistrado lo dirigía, imponiendo al acusado la obligación de comparecer ante la asamblea para un día determinado, fijando plazos, admitiendo la autodefensa, o la defensa por un tercero. Esta convocatoria generalmente se efectuaba mediante edictos, nombrando al acusado, el delito que se le imputaba y la pena correlativa.

Se podría decir, que las tres primeras reuniones, se destinaban a considerar la acusación estimando las pruebas, en tanto que el acusado se defendía, se desarrollaban los alegatos de las partes, en donde el pueblo intervenía pero no de manera oficial, reunido en *cognitio*. Finalmente el magistrado pronunciaba formalmente la acusación del reo, a no ser que se desistiera de su fallo. Entonces se celebraba una cuarta reunión, donde el pueblo congregado solemnemente en comicios decidía por medio de la votación, la confirmación de la propuesta del magistrado o bien la absolución del reo, aunque en la primera decisión cabía la posibilidad de que el condenado escapara al exilio, con la consigna de que si regresaba podía ser muerto.

Indudablemente podemos considerar que el procedimiento comicial, entendido como el primer tipo de proceso de carácter público, representaba un avance alentador en el desarrollo del mismo.⁽²²⁾

c) *Las quaestiones extraordinariae.* Fue a partir de los últimos decenios del siglo IV a. C., cuando surgieron los jurados extraordinarios, pero en el siglo II, es el momento que cobraron mayor auge, debido a la frecuencia con que se recurría a ellos.

Fueron tribunales juzgadores, basados generalmente en senadoconsultos y posteriormente por un plebiscito; dirigidos por cónsules y tiempo después, en el siglo II, por uno de los pretores. Estos jurados se encargaban de la represión criminal, de hechos que lesionaban la integridad e intereses de los particulares y que debido a su gravedad, tenían resonancia pública, por lo que se dice dañaban el interés colectivo.

El recurso de acudir a los tribunales extraordinarios, creados caso por caso, responde a las necesidades que implicaban, el hecho de saber, que la asamblea como órgano de justicia criminal, era un instrumento inadecuado para

(22) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 207-21

la aplicación del proceso, situación semejante la vivían los delitos de carácter político. Era entonces cuando se acudía ante los tribunales permanentes o *quaestiones perpetuae*, destinados para tales fines.

Por los pocos datos que se tienen; no es posible describir en forma absoluta la manera en que se desarrollaba este procedimiento, sin embargo no se puede negar, que al igual que sucediera mas adelante en el sistema de la *quaestiones perpetua*, los juicios extraordinarios, fueron fundamentales en la represión de los delitos privados y de aquellos delitos públicos que afectaban el interés común y político del pueblo romano.⁽²³⁾

d) El procedimiento ante las *quaestiones perpetua*. Estos tribunales, eran comisiones investigadoras, que conocían del crimen *repetundarum*, este era el delito cometido por un magistrado que recibía o aceptaba bienes de las personas sobre las que ejercía su jurisdicción. Mas tarde cuando estos tribunales se consolidaron su actividad se acrecentó y hubo necesidad de crear una serie de colegios, siendo distintos cada uno, para un delito en particular, lo que trajo como consecuencia que se reemplazara el viejo proceso comicial, que se encontraba ya en franca decadencia

El sistema de jurados permanentes conservó algunas de las características del proceso privado. Esta actividad procesal, daba inicio con la acusación o denuncia (*postulatio*) de un ciudadano romano, el cual se dirigía directamente al magistrado que presidía la *questio*, quien tomaba en consideración las diversas circunstancias en cada caso concreto, y determinaba si el conjunto de elementos ofrecidos en la acusación conformaban un hecho criminoso. Todo esto servía de sustento para que el juez admitiera la acusación. Una vez que esta era aprobada se procedía a la denuncia formal (*nominis delatio*), se inscribía el proceso y se le asignaba un turno. Acto seguido, se construía el *concilium* mediante la lista de la *quaestio* correspondiente, la cual cambió de número en las diversas épocas. Se

(23) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público. Op. Cit. pp. 316-317

dice que desde este momento el denunciante adquiría los derechos y deberes de una parte procesal.

Compuesto el jurado se procedía a tomarles juramento, se iniciaba el debate con la defensa oral de las partes y ejecución de las pruebas; eran actividades que se llevaban a cabo en dos fases (*actio prima y secunda*) con un día de intervalo.

El pronunciamiento en público del acusador o su defensor lo hacía en forma oral presentando e interrogando a sus testigos de cargo, de igual modo las pruebas de descargo se llevaban a cabo en conexión con el alegato de la defensa, así como la declaración de sus testigos en espera de que lo favorecieran con su dicho.

También eran posibles las replicas a tales alegaciones, como sucedía en algunas *quaestiones* (por ejemplo el proceso *repetundarum*), donde era obligatoria la *comperinatio*, o sea el doble de examen, con intervalo de un día entre ambos.

Durante esta etapa procesal, las partes eran escuchadas por el jurado y de acuerdo a la ley tenían el tiempo necesario para fijar sus posturas y defender sus pretensiones.

Cuando terminaba el debate, los miembros del *concilium* emitían su voto en secreto, sobre unas tablas que depositaban en unas urnas, era un acto en el que no participaba el magistrado, él sólo se limitaba a dirigir las sesiones y mantener el orden, así como recoger y contabilizar el número de votos de la condena (*condemno*) o la absolución (*absolvo*).

Finalmente los jueces eran llamados a dar sentencia en la que afirmaban o negaban la culpabilidad del acusado, por su parte el pretor que los presidía emitía el veredicto que contenía la afirmación de responsabilidad o absolución del

acusado, nunca la imposición de una pena, esto era asunto de las disposiciones legales a las que se acogía el tribunal.

La condena era definitiva e irrevocable, es decir no podía ser modificada por ninguna deliberación del pueblo, dado que la ley que erigió estos tribunales, los había investido de una jurisdicción inapelable.⁽²⁴⁾

e) *La cognitio extra ordinem*. Fue durante el gobierno de Augusto, cuando dio inicio este tipo de justicia extraordinaria. Procedimiento criminal distinto al que representaban las *quaestiones*; a diferencia de estos, la actividad juzgadora estaba a cargo del Senado, del Príncipe quien podía ejercerla directamente; o a través de sus funcionarios (por ejemplo en Italia se las delegó a los cuatro *praefacti*: *Urbi, Praetorio Annonae y Vigilum*.

Con este nuevo método procesal, desaparece totalmente el proceso comicial y junto con este la figura de la *provocatio ad populum*, absorbida esta, por la jurisdicción imperial. En adelante será una institución en apelación al emperador o al tribunal jerárquicamente superior, contra la sentencia dictada por un tribunal subordinado.

Según se ve, en este periodo, la función represiva de los jurados, se va reduciendo, mientras que la aplicación del proceso por *cognición* se extiende cada vez mas; esto se deriva de dos circunstancias: por un lado, se limitó territorialmente la competencia de las *quaestiones*, debido aquel principio que impedía a los jurados actuar fuera de la ciudad, así que todo aquel acto delictivo cometido en los confines de Roma, tenían competencia absoluta para llevar el juicio, los tribunales del príncipe.

El otro aspecto fue la interpretación que se hizo de las leyes *audiciorum publicorum*, donde concurría también la casuística, que comprendía un número

(24) FRANCISCI DI, Pietro. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 584-586.

de delitos mas o menos análogos. Por eso se dice que la legislación de este tiempo reporto importantes avances; pues a través de sus senadoconsultos o edictos, se contribuyó al enriquecimiento de la estructura legal, ya fuera modificando figuras delictivas o creando nuevos tipos. Aunado a esto se encontraba la interpretación realizada por la jurisprudencia, así como la aplicación extensiva de un precepto legal o un senadoconsulto. También era valido que se adaptara el contenido de un delito, que respondiera a las necesidades histórico-políticas que se venían presentando en la comunidad romana.

Es importante mencionar que todas esas transformaciones legales arriba señaladas, no ocurrieron con el sistema procesal de los jurados. Pues la interpretación tan limitada que hacían en torno a la descripción normativa de cada delito, los hacía vulnerables e incompetentes. Ante tal limitación era lógico que se acudiera con mas frecuencia al procedimiento de cognición extraordinaria, por contar esta última con mayores elementos para adecuar la pena a cada caso concreto.⁽²⁵⁾

De enorme interés es el tema de las sanciones, pues la legislación dio vida a un gran número de ellas, algunas fueron graves y hasta crueles, sin embargo es importante decir que en la aplicación de las mismas recurrían diversas circunstancias que podían agravarlas o atenuarlas.

El juez ahora contaba con nuevos conceptos como: la intencionalidad, la provocación, preterintencionalidad y reincidencia; la distinción entre delito premeditado y el cometido con arrebató y obcecación.

Así mismo se valoro las distintas clases de complicidad, y la figura jurídica de la tentativa punible. Todos estos elementos con los que ahora contaba

(25) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. Pp. 306-310

el procedimiento de la cognición, ponen de manifiesto la inteligencia y creatividad con que se había desempeñado la jurisprudencia clásica.⁽²⁶⁾

De acuerdo al procedimiento de cognición, para que este diera inicio, era necesario que se tuviera noticia del delito. Anteriormente se utilizaba la acusación pública, disposición jurídica del sistema de las *quaestiones*; de esta figura se desprenden importantes aspectos como son: la existencia de figuras delictivas, en donde la persecución de esas conductas o hechos ilícitos, requería indispensablemente de la acusación pública del ofendido. Este presupuesto legal estuvo en constante desarrollo, de tal forma que llegó a convertirse en una especie de *querella*, y en tales circunstancias, se concedieron facultades al lesionado y a sus familiares de poder interponer su queja, derecho que se extendió a mujeres e impúberes, cuando estos hubieran sufrido directamente un daño o sus familiares. Tiempo después, este presupuesto legal es sustituido por el principio de la *inquisitio*, era una actividad que desarrollaba el magistrado o el funcionario competente para poder llegar al conocimiento de la verdad; a menudo se valían de delatores particulares para hacerse llegar información. Así que cuando el sistema de acusación es reemplazado por la *inquisitio*, decae el principio de oposición y del consiguiente valor de la defensa del imputado.

Los actos y formalidades legales a que debía someterse la actividad inquisitoria estaban previstas en las prescripciones establecidas por el emperador.

La función jurisdiccional en el procedimiento de la cognición, presenta especiales variantes; el hecho de crear una competencia penal para la Asamblea Senatorial y sobre todo una competencia mas amplia para el príncipe y sus funcionarios.

(26) Ibidem. pp 305-307

Por lo que toca a la jurisdicción del Senado, en sus inicios se rige en base a las reglas comunes del procedimiento ordinario, aunque con mayores libertades. Este procedimiento senatorial, daba inicio con la denuncia pública, la que debía ser formalmente presentada por *postulatio* o *delatio*. Una vez que el magistrado presidente, la aceptaba; declaraba el nombre del acusador, del acusado y el contenido de la acusación. Ocurrido lo anterior, se procedía a convocar para un día determinado al Senado, presidido por el Cónsul, debiendo comparecer en el mismo acto las partes.

El proceso iniciaba con la intervención del ciudadano denunciante si lo había, o el magistrado que hubiera convocado o el representante del príncipe. En seguida tocaba el turno de exposición al reo; para continuar con los discursos, examen de pruebas a través de las cuales rendían testimonios de cargo y descargo de ambas partes; actividad que se llevaba a cabo en varias audiencias.

Finalmente se producía una consulta entre los miembros del órgano senatorial, para que mediante una votación emitieran su veredicto sobre la culpabilidad o no del acusado, que en el caso de resultar afirmativa se observaba la pena que habría de aplicarse.

El Senado se convirtió en un legítimo tribunal juzgador, cuyas decisiones tenían valor de sentencia. Su actividad procesal se amplió para conocer todo género de delitos cometidos e imputados a sus componentes, así como los actos ilícitos en contra del Estado y de la administración pública.

Para concluir, diremos que el proceso de cognición donde intervenía el príncipe o sus delegados, se desenvuelve con cierta discrecionalidad para individualizar el delito y la pena según su mayor o menor gravedad. Juicio que se va delineando en un auténtico sistema de represión criminal.⁽²⁷⁾

(27) FRANCISCI DI, Pietro. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Op Cit. pp. 595-597

II.4. Delitos y penas en general

Al delito y la pena en su sentido propio los podemos concebir: al primero como una trasgresión a la norma establecida por el Estado en interés de la colectividad, unido a la acción pública intentada en nombre del Estado, por un funcionario que actúa en representación del interés social (ministerio público), e inseparable también de la pena pública. La que puede consistir en una restricción a la libertad personal del delincuente o una multa que ingrese al erario público. En las relaciones particulares, el concepto de pena no tiene lugar; a ello se opone, optando por la desaparición absoluta, en la ley y en la costumbre de todo vestigio de la venganza privada. Entre los particulares, por consiguiente, el hecho ilícito o en Derecho civil (coincida o no en ciertos casos con el delito penal) no se tiene en consideración sino cuando el desequilibrio se refiera eventualmente a patrimonios.

En el Derecho romano arcaico y clásico existía una clara distinción en los actos que la conciencia social refutaba como merecedores de una pena en dos grandes categorías: los delitos públicos (propriamente, *crimina*) y los delitos privados, para los cuales técnicamente se emplean las palabras *delictum o malificium*.

El delito público (*crimina*) era una infracción del orden social, el cual lesionaba el interés colectivo, el orden público y la integridad política del Estado (por ejemplo la traición y el parricidio) lo cual daba lugar a una persecución pública, con un proceso encomendado a magistrados especiales, que desembocaba en una pena pública (la muerte, el agua, *et igni interdictio*, o una multa que debía pagarse en el erario publico etc.).⁽²⁸⁾

El delito privado, por el contrario, como el hurto, el daño, las lesiones personales, es considerado como una ofensa al individuo y legitima una reacción

(28) Ibidem. pp. 177-178

individual, la cual en los tiempos primitivos, era ilimitada e incontrolada venganza; luego una venganza proporcional, como era el caso del talión y, mas tarde, a través de la composición, ambos regulados en las XII Tablas, principalmente, la octava tabla la cual se dedicaba a regular la materia penal. Luego entonces, la venganza se redujo a una pena pecuniaria impuesta por el juez al ofensor como consecuencia de una acción intentada por el ofendido. Pero en Derecho romano, siempre se trataba de una pena, esto es, de una expiación para el ofensor y de una venganza para el ofendido. Su presupuesto es la ofensa hecha a la víctima y no el desequilibrio patrimonial.⁽²⁹⁾

Los conceptos *delictum*, *maleficium* y *obligatio ex delicto* fueron conceptos del Derecho civil (*ius civile*). También existieron acciones penales honorarias, como la *actio doli*, pero los clásicos nunca explicaron los mencionados términos.

Con la función del Derecho civil y el Derecho honorario, los conceptos de *delictum* y *maleficium* se aplicaron indistintamente en las acciones nacidas del derecho honorario, como del civil.

De tal manera que en las explicaciones que siguen, entendamos por *delictum* todo acto antijurídico del que se derivan una obligación y una acción penal, sean estas del Derecho civil o del Derecho honorario.⁽³⁰⁾

Los delitos públicos eran:

Parricidio. Durante el derecho arcaico, se considero un crimen dirigido contra un paterfamilias, por un hijo varón, con el fin de ocupar el lugar de su padre y gobernar de esa manera su pequeña comunidad. En este tipo de delitos la

(29) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, vigésima cuarta edición, Edit. Porrúa, México, 1987, pp. 31 -32

(30) DE AVILA MARTEL, Alamiro. Derecho Romano. Op. Cit. pp. 171-172

pena se apegaba a la ley del talión y solo se permitía la venganza cuando la culpabilidad hubiera sido declarada judicialmente, pues en caso contrario él que en venganza mataba a una persona no condenada se convertía en asesino.

Tenían competencia para conocer esta clase de delitos los *quaestores parricidii*. Estos magistrados sustanciaban el proceso desde sus inicios hasta que se declaraba el fallo.

Mas tarde la pena que sancionaba el *parricidium* se aplico también al homicidio voluntario de cualquier hombre libre. Para este caso la voluntariedad o no del homicidio, quedaba a juicio de los *quaestores parricidii*. En el supuesto que resultara un crimen involuntario, se les ordenaba a los parientes del muerto la composición, consistente en un ofrecimiento expiatorio de un carnero, efectuado por el reo delante de la asamblea senatorial, de esta manera los familiares del muerto realizaban la venganza de los dioses. Sin embargo la muerte del homicida no podía considerarse también como un sacrificio expiatorio.⁽³¹⁾

El crimen repetundarum. Era el delito que cometían los representantes del Estado por recibir un beneficio con el fin de favorecer algún particular. La organización del Estado romano se caracterizó por el alto concepto que tenía de sus instituciones y de sus autoridades. Por ello no era admisible que alguna de estas en el desempeño de sus funciones recibiera algún beneficio con el fin de favorecer a un particular.

Sin embargo hubo acciones penales derivadas de aquellas conductas irregulares de funcionarios públicos, que abusando de su autoridad, obtenían ilegalmente bienes del Estado o de algún ciudadano; una conducta así tipificaba el delito *repetundarum*.

(31) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público Romano. Op. Cit. p. 304

Todas estas practicas ilegales, fueron las que dieron origen a una serie de leyes, que penalizaron rigurosamente hasta con la muerte a este tipo de delitos. Entre ellas se pueden mencionar: la ley Acilia, cuya indemnización consistía en pedir el doble de lo indebidamente obtenido; la ley Servilía, que se caracterizó por agravar aún mas las penalidades ya existentes e hizo que recayera la infamia sobre los condenados. Además de pedir la devolución incluso a terceros, que hubieran recibido los objetos donados. Por último en el año 81- 59, en la época republicana. Cesar en su primer consulado, agravo nuevamente la pena, la que siguió en vigor hasta los últimos tiempos del imperio.⁽³²⁾

La perduello o alta traición. Eran actos ilícitos que se manifestaban como un atentado a la seguridad del Estado en cualquiera de las formas que se produjera (desertar del ejercito, dar datos al rival romano, colusión con los enemigos externos, toda incitación hecha a las ciudades extranjeras de tomar las armas contra Roma.). Y que según las XII Tablas se condenaba con la pena capital, aplicada con fustigación y decapitación con la segur (hacha).

Dentro de este genero de conductas debieron ser reconocidos como delitos: el rehuir a la inscripción del censo, lo que equivalía según el sistema romano, a negarse al servicio militar, así como toda manifestación de desobediencia al magistrado considerado como jefe militar, y que mas tarde se haría extensiva para los ediles de la plebe y a los *iudices decemviri*. Es decir, el tribuno de la plebe no solo asumió la defensa de la plebe sino también la del Estado en este crimen *maiestatis*.

El delito de perduellio se fue transformando poco a poco hasta fundirse con el crimen *maiestatis o laesae maiestatis*, delito que originalmente fue considerado como todo abuso de autoridad por parte del magistrado o Senado.

(32) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. p. 217-218

La primera ley que reglamento esta materia a fondo fue la ley Cornelia Maiestatis, la que define que en el caso de que hubiera una pena con castigo muerte por un abuso de autoridad, se confiere este proceso a una *quaestio perpetuae*, con lo que se limitaba en esta forma el poder de los tribunales.

Sin embargo, los delitos políticos que atacaban directamente la constitución se siguieron encomendando a la *inquisitio* de los *duoviri perduellionis*, no así, para la traición para lo cual, se siguió requiriendo del dictamen del senado. Mas tarde, la tendencia a recurrir en los últimos años de la república a las funciones de las *quaestiones*, hizo que vinieran en detrimento los solemnes tribunales, al mismo tiempo que los supuestos de *perduellio* se redujeran al concepto de *maiestas*. Abrazando con ello los delitos de sedición, levadas arbitrarias e incitaciones a la guerra.⁽³³⁾

Finalmente, solo nos queda agregar que el número de delitos públicos, fueron escasos y perseguibles de oficio, donde la averiguación estaba a cargo de magistrados especiales, los que conocían también de otros crímenes públicos como son: el falso testimonio; la colusión entre el árbitro y uno de los litigantes; el incendio provocado en la noche en una casa o cosechas ajenas; así como la destrucción de cosechas fruto del trabajo; los sortilegios y las prácticas mágicas, la celebración de reuniones nocturnas y el peculado, que era la malversación de los bienes del estado. A todos estos delitos públicos se les castigaba con la muerte, la que se aplicaba de varias formas según fuera el caso, y la multa (*damnum*). Pero también tenían los condenados, al menos desde el siglo IV, el derecho de la *provocatio ad populum*; además podían sustraerse a la pena por medio del exilio voluntario.⁽³⁴⁾

(33) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 218-219

(34) FRANSCISCI DI, Pietro. Síntesis Histórica del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 178-179.

Los delitos privados (derecho civil) son:

El *furtum*. Robo o sustracción de un bien ajeno sin el consentimiento del legítimo propietario.

La etimología nos muestra el caso originario y mas importante del *furtum*. *Fur* se deriva del verbo *fero* (llevar) y designa al hombre que se lleva una cosa mueble, que era poseída o detentada por otra persona. *Furtum* comprende a la vez el acto de hurtar y objeto hurtado. También las personas sometidas a la potestad podían ser objeto de *furtum*.⁽³⁵⁾

Acciones derivadas del hurto.

Actio furti nec manifesti. Esta acción era utilizable en todos los casos de hurto. Fue una acción civil fundada en las XII Tablas, por el doble del valor de la cosa sustraída. La condena implicaba la infamia.

Actio furti manifesti. Fue una acción pretoriana por el cuádruple del valor del objeto sustraído. La condena implicaba la infamia. *Furtum manifestum* significaba un hurto flagrante, era un delito en el cual el ladrón era sorprendido al momento de cometerlo.

En la época de las XII Tablas la penalidad era mas severa. Un ladrón de condición libre sorprendido *in fraganti* era azotado y adjudicado de por vida a la persona contra la cual había cometido el hurto. Si era esclavo era condenado a muerte. En el siglo II o I, a. de C., el pretor sustituyó esta rígida penalidad por el pago del cuádruple del valor del objeto robado.

Actio furti conceptum Era la acción que se llevaba a cabo cuando se encontraba el objeto del robo en una persona que lo adquirió de manos de un

(35) MOMMSEN, Theodor. Derecho Penal Romano. Op. Cit. p.457

ladrón. (Sabe que es de procedencia dudosa, esta conciente de que ese objeto es robado) , para este caso la penalidad que se aplicaba era el pago de tres veces el valor del objeto y la devolución del mismo.

Actio furti oblatum. Este caso se presentaba, cuando se le encontraba el objeto robado a una persona ajena y que el ladrón se la hubiera depositado en sus manos mientras se realizaba su persecución. Aquí el particular tenía que reportar el hecho a la autoridad, pues de no hacerlo tenía que hacer la devolución del objeto y pagar tres veces su valor.

Actio vi bonorum raptorum. Fue una acción pretoriana por el cuádruple del valor del objeto y se daba en los casos de robo, es decir, cuando el hurto se había cometido con violencia. La condena implicaba la infamia.⁽³⁶⁾

El delito de *damnum iniuria datum*. Es el perjuicio causado culposamente sobre un objeto inmueble, el que se va a cuantificar en cada caso especial.

La base del derecho romano, en este punto, fue la ley Aquilia probablemente del siglo III a. de C. La ley se componía de tres capítulos, de los cuales el primer y tercer capítulo se ocupaban del perjuicio que el dueño de una cosa corporal sufría por daños causados en ella por un tercero. Si alguien mataba un esclavo o animal ajenos, era responsable por el más alto valor que la cosa hubiera tenido dentro del año anterior. Si alguien causaba daño, quemando, rompiendo o rasgando una cosa, el dueño de esta podía reclamar el más alto valor que la cosa hubiera tenido durante los treinta días anteriores.

Tales eran las normas primitivas de la ley que poco a poco se fueron ampliando de la manera siguiente:

(36) INSTITUTAS, Gayo. (3, 90. 1.4,1,5.), (3,189), (4,111. 14,1,5. 1.4,2), (3,186,191), (3,187. 191. 1.3,4,1,5)

* Si la ley se refería únicamente a cosas animadas, la jurisprudencia la extendió también a las inanimadas. Además el término romper fue interpretado como equivalente de corromper, de tal manera que abarca todo perjuicio causado por destrucción o daño de la cosa. Sin embargo, los juristas siempre insistieron en el primitivo requisito de la causación directa, o sea que el cuerpo del agente y la cosa perjudicada debían hallarse en relación inmediata.

* Los juristas tomaban la palabra *iniuria* no solo en el sentido ilegítimo sino como un concepto que implica culpa. Por consiguiente, exigieron que el daño fuera causado voluntariamente (dolo) o por negligencia (culpa).

* En un principio, los juristas estimaron como valor de la cosa dañada el que tuviera la cosa para todo posible daño. Los compiladores sustituyeron esta regla por la que mira al interés del propietario actual de la cosa.⁽³⁷⁾

Actio legis Aquiliae.

Solamente el dueño de la cosa dañada podía utilizar esta acción (la ley atribuye expresamente el *erarus* que, en antiguo latín, quiere decir dominus, el dueño de la cosa). La acción de la ley aquilia fue una acción penal por el monto del daño.

Delito de *iniuria* (ofensas a la personalidad).

Iniuria, es la lesión física o moral que sufre una persona, se castigaba en cada caso individualmente, tomando en cuenta el daño ocasionado.

En sentido amplio, *iniuria* significa todo acto antijurídico. En la ley aquilia, esta implica culpa. En el edicto del pretor, significa ofensa inferida voluntariamente a la persona humana.

(37) INSTITUTAS, Gayo. (3, 210-217. 1.4,3 .)

La acción clásica de la *iniuria* fue una acción honoraria, a pesar de tener su origen en la ley de las XII Tablas, además, se ocupaban de ciertos delitos como la recitación de fórmulas de brujería (*mala carmina incantare*) y la difamación pública.

Un sistema tan primitivo como el descrito no podía resistir el progreso de la cultura. En tiempos posteriores a las XII Tablas, la ley del talión y la rígida fijación de las penas pecuniarias desaparecieron. Por otra parte, era indispensable ampliar el concepto de *iniuria* en la ley decenviral. Los pretores asumieron la tarea de transformar y adoptar las normas antiguas. Así, el edicto pretorio trató de dar a las sanciones la necesaria adecuación al caso particular. El ofendido debía hacer constar ante el pretor exactamente la injuria a él inferida y al mismo tiempo pedir la indemnización que estimara le era debida. El pretor requería a los jueces para que condenaran al demandado a lo que les pareciera oportuno, según las normas de equidad, aunque nunca por encima de la estimación del actor.⁽³⁸⁾

(38) (G. 3, 220-225.); (D. 47,10.)

CAPÍTULO III

III

LA PENA DE MUERTE SEGÚN EL DERECHO ROMANO

III.1. Definición

Es el jurista Giuseppe Maggiore, quien nos proporciona un concepto nominal sobre la pena. El termino proviene del vocablo latino *poena* y “denota el dolor físico y moral que se impone al transgresor de una ley”. “El mismo autor complementa su idea, diciéndonos: En sentido jurídico, la pena es una sanción personalmente coactiva, que se conmina y se inflinge al autor de un delito”.⁽¹⁾

El filosofo jurista Hernán R. Mora, la define: “La pena de muerte estriba en ser el castigo mas grave posible que se infringe en un ser humano, en efecto, la pena capital es la pena que elimina lo mas cercano y vital al hombre: su propio tiempo vital, vida misma, su propia vida. La privación de la vida pasa, así, a ser un castigo tanto moral como físico, y mucho más lo último que lo primero”.⁽²⁾

La pena de muerte es la eliminación de la vida en el hombre, cuya aplicación es un castigo físico, donde el Estado se encuentra ante la imposibilidad de encontrar un mecanismo de sanción.

Durante los primeros años del Derecho romano, a la pena capital no se le conoce con una denominación técnica, solo como *supplicium* y *poena capitalis* o capitales. Fue un castigo que se aplico frecuentemente en determinadas formas, cuyo uso se generalizo para manifestarse a otras modalidades de la misma pena.⁽³⁾

(1) MAGGIORE, Guissepe. Derecho Penal, Volumen II, Edit. Temis, Bogota, 1972, p. 223

(2) MORA CALVO, Hernán R. Revista Filosofía Universidad de Costa Rica, Vol. XXXVI, No. 88-89 Enero, 1998, Costa Rica, p. 359

(3) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal. Op. Cit. p. 563

a) La pena de muerte durante el Derecho arcaico

La argumentación histórica nos refiere: La pena de muerte, tenía un carácter de expiación religiosa, el delito no solo era considerado como un atentado hacia una víctima o contra la colectividad, constituía además una ofensa al orden establecido por los dioses. Por eso, era natural que la comunidad *civita* se preocupara esencialmente de eliminar todo comportamiento que contraviniese dicho orden. En consecuencia, se actuaba en interés de la sociedad, es decir procurando que el culpable fuera sometido a la venganza individual o colectiva, es decir sancionando a título de sacrificio expiatorio a fin de aplacar la ira divina, purificando de toda impureza a la comunidad romana y restaurando finalmente la paz entre los dioses y los hombres. (*pax deorum*).

En esta etapa histórica, la ciudad presenta un sistema semi-teocrático, donde el rey es quien sustenta el gobierno civil, militar y religioso, además de poseer plena jurisdicción criminal; los sacerdotes son funcionarios del Estado. Así mismo, se va afirmando el principio de la venganza pública, ejercido por el poder político.

b) La pena de muerte durante el Derecho preclásico

A principios de la República, con el surgimiento de la Ley de las XII Tablas, se observa la pérdida del carácter expiatorio de las sanciones penales. Este fue el momento en que se manifiesta una clara diferencia entre el Derecho laico del Derecho sagrado, muestra de ello es la laización de todas esas normas referentes a la represión penal y aún cuando quedaron profundas huellas de la influencia religiosa en sus leyes, el principio de la venganza privada, sanción primigenia de los delitos, se manifestó con frecuencia en las normas particulares; sin embargo es muy notable la voluntad del legislador de favorecer y acelerar el triunfo de la costumbre más humana; de tal manera que la venganza se adecuara a la ofensa recibida o que de algún modo facilitara la composición voluntaria en cuantos casos no fuese legalmente obligatoria.

En este período, la administración de justicia se encuentra en manos de los magistrados, quienes juzgan en nombre de la colectividad. La salvaguarda de los intereses colectivos a cargo de estas autoridades estatales, implicaron penas más severas y crueles, gracias a esa figura del *imperium* de que estaban investidos. Así que era natural, que en semejante ambiente jurídico, la muerte se castigara

con la muerte y no pocas veces la venganza que se otorgara a los parientes de una víctima, superaba en daño y ofensa el objeto del castigo.⁽⁴⁾

Algunas características de este sistema penal represivo, prevalecieron aún en épocas posteriores, tales como:

a) La pena de muerte solo era efectiva para el culpable, castigo que nunca trascendió a su familia.

b) Era importante tomar en consideración la intención del culpable; lo que se traduce en la imprudencia o el dolo con el que se hubiera efectuado el crimen. La Ley de las XII Tablas precisa que si alguien mata a sabiendas y con premeditación a un hombre libre, será *parricida* [culpable de homicidio], y no prevé para el homicidio involuntario mas que la pena expiatoria de entregar un carnero semental.

En este caso podemos citar a Kunkel, quien nos da una amplia explicación. En el parricidio, se dejaba a la familia del difunto (a sus agnados) la persecución del asesino. Al parecer la Ley de las XII Tablas no hace mención alguna para la pena que se habría de fijar al asesino, sin embargo una vieja norma, que es de suponer provenga de una época anterior a las XII Tablas, dice que en caso de homicidio involuntario (“ si el venablo (dardo o jabalina) escapa a uno de la mano, más que lanzarlo”), el autor tiene que poner a disposición de los agnados del difunto un macho cabrío. Lo que se traducía como un sustituto de venganza, según atestigua Labeón, uno de los juristas mas destacados de la época de Augusto. El macho cabrío debía ser ofrecido y sacrificado en el lugar del autor del delito y de ahí se desprende, de nuevo, que los agnados podían ejercitar la venganza de la sangre sobre el que “hubiera matado concientemente y con dolo. Esta venganza se permitía únicamente cuando la culpabilidad hubiera sido declarada jurídicamente.⁽⁵⁾

Por su parte Arangio Ruiz, emite otra opinión y dice: “Las huellas de la civilización primitiva son bastante numerosas. De una manera normal no se concibe otro delito que el doloso; es decir, el consistente en la deliberada

(4) FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. Derecho Publico Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa, quinta edición, Edit. Civitas, Madrid, 2000. pp. 21-22

(5) KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp. 35-36

voluntad del agente de lograr el resultado antijurídico, no encontrando acogida el concepto de culpa como imprudencia de la cual deriva un resultado dañoso. La excepción mas destacada, aparentemente, establecida para el caso de que (*telum manufugit magis quam iecit*) no estaba fundada sobre una reconocida imputabilidad a la negligencia del agente, cual le demuestra que no se distinguiese entre el supuesto en que fuera hija de la imprudencia del homicida en el juego y la hipótesis del homicidio casual. La sanción que la ley establecía, consistente en el (*subicere arietem*) no tenía carácter de pena y era solamente el medio para alejar la maldición divina que nacía de la sangre derramada y dejaba paso al sacrificio expiatorio del macho cabrío, como simulación de la venganza".⁽⁶⁾

c) Finalmente, aquel ciudadano que fuera condenado por un crimen capital y por consiguiente sentenciado a muerte, no podía ser sometido a la arbitrariedad de una sola persona, antes bien se sometía dicha sentencia capital, a la aprobación del pueblo en asamblea.

c) La pena de muerte durante el Derecho clásico.

En el tránsito de la república al imperio, la pena de muerte se siguió aplicando, sin embargo la comunidad romana mostraba una repugnancia cada vez mas clara por las condenas capitales. Muestra de ello fue que en la mayoría de los casos, este castigo se hallaba previsto, pero desapareció por abrogación tácita.

Una vez que el estado romano va adquiriendo mayor solidez jurídica además de la lucha por el monopolio del poder público en la represión de los delitos y el hecho de prohibir la venganza privada fueron factores que contribuyeron en la separación de los delitos públicos de los privados. Para la primera clasificación, se reservaba a la ciudad el poder exclusivo de juzgar y aplicar la pena. En el supuesto de que alguien se encontrase sujeto a una acusación grave este tenía el derecho a la libertad provisional; y en cierto modo tenía la posibilidad de sustraerse del juicio por medio de la fuga. Este exilio voluntario sustituía en realidad a la muerte. Por eso es que los *Comicios Centuriales*, llamados a fallar sobre el caso se limitaban a sancionar. Esto fue considerado finalmente como una verdadera y propia pena capital, prevista como

(6) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. pp 90-91

tal en las leyes. A esta pena se le unían como accesorias necesariamente, la pérdida de la ciudadanía y la confiscación de los bienes.

El Digesto de Justiniano, dice al respecto: “Debemos entender como condenado en causa capital aquel condenado al que corresponde la pena de muerte, de la pérdida de la ciudadanía o de la esclavitud”.⁽⁷⁾

La *capitis diminutio magna* o máxima, se refiere a la salida del individuo de la familia civil a que pertenecía, sea por caer en la esclavitud o perder la ciudadanía romana, sea por cambiar de familia, sea por emancipación.

También hace una breve referencia, sobre la figura de la deportación, la cual, en realidad sustituyó la interdicción del agua y el fuego, lo que quiere decir, que nadie perdía la ciudadanía hasta en tanto el príncipe no ordenara la deportación a una isla. Así que todo condenado con esta pena, perdía inmediatamente la ciudadanía.

Ante todo debemos advertir que, es condenado el que no apeló, pues en caso de que así hubiera sido, al individuo no se le tiene por condenado; caso similar ocurre cuando se es condenado por una autoridad que no tenía facultad para condenar a pena capital.⁽⁸⁾

Durante los primeros siglos del alto imperio, la aplicación de la justicia se volvió cada vez más severa. Augusto se encargó de restablecer la pena de muerte para los parricidas; suprimida con anterioridad por Pompeyo.

El sistema de penas se complicó de manera notable; mientras que el juicio por jurados se continuaba aplicando, los jurados de la justicia penal extraordinaria, crearon toda una serie de penas, en su mayoría graves y hasta crueles. Entre las circunstancias que hubieron de considerar para graduar las penas, fue la condición social del reo.

De acuerdo a las leyes republicanas, la pena de muerte se siguió aplicando, con su normal derivación hacia la *interdictio aquae et ignis*. Las expresiones

(7) DIGESTO, Tomo III. Versión Castellana, por D'ORS. Edit. Arazandi, Pamplona, 1975. p. 730 (D. 48, 19, 2)

(8) Ibid. p. 730

poena capitis o *capite puniere* (o *damnae*, o *plactare*), lo que aludía a una pena de muerte efectiva pronunciada por los tribunales imperiales y ejecutada mediante estrangulación o decapitación. Mas grave aún, fue la aplicación de aquel grupo de muertes publicas que unidas con aquel antiguo *supplicium* de la *coercitio* republicana, recibieron el nombre de *Summa Supplicium*. Al lado de la crucifixión, quizá la mas extendida y frecuente entre las penas de esta categoría se llevaba acabo el abandono del condenado a las fieras o la vivícombustión.⁽⁹⁾

d) La pena de muerte durante el Derecho posclásico.

Las condiciones de justicia durante el bajo imperio de Constantino a Justiniano, se caracterizaron por la crueldad despiadada con que se aplicaban las penas, actitud que se manifestó en el Imperio de Occidente (que se desplomo en 476 d.C), como en el Oriente, cuyo celebre emperador es Justiniano (muerto en 527).

En este periodo histórico, la pena de muerte se sigue aplicando y la lista de delitos castigados con la misma es muy larga, ejemplo de ello son la multiplicidad de motivos que pueden acarrear la muerte: todo ataque a la vida, delitos relacionados con el vinculo matrimonial, etc. Constantino prescribe igualmente la pena capital en muchos casos; sin embargo para los cristianos que tiempo atrás habían sido víctimas de la persecución, en adelante ya no lo serán. No así los crímenes religiosos graves, los cuales se siguen castigando con la muerte.⁽¹⁰⁾

III. 2. Delitos castigados con la pena de muerte

Para el estudio de los delitos que eran castigados con la pena de muerte, es necesario remontarnos a periodos antiqúisimos de la historia de Roma. Estas figuras delictivas comprendían ante todo, aquellos hechos que afectaban la convivencia y seguridad de los *civitas*. Muchos de esos delitos arrancan de la Ley de las XII Tablas, constituían casos particularmente importantes de culpas

(9) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público. Op. Cit. p. 335

(10) IMBERT, Jean. La Pena de Muerte, Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1993 p. 23

inexpiables y como tales eran castigados con la muerte. Algunos de estos tipos penales sufrieron una evolución bastante rápida e incluso se fueron conformando grupos de delitos análogos.

Los delitos de carácter sacrilego.

El adulterio.

En el caso de la mujer culpable de adulterio o de otra culpa grave, las fuentes nos remiten a una ley establecida por Rómulo, la cual describe como sanción que se someta a juicio capital por obra del marido y de sus familiares. Tiempo después, el adulterio de la mujer casada (*adulterium*), así como las relaciones extramaritales con mujer no casada de posición social acomodada (*stuprum*) se perseguía como *crimina* ante los tribunales de la *quaestio*. Para este caso, al padre de la mujer se le permitía matar a la adúltera y a su cómplice sorprendidos en flagrante delito, o en la propia casa; mientras que al esposo sólo se le admitía que matara al culpable y obtener el divorcio de la mujer sorprendida en adulterio.⁽¹¹⁾

El hurto.

Otro supuesto en los delitos de *sacrilegium* se presentaba cuando hurtaban de noche las cosechas en pie. Para este delito no había lugar a dudas para la aplicación de la pena capital: si el robo era de noche ya fuera segando o pastando el ganado, la víctima podía ejecutar de propia mano al ladrón y si era de día y el infractor se encontraba armado ofreciendo resistencia, la víctima podía pedir ayuda a grandes voces (*enduplare=implorare*), a sus vecinos para que no hubiera la menor duda para la aplicación de la jurisdicción del homicidio. También podía acudir la víctima con el delincuente ante el magistrado, para que este se le adjudicara, y desde ese momento, el afectado por hurto podía matar al ladrón.

Los que andaban merodeando para robar, se equiparan con los bandidos, si solían atacar con armas para los asaltos, eran castigados con la pena de muerte.

(11) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público. Op. Cit. pp. 328-329

El robo flagrante (*manifestum*), es decir, cuando el ladrón se le encontraba robando o conduciendo la cosa a otro lugar, podía ser ejecutado impunemente por la víctima siempre y cuando el robo se hubiera cometido de noche o hubiera intentado defenderse a mano armada. Había la posibilidad de que aún cuando en el delito no hubiera flagrancia (*nec manifestum*), y donde el ladrón podía escapar a la venganza mediante el pago del duplo del valor de la cosa robada y si este no podía satisfacer esa cantidad, se le aplicaba la misma sanción que sufría el robo flagrante.

El sistema de la pesquisa solemne, que era el procedimiento de investigación que ordenaba la ley de las XII Tablas (*lance lincioque*), cuyo fin era el de evitar que se robara o simulara haber encontrado la cosa que intencionalmente escondía el que registraba. Pues bien como ya dijimos este sistema *decemviral* amplió el ámbito de la pena del robo flagrante (*furtum manifestus*). Para otros casos: cuando la cosa robada se encontraba en la casa de una persona, ladrón o no, en presencia de testigos (*furtum conceptum*); si, en cambio el ladrón para alejar de sí la sospecha hacía que la cosa se encontrara en manos de otro (*furtum oblatum*). Por último, aparecía la figura del *furtum prohibitum*, cuando el sospechoso impedía la pesquisa solemne. La tradición transmitida por Aulo Gellio, nos dice que es probable que estos tres casos se equiparan al robo flagrante y por ende se castigara con la pena capital.⁽¹²⁾

El sacrificio se realizaba en honor a la diosa Ceres, atribuido a las XII Tablas, constituía una justificación de carácter religioso para efectuar este acto de venganza privada. Es así como el ladrón que era sorprendido en flagrante delito se le flagelaba para después sufrir la *precipitatio y saxo*.⁽¹³⁾

Se individualizaba también como delito de *sacrilegium*, en este sentido propio el hurto de la cosa sagrada: las profanaciones de los templos privados o capillas sin custodia y la perturbación de los actos del culto. También eran castigados los que robaban dinero público o de un templo. estas conductas las castigaba el Estado como una ofensa al orden público y aquellas otras conductas como es la violación del voto de castidad por parte de una de las vestales. Considerada una ceremonia expiatoria, la sacerdotisa impúdica era condenada por el pontífice máximo a ser enterrada viva, en tanto que el seductor era condenado por los magistrados al *supplicium more maiorum*, es decir a la

(12) ARANGIO RUIZ, Vicente Historia de Derecho Romano. Op. Cit. pp. 93-94

(13) KUNKEL, Wolfgang. Historia de Derecho Romano. Op. Cit. p. 37

crucifixión. Pudiéndolo condenar así mismo por alta traición, sometiéndolo a la venganza de los jefes de la ciudad.⁽¹⁴⁾

El incendiar dolosamente las cosechas.

La propiedad rústica fue tutelada por rígidas disposiciones, incluso contra aquellos que durante la noche destruyeran las mieses del campo ajeno arado. También podía darse el caso que cometieran el acto por enemistad o para robar dentro de la ciudad, para todos estos casos se aplicaba la pena capital.

El que incendiaba las cosechas a propósito, se le aplicaba la ley del Talión y se mostró bajo diversos aspectos en la ley decenviral, por eso es que el culpable luego de sufrir la flagelación debía ser quemado.⁽¹⁵⁾

Las prácticas mágicas destinadas hacer daño.

La pena de muerte se contemplaba también en aquellos delitos donde los hechos demostraran que una persona había hecho daño a otra persona, utilizando sortilegios. Considerado en ese tiempo, como uno de los delitos más graves y castigado con la pena capital era el "*malun carmen incantare*" que hasta en tiempos posteriores los propios romanos interpretaban equivocadamente como difusión de escritos difamatorios, y que la Ley de las XII Tablas lo definió como el arte del encantamiento orientado a provocar la muerte de una persona. Pero no solo consideraban esa actitud, pues la mencionada ley estimo que se podían perjudicar las cosechas por medio de elementos mágicos "*fruges incantare*" destinados a impedir que las mieses madurasen así como el "*alienam segetem pellicere*" hechicería mediante la cual pretendían que los cereales del campo que se tenían pasaran a enriquecer el fundo del hechicero.⁽¹⁶⁾

La falsificación.

También se configuraba como delito que ameritaba la pena capital el crimen *falsi*. En el antiguo derecho penal la derivación etimológica de dicha

(14) ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia del Derecho Romano. Op. Cit. p. 209

(15) Ibidem. p. 94

(16) IMBERT, Jean. La Pena de muerte. Op. Cit. p. 19

palabra proviene de *fallare* que significa, fraude, y según el uso común del lenguaje quiere decir engaño intencionado de palabra o de obra.

La Ley de las XII Tablas consideraron este delito como grave, el cual se castigaba con la muerte. Se contemplaban algunos casos de fraude delictuoso entre los que se encuentran principalmente, los que cometieran el delito de perjuro que se unía también al falso testimonio, el cohecho en el juicio de jurados, y la compra de votos en las elecciones. Como delitos análogos se consideraron la alteración de monedas y sellos, la falsificación o destrucción de testamentos; también eran castigados de la misma forma a los “monederos falsos” que vendían monedas a un precio diferente del fijado, a los que vendieran o fabricaran dinero falso o que hubieran limado los bordes de las piezas con el fin de que disminuyera su valor.⁽¹⁷⁾

Los delitos contra el Estado.

“*Perduellis o perduellio*, era el <<mal guerrero>> . La expresión *perduellis*, significaba simplemente el enemigo de la patria. Ahora bien desde el punto de vista del derecho penal, el nombre abstracto de *perduellio* significaba, el acto de hostilidad a la patria, lo cual era probable que dicho precepto se aplicara ante todo en el derecho militar para la desertión. Sin embargo la voz *hostis* era una palabra sinónima de *perduellio*, usándose esta última preferentemente para designar a los enemigos internos del imperio y *hostis* para el enemigo exterior.⁽¹⁸⁾

La Ley de las XII Tablas no tenían un concepto para definir a este comportamiento nocivo, que iba en contra del Estado, sin embargo esto no significó un impedimento para que la punibilidad se diera por hecho, y los actos singulares quedaran comprendidos bajo este concepto que aún sin darles nombre de delito se castigaran con la pena de muerte. Por eso esta ley disponía que sufriera pena capital el que hubiera movido al enemigo o le hubiera entregado al enemigo: una plaza romana, o un campamento romano, o un cuerpo de tropas, o un particular ciudadano romano.

(17) Ibidem. p. 21

(18) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal. Op. Cit. p. 341

Por su parte la ley *Appuleya de lesa majestad* del año 651-103, al parecer fue transitoria y creadora de un tribunal especial- *quaestio perpetua*- para la represión de determinados hechos contra la seguridad del Estado.

La ley *Julia* fue la que sirvió de norma en los tiempos sucesivos, la cual fue establecida durante el reinado de Augusto. Este precepto ordenaba que al que hubiera ofendido a la majestad del pueblo romano, así como al que hubiera rendido en la guerra o hubiera entregado una fortaleza o campamento, fuera castigado con la pena capital.

Diversos eran los casos que se calificaban como delitos contra el Estado, los que iban desde los tratos punibles con el enemigo; los atentados contra la constitución; la violación de las obligaciones de los magistrados y de los sacerdotes; la violación de las obligaciones políticas de los ciudadanos; la sedición (insubordinación tumultuaria); la violación de las obligaciones religiosas de los ciudadanos; así como las ofensas personales a los magistrados de la comunidad, todos ellos castigados con la pena de muerte.⁽¹⁹⁾

El homicidio y los delitos análogos a él.

Antiguamente se hacía uso de la palabra *parricidium* para designar el homicidio malicioso, es decir el asesinato o la muerte violenta. Pero fue tiempo mas tarde cuando esta denominación se utilizo exclusivamente para el homicidio cometido entre parientes. Así que la palabra homicidio (*homicidium*) expresión que significa muerte de un hombre, se empezó a emplear hasta tiempos posteriores es por eso que en determinado periodo hubo un vacío, por eso la lengua jurídica clásica tuvo que designar al homicidio con palabras auxiliares de bandido o sicario (*sicarius*) y de envenenador(*veneficius*).⁽²⁰⁾

La Ley *Cornelia* y la Ley *Pompeya*, hablan sobre el parricidio, y definían: sobre los sicarios, al que mató alguno de sus padres, abuelos, hermanos, hijo, hija del hermano del padre o de la madre, cualquiera de los tíos paternos o maternos, primos hermanos, primas hermanas, mujer y marido, prometido, suegros, padrastros, hijastros, patrono, patrona. La Ley *Pompeya* señalaba hasta

(19) (D., 48, 4, 3)

(20) MOMMSEN. Teodoro. Derecho Penal. Op. Cit. p. 388

el primo hermano; también omite a la madrastra y a la prometida, aunque estaban comprendidas por la intención de la ley.

La pena para el *parricidium*, según la costumbre de los mayores fue la de la muerte, donde el victimario una vez azotado con varas de mimbre, se le metía en un saco con animales, para que después fuera arrojado al mar y si no se le arrojaba a las fieras.

En el caso de que se matara a una persona voluntariamente, fuera del núcleo familiar, se le condenaba a muerte al culpable, la declaración de voluntariedad o involuntariedad del homicidio, quedaba a juicio de los *quastores* llamados por las fuentes *parricidi*, y como órganos de la comunidad fueron designados para castigar el homicidio y otros crímenes capitales.

Muy pronto la pena que sancionaba el *parricidium* se aplicó al homicidio voluntario de cualquier hombre libre y así se extendió la figura del crimen primitivo.

La competencia del alto tribunal consideró como homicidio: el asesinato violento y salteamiento, el abuso del procedimiento capital, envenenamiento y delitos afines, homicidio por hechizo y magia, homicidio de parientes, incendio intencionado y delitos cometidos en un naufragio.⁽²¹⁾

III. 3. Momento procedimental para llevar acabo la pena de muerte

El momento procedimental, para llevar acabo la pena de muerte durante la época republicana. Según parece, las XII Tablas no otorgaban pena pública impuesta al delincuente, tan solo concedían el derecho del talión al ofendido contra el autor de un delito que hubiera sido sentenciado. Este ordenamiento prescribía expresamente para muchos delitos, la pena de muerte y la forma de ejecución iba acorde con el delito que se hubiera cometido; así, el que quemaba debía ser quemado, ahí mismo; el que hurtaba habría de ser ahorcado en el lugar del hecho, en honor a Ceres, diosa de la agricultura. Con esto, nos queda claro que las XII Tablas seguían conservando, algunas disposiciones penales de carácter religioso-sagrado, en las que se vislumbra un recuerdo de la autodefensa privada, de ahí que la aplicación de la pena capital, se aplicara en forma sumaria.

(21) (D. 48, 10, 1)

Durante la república, no había un plazo específico para aplicar la pena de muerte, es decir un plazo legal entre la sentencia a muerte y su ejecución; por el contrario lo habitual era, que una vez pronunciada la sentencia se tenía que ejecutar. No había un motivo poderoso que pudiera evitar o aplazar la ejecución. Sólo en el caso de la mujer encinta. “La pena de muerte de la mujer embarazada se difiere hasta el parto. Yo se por lo demás, que en la practica ni siquiera se somete a tormento mientras dura el embarazo”.⁽²²⁾ En este aspecto, podemos observar que la cultura jurídica, que tenían los romanos, respetaban, al menos, al ser que estaba por nacer, pues en caso contrario, sería un castigo conjunto, lo que podría traducirse sin lugar a dudas, en una injusticia. Por eso la ley ordenaba que se tenía que castigar únicamente al o los culpables de determinados delitos, y que hoy en día se puede concebir como individualización de la pena.

En la época del principado, se estableció un senadoconsulto del año 21 de la era cristiana, en donde se ordenaba, que toda sentencia a muerte emitida por el senado, quedaba como firme hasta que fuera protocolizada por el Erario, para lo cual debía de ser registrada a mas tardar, diez días después de ser tomado el veredicto. Con esto nos queda claro que el condenado contaba con un plazo antes de la ejecución. Posteriormente una causa que se seguía ante el senado en el siglo V, evocó este antiguo senadoconsulto para que se diera un plazo de treinta días. También el emperador Graciano en una constitución del año 382 d. C.. fijó un plazo de treinta días para las sentencias capitales dictadas directamente por el emperador. No obstante estos tribunales o sea, el emperador y el senado, podían o no, someterse a dicha ley, aunque prescindieran de las auto limitaciones que ellos mismos se habían fijado.

El sistema legal que prevaleció en Roma, así como no reconocía un tiempo mínimo, tampoco establecía un máximo, mas bien la decisión de llevar a cabo la ejecución correspondía al arbitrio del magistrado, podía tomarse un tiempo, con el fin de hacerse llegar pruebas, incluso, hacer nuevos interrogatorios, o podían ser otros los motivos que evitaran ejecutar la sentencia. Y como se requería tener preso al condenado a muerte conforme a lo que dictaba la ley, se le trasladaba a la prisión, y no pocas veces, estos casos se transformaron en prisión perpetua.

Teodoro Mommsen, nos habla sobre el tema de la cárcel: En Roma, la cárcel la cual llevaba consigo, legalmente el encadenamiento (vincula), era un

(22) MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal. Op. Cit. p. 564

medio para mantener seguros a los procesados durante la instrucción de los procesos; sirvió como un medio de seguridad para la ejecución de la pena. Lo que quiere decir que desde la antigüedad, la cárcel era una condición jurídica indispensable para poder ejecutar las sentencias de muerte, pues hasta en momento en que se dictaban estas, podía darse el caso que el reo se encontrara en libertad. Durante la República, era necesaria, pues en el caso de que se tratara de una sentencia a muerte, en tanto no se resolviera la *provocatio ad populum*, no se podía considerar condenado al inculpado; no ocurrió lo mismo durante el principado, por el contrario, se prescribió que el arrestó para la ejecución, de efectuara desde la condena de la primera instancia, y hasta después de la captura. Aunque la cárcel se establecía, ante todo, para alojar y custodiar a los delincuentes destinados al suplicio. Pero como no había un tiempo fijo que indicara en que momento se debía de utilizar, se dejaba al arbitrio de los magistrados, y no existía plazo de ninguna especie señalado por la ley para permanecer en ella, por eso es que muchas veces, la pena de muerte no se llegaba a ejecutar y por lo tanto la cárcel quedaba como una pena de prisión perpetua.

En el sistema de punición doméstico se hacía amplio uso de la reclusión, con carácter disciplinario, sobre todo en aquellos individuos no libres, es claro que aún prescindiendo del trabajo forzoso los cuales venían aparejados con la privación de libertad, en ninguna casa grande podía faltar una cárcel.

Es preciso aclarar que ni en el derecho de la época republicana, ni el de la época del Imperio, conocieron de la pena de la cárcel pública; Aún en el derecho Justiniano, no como algo insólito, pero sí como inadmisibles e ilegítimas, una condena judicial a cárcel temporal o perpetua. A pesar de esto, la pena de privación de la libertad exterior, aunque no admitida en la época del Principado, solo nominalmente, no de hecho, estaba excluida. Legalmente, la pena de cárcel fue siempre ajena al derecho romano aún en los últimos tiempos.⁽²³⁾

(23) Ibidem. p. 592-593

III.4. Diferentes formas de ejecución.

La pena capital era la aplicación de la pena muerte. Y para que esta se aplicara, debía de existir una ley que en forma previa regulara el delito, también debía llevarse acabo un procedimiento, para evitar casos de injusticia, en los que reinara el arbitrio de los jueces y la confusión en la aplicación de las penas. Las autoridades eran las únicas que decidían el lugar donde habría de llevarse acabo las ejecuciones; lugares como el *Pomerium*, dentro de la ciudad de Roma, o fuera de ella. En los tiempos del César, se hizo costumbre que se llevaran acabo las ejecuciones en el *Campo Marte*, previo consejo de los flamines de Marte y de Júpiter, para después exhibir la cabeza del ajusticiado en el mercado, sobre la *Regia* o la *Residencia Real*. Por eso es que el campo Marte se le hacía nombrar como el lugar de los suplicios o ejecuciones. Durante el principado, las ejecuciones públicas habitualmente se verificaban sobre, el *Monte Esquilino*. En tiempos posteriores se hacia ejecutar a los reos en el lugar donde se hubieran cometido los hechos delictuosos, a fin de que sirviera de escarmiento. Si la pena de muerte era publica, esta no se podía efectuar ni en día de fiesta y mucho menos de noche.

El hacha.

A la decapitación con el hacha, se le considera una de las formas más antiguas para la ejecución de la pena de muerte. Esta sanción sirvió en tiempos posteriores para designarla como la pena capital, *poena capitis* y la de *genuflexión* o *supplicium*.

Este instrumento aparece en el procedimiento, en los tiempos de Cesar. Ir acompañado del hacha, representaba la investidura del poder pleno o *imperium* con que contaban los magistrados, el hacha del verdugo, era pues, un símbolo característico de la magistratura romana.

La abolición de la pena de muerte para los ciudadanos y la supresión del régimen de guerra dentro de la ciudad, se debía aquel acontecimiento donde se dio muerte por decapitación al hijo del primer cónsul en quien se juro restablecer la monarquía. En virtud de este régimen militar, los depositarios del *imperium*, eran jueces legítimos de las causas criminales. Ellos dirigían y fallaban el procedimiento penal. Así como podían cortar la cabeza de aquellos soldados que

hubieran desobedecido, podían decapitar a un ciudadano que no rindiese obediencia.

Por causa de esa abolición, es por lo que en la ley de las XII Tablas no se encuentran vestigios de esta forma de ejecución de la muerte, sin embargo la forma en sí continuo subsistiendo.

Dentro de la ciudad de Roma, el dictador era encargado de pronunciar las sentencias de muerte y ante tal veredicto no cabía la posibilidad de ejercer el derecho de *provocatio ad populum*. También se les aplicaba la pena de muerte a los extranjeros que hubieran sido hechos prisioneros de guerra. Por lo que se refiere a la pena capital efectuadas fuera de la ciudad, las imponían los depositarios del *imperium* a los ciudadanos romanos.

Durante la época del principado el hacha empezó a caer en desuso, y fue remplazada por la espada.⁽²⁴⁾

La decapitación se realizaba con habilidad: primero se ligaba al reo con las manos hacia atrás, después se le desnudaba, y finalmente se ataba a un poste, de esa forma se le aplicaba un doloroso tormento a través de la flagelación. Posteriormente se le tiraba al suelo y con toda la fuerza y el acierto del golpe de hacha, terminaban con la vida de los condenados.

La decapitación con el hacha, se vincula con los ritos del sacrificio de animales ofrecidos a la divinidad. esto de acuerdo la naturaleza *sacral* del pueblo romano. Además de ser el castigo ordinario para los reos, que eran condenados a la pena de muerte.

La crucifixión.

Una de las formas mas crueles y horribles de los suplicios en la aplicación de la pena de muerte, fue sin duda la crucifixión.

En un principio se aplicaba en Roma a los ciudadanos libres, de acuerdo a sus antiguas costumbres (*more maiorum*), y probablemente con arreglo a la Ley de las XII Tablas; también se aplicaba en el procedimiento *pontifical*, para aquellos varones que hubieran cometido incesto con alguna de las vestales.

(24) BURDESE, Georges. Manual de Derecho Público. Op. Cit. pp. 306-307

Finalmente se hacía uso de ella en la ejecución de esclavos. Esta última utilizada con mayor frecuencia y quedando como un método constante para dar muerte a los esclavos.

Esta pena capital se aplicaba al condenado, después de haberlo despojado de sus ropas. Se le cubría la cabeza, se le ataba a un palo en la horca (forca), por la cerviz, con los brazos atados a los extremos de esta, después se le colocaba en lo alto, levantado en el lugar del suplicio.

Este método se utilizó en los ciudadanos libres y en el procedimiento pontifical; pero cuando se trataba de un esclavo, lo ponían en la horca, lo amarraban a un poste, a menudo con la cabeza hacía abajo, y en esta posición lo flagelaban.

Tiempo después se le fueron añadiendo a este instrumento de suplicio de la cruz, un palo o barra transversal de madera (*patibulum*) colocada de manera que formara una cruz en forma de tau o cruz latina, sobre la que el condenado era atado y clavado con los brazos extendidos. Los pies descansaban sobre un atril, para evitar que el condenado se inclinara, arqueado hacia adelante provocando que se desgarrara las manos. Se utilizaba una tablilla (*titulus*), clavada en la parte superior de la cruz, la cual indicaba el nombre del condenado y el motivo de la condena.

A pesar de que la cruz no tenía un carácter religioso, por influjo del Cristianismo, la imagen de esta empezó muy pronto a ser objeto de culto, convertido en símbolo universal (muerte de Cristo). La crucifixión fue abolida en los años posteriores por Constantino.⁽²⁵⁾

La pena del saco (poena cullei)

La pena del saco, era una forma de ejecución capital a los autores del parricidio y a los de homicidio en una persona libre.

El delito de *parricidium* constituía un caso particularmente importante de culpa inexcusable y como tal se castigaba con la muerte. Quizás fueron varias las circunstancias, las que motivaron a imponer este tipo de castigo; entre ellas se

(25) Ibidem. 341

puede mencionar que el pueblo romano se encontraba situado cerca de un río navegable, ellos creían que el agua tenía una virtud purificadora, y que las almas de los muertos no atravesaban el agua. Por eso a los condenados por parricidio se les privaba de la sepultura, y arrojándolos en un saco al agua, se les consagrara a las divinidades infernales.

La ley de las Doce Tablas, establecía que el homicidio se tenía que castigar con la muerte del saco. Y como no existía un perfil legal que indicara como se tenía que llevar a cabo esta ejecución, el magistrado encargado de sustanciar el proceso, en cada caso, ordenaba a su libre arbitrio la manera en que se realizaría. Generalmente se azotaba al condenado, a quien después de cubrirle la cabeza con un gorro de piel de lobo, le calzaban los pies con zapatos de madera, lo metían en un saco de cuero de vaca, y le ponían ahí mismo culebras y otros animales. Se le conducía al río en carruaje tirado por caballos negros, finalmente se le arrojaba al río.

Tiempo después, la aplicación de la pena por el saco, se suprimió para las otras clases de homicidio (en personas libres), y sólo subsistió para el parricidio en sentido estricto (entre parientes). Esto ocurrió en el último siglo de la República y al final de la misma se abolió esta penalidad aún para el parricidio entre parientes. Durante la época del Principado, el castigo del saco se restableció, aunque no pudo aplicarse, por el hecho de no estar prescrito en una ley, pues quien la puso en vigor nuevamente fue Constantino.⁽²⁶⁾

La muerte por fuego.

A diferencia de otras penas, las Doce Tablas, prescribían para el incendiario, luego de sufrir la flagelación, la aplicación de la pena de muerte por fuego, a lo cual debemos suponer, que esto obedecía a una idea de retribución.

Durante la época republicana y la del principado se hizo uso frecuente de esta pena. Con Constantino en el poder prohibió inquietar a sus correligionarios convertidos al cristianismo, pues los culpables serían quemados. Con Horacio, este castigo fue más severo, pues el ciudadano que se convirtiera al judaísmo sería considerado como sacrilego y sufriría la pena de muerte. Se llegó incluso a castigar con la misma pena, a los que ocultaban libros condenados en la hoguera, el que daba asilo a reuniones heréticas y el que propagaba doctrinas ilícitas.

(26) MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal. Op. Cit. p. 56

Para ejecutar esta pena, se desnudaba al condenado, se le ataba o clavaba a un poste, se le enarbolaba, y con leña amontonada a su alrededor, se le quemaba vivo.⁽²⁷⁾

La espada.

La decapitación con espada, se cree que comenzó durante la época del principado, debido a que los oficiales civiles ya no dirigían las ejecuciones capitales y como consecuencia de ello, los juicios penales que se seguían a los ciudadanos, quedaron sometidos al procedimiento de guerra. Este tipo de sentencias se ejecutaban por regla general, dando al correspondiente magistrado una orden a un oficial militar o a un soldado para que llevaran al condenado al suplicio.

Inicialmente la decapitación se llevaba a cabo con el hacha, pero fue remplazada por la espada. Esta pena se consideraba que era una forma simple de llevar a cabo una ejecución, los verdugos se mantenían en forma entrenándose con animales en los mataderos o en simulacros de condenados provistos de cabezas de calabaza. La muerte con la espada era una pena suave, siempre y cuando esta se realizara con habilidad.

Durante el imperio, la muerte por la espada era la pena comúnmente usada entre los militares. La dirección del acto podía correr a cargo de un oficial de alta o baja jerarquía; pero la ejecución material la verificaba ordinariamente el *especulator*, delegado subalterno que ya intervenía desde los tiempos de la república en estas actividades, formaba parte del ejército imperial, desempeñando funciones de guardia del emperador o incursionando en las legiones.⁽²⁸⁾

Muerte de los condenados entregados a las fieras.

Se considera que esta forma de muerte pertenecía más al espectáculo que al género de muertes privadas que también existieron. Durante los festivales, eran grandes las muchedumbres que convergían, quienes asistían a presenciar

(27) OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Teoría Sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito. Edit. Trillas. México, 1993. p. 187

(28) Ibid. p. 187

estos brutales espectáculos, en el inmenso coliseo y en numerosos circos de Roma.

La ejecución de la pena de muerte, entregando al reo a las fieras para que sirvieran de cebo en los combates públicos o bien a otras diversiones públicas. Se llevó acabo en el periodo republicano, se aplicaba este tipo de penas contra prisioneros de guerra, previa orden dada por el jefe del ejército, pero se utilizaban en especial contra los romanos desertores fuesen libres o no. Aquí cabe mencionar que también podía ordenar esta pena el tribunal doméstico, en aquellos individuos que hubieran sido culpables de un crimen capital, en este caso el jefe doméstico entregaba al condenado a quien diese una fiesta popular para que en ella se ejecutase.

A finales del periodo republicano y a principios del imperio, surgió un plebiscito publicado por Petronio, el cual ordenaba que en caso de que se entregara a un reo para el efecto de ser arrojado a las fieras, era necesario que el fallo lo diera el tribunal doméstico y tenía que confirmarlo un tribunal público. En tiempos posteriores, con frecuencia se hacía uso de esta pena, incluso se traía de la provincia a la capital, a los condenados, a malhechores de renombre o que por cualquier otra causa tuvieran renombre, para exponerlos a esta clase de espectáculo.

Esta pena, se aplicaba con una grave brutalidad, y sólo se aplicaba en personas de un estrato social muy bajo y aunque era una forma de ejecución regular, dependía de la casualidad, es decir, que hubiera la celebración de una fiesta, entonces el sacerdote o magistrado que habría de llevar acabo dicho evento, se presenta ante el tribunal correspondiente para que se le hiciera entrega del condenado, el cual podía ser entregado inmediatamente a las fieras o bien después de otros actos o modalidades que consideraran convenientes.⁽²⁹⁾

Ejecuciones en lugares cerrados y sin publicidad.

Unas de las circunstancias, que caracterizaba a la aplicación del derecho en la individualización de la pena, fue la condición del condenado, así como la relación del hecho y el delito, además de distinguir entre el género masculino y

(29) HADAS, Moses. La Roma Imperial. Op. Cit. p. 45

femenino. Para este último no había más forma de ejecución que el suplicio realizado sin publicidad.

A las mujeres no se les aplicaba tampoco la flagelación, castigo habitual, que recibían previamente los condenados a muerte.

Un ejemplo de ejecución privada (lugar cerrado) es el que se llevaba a cabo en un antiguo ritual, el cual detalla perfectamente la pena de muerte con respecto a las sacerdotisas de Vesta declaradas culpables de la violación del voto de castidad. En este caso, el pontífice máximo era el que dirigía la ejecución. La reo era despojada de sus distintivos sacerdotales, y, se le colocaba viva en un féretro, de esta forma se conducía al lugar donde sería sepultada, acompañada de los usuales lamentos y manifestaciones de duelo, por cierto esto acontecía dentro de la ciudad en la puerta colina, a la derecha de la vía del campo de los vicios (*campus sceleratus*); este sitio, solo se abría para este tipo de ejecuciones capitales.

Theodoro Mommsen, nos hace una descripción a otra modalidad de la pena, pero derivada del mismo delito, y nos dice, en el lugar del sepulcro se encontraba un hoyo donde se depositaban una lámpara, un panecillo y cantarillas con agua, leche y aceite; posteriormente el sacerdote mandaba a la condenada para que descendiera a su tumba acompañada de un guía. Hecho esto, el guía salía del lugar para que de inmediato se tapara la apertura que había sobre la condenada que había sido enterrada viva, sin atribulados honores fúnebres.⁽³⁰⁾

Con respecto a los hombres, esta forma de ejecución secreta, se aplicaba principalmente en condenados de cierto rango, esta ejecución, la mayoría de las veces se acompañaba de la flagelación. Si el suplicio se verificaba dentro de la cárcel, se le llamaba pena de muerte triunfal, toda vez que esta pena la ejecutaban los *Tres viri capitales*, de hecho podía dirigirla el mismo depositario del *imperium* que hubiera ordenado la ejecución, esto cuando se trataba de personas de alto rango.

(30) MOMMSEM, Teodoro. Derecho Penal. Op. Cit. p. 570.

Ejecución en la roca Tarpeya o Torpeia.

La Roca Tarpeya, se situaba en el capitolio. Era un abrupto peñón, por el que los romanos arrojaban a los que cometían delitos muy graves, como lo eran: los atentados a la patria, el hurto flagrante o manifiesto cometido por una persona no libre, así como el falso testimonio.

En aquellos tiempos en que era permitida la venganza de sangre y donde aún no había la sustitución de esta por dinero, los particulares ejecutaban la pena, arrojando al culpable con beneplácito de la comunidad. La ley de las XII tablas, establecía para esta pena, que el culpable fuese precipitado de la Roca Tarpeya.

Cuando aplicaban este castigo los tribunos de la plebe, representantes de la comunidad luego de que su investidura fuera reconocida constitucionalmente, esta forma de ejecución fue incluida entre las formas públicas en la aplicación de la pena de muerte; y a partir de entonces fue la forma usual de ejecutar dentro de la ciudad a los ciudadanos, mientras que, según la ley Decenviral establecía, que se podía aplicar la pena de muerte en esta forma a los individuos que carecían de libertad. Eran los mismos tribunos del pueblo, quienes ejecutan la pena de muerte, precipitando de la Roca Tarpeya al reo, en tanto que, a los no ciudadanos, una vez condenados a pena capital se procedía a crucificarlos. Un detalle importante es aquel que se presentó durante el imperio, cuando una sentencia capital en forma de precipitación de la roca la dictara el senado, los que dirigían esta ejecución eran los tribunos del pueblo.

La pena de muerte en la Roca Tarpeya, era un castigo que se aplicaba no solo a los desertores que hubieran sido hechos prisioneros o rebeldes que tomaran parte en los motines populares, además era considerada como un medio de coerción capital, lo que quiere decir: un juicio que dictara este castigo quedaba fuera del procedimiento penal ordinario para convertirse en sumario. En tiempos posteriores del imperio se prohibió el uso de este tipo de ejecución.⁽³¹⁾

(31) Ibidem. pp. 571-572.

CAPÍTULO IV

IV

REPERCUSIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

IV. 1 La pena de muerte en el derecho prehispánico

a) Las culturas indígenas y su localización.

El territorio que actualmente forma uno de los elementos del Estado mexicano, estuvo ocupado por numerosas tribus indígenas, algunas de ellas formaron cacicazgos, otras en cambio fue tal su desarrollo que constituyeron auténticos reinos mas o menos extensos, otros grupos, en estado nómada y salvaje continuaron recorriendo las regiones del país sin ofrecer una organización definida.⁽¹⁾

Las investigaciones que se han realizado en torno a los primeros habitantes de nuestro territorio nos hablan de grupos cazadores-recolectores que se alimentaban de yerbas y raíces que recogían del campo, pero también vivían de la casa y de la pesca. Gracias al conocimiento que fueron adquiriendo sobre las plantas y el descubrimiento del maíz como sustento de su alimentación, pudieron permanecer en un lugar para estar cerca de los campos de cultivo, es decir, estaban al cuidado de la siembra y la cosecha. Lo que provoco que los indígenas construyeran chozas de troncos recubiertos con lodo, y techo de zacate o palma, para mas tarde construir casas de adobe y tierra. Al principio las cosechas no eran muy abundantes, por lo tanto tuvieron que seguir dependiendo de la caza, la pesca y la recolección. Todo ello contribuyo a que se fueran agrupando en pequeñas aldeas, comenzando su vida sedentaria.

El resultado de ese descubrimiento favoreció la concentración de la población nómada en los campamentos agrícolas, donde no sólo aprendieron la manera de cultivar, además sentaron las bases necesarias para poder vivir en sociedad.

(1) MENDIETA NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, Edit. Porrúa, México, 1937, p. 15

Podemos enfatizar que la vida económica y social de estos pueblos, se organizó en torno al maíz, éste sirvió de base para el comercio, pues se empezaron a efectuar intercambios en los excedentes de las cosechas.

La agricultura permitió, además de la subsistencia segura de esos pueblos, la creación de formas de cultura ininterrumpidas. Es por eso, que en los umbrales de nuestra historia, se distinguen los distintos géneros de vida de aquellos grupos que habitaron el territorio y que dejaron rastro en todos esos vestigios de que disponemos como son las ruinas de monumentos arqueológicos, los grandes centros ceremoniales: palacios, pirámides, plazas, pequeños adoratorios; excelente arquitectura prehispánica, que resalta en el labrado de piedras y en el decorado de preciosos altares, columnas y esculturas. La elaboración de fascinantes objetos artesanales trabajados en oro, plata, cobre, piedras, el jade etc. Fabricación de trastos de barro y exquisita alfarería. Los antiguos habitantes transmitieron conocimientos pintados en códices y pinturas en los muros, pero eso, no es todo pues también tenían conocimientos: matemáticos, astronómicos, del calendario, la escritura y la medicina indígena, que se basaba en la herbolaria, la cual se encontraba bastante desarrollada.

Este tipo de vida trajo tres importantes fenómenos que repercutieron en lo jurídico, económico y político, a saber:

- * La aparición de la propiedad
- * La estratificación social
- * La identificación de un grupo con arraigo a una región (aldea), para que después se derivará, con influencia de otros factores, en la idea nacional y extranjera.⁽²⁾

También tuvieron un destacado desarrollo en lo religioso, pues la importancia que le dieron al grupo sacerdotal, sirvió de base para depositar el poder a una teocracia, que en nuestros pueblos precortesianos tuvo fundamental relevancia.

Por último se va diferenciando cada vez más, la división del trabajo, que si bien es cierto, esto ya ocurría con los primeros grupos nómadas, una vez que se

(2) PÉRES DE LOS REYES, Marco Antonio. Historia de Derecho Mexicano, primera edición, Tomo I, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, P. 99-100

hace mas extensa la practica del cultivo del maíz, se hizo rutinaria e indispensable. Clavijero manifiesta, que en los trabajos del campo los hombres, eran ayudados por las mujeres. A ellos les correspondía preparar el terreno, es decir rompiendo y labrando, sembrando, y amontonando la tierra en torno de las plantas para que finalmente levantaran las cosechas. A ellas les tocaba deshojar las mazorcas y limpiar el grano. Unos y otras escardaban y desgranaban.

En tal adelanto se encontraban las primeras familias agrícolas, cuando llegaron a nuestro país grupos de hombres llamados *olmecas* y en siglos posteriores las tribus *nahuas*. Estos y aquellos se unieron a las poblaciones agricultoras en las diversas regiones del país, dando origen a nuevas tribus.

Los *tribus olmecas*, de acuerdo algunos investigadores, llegaron a lo que hoy son los estados de Chiapas, Oaxaca, Guerrero, Puebla, Morelos, el Distrito Federal, Tabasco y Veracruz. La ciudad principal de los Olmecas de Tabasco fue *La Venta*.

A los Olmecas se les llama la *cultura madre* porque formo muchos pueblos importantes como son: El *Maya*, *Mixteco*, *Zapoteco*, *Tarasco*, *Totonaca*, *Huasteco* y el *Teotihuacano*.

Las tribus nahuas.

Ya se encontraban establecidos los Olmecas, cuando llagaron al país, un número considerable de tribus *nahuas*, *nahoas* o *nahuatlacas*, que así era como se les llamaba.

Estos grupos salieron de *Chicomóstoc*, *Amaquemecan*, y en *Huehuetlapallan*, sur y suroeste de lo que ahora son los Estados Unidos de Norte América, recorrieron el litoral del océano pacífico, para luego dirigirse a la altiplanicie mexicana, donde establecieron otros pueblos, de donde habría de surgir la *Triple Alianza*.

Los aztecas. Pertenecieron a esa confederación de tribus nahoas que salió de *Chicomostoc*. Se quedaron algunos años en *Aztilan*, de donde tomaron el nombre de Aztecas. Pero cuando estos últimos llegaron al Valle de México, las seis tribus que habían llegado antes ya ocupaban las mejores tierras, así que se dirigieron a *Chapultepec* y después continuaron con su recorrido, para que

finalmente se establecieron en un islote de la laguna, propiedad de *Tezozómoc* señor de *Azcapotzalco*, a quien tuvieron que pedir permiso para establecerse allí. Él se los dio a cambio de tributo y servidumbre.

Una vez que estuvieron instalados, construyeron sus templos y edificaron sus casas con cañas, lodo y techo de paja. La aldea quedó dividida en cuatro barrios o *calpullis*, para cada uno de los cuales se nombró un jefe. La aldea se llamó *Mexi*, de donde los aztecas tomaron el nombre de mexicanos. También se le dio el nombre de *Tenochtitlan* en honor de *Ténoch*, sacerdote principal cuando fundaron México.

La fundación de México, ocurrió en el año de 1325, fecha que marca el principio de la historia mexicana propiamente dicha. Y para recordar este hecho, los aztecas pintaron un jeroglífico que representa un islote, en el cual se encuentra un nopal y, sobre éste, un águila devorando una serpiente. Todos estos datos relacionados, aparecen ya comprobados en códices y relaciones prehispánicas o inmediatas a la conquista.⁽³⁾

Como ya se dijo, los mexicanos pagaban tributo a los *tepanecas* de *Azcapotzalco*, quienes después de haber vencido a los *acolhuas*, aparecen como señores del Valle. Y seguramente el hecho de que los aztecas demostraran su alto sentido político y militar, hizo que *Tezozómoc* se disgustara, por eso comenzó a hostilizarlos para que emigraran a otro lugar, cosa que no logró.

Fue a partir del año 1427, cuando suceden acontecimientos en el Valle de México que subvierten todo el orden hasta entonces existente. Todo fue producto de los disturbios políticos entre *Texcoco* y *Atzacapotzalco*. Pues los *tepanecas* después de ser señorío de los *acolhuas*, se sublevaron, destronaron y mataron al rey texcocano *Ixtlixóchitl*. *Tezozómoc* señor de *Azcapotzalco* quedó dueño del gobierno de Texcoco y del Valle de México. Cuando estuvo al frente, impuso al pueblo impuestos, servidumbre y tributo. El sucesor de *Tezozómoc*, su hijo *Maztla*, prosiguió con la tarea de acabar con el legítimo heredero del reino texcocano que era *Netzahualcóyotl*, mientras que el señor azteca *Chimalpopoca*, también es mandado a matar por *Maztla*, lo que origina un conflicto con los mexicanos. Así que *Itzcoatl*, es elegido cuarto rey azteca y conduce a su pueblo a

(3) TOSCANO, Salvador. Derecho y Organización de los Aztecas Edit. México, 1937, p. 9

la guerra, en común alianza con Texcoco y su rey *Netzahualcōyotl*, que ya había recuperado su territorio.

Los mexicanos, los *acolhuas* y sus partidarios formaron un poderoso ejército, comandado por *Netzahualcōyotl*, *Moctezuma Ilhuicamina e Izcōatl*., gobernantes de Texcoco, Tacuba y México respectivamente. Por su parte *Maztla* reunió a todos los pueblos amigos con los que formó un poderoso ejército.

Los ejércitos enemigos tuvieron sangrientos combates y al fin los aliados salieron vencedores sobre los *tecpanecas*. *Maztla* murió en manos de *Netzahualcōyotl*. Ya libres de la tiranía, los reyes de México, Texcoco, Tacuba, firmaron un convenio De la *Triple alianza*, con el fin de ayudarse en la paz y la guerra.⁽⁴⁾

La Triple Alianza.

Los gobernantes de estos pueblos indígenas estaban íntimamente confederados. Cada uno de ellos se encontraba constituido por un núcleo de población de un mismo origen étnico (*mexicanos, acolhuas y tlacopan*), además de conservar cada uno absoluta independencia por lo que respecta a su gobierno. Desde el año de 1427, a través de la firma de un convenio denominado de la “*triple alianza*”, defensiva y ofensiva que les dio gran fuerza militar. Al efectuar sus conquistas, se dividían entre sí todas las provincias que subyugaban, y sujetaban al pago de tributo, al contingente de armas, municiones y soldados de la guerra, pero dejaban a los señores naturales su señorío, y al pueblo sus usos y costumbres.

b) El Derecho prehispánico

Como consecuencia de toda esa diversidad de habitantes que ocuparon nuestro territorio y que dio como consecuencia la formación de entidades sociológicas con características particulares y contrastadas. La mayoría de los investigadores, prefirieron dedicarse especialmente al estudio histórico del Derecho de los grupos indígenas, de la triple alianza y los mayas. Esto se debió en gran medida a que los historiadores y cronistas, concedieron especial atención a estos reinos, porque eran los mas civilizados y fuertes, pues en la época en que

(4) Ibidem. pp. 10-13

llegaron los conquistadores habían extendido sus dominios en tal forma, que la mayor parte de los habitantes del territorio de lo que sería mas tarde “ La Nueva España”, estaban sometidos a sus armas. ⁽⁵⁾

El derecho de la triple alianza

Las leyes de la triple alianza, fueron bien pronto imitadas en su gran mayoría por los pueblos sometidos, había muy poca o ninguna diferencia en las leyes y modo de juzgar en *México, Texcoco y Tacuba*, bajo el antiguo gobierno, los indios tenían tan pocas leyes que las sabían todas de memoria, sin embargo, estas se expresaban en pinturas, plasmadas en códices.

Presuntamente debieron existir códices pictográficos de carácter jurídico; sin embargo, ninguno de ellos conocemos ni han llegado hasta nosotros, esto se debe, al hecho de que el Clero hizo quemar en la época de la conquista espiritual muchos documentos “paganos”. Sin embargo dos códigos poshispánicos nos comprueban la existencia de códigos escritos de las leyes de México y Texcoco, los códices Florentino o Sahagún y el Mendocino, realizado por los indios intelectuales, contiene una crónica de los aztecas año por año, también habla del Derecho procesal y penal. Es decir, en las páginas de estos códices encontramos referidos diversos actos de justicia. Todo ello no fue sino la forma pictográfica de transmitir al pueblo, la noción del Derecho, los actos o las omisiones que sancionaban las leyes de *Anáhuac*.

Pero quien comprobó indiscutiblemente la existencia de estos códigos, es el cronista Fray Andrés de Alcóbiz. Era el año de 1543, cuando Alcóbiz, describía en el Libro de Oro, un gran número de leyes (casi todas penales), él afirma que las saco de un libro donde estaban plasmadas pinturas que describían las antiguas leyes.

Por su parte Ixtlixóchitl, recogió veinte leyes u ordenanzas atribuidas a Netzahualcóyotl. Estas leyes las presento al Cabildo de Otumba en 1608, sosteniendo que dichas ordenanzas las había obtenido de pinturas y cantares antiguos, (basta recordar que el Derecho se trasmitía por medio de cantos; de los cantares de Sahagún, casi todos son himnos religiosos; en cambio los dichos

(5)MENDIETA NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Op. Cit. P. 13

recogidos por Torquemada, la mayoría de ellos son verdaderos enunciados de Derecho).

También se tienen descripciones importantes de las leyes de los pueblos de Anáhuac, gracias a testimonios de los conquistadores, funcionarios o personas ligadas al clero como son: Bernal Díaz del Castillo, Alonso Zurita, quien era jurista, fray Bernardino de Sahagún, fray Diego de Durán, fray Juan de Torquemada, fray Toribio de Benavente “Motolinia”, fray Bartolome de las Casas, fray Jerónimo de Mendieta, Fernando de Alva Ixtlixóchitl y muchos mas.⁽⁶⁾

Por eso es que a medida que iban avanzando los conquistadores, en la ciudad de México, suponían la existencia de todo un sistema jurídico en torno del cual se fundamentaba la antigua sociedad mexicana. Muestra de ello fue el primer indicio que tuvo Hernán Cortés, cuando estando en Texcoco, tiempo antes de su entrada en Tenochtitlán, presencio el ajustamiento de un nativo, él mismo se encargo de relatarlo en una de sus cartas: “créese que deben tener alguna manera de justicia para castigar a los malos, porque uno de los naturales de esta provincia hurtó... y lo tomaron, y con un pregón público que manifestaba su delito... e invitándole todos le dieron con una porra en la cabeza hasta que lo mataron”.⁽⁷⁾

c) La organización judicial.

La administración de justicia para los pueblos del *Anáhuac*, no rigió uniformemente, puesto que constituían, agrupaciones diferentes y por tanto su sistema de gobierno era también distinto, las normas jurídicas y la organización de sus tribunales pudieron tener algunas semejanzas, pero la administración de justicia era algo propio de cada pueblo.

En el reino de México, el rey era la máxima autoridad judicial y delegaba sus funciones a un magistrado supremo que además de conocer asuntos de carácter civil, estaba facultado para conocer y fallar en definitiva, las apelaciones en materia criminal: también se encargaba de nombrar a un magistrado para ejerciera iguales atribuciones en las ciudades lejanas sujetas al reino, con un número considerable de habitantes, este magistrado, designaba en

(6) TOSCANO, Salvador. Derecho y Organización de los Aztecas. Op. Cit. pp. 26-27

(7) Ibidem. P. 24

sus respectivos territorios, a los tribunales inferiores que eran colegiados, conformados de tres o cuatro jueces encargados de conocer los asuntos civiles y criminales. Donde sus fallos eran apelables ante el magistrado supremo de la ciudad de México.

El mecanismo se desarrollaba de la siguiente manera: Si en un barrio acontecía un asunto leve civil o penal, conocía del mismo, el juez del barrio y resolvía los procesos en forma sumaria; pero si el asunto era mas grave, entonces él podía iniciar las primeras diligencias, pero el encargado de dictar sentencia era el tribunal colegiado. También este tribunal conocía de asuntos civiles, de cuantía o de importancia y sus sentencias eran inapelables. El magistrado supremo estaba al frente de todas estas autoridades, cuya palabra en asuntos de índole criminal era definitiva.

La organización de los tribunales de Texcoco, fue distinta de los aztecas, pues en el reino texcocano, el rey era el magistrado supremo; el nombraba a los jueces que estaban al frente de las diversas salas que estaban en su palacio, destinadas a la administración de justicia; una para la materia civil, otra para los asuntos penales y la ultima para los asuntos de carácter militar. En los mercados si se suscitaba alguna controversia, contaban con un tribunal dedicado exclusivamente a resolver los problemas que surgieran entre vendedores y compradores. Cada sala contaba con cuatro jueces y tenían bajo su mando escribanos y ejecutores. Los fallos de estos jueces eran apelables ante el monarca, quien se asistía de dos jueces o de trece nobles muy calificados para sentenciar en definitiva.

También habían tribunales especiales en la triple alianza, destinados a conocer asuntos relacionados con los militares o la nobleza.⁽⁸⁾

El derecho procesal.

El derecho procesal azteca, a diferencia de cualquier derecho evolucionado, solo juzgó el hecho y se desligo definitivamente de la culpa, lo que quiere decir que desconocían la tentativa: la responsabilidad nace por el resultado. Este sistema castigaba todo delito. Encontrando el principio germano “ningún crimen sin castigo”.

(8) MENDIETA NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Op. Cit. pp. 18-20

El procedimiento es acusatorio, y solamente los ofendidos podían exponer directamente su querrela o acusación, presentaban sus pruebas, para que en el momento señalado formularan sus alegatos.

Las pruebas más usuales eran: el testimonio, la confesión, los indicios, los careos y la documental. Aunque se afirma que en materia penal, tenía preponderancia, la testimonial y solamente para los casos de adulterio o cuando existía la sospecha de que se había cometido algún otro delito grave, se permitía el tormento para obtener la confesión.

Finalmente diremos que el proceso tenía una duración de cuatro meses aztecas (ochenta días), eran tiempos improrrogables, donde sus sentencias se dictaban por unanimidad o por mayoría de votos, demostrando siempre prontitud y rectitud en la justicia.⁽⁹⁾

El derecho penal de la triple alianza.

Aunque las leyes de la capital regían a través de todo el imperio, no obstante, en algunas de las provincias se modificaban mucho, debido a que los mexicanos no obligaban a las naciones conquistadas a hablar el idioma de la corte, ni les exigía a adoptar todas sus leyes.

Por ejemplo: la legislatura de *Acolhuacan*, se diferenciaba en muchos detalles de la mexicana, pues las leyes de Texcoco eran mas rigurosas. Situación que es difícil de entender, pues es bien sabido que fue un reino inclinado a las artes pacíficas, pero todo esto, no pudo persuadir la severidad de su derecho penal es decir tenían un sistema penal casi draconiano.* Los tlaxcaltecas, adoptaron la mayor parte de las leyes texcocanas.

Para muchos, el Derecho prehispánico, significo un Derecho bárbaro e inadecuado. Pero ese sistema legal severo, fue producto de una larga evolución social de creencias, de todos los hábitos populares y de las circunstancias que atravesaron cada uno de los pueblos a los que hemos hecho referencia.

(9) TOSCANO, Salvador. Derecho y Organización de los aztecas. Op. Cit. pp. 27-29

Gracias a esa disciplina jurídica, que tenían pudieron sostenerse aquellas sociedades primitivas en un estado de orden y moralidad en sus relaciones jurídicas, no obstante los vicios radicales de su constitución política.

El Derecho penal azteca, descansaba en la idea de la necesidad de un orden social y quien lo alterara quedaba fuera de la paz de su *gens*. Esa producción antijurídica fue la que provoco inicialmente la venganza privada, o, en último término la del clan. Pero siempre ante la disyuntiva que existía entre la democracia de sangre y los medios que debe utilizar el estado para hacer prevalecer la paz en el grupo, se estuvo ante la necesidad de crear instituciones del Estado encargadas de vigilar el orden entre sus miembros y que en el caso de que se estuviera ante la responsabilidad de un hecho y se hubiera producido el mal, se justificaba la pena, para mantener la seguridad y la paz

Los aztecas usaron como penas: la muerte, las corporales (azotes, marcas, mutilaciones), esclavitud, prisión**, infamación, suspensión o privación de funciones y derechos, confinamiento y extradición, y penas pecuniarias.

Como podemos observar, era muy amplia la aplicación de sanciones para castigar a las personas que cometieran actos considerados como delitos.⁽¹⁰⁾

d) Delitos castigados con la pena de muerte.

Los cronistas e historiadores nos indican las costumbres observadas en los reinos de Acolhuacán, México y Tacuba, en materia criminal muy pronto se convirtieron en leyes para regir todos los aspectos de la vida y del gobierno. Sabemos que algunos de los valores mas importantes de aquella sociedad era: el respeto a la vida y el bien de la comunidad, a la cual cada individuo tenía que contribuir con su esfuerzo. Por eso es que la mayoría de los delitos que atentaran contra la vida y la sociedad, eran castigados con la última pena (la muerte). En general esta sanción significo un terrible ejemplo que cohibía a las masas; su fin era mantener el orden y la disciplina.

(10) PÉRES DE LOS REYES, Marco Antonio. Historia del Derecho Mexicano. Op. Cit. p. 129

* Dracón, fue un legislador ateniense cuyas leyes eran tan severas que solía decir que estaban escritas con sangre. Es proverbial dicha severidad.

** MENDITA NÚÑEZ, Lucio, comenta en su obra El Derecho Colonial, Op. Cit. p. 28, que la riña se castigaba con cárcel.

La aplicación de la pena de muerte, era muy variada, desde el descuartizamiento, la cremación en vida, hasta la decapitación, el estrangulamiento, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaetamiento y otros mas.

Delitos contra la seguridad de la patria o Imperio.

Los delitos que se cometían contra la patria: traición, espionaje, rebeldía, asilo a miembro de nación enemiga, abandono de deberes militares, etc., eran ilícitos que se castigaban con descuartizamiento, confiscación, degollamiento, esclavitud e infamación, parece que muchas de las veces hasta se combinaron para reprimir aquellos delitos que iban en contra de esa rígida patria militar.

La traición a la patria o al reino. Fue uno de los delitos que se castigaba de la manera mas brutal. El que era sorprendido en la comisión de este, lo despedazaban vivo, cortaban sus coyunturas con unos pedernales agudos y tiraban los miembros y pedazos que cortaban, a la gente que ahí se encontraba presenciando el hecho, con el fin de no se les olvidara la manera en que se castigaba al traidor y jamás se atravesen a intentar semejante cosa. Si hubiere mas culpados en el hecho eran ahorcados, y los bienes de todos los implicados eran dados conforme los sacaban de las propiedades, o de las casas derribadas y sembradas de salitre y las tierras eran confiscadas para el rey quedando con sus descendientes como esclavos hasta el cuarto grado. (2a. Ordenanza de Netzahualcóyotl)

El espionaje. Era castigado con el degollamiento en un templo de Tenochtitlán.

La rebeldía y la agitación. Eran delitos, que cometían frecuentemente los caciques de las provincias lejanas, se castigaban con estrangulamiento del señor, además de confiscársele sus bienes y la reducción de esclavitud a sus familiares. (Códice Mendocino). También se castigaba a los revoltosos o proveedores de disturbios entre un reino y otro, el culpable, era atado a un palo de encino, de manera de asador para ser expuesto al fuego. (Ixtlixochitl).

El asilo a miembro de nación enemiga o en estado de guerra. Se castigaba con la muerte a quien diera asilo al enemigo: descuartizándolo y echando sus

pedazos en el tianguis o mercado para el juego de los niños, eran confiscados sus bienes y su hogar infamado. (5a. Ordenanza de Netzahualcóyotl)

El abandono de deberes militares. Se castigaba el incumplimiento, la insubordinación, la indisciplina, el abandono del puesto, el hurto de cautivos de guerra o prisioneros así como aquellos que trajeran informes falsos o inexactos. Todos estos delitos se castigaban con la pena de muerte.⁽¹¹⁾

Delitos contra la moral pública.

La embriaguez. El licor destilado del agave, el pulque, fue considerado como un factor, que hacia que el que lo tomara perdiera la razón y el juicio, era pues, la base y el principio de todo mal y de toda perdición, porque el vino *uctli* y la embriaguez eran la causa de toda discordia y alteración.

Esta bebida solo fue permitida entre los ancianos, pues se le tenía como bueno para la sangre y el fortalecimiento de las arterias cansadas. Cuando este, era consumido por sacerdotes o jueces, el delito era causa de represión o destitución en caso de reincidencia.

En los jóvenes, la embriaguez, fue un delito que se castigaba con la pena capital: si el joven era *macehual*, dice Sahagún, se le daba muerte pública en el *tepuchcalli*, pero si se trataba de un noble, se le ahogaba en secreto.

Los atentados contra la castidad. El quebrantamiento de castidad, cometido por un sacerdote, se le castigaba de forma muy sangrienta, toda vez que la muerte era causada por garrote o incineración, previa confiscación de sus bienes (Alcóbiz).

El escándalo. A los que eran causa de un escándalo, principalmente en los mercados, o lugares públicos, se les hacia morir por ello.

La prostitución. En Texcoco, con Netzahualcóyotl y su sucesor Nezahualpilt-zintli, se castigaba con la muerte a las ramerías; tal rigidez no fue permitida en otros lugares.

(11) HEMBERT, Espencer. Los Antiguos Mexicanos. Edit. Innovación, México, 1996, pp.27-34

Los proxenetas. (Los alcahuetes). En Texcoco, Netzahualcóyotl, en su ley 15 establecía la muerte para el proxeneta de la mujer casada, aún cuando no llegase a consumarse el adulterio. Y define claramente “que si alguno o alguna alcahuetease a mujer casada, muriese por ello”.

Delitos cometidos por funcionarios públicos.

Algunas leyes atribuidas a Netzahualcóyotl, señalan que se debía castigar, a los embajadores que tenían a su cargo el llevar órdenes o instrucciones, la desobediencia o el volver sin respuesta, merecía pena de muerte por degollamiento. Igual castigo sufrían los recaudadores, *calpixques*, según las Veinte Ordenanzas de Netzahualcóyotl, aquellos que cobraban más de lo que estaba indicado en el pago del tributo o que presentaran malas cuentas.

Delito de cohecho. Las leyes penales aztecas, para los casos de judicatura, fueron muy estrictas, se penaba la demora en los términos del juicio, parcialidad, etc. Aspectos que se vieron reflejados en la aplicación de la pena, pues esta iba desde la destitución hasta la muerte. Son innumerables las historias texcocanas, que se cuentan en torno a Netzahualpilli “a otro juez mandó a matar porque favoreció a un caballero contra un villano”.

Delito de usurpación de funciones. Las leyes de Alcóbiz, hablan de la pena de muerte, que se aplicaba, a los salteadores de caminos que se hacían pasar por embajadores, o por usar mantos o insignias de la nobleza o de milicia, de hacerlo, eran castigados con la lapidación pública.(Mendieta, Tezozomoc, Ixtlizochotl, etc.), pues ningún plebeyo podía usar los chachihuites, yetls, bordones e indumentarias de los señores caciques.

Delitos contra la libertad y seguridad de las personas.

Cuando un raptor se apoderaba de un niño por la fuerza, la pena era la estrangulación, según la ley de Netzahualcóyotl

La hechicería. Los hechiceros y brujas eran castigados con la muerte cuando causaban alguna desgracia. Si se sorprendía a una persona haciendo hechizos, o dándolo por palabras, o queriendo matar a una persona, era sentenciada a pena de muerte y sus bienes fuesen dados a sacamano. (15ª. Ordenanza de Netzahualcóyotl).

Delitos contra la vida e integridad corporal.

El homicidio. Fue castigado con pena de muerte: “que si alguna persona matase a otra fuese muerto por ello” así lo marca la sexta Ordenanza de Netzahualcóyotl. El concepto jurídico que se tenía sobre este delito, era muy primitivo, definición que encierra de algún modo la idea de venganza, sin que se sepa si había existencia de calificativas o atenuantes que modificaran la penalidad.

El envenenamiento. Provocado con bebedizos, se castigaba igual que el homicidio.

El aborto. Fue castigado con suma severidad, debido a que esa sociedad intuía secretamente que el fin del amor es la vida misma- por esa razón es que se condenaba a la mujer que tomaba bebedizos para provocarse un aborto, la misma pena sufría el médico o hechicero que asistían a la mujer preñada para que abortara.

Sin embargo, se ha sabido que estaban permitidos algunos infanticidios, esto es, por que el hijo hubiera nacido en días inútiles o aciagos; aunque también podía suceder por el nacimiento de mellizos.

Delitos contra la propiedad

El robo. El que cometiera un delito de esta índole, podía ser castigado con la pena de muerte o con la esclavitud, esto dependía de la cuantía de lo robado. Si se trataba del robo de mas de veinte mazorcas, la pena era de muerte. Un agravante para este delito, era el hecho de adormecer a la persona a la que se le iba a robar pues en este caso el ladrón “hechicero” era condenado a muerte, ahorcándolo públicamente.

También era un agravante que se robara en el tianguis o mercado, pues al que sorprendieran ejecutando un robo en este lugar lo mataban a pedradas. (Historia de los mexicanos en sus pinturas).⁽¹²⁾

(12) MENDIETA NÚÑEZ, Lucio. El derecho Precolonial. Op. Cit. pp. 26-30

El robo de prisioneros de guerra, se consideraba como un robo calificado, pues según la religión el capturador era el único que podía sacrificar al prisionero (Mendieta). Otro robo calificado fue el que realizaban los salteadores de caminos (Alcobiz).

El robo de determinadas cosas era castigado con la última pena, por ejemplo las insignias (*chalchihuites, yeltls*) de los señores caciques y que ningún *macehual* u “hombre bajo podía tener”.

El que en el mercado variaba las medidas establecidas por los magistrados era reo de felonía, y ajusticiado sin tardanza en el mismo lugar. La reincidencia, producía una agravación de la pena en el robo, pues si en un primer robo se había fijado la esclavitud como castigo, se aplicaba después la pena última.

La malversación. Aunque fuera hecha por el propio hijo, en la fortuna de su padre, era considerado como robo y por lo tanto castigado con la muerte. Torquemada, nos dice que el plebeyo era reducido a la esclavitud, en tanto que el noble era ahorcado secretamente.

Delitos cometidos contra la propiedad inmueble.

Se podía cometer un delito contra la propiedad, cuando se atentaba contra los límites o linderos, ya fuera quitando o moviendo los mojones y términos o señales de la tierra y heredades, al actor de dicho delito se le castigaba con la pena de muerte. (Alcobiz).

Delitos Sexuales.

El incesto. El enlace entre personas consanguíneas, estaba prohibido, aún para la alta nobleza: “No podían tomar como mujer a sus hermanas, ni aún al rey, dice Pomar, y el que era tomado en este incesto, o con su propia madre, incurría en pena de muerte, la cual se ejecutaba en unos y otros” por ahorcamiento. Se penaba, el trato sexual entre padres e hijos, entre hermanos, y aún era considerado como delito afín el trato sexual entre madrastra y el hijo, o entre el cuñado y la suegra.

La violación. Para este delito la pena era la muerte; a excepción de que se tratara de una ramera (prostituta), que por el hecho de ser una mujer de mala

vida, no se consideraba que pudiera ser afectada en su persona y dignidad humana.

El adulterio. Fue un delito que se castigo en un principio con penas infamantes, para mas tarde castigarlo con la muerte pública. Sin embargo para poder condenar, se tenía que haber llevado un juicio donde se dictara sentencia, pues ni en el caso de que hubiera existido la flagrancia, el ofendido no podía vengarse de propia mano porque según los mexicanos, usurpaba la autoridad de los magistrados. Para este delito, no bastaban las sospechas, pues aparte de la acusación del marido debería haber testigos y la confesión de los malhechores.

A las adúlteras se les empalaba; mientras que a su cómplice se le amarraba de pies y manos sobre una piedra larga, para que el marido le aplastara la cabeza con una gran piedra. En relación a la concurrencia de delitos, se tenía establecido, que si un adúltero mataba al esposo, era quemado vivo, siendo rociado con agua y sal.

La sodomía. Considerado delito contra natura, era fría y cruelmente castigados. Bernal y Mota Padilla, dieron una clara explicación de lo extendido que se hallaba esta practica entre los indígenas, especialmente entre los totonacas. Era tratado en forma despreciable el que incurría en esta practica, y la mayor afrenta era llamarlos: a la mujer *patlache* y el hombre *cuilón*; eran igualmente condenados a muerte por los tribunales aztecas. Ixtlixochil, nos ha descrito con claridad la manera en que se ejecutaba el castigo a los que cometían este delito “ El pecado nefando se castigaba de dos maneras: al que hacía funciones de hembra, por las partes bajas les sacaban las entrañas, atado de un madero y los muchachos de la ciudad lo cubrían de ceniza hasta sepultarlo de bajo de ella, y después sobre esto ponían mucha leña y le daban fuego.; al que hacía funciones de varón lo cubrían de ceniza; de suerte que venía a quedar atado de un madero, hasta que allí moría”.

El Derecho penal Maya.

Por la información histórica que se tiene, sabemos que la región maya, estaba gobernada por un *balach vinic*, “hombre verdadero”, también llamado *ahau*, señor, que pertenecía a la clase noble y cuyo cargo era hereditario. Gozaba de amplias facultades, tanto en el área civil como en lo religioso, además de contar con el asesoramiento de un consejo de Estado, llamado *ah cuch cab*,

“cargador del pueblo”, constituido por sacerdotes y jefes de alto rango. En las ciudades dependientes, el ahau, había designado un gobernador el “*batab*”, desempeñando funciones civiles, militares, y judiciales. Además de administrar y recaudar tributos para el señor. También a estos gobernantes de las provincias, les asistía un consejo, también llamado *ah cuch cab*, compuesto por jefes de las parcialidades o barrios.

El pueblo maya era pacífico, gobernado por leyes y buenas costumbres, con un profundo sentimiento de justicia. Con un sentido de la vida más refinado y una concepción metafísica del mundo más profunda.⁽¹³⁾

La jurisdicción en todo el Estado, residía fundamentalmente en el *ahau*, él delegó en los *batabes*, la jurisdicción en cada pueblo, resolviendo problemas de índole colectivo; por ejemplo, si el daño afectaba a un individuo de otro pueblo, para evitar conflictos que pudieran afectar las buenas relaciones entre estos dos pueblos, el *batab* daba satisfacción a su colega, siempre que el daño fuera producto de una falta o de un delito involuntario.

Por las crónicas de especialistas, se desprende que si existieron verdaderos jueces, funcionarios, para oír pleitos. Diego López de Cogolludo, nos da una amplia explicación de la organización judicial de los habitantes de Yucatán. Nos señala que había otros ministros, que eran como abogados o alguaciles, y asistían siempre en presencia de los jueces y se destacaba su participación durante las audiencias. Tal afirmación nos sugiere una estructura judicial, con diferentes funciones. Donde los ministros recibían regalos por parte de los contendientes, como retribución a su ejercicio ministerial.

La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos y que tenía por nombre *popilva*. Era un Derecho que estaba caracterizado por la extrema rigidez de sus sanciones. Diego de Landa, nos dice que la penalidad entre los mayas era semejante a la de los reinos coaligados de México, en la mayoría de los casos similar. Y como los aztecas, castigaban toda conducta que lesionara las buenas costumbres, la paz y la tranquilidad social.

(13) RUZ, Alberto. El Pueblo Maya. Edit. Salvat Mexicana de Ediciones, México, 1981, pp. 135-136

Los juicios se llevaban acabo en una sola instancia, no existiendo ningún recurso ordinario ni extraordinario. Por eso se dice que la justicia de los mayas era severa, inflexible y sin apelación. Las pruebas que se llevaban acabo, Landa dice, las que probablemente se utilizaron fueron: la confesión, refiriéndose a los casos de peligro de muerte, donde, “confesaban sus pecados o flaquezas”, hecho que nos confirma el valor que tenían las confesiones, y que no sería raro que se hubieran utilizado en materia judicial. también se efectuaban las pruebas testimoniales; y la presuncional, dado que, se maldecía a todo aquel que dijera mentiras.

Los delitos tuvieron una clara diferencia entre, aquellos que se cometían en forma involuntaria y los voluntarios. Los primeros, por ejemplo señalaban, el homicidio accidental, el suicidio de un hombre o una mujer por culpa de su cónyuge, el incendio causal de casas, colmenas o trojes, cosa que sucedía con cierta frecuencia. Para estos casos la administración de justicia era benévola, pues si el culpable no tenia medios económicos para la reparación del daño, sus parientes y amigos, podían ayudarlo.

Caso contrario ocurría con los delitos que se hubieran efectuado con malicia (intencionalmente), pues para estos efectos la solución se llevaba a efecto con sangre y puñaladas.

Delitos castigados con la pena de muerte en el pueblo Maya.

Entre los mayas, aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se aplicaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones.

La traición a la patria. Era castigada con la pena de muerte. A los traidores a los súbditos (de Ah Chac Cocom) primeramente los arrojaron en las cuevas y destruyeron los ojos en la gran cueva de la comadreja.

El adulterio. El adúltero recibía un castigo ejemplar, pero el marido ofendido podía perdonar al culpable, quien quedaba libre. Pero en caso de no ser perdonado la muerte se llevaba acabo por lapidación o a flechazos. Una vez que se hubieran realizado la pesquisas y se hubiera comprobado la culpabilidad, se juntaban los principales en la casa del señor, traían al adúltero, a quien se le ataba a un palo, después se lo entregaban al marido ofendido, para que este lo

matara, dejándole caer una piedra desde una parte alta sobre la cabeza. Por lo que toca a la mujer culpable, también se le podía condenar a muerte, pero generalmente se le exponía a la vergüenza pública.

La violación. La lapidación, también se aplicaba a los violadores y los que cometían estupro. En este caso se reunía la población para tomar parte en la ejecución. El coraje con el que lo hacían podía deberse a la rígida moral que llevaban los mayas y con estos delitos sexuales, la sociedad se sentía agredida.

El Homicidio. Para este delito, la pena era la del talión. El *batab*, la hacía cumplir. Pero si el reo lograba fugarse, los familiares tenían el derecho de perseguirle por el tiempo que fuera necesario y matarlo.

El incendio doloso. El culpable del incendio intencional, era castigado con la pena de muerte.

La sodomía. Entre los mayas, era un delito grave y los culpables eran quemados en el horno.

Como se puede apreciar, los mayas y los aztecas, carecían de casas de detención y cárceles, así que las jaulas que utilizaban, servían únicamente para esperar la ejecución de la pena de muerte.⁽¹⁴⁾

IV. 2. La pena de muerte en el Derecho colonial.

Con la conquista, da inicio una nueva etapa en la historia de México. Este acontecimiento, puso en contacto a dos grupos de razas, tan distintas en grados de cultura y civilización, dio como resultado, por una parte el que se estancara el desarrollo de los pueblos prehispánicos y por el otro, el surgimiento de una nación sometida políticamente a España.

La fusión de elementos indígenas y europeos trajo como consecuencia, la aparición de la Nueva España, cuya estructura política, social, económica, cultural y religiosa, le permitió a la Corona Española colocarse en un grado de superioridad, donde el español, fue el amo y señor, reduciendo al indio a la categoría de siervo; aún cuando en la misma legislación se hubiera proclamado

(14) *Ibidem.* pp. 137-138

la libertad del hombre con la posibilidad de emancipación y elevación social, por medio de la virtud, el estudio y el trabajo.⁽¹⁵⁾

Desde el año 1521 hasta 1821 nuestro país estuvo gobernado por el rey de Castilla, a quien por haber sido al mismo tiempo monarca de los demás reinos españoles se le denomina comúnmente rey de España. a este periodo de 300 años en el que españoles dominaron México, se le denomina o conoce indistintamente con los nombres de periodo: colonial, hispánico, novohispánico, virreinal o dominación española. Pues bien, al igual que acontece en cualquier sistema gubernamental; el rey de España, también tuvo que gobernar a los demás países que ahora llamamos hispanoamericanos y Filipinas.

En la conquista, la religión jugo un papel muy importante, como lo había sido en las pueblos prehispánicos. El clero se dedico a evangelizar, es decir la conversión de la fe de los indígenas al cristianismo, pues el Papa les confirió esa misión. Por su parte, el rey de España, como dueño y mandatario de las nuevas tierras se hacia sentir y ver a sus nuevos súbditos que el era representante de "Dios en la tierra", ya que el mismo reconocía que la base de su dominio sobre el territorio de las Indias, su gente, así como toda su organización procedía de una donación divina -con intermediación papal- lo cual lo obligaba, mas que a ningún otro príncipe, a servir a Dios y a proteger su Iglesia, comprometido a aumentar el número y calidad de fieles que la formaban y tomándola bajo su "patronato" y castigando con toda su energía terrenal los extravíos.⁽¹⁶⁾

Así, el rey tomaba decisiones de acuerdo a lo que Dios le indicaba, en bien de su reino y de su nueva colonia a la que nombro Nueva España.

No es difícil imaginar, lo complicado que fue para los reyes españoles, la organización y administración territorial de las nuevas colonias, debido a los numerosos obstáculos con los que se encontró. Por un lado, la resistencia indígena y por el otro la codicia de sus mismos funcionarios que robaban a la corona (parte del tributo indiano), así como la gran extensión territorial que abarcaba las nuevas colonias. Por último no hay que olvidarnos de la distancia

(15) MACEDO, Miguel. S. Apuntes Para el Derecho Penal Mexicano, México, 1931. p. 11-13

(16) DE LAS LEYES DE LAS INDIAS. Antología de la recopilación. Selección, Estudio e Introducción por Sarmiento, Alberto. Edit. Secretaria de Educación Pública, México, 1989., P. 25

que había entre España y las colonias conquistadas, lo que hacía complicado gobernar desde aquel lugar y como es sabido, en los trescientos años que duró la época colonial, ninguno de los reyes vinieron América.

El gobierno de la Nueva España.

Cuando Hernán Cortés y sus hombres ocuparon el Valle de México, asumieron el mando sobre el territorio conquistado, aunque es preciso aclarar que para ellos no paso desapercibido la forma en que operaba esta sociedad indígena, ordenada en su trabajo colectivo, viviendo bajo un régimen legal y una estructura política que en nada envidiaría a los sistemas políticos europeos, incluso en algunos aspectos superior a estos.

Los reyes de España, crearon diversos organismos, para poder ejercer el gobierno en tierras americanas. La máxima autoridad después del monarca, lo tenía el *Real y Supremo Consejo de Indias*, el cual empezó a funcionar como una sección del Consejo de Castilla desde el año 1519, ya en el año 1524 adquirió plena independencia.

Al Consejo de Indias, correspondía el gobierno político y administrativo, también les tocaba tomar decisiones en última instancia en los asuntos judiciales, civiles y criminales que le remitieran las audiencias de América, también este órgano se encargaba de designar los funcionarios de Indias; el presentar a la Santa Sede, los obispos y Arzobispos; disponer la salida de flotas para la exploración, descubrimientos y conquista de nuevos territorios. Cuidar la Hacienda Colonial y sobre todo el buen cuidado y tratamiento de los indios.

Cortés, como delegado real y capitán general, sentó las bases de la organización política y administrativa mexicana.

Los gobernadores, fueron los representantes del Estado español, en las regiones vastas y alejadas del nuevo territorio. En las zonas mas pequeñas y poblaciones principales, actuaban los alcaldes mayores y los corregidores.

El sistema municipal español es instaurado en América y se crea un primer ayuntamiento para después implantarlos en otras ciudades importantes. El municipio fue el medio a través del cual fueron gobernadas las ciudades, era la representación de “un espíritu democrático” De esa manera la Nueva España

estuvo dividida en municipios, reinos y gobernaciones con sus provincias. Esta división sufrió constantes cambios siendo el mas importante, la división en intendencias. Cada provincia estaba dividida distritos o partidos. Cada reino tenía su capital, y el jefe administrativo de cada ciudad era el corregidor este a su vez tenía que colaborar con las autoridades municipales nombradas por la comunidad.

Se pretendió instaurar un sistema de gobierno que se asemejara al español, con la máxima autoridad que era el rey (representante de Dios en tierra), representado a su vez, en la Nueva España por los virreyes (desde 1535) que en un principio bajo su autoridad suprema quedaron sujetas todas las autoridades civiles y administrativas y tiempo después también presidieron la Real Audiencia. El virrey fue el capitán general quien debía velar por la defensa y seguridad del reino, a su vez ejerció el Vicepatronato de la Iglesia y fue en el siglo XVIII que se le dio el título de Superintendente de la Real audiencia, con duración en el cargo de 5 años. Pero hubo también otras autoridades autónomas de estos últimos, responsables únicamente ante la corona como: los adelantados, los capitanes generales y los presidentes. Por debajo de estos encontramos a dos tipos de administradores:

a) en las provincias, el jefe administrativo y judicial era el gobernador

b) en los distritos o ciudades encontramos corregidores o alcaldes mayores; también varias instituciones con funciones importantes, en donde predomina la centralización gubernativa para los fines que perseguía el Estado español, la organización que se obtuvo se decía perfecta ya que todo estaba sujeta a un sistema de frenos y contrapesos. los funcionarios de toda índole se veían sometidos a la más estricta observancia.⁽¹⁷⁾

Leyes del período Colonial

Las leyes y disposiciones que rigieron la colonización y la administración de justicia en la Nueva España, giraron en torno de aquella rica tradición jurídica, establecida España, a través del Derecho Romano y el Canónico, plasmados en los

(17) QUIRARTE, Martín. Visión Panorámica de la Historia de México, Edit. Porrúa, México 1967. pp. 17-18

diversos códigos españoles y trasladados a las tierras conquistadas para regular la vida jurídica de los pueblos indígenas.

Por lo que toca a las leyes de esta época, los españoles, no tomaron en cuenta la legislación de los grupos indígenas en el nuevo sistema jurídico, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la recopilación de las Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue totalmente europea.

Para el Derecho colonial se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida también con el nombre de Leyes de Toro; estas estuvieron en vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes Indias. Recuérdese, sin embargo, que antes hubo dos recopilaciones, una ordenada por el virrey don Luis de Velazco (Cedulario de Puga, 1563) y otra hecha por mandato del rey Felipe II (colección de Ovando, 1571), en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos acordados, la Nueva y la Novísima Recopilación y a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de intendentes y las de gremios.

Como podemos observar, la vida jurídica de la Nueva España estuvo regulada por un conjunto de Cédulas Reales y disposiciones especiales, surgidas de las necesidades y realidades que se presentaron en la Colonia y que sirvieron también para suplir las lagunas de la legislación metropolitana, normas que codificadas y sustentadas en la severa doctrina dieron lugar a la Recopilación de las Leyes de Indias.⁽¹⁸⁾

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajos en minas y de azotes todo por procedimientos sumarios, "excusado de tiempo y proceso". Para los indios las leyes fueron mas benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por

(18) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Op. Cit. p.44

excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; solo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga.

Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

Tribunales durante la época colonial.

Durante la Colonia, el desenvolvimiento de la vida en sus diversos órdenes, requirió, indispensablemente, el que se tomaran medidas encaminadas a frenar toda conducta lesiva que interrumpiera la estabilidad social y a los intereses de la corona española en su nuevo dominio.

Para la investigación del delito, en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implantaron: el Tribunal del santo Oficio de la Inquisición, la Audiencia, el Tribunal de la Acordada, Tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros mas.

El malestar constante, fincado en la impunidad y la falta de garantías para la vida y la propiedad, provocaba alarma general, por eso, en la fundación de tribunales con procedimientos especiales y novedosos se cifraba una nueva esperanza de bienestar y paz social.

a) Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Tribunal eclesiástico, instituido por el Papa Inocencio III en el año de 1199, erigido para reprimir la herejía de los albigenses (secta religiosa que se propagó hacia el siglo XI) o ciudadanos. Esta institución se extendió por Francia, Italia, España y por supuesto a las Colonias que poseían estos países, como lo fue la Nueva España. Este tribunal, a mas de conocer los delitos contra la fe, los inquisidores se ocupaban de mantener las buenas costumbres y la moral sexual.

En América, el establecimiento de la inquisición era urgente, para erradicar todo peligro e injerencia capaz de romper la unidad de la fe y la evangelizadora tarea en pro de los indígenas.

En 1519, se designaron, primeros inquisidores, con competencia en todas las Indias a Fray Pedro de Córdoba y al obispo de Puerto Rico, Alfonso Manso, mismos que nombraron notarios fiscales y al resto del personal que fuera necesario.

El poder inquisitorial, llegó a la Nueva España con los primeros eclesiásticos que vinieron con Cortés y se ejerció, casi de inmediato, después de la conquista. Comisarios franciscanos y dominicanos, con potestad delegada por la orden de Santo Domingo, la realizaron.⁽¹⁹⁾

En el año 1526, cuando llegó fray Tomás Ortiz con los primeros dominicos, fue designado inquisidor. Durante el tiempo que estuvo en funciones, no ejerció en ningún momento el oficio de inquisidor y cuando se trasladó a España para traer religiosos en el año 1527, dejó en su lugar a Domingo de Betanzos, quien desempeñó el oficio de inquisidor, en 19 procesos contra blasfemos, actuando Sebastián de Arriaga como fiscal, y en algunos casos Rodrigo Torres como juez, o fray Toribio de Motolinía quien fungió como juez en una sola ocasión.

En el año de 1528, arribó a Veracruz Fray Vicente de Santa María, vicario general de la Orden de Santo Domingo, el cual fue electo superior del convento de México, y en consecuencia recibe también el título de comisario del citado Tribunal.

Una nueva etapa de la primitiva inquisición novohispana, se inició con la designación de Fray Juan de Zumárraga como inquisidor apostólico el 27 de junio de 1535, por el inquisidor de España, don Alfonso Manrique. Durante sus funciones, Zumárraga, no usó el título de inquisidor apostólico, ni estableció el tribunal en forma, aunque sí instaló una cárcel, nombró un alguacil y “formó proceso a un indio señor principal de Texcoco, probablemente nieto del rey Netzahualcóyotl, a quien hizo quemarlo vivo. Provocando con ello el enojo del inquisidor mayor de España, pues las indicaciones que le habían dado eran, el no ejercer violencia ni espanto en contra de aquellos a quienes aún, tenían pocos conocimientos en la fe de Jesucristo y en las doctrinas de la Iglesia.

(19) GONZÁLEZ OBREGÓN, Luis. México Viejo, Edit. Patria, México, 1945. pp. 101-102

Comenta Icazbalceta, que este fue el motivo, por el cual se prohibió al santo Oficio, que conociera de las causas de los indios y para los casos que fueran materia de fe, el juez conocedor, sería el ordinario.

El proceder de Zumarraga, causó tanto disgusto, que le fue retirado el título de Inquisidor, de un modo indirecto, nombraron en su lugar el 18 de julio de 1543 a don Francisco Tello de Sandoval, que llegó de visitador en 1545. Durante su estancia en este lugar no se tiene conocimiento de que haya efectuado algún proceso Inquisitorial.

La mayor parte de los procesos que se instruyeron en 1571, fueron por blasfemia y bigamia y es importante advertir que muy pocos son los que ejercieron contra herejes.

Como hasta entonces, la forma en que había funcionado los procedimientos eran insuficientes para satisfacer la vigilancia que ejercía el "Santo Tribunal", sin contar con el creciente peligro que significaba el aumento de influencias judaicas y protestantes, además de todos aquellos vicios que surgían de aquella sociedad tan diversa, la cual reclamaba una represión firme y organizada que actuara dentro del marco legal. Por eso se hicieron infinidad de peticiones dirigidas al monarca para que se fundase en la Nueva España el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Finalmente, Felipe II por la Cedula Real del 25 de enero de 1569, crea el tribunal de la Inquisición en México.⁽²⁰⁾

Fue el 12 de septiembre de 1571, cuando llegaron a la ciudad de México don Pedro Moya de Contreras, nombrado inquisidor mayor, y desde ese momento se puede decir, que se estableció el Santo Oficio en Nueva España. El cual estaba integrado por

Inquisidores o jueces. Para este puesto de designaban a los frailes, clérigos y civiles.

Secretarios. Encargados de llevar acabo la función administrativa, el levantamiento de actas, la correspondencia y el archivo.

(20) Ibidem. pp. 102-105

Consultores. Estos decidían la suerte principal del acusado a través de la “consulta de fe”, que se les hacía cuando había sido oído el acusado, misma que según su criterio estaba sujeta a la aprobación o rectificación.

Promotor fiscal. A él le correspondía denunciar y perseguir a los herejes y enemigos de la iglesia, llevaba la voz acusatoria en los juicios, y para algunas funciones del tribunal era el conducto entre este y el Virrey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones y la fecha de celebración del “auto de fe”

Asistía también a los “autos de fe”, integrando la formación que para esos acontecimientos efectuaba todo el tribunal en el acto de ejecución.

Defensor. El abogado defensor, encargado de los actos de defensa; receptor y tesorero del aspecto económico, gastos y cuentas, así como también de la custodia de los bienes confiscados.

Otros funcionarios. Los familiares, eran personas que figuraban en forma honorífica y, además, ejercían funciones de policía, comunicando de inmediato todo aquello que interesara al proceso.

Los notarios. Refrenaban los actos de los juicios; los *escribanos*, llevaban los apuntes relacionados con las denuncias; los *alguaciles*, ejecutaban las aprehensiones; y los alcaldes tenían bajo su responsabilidad el cuidado de las cárceles y, por consiguiente, de los reos.⁽²¹⁾

Las penas que se aplicaban en este tribunal, eran las pecuniarias, corporales y hasta la misma muerte, fueron muy comunes y dado el sistema de denuncia bajo el cual actuaban era secreto, cometieron muchas veces, graves injusticias.

De la antigua inquisición hasta el año de 1596, período que abarca 74 años de historia, en la cual fueron relajados al brazo seccular 17 reos. Todos fueron condenados a ser quemados, pero ninguno de ellos vivo, esto se debió al arrepentimiento que mostraron, por esa razón, se les sometió a tormento por

(21) COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, undécima edición, Edit. Porrúa. México, 1989. pp. 28-29

garrote, o a ser ahogados, esta era la forma previa en que perdían la vida y después sus cadáveres eran expuestos al fuego de las hogueras.

El 22 de febrero de 1813, las cortes de Cádiz, suprimieron el tribunal de la inquisición en México; se dio a conocer esa determinación el 8 de junio del mismo año, pero el 21 de enero de 1814 Fernando VII, lo estableció nuevamente, y no fue hasta el 14 de junio de 1820 cuando se suprimió definitivamente.

b) La audiencia. Era el tribunal con funciones gubernamentales específicas, atribuciones generales para solucionar los problemas policíacos y los asuntos relacionados con la administración de justicia. Lo que quiere decir, que era la suprema corte en el virreinato, dividida en dos salas, civil y del crimen.

Las denuncias recibidas en España, en contra de la conducta observada por Hernán Cortes, sus subordinados y demás autoridades, entre otros factores, determinaron que el titular del poder real enviara a la Nueva España un juez residencial para que investigara y resolviera esos problemas, y aunque ya en época de Carlos V, a través de una Cedula, se había decretado la instalación de la Audiencia, fue hasta el 13 de diciembre de 1527, cuando se dictaron algunas instrucciones para integrarla.

En la Nueva España se instalaron dos: en la Ciudad de México y otro en Guadalajara; sus integrantes se regían en todo por las leyes de Indias y sólo en defecto de éstas, por leyes de Castilla.

Aunque, es importante aclarar que entre las funciones de la Audiencia, se encontraba la política y como tal la ejercía el consejo de Estado del virrey, participando también, en los asuntos de carácter legal o en los negocios que las funciones gubernamentales requerían.⁽²²⁾

Los funcionarios que integraban la Audiencia. En un principio, formaban parte de esta, cuatro oidores y un presidente, mas tarde: el virrey (fungía como presidente), ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales (uno para lo civil y otro para lo criminal), un alguacil mayor, un teniente de gran canciller y otros funcionarios de menor importancia.

(22) MACLACHLAN, Colin M. La Justicia Criminal del Siglo XVIII en México, Secretaria de Educación Pública, México, 1976, pp. 38-39

Oidores. Eran los encargados de realizar las investigaciones pertinentes hasta tener la certeza sobre todos los hechos y de esa manera emitían su sentencia pero tratándose del virrey o presidente, tenían prohibido evocarse a las mismas; suplían las faltas de los alcaldes para tenerse como validas necesitaban, por lo menos, ostentar dos firmas de los oidores.

Alcaldes del crimen. Intervenían en las causas criminales, en primera instancia, cuando los hechos los ejecutaban en un perímetro comprendido en cinco leguas del lugar de su adscripción; de hecho podían actuar, directamente, en las investigaciones de un asunto ocurrido en lugares en donde no había oidores, actuaban como tribunal unitario para causas leves; cuando se trataba de sentencias de muerte, mutilación de un miembro o pena corporal, se constituían en cuerpo colegiado, siendo necesario tres votos favorables o de acuerdo, para que una sentencia quedara firme y aunque era una facultad de la audiencia sentenciar las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones de los alcaldes del crimen, estos resolvían el recurso; en consecuencia, desvirtuaba la naturaleza del mismo, porque todas las funciones se encontraban en una sola persona. De hecho, la investigación y castigo de los delitos radicaba en estos funcionarios, quienes no respetaban las atribuciones de los demás integrantes de la Audiencia, realizaban toda clase de aprehensiones, excepto si se trataba del corregidor de la ciudad, a menos que lo autorizara el Virrey de la Nueva España.

Lo antes expuesto, dio lugar en el año 1568, a que se prohibiera a los oidores conocer de los asuntos criminales y, por lo tanto, se abstuvieran de portar “la vara de la justicia”.

El alguacil mayor con la colaboración de algunos otros funcionarios tenían bajo su responsabilidad la función policiaca.⁽²³⁾

Los funcionarios mencionados anteriormente, tenían facultades para conocer las “residencias” en contra de aquellas autoridades cuya conducta así lo ameritaba (a excepción de los virreyes, gobernadores y oidores) y designaban a los pesquisidores o jueces, exclusivamente para casos en que los encargados de administrar justicia local no cumplían con su deber.

(23) COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Op. Cit. pp. 30-31

El presidente y los oidores, tenían competencia para conocer causas civiles y criminales, en primera instancia y en grado de apelación.

La audiencia, era también órgano consultor de los virreyes, en los asuntos de carácter legal o en las negocios que las funciones gubernamentales requerían.

Juicio de Residencia. o simplemente Residencia, era un juicio de acción popular en donde se reunían todas las quejas concretas contra los exfuncionarios, “la cuenta que tomaba de los actos cumplidos por funcionario público al terminar el desempeño de su cargo”, se le llamo con ese nombre, debido a que el funcionario en contra de quien se seguía, debía residir en el lugar del juicio mientras se agotaban las investigaciones, haciéndose responsables de sus actos.

Los funcionarios que eran sometidos a este juicio en el Derecho indio, eran: virreyes, gobernadores, políticos, militares, intendentes, intendentes-corregidores, presidente de la audiencia, oidores, fiscales, protectores de naturales, intérpretes, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes y alguaciles de la Santa Hermandad, contadores, contadores factores, visitadores de Indios, jueces repartidores, tasadores de tribunos, veedores de funciones, ensayadores, mercaderes, fundidores y oficiales de las casas de moneda, depositarios generales, alguaciles mayores y sus tenientes alféreces reales, procuradores generales, comisarios del campo, mayordomos de la ciudad, mayordomos del hospital real, escribanos, oficiales de las armas de las indias y, en general, todos los demás funcionarios.

El proceso. el juicio de reincidencia constaba de dos partes, una secreta realizada de oficio, y otra pública, donde se tramitaban las denuncias de los particulares.

Para facilitar el pronto despacho de los juicios, habrían de ventilarse en donde el residenciado desempeñaba sus funciones para que los agraviados tuvieran facilidad de presentar testigos y otras pruebas.

Las sanciones. consistían en multas, inhabilitación perpetua o temporal para desempeñar cargos públicos y el destierro.⁽²⁴⁾

(24) Ibidem. pp. 32-34

c) *La santa hermandad.* Con el creciente número de mestizos y otras mezclas raciales, provenientes de orígenes mixtos, añadieron un elemento complejo a la simple división anterior que había entre los conquistadores y conquistados.

En tales circunstancias estos nuevos grupos, no pudieron encajar en ningún nivel de economía, pues no contaban con ninguna habilidad para formar parte de el gobierno, como artesanos, incluso para aquellos trabajos donde no fuera necesaria la mano de obra calificada, pues estos trabajos se cubrían perfectamente con la población indígena. En consecuencia surgieron grupos pequeños de vagabundos que recorrían el reino de la Nueva España, corrompiendo las costumbres de los indios. En tales circunstancias el crimen y la frustración se hizo parte de su existencia urbana.

Por eso en 1553, tratando de hacer frente al creciente desorden, la colonia se estableció la Santa Hermandad en la Nueva España para mantener el orden. Debido a la falta de residentes calificados, o por razones desconocidas, la organización resulto un desastre. En 1631 la corona intenta de nuevo reinstaurar la hermandad, pero ahora con un consejo municipal con voz y voto, con una posición similar a la del alcalde mayor. En ausencia del alcalde principal, el alcalde ordinario podía ejercer la jurisdicción de la hermandad. Así que el cargo de provincial de la hermandad se identifico estrechamente con el consejo municipal, esto fue lo que debilito a la agencia, en consecuencia muchos de los deberes de la hermandad quedaron sumergidos por las otras responsabilidades del consejo municipal.

La estructura judicial virreinal que mantenía el orden, se vio debilitada, cuando la población indígena comenzó a disminuir a consecuencia de la despoblación por enfermedades epidémicas europeas. Fue tan grande el desplome numérico en la población, que todas las clases y castas que la formaban tuvieron que llevar a cabo un ajuste social y económico.

Ante tal panorama, los jueces locales comenzaron a imponer sentencias de obraje por una variedad de crímenes, a menudo en coordinación con los dueños de las fabricas; lo que obligo a gran cantidad de indios a buscar protección con los propietarios de las tierras para que los incorporaran a su peonada, pues esta actividad se adecuaba mas a sus tradiciones indígenas que el trabajo de fabricas y minas.

Después de 1631 la capital vivió amenazada constantemente por el vicio, la vagancia y la constante subida de precios en los alimentos. Bajo estas circunstancias, la única alternativa para no morir de hambre era el bandidaje o cualquier forma de comportamiento irregular. Un viajero italiano Gemelli Carreri informó que había visto más de cuatrocientos prisioneros de todas las razas y mezclas, detenidos por hurto o robo, durante una inspección que realizó a una prisión virreinal. Carreri fue testigo de los castigos que se aplicaban al más puro estilo europeo, que iban desde azotes sin importar el sexo del sentenciado, la muerte en la horca o la mutilación.

Las organizaciones judiciales existentes no podían servir adecuadamente ni a la justicia ni al orden. Rehabilitar el sistema judicial que nunca había existido era tarea difícil. Este fue el panorama al que se enfrentaba el virrey Linares, él se encontraba imposibilitado para reformar el sistema y fue su sucesor el marqués de Valero, quien optó por establecer un nuevo tribunal independiente para administrar justicia criminal, evitando de esa manera una confrontación política con la Audiencia.

Valero, recurrió a un precedente histórico, es decir, formó la nueva institución judicial en base a la antigua jurisdicción de la hermandad, cuyas raíces habían significado un fracaso para las autoridades regulares por mantener el orden y parecía ser la solución ideal para rescatar al virreinato de la anarquía.⁽²⁵⁾

d) El tribunal de la acordada. Se llamo así porque la audiencia en acuerdo, es decir presidida por el virrey el marqués de Valero, lo estableció; principiando su actuación en 1710, con Miguel Velásquez de Lorea como alcalde provincial, quien haciendo una demostración de energía y entusiasmo se propuso implantar el orden. Muestra de ello fue el desalojo de bandidos que hizo en una hacienda de Valladolid, en donde los bandidos encontraron su fin en horcas improvisadas en árboles.⁽²⁶⁾

Aunque estos métodos eficaces de Velásquez, a la vista de cualquiera eran ilegales, el virrey Valero utilizó el Tribunal de la Acordada para que las sentencias de Velásquez fueran definitivas y lo eximió de tener que informar sobre sus veredictos a la sala del crimen.

(25) MACLACHLAN, Colín M. La Justicia criminal del siglo XVIII. Op. Cit. pp.54-56

(26) Ibidem. p. 56

Su funcionamiento procesal. La Acordada se integró con un juez o capitán llamado “juez de caminos”, por comisionarios y escribanos, con una competencia muy amplia, debido a que sólo así podía actuar de manera eficaz para cumplir su cometido.

Cabalgando al frente de sus hombres, el juez de la Acordada, fundamentalmente perseguía a los salteadores de caminos y de bandidos que tiempo atrás habían gozado de casi absoluta libertad. Cuando tenían alguna noticia sobre asalto o desórdenes en alguna comarca, llegaban haciendo sonar un clarín, se evocaban al conocimiento de los hechos delictuosos, instruía juicios sumarísimos, dictaban las sentencias y llevaban a efecto las ejecuciones a los pocos minutos de ser capturados los delincuentes.

Si se decretaba la pena de muerte, ahorcaban al sentenciado en el lugar de los hechos. Como horrible evidencia quedaba expuesto el cadáver colgado de un árbol para escarmiento, ya fuera, para los cómplices que no habían sido capturados o como advertencia para aquellos que tuvieran las mismas intenciones de cometer hechos de esa índole.

La rapidez de los juicios y la ejecución inmediata de la sanción, eran medidas fundamentales para provocar buena conducta o un sentimiento de recato en los habitantes del campo y prevenir los delitos. Con estos métodos utilizados, lograban restituir el orden, pues solo bastaba desplegar el estandarte de la Acordada frente a una columna, para que se garantizara la seguridad contra los bandidos.

Este tribunal era ambulante; no tenía sede fija, una vez juzgada y sentenciada una causa, sus integrantes abandonaban el lugar para constituirse en otro sitio e iniciar una verdadera persecución en contra de los malhechores.

Los fines esenciales de la Acordada, eran la prevención del delito y aunque consideraban que la exposición del cadáver provocaría intimidación en quienes delinquían o estaban propensos a ello, no fue, en ninguna forma, una medida efectiva para prevenir los delitos, pues en infinidad de ocasiones el pueblo (especialmente “los indios”), asesinaban a los tenientes y comisarios, impidiendo así las aprehensiones e investigaciones.

Los delitos no disminuyeron; por el contrario, siguieron cometiéndose intensamente, a grado tal que, las estadísticas de la Acordada arrojaban el número de setenta y dos mil novecientos reos juzgados en ciento seis años.

El tribunal de la Acordada, tenía un aire de misterio y terror; por un lado las acciones de los jueces y por el otro los que tenían la desgracia de caer en sus manos parecían desaparecer de la faz de la tierra. los que eran detenidos por el tribunal sentían dolosamente su condición y su aislamiento en la sociedad. El mismo tribunal trató de estimular esta reacción emocional, lo cual le facilitaba cumplir con sus deberes; a la entrada de la prisión de la Acordada, se encontraba grabada una advertencia general que rezaba:

*“ Pasajero: respeta este edificio
y procura evitar su triste entrada
pues cerrada una vez su dura puerta
sólo para el suplicio se hallara abierta ”*

En la prisión de la Acordada, los procedimientos inhumanos la convirtieron en una escuela de crimen y horrores y, quienes lograban obtener su libertad volvían a delinquir, poniendo en práctica las enseñanzas adquiridas y los medios “idóneos” para burlar la acción legal.⁽²⁷⁾

Durante el tiempo que estuvo en funciones el Tribunal de la Acordada, proceso a más de 62 900 prisioneros, ejecutando a 888 y sentenciando a 19410 a términos de presidio.

El Tribunal de la Acordada, creado bajo tensiones sociales, represento un cambio filosófico fundamental para el gobierno colonial, fue una institución nueva, creada en el nuevo mundo, cuya finalidad era hacer frente a las necesidades de particulares del virreinato en la Nueva España, era el único tribunal con jurisdicción territorial ilimitada que abarcaba no sólo el reino de la nueva España, sino los reinos dependientes de Nueva Galicia y Nueva Vizcaya.

El tribunal de la Acordada no tenía funciones políticas o administrativas, constituía un organismo puramente judicial, su desarrollo representó un

(27) Ibidem. p. 59

importante avance hacia un concepto más racional de la administración de justicia y más próximo al ideal de un poder judicial separado.

Finalmente, la constitución Española de 1812 abolió la Acordada, con gran júbilo de las clases populares y de quienes habían sufrido todo el rigor exagerado de su sistema.

Las penas durante el Derecho colonial.

Las principales formas de penalidad aplicadas en la Nueva España eran de origen medieval: *la picota y la condena a galeras*, esta última rara y sólo introducida ya muy avanzado el período colonial. *La picota* era una columna de piedra o de otro material a cuyo pie los reos eran *vilipendiados, flagelados, ahorcados, decapitados o mutilados*, costumbres bárbaras que prevalecieron en ambos lados del Atlántico hasta el triunfo de las ideas penales de Beccaria a fines del siglo XIII, difundidas en el imperio español por el discurso sobre las penas, publicado en 1782 por un nativo de Tlaxcala, don Manuel de Lardizábal y Uribe.

Todas las penas infligidas en la colonia (*cepo, azotes, horca*, etc.) Son de origen medieval con la única excepción de una forma particularmente horrenda de ejecución, de la que no hay precedente en el viejo mundo: el *aperramiento* de indios. Las sentencias dictadas por la inquisición eran también ejecutadas por el brazo secular.

La máxima "*degollación* para los nobles, *horca* para los villanos" sinteriza las formas de ejecución practicadas en la Europa medieval y en la Nueva España; se usaban además la quema en la *hoguera* y el *agarrotamiento*, según Bernal Díaz, Carlos V ordenó castigar a Cortés con la decapitación al recibir las primeras quejas de Velázquez en su contra. El áspero carácter de la conquista española, señala Friederici, hizo rodar cabezas por todas las Indias en la primera mitad del siglo XVI, en la mayoría de los casos sin el menor fundamento jurídico. Los métodos europeos de aplicar la pena de muerte llegaron a América con el Descubridor mismo: Herrera cuenta que Colón les mandó cortar la cabeza a varios indios en la Isabela. *El primer caso de ejecución pública por decapitación* relacionado con la historia de la Nueva España fue el de Cristóbal de Olid, ejecutado en la plaza pública de Naco de las Hibueras por haber traicionado a Cortés. En la plaza mayor de México, los hermanos Alonso de

Ávila Alvarado y Gil González Dávila fueron ejecutados mediante el hacha del verdugo por alta traición el 7 de julio de 1566, siendo testigo el cronista Muñoz Camargo.

La horca, muerte por suspensión, aparece en México en los primeros tiempos de la Conquista. Según Orozco y Berra, en Veracruz Cortés mando ahorcar en 1519 a dos *conspiradores* partidarios de Velázquez, Juan Escudero y Diego Cermeño; también relata Bernal Díaz, amenazo con la misma pena, considerándolos *traidores*, a otros “hombres bulliciosos” que lo exhortaban a alzarse contra el rey. En otra ocasión, mandó a ahorcar al príncipe texcocano Nezahualquetantzin y Xicoténcatl, el joven, sufrió un suplicio infamante indigno de su nobleza y de su condición de guerrero. esa misma suerte, la corrió, el último emperador azteca y el rey de Tacuba, a los que hizo colgar de una ceiba durante la expedición a las Higueras, acción que no sólo deshonoró a Cortés en la memoria de la posteridad, sino que “pareció mal a todos los que con él íbamos”, al decir de Bernal Díaz del Castillo. Nuño de Guzmán, siendo gobernador de Pánuco, mando ahorcar a Pedro González de Trujillo vecino de México, a pesar de que era una “persona muy noble”. En 1530, durante el conflicto de Zumárraga con la primera Audiencia, éste mando ahorcar al clérigo tonsurado Cristóbal de Angulo, cuyo cuerpo fue luego descuartizado, cosa que les valió a los oidores los anatemas del obispo.

Agarrotamiento o garrote vil. Fue una de las formas menos salvaje de castigar. Este suplicio que causaba la muerte por estrangulación directa. Mediante este procedimiento las antiguas hermandades españolas (cuerpos rurales de voluntarios) ejecutaban a los *salteadores y abigeos*. En víspera de la Noche Triste, Cortés impuso injustamente esta pena a Cacama, rey de Texcoco, y a los señores de Tlatelolco y Tacuba. Más tarde, durante la expedición a Nuevo México, Juan de Oñate mandó a dar garrote a un capitán y a dos soldados del ejército, culpables de *motín y de deserción*.

Quema en la hoguera. Además de aquellos que se efectuaron una vez que estuvo instaurado la Inquisición, fueron las ejecuciones de Cuauhpopoca, sobrino de Moctezuma, de su hijo y de otros quince señores indígenas, ordenadas por Cortés para castigarlos *por haber atacado la guarnición* de Nautla; y un indio mexicano que el conquistador mandó quemar durante la expedición a las higueras acusado de *antropofagia*.

Descuartizamiento judicial en vivo que, informa Bernaldo de Quirós, era una antigua práctica germana que reaparece en España en el siglo XVI como castigo reservado a los culpables de *parricidio* y *regicidio*. En la Nueva España, en 1537, el virrey Mendoza mandó que “que se hicieran cuartos” de unos esclavos negros que, según explicó en una carta enviada a Carlos V, pretendía elegir su propio rey (delito equiparable al regicidio), matar a los españoles y alzarse con la tierra, es decir rebelar a toda la colonia, las ejecuciones tuvieron lugar en la capital del virreinato y en las minas de oro y plata de Amatepec, donde el Virrey, había enviado a su protegido Vázquez de Coronado para reprimir el botín.

El aperramiento. Fue una pena crudelísima, impuesta con cierta frecuencia en diversas partes de América por los españoles a los indios que se resistían. Friederici señala varios ejemplos de uso de perros de presa como arma especial de la estrategia bélica española. Salas, señala que los perros de guerra usados entonces eran los terribles alanos, resultado de la cruce de dogo y mastín. En la edad Media, y todavía en los siglos XVI y XVII, en España se entrenaban mastines y alanos para luchar contra los lobos, para prenderse de los jabalís por las orejas y para luchar a muerte con los osos montañeses, tal como el galgo era enseñado a cazar liebres. Iniciada la conquista de América, se utilizaron perros de presa en las Antillas para aterrorizar a los indígenas, y en la Nueva España no fue raro que se les empleara para detener y despedazar a los indios rebeldes. Esta práctica inhumana no tenía el menor carácter judicial, ni lo pretendía tener: no era una pena sino un recurso bélico despiadado, que implícitamente ponía entredicho la categoría racional y hasta la naturaleza humana del indígena. Alvarado utilizó dos de esas feroces bestias contra los indios, y en su proceso de residencia fue acusado de haber hecho aperrear en Coyoacán, en 1537, por su propia autoridad o en nombre de Cortés, a seis principales de Cholula atados con una cadena. durante su visita, el licenciado Marcos de Aguilar envió a Gaspar de Pacheco en 1527 a Oaxaca en misión de “pacificación”, el cual utilizó contra los mijes unos perros de presa tan feroces, dice herrera, que “no encontraban indio a quien no matasen y devorasen inmediatamente”. Otros culpables como un testafarro de Nuño de Guzmán llamado Juan Peláes hacia víctimas a los indios aperreándolos y cebando sus lebreles en los cadáveres como si hubieran sido carroña de bestias. Otro fue el virrey Mendoza, pese a sus grandes méritos, no esta libre de culpa en cuanto a esta práctica se refiere, pues según Pérez Verdía, durante la guerra de los Peñoles mandó aperrear a algunos indios prisioneros cuando éstos se negaron a contestar sus preguntas.

La ejecución pública de las penas, ya fueran de muerte, los golpes o la venganza, era fundamental en aquella época por su valor ejemplar. por ello era emblema de la justicia real la picota o rollo, en España también considerado símbolo de la ciudad, donde eran aplicadas las penas a la vista de quien quisiera presenciarlas.

La picota, ya mencionada en las Siete Partidas, fue costumbre en los reinos de Castilla y León desde el siglo XI. En la Nueva España también se aplicaba la penalidad en la picota del lugar, que era naturalmente uno de los primeros monumentos alzados por los fundadores, como enseña de autoridad. el rollo, sobre todo en su carácter de emblema de la ciudad, en la Colonia creció de dimensiones hasta convertirse en una verdadera torre, dejando de ser una simple columna, de madera que, como señala Bernaldo de Quirós, el carácter y funciones del rollo y la picota se diferenciaron profundamente.⁽²⁸⁾

IV. 3. La pena de muerte en México Independiente.

La guerra de independencia marca uno de los períodos mas violentos y dramáticos de la historia, este dio inicio con la sublevación de don Miguel Hidalgo en 1810 contra el gobierno español, y sus fatales consecuencias con la muerte de Hidalgo y Morelos y otros grandes insurgentes, en aras de la formación del Estado Mexicano.

Desde el nacimiento de la sociedad novohispana se presento un desequilibrio de orden social, económico, políticos y jurídico en los grupos detentadores del poder. Conspiraciones, tumultos, alzamientos, rebeliones violentas, etc., fueron conflictos constantes en el periodo colonial. En dichos movimientos intervinieron indios, negros y castas, y los mismos españoles, así como aquellas insurrecciones, conspiraciones de criollos y euromestizos. También había conflictos frecuentes por causas económicas y sociales entre el clero y los representantes del estado o de las instituciones eclesiásticas entre si.

Las influencias externas de la independencia fueron las ideas de la Ilustración, la independencia de las trece colonias de Norte América, la Revolución Francesa, así como las guerras europeas y los conflictos políticos de

(28) WECKMANN, Luis. La herencia medieval de México, Tomo II, Colegio México, 1984 pp. 545-555

España, fueron hechos que ocurrieron entre 1521 y la época en que se realizó la consumación de la independencia nacional.

La pena de muerte, se ha aplicado por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales, y aún por el puro placer de matar; la ley fuga, ejecución ilegal de presuntos delincuentes. Así que durante la guerra de independencia no podía ser la excepción. Don Lucas Alamán, relata un claro ejemplo de ello; el general español don Félix María Calleja, sembró uno de los capítulos mas horribles en materia de ejecuciones, pues para tal efecto hizo poner horcas en las plazuelas de la ciudad, además de la que había en la plaza principal, en la que hizo trabajar a todos los carpinteros que pudieron encontrarse, y ordenó que para un día determinado se ejecutaran a 18 reos del pueblo que habían salido sorteados, se les ahorco en la plaza, casi entrada la noche. Por cierto ésta era muy oscura y la ciudad entera se encontraba invadida de un pavoroso silencio, y como la plaza se localizaba en lo mas estrecho del valle, se rodeaba como un anfiteatro por toda la ciudad, desde toda ella se descubría el fúnebre resplandor de las teas de ocote que iluminaban la terrible escena, y se oían las exhortaciones de los eclesiásticos que auxiliaban a las victimas, y los lamentos de éstos implorando misericordia.⁽²⁹⁾

Lo anterior confirma que la pena de muerte se aplicó durante el virreinato básicamente a los herejes, salteadores de caminos y a quienes se levantaran en armas contra el gobierno español.

Don Migue Hidalgo y Costilla, se mostraba partidario de la pena de muerte, por eso al proclamar la abolición de la esclavitud, por medio del bando que promulgo en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810, en el artículo 1º. Del mencionado documento la prescribía para los dueños de esclavos que no les dieran la libertad en un termino de 10 días.

El 30 de julio de 1811 fue cuando tomaron presos a los principales jefes insurgentes se les acusó, juzgó y condenó a morir, no había pasado un año de iniciado el movimiento cuando las cabezas de Hidalgo, Allende, Aldama y Jiménez fueron colgadas en cada una de las esquinas de la Alhóndiga de Granaditas, como un espantoso recordatorio a los habitantes de la Nueva España de cómo se castigaba a los rebeldes.

(29)QUIRARTE, Martín. Visión Panorámica de la Historia de México. Op. Cit. p. 54

La Constitución liberal de Cádiz de 1812 derrocó el poder absoluto en España y con el sus instituciones, salvo un breve periodo en que la monarquía volvió por sus fueros, aquella constitución se juro de nuevo en México el 31 de mayo de 1820, y a partir de ese mismo día la Inquisición cesó formalmente sus actividades, aunque fue clausurada materialmente hasta el 14 de junio de 1820.

Pero la lucha de los insurgentes no ceso, por el contrario don José Maria Morelos y Pavón, quien había sido discípulo de Hidalgo, continuó la lucha pero ahora, en el sur del país. Con un ejercito organizado y disciplinado, logró tomar Orizaba, Oaxaca y Acapulco; llegó a controlar desde la Colima hasta Oaxaca, el sur de Puebla, Veracruz y Michoacán.

En 1813, después de sus brillantes victorias y campañas militares, Morelos decidió convocar a un congreso con el objeto de unificar tendencias del movimiento insurgente y subsistir a la junta de Zitácuaro.

El 14 de septiembre de 1813 se presenta ante el Congreso y hace leer su discurso de apertura de las labores del mismo, después de hacer una emotiva alusión, al heroísmo y sacrificio de los iniciadores de la guerra de independencia, concluyeron declarando que quedaban rotas para siempre las cadenas que unían a México con España. En seguida se procedió a presentar a la Asamblea, en 23 puntos, su histórico documento titulado “ Sentimientos de la Nación. Donde se hace una exposición genial de sus concepciones políticas y sociales al mismo tiempo se da la interpretación más fiel de las aspiraciones y deseos de un pueblo explotado:

Que la América sea libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía; que la soberanía dimane inmediatamente del pueblo, el que quiere depositarla en sus representantes, dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En otro apartado, se fundamenta lo reforma del gobierno abatiendo el tiránico, sustituyendo el liberal y echando fuera de nuestro suelo al enemigo español.

Que las leyes que emane de nuestro congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia y de tal suerte aumente el jornal del pobre.

Que mejoren sus costumbres, aleje la ignorancia, la rapiña y el hurto, que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados, y que éstos sólo sean en cuanto al uso de su ministerio.

Es importante aclarar que en este documento, Morelos no habla en absoluto de la pena máxima (la de muerte), pero señala en uno de sus puntos, que en las penas que se impongan a los infractores; en esta nueva legislación no se admitirá la tortura.⁽³⁰⁾

Cuando México declaró su independencia en 1821 y en tanto se promulgaba la primera Constitución Política, optó por reservar la pena de muerte para delitos graves o atroces; además, ya no se ejecutarían en público sino en lugar cerrado, dentro de las prisiones que como institución emergían, no tanto para custodiar momentáneamente a los detenidos, sino para aislar a los reos, en forma permanente, mientras dura el tiempo de sus sentencias. La prisión se consolidaba, así pues, como el nuevo lugar en que los presos habían de pagar sus penas que no afectaban más al cuerpo sino al espíritu de libertad.

La guerra de independencia, produjo una grave crisis de todo orden, en tales circunstancias, se intentó reorganizar a la policía, reglamentar la portación de armas, el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo, el asalto. Posteriormente (1938) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación española.

Ricardo Abarca, al hacer un análisis del sistema legal de ésta época señala: “nos queda una legislación fragmentada y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; se observa algunos signos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercieron en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado”.⁽³¹⁾

(30) ARRIOLA, Juan Federico. La pena de Muerte en México. Edit. Trillas, México, 1989, pp. 92-93

(31) ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México, Edit. Jus, México, 1941. pp. 398-400

Por eso es que en este período los gobiernos de México hicieron un uso inmoderado de la pena de muerte para combatir a sus enemigos políticos, Ceniceros y Garrido (La ley penal mexicana), relatan la trágica sucesión de leyes especiales que a partir del decreto de 17 de septiembre de 1823 estableció la pena de muerte para los bandidos que asaltaban en los caminos. En la exacerbación pasional de las luchas civiles, los de la fracción contraria eran considerados como salteadores de caminos.

IV.4. La pena de muerte en el Derecho contemporáneo.

Al promulgarse en 1857 la primera Constitución Política de la República Mexicana, el constituyente originario condicionó la desaparición de la pena de muerte al surgimiento del sistema penitenciario y la reservo para una serie menor de delitos.

En efecto el artículo 23 de aquella Constitución señalaba que:

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

En años posteriores a la Constitución de 1857, durante el gobierno de Juárez, se continuó aplicando la pena máxima. En este sentido, la crítica de Ricardo Abarca es contundente, por la amenaza que prevalece en la constitución política desde hace muchos años.

Por eso el mismo jurista agrega, que la Constitución de 1857, además de prometer la abolición de la pena de muerte cuando se realizara la creación del régimen penitenciario; la condición se realizó, pero la promesa no fue cumplida; la Constitución vigente se guardó de renovar la promesa.⁽³²⁾

El Código penal de 1871 preveía la pena de muerte en su Art. 92 fracción X. Así durante la época de Porfirio Díaz se llevó a cabo dicho castigo no pocas

(32) Ibid. P. 398

veces, de modo que la represión fue una de las características de los regímenes del general.

Por lo que toca a la ley secundaria, es decir el Código Penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la federación, cuya vigencia data del 1° de abril de 1872, contemplaba la pena de muerte en su artículo 92, fracción X y la imponía al salteador de vagones de ferrocarril, si de su acción resultare la muerte o lesiones que dejen incapacidad permanente de un órgano (art. 393); cuando el robo se ejecutare en camino público y se cometiera homicidio, se violara una persona, se le diera tormento o por otro medio se le hiciera vilencia (art. 404); al incendiario (art. 463); al homicidio calificado (arts. 560-564); al parricida (art. 568); por aborto procurado con resultado de muerte en la mujer (art. 579); por plagio (art. 628); a los que sirvieren como generales en tropas regulares bajo el mando del enemigo extranjero (art. 1080, fracc. I); al espía en guerra extranjera, al traidor a la patria (art. 1081); a los rebeldes que después del combate dieran muerte a los prisioneros (art. 1108); por rebelión (art. 1122); al pirata (art. 1128).

La forma en que habría de ejecutarse la pena de muerte, de acuerdo con las disposiciones de este código, se reducía a la simple privación de la vida, la cual no podía agravarse con circunstancia alguna que aumentara el sufrimiento del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución (art. 143); no se podía aplicar a las mujeres ni a los varones que hubiesen cumplido los 70 años (art. 144), ni se podía ejecutar en público, sino en la cárcel o en otro lugar cerrado, designado por el juez, sin mas testigos que los funcionarios a quienes imponía este deber el código de procedimientos y un sacerdote o ministro del culto del reo, si este lo pidiera (art. 248); no se ejecutaba en domingo ni en otro día festivo de los designados como tales por la ley (art. 244). Se podía conmutar por la prisión extraordinaria o conceder un indulto (art. 285), además de que prescribía en 15 años.

Bajo estas hipótesis normativas, cayeron militares y bandidos que asolaban la inestable República, así como muchos revolucionarios durante la dictadura porfirista.⁽³³⁾

(33) OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo, Teoría Sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito. Op. Cit. pp. 214-215

Cuando estalló la Revolución Mexicana, no sólo se desencadenó la violencia, sino que dicha pena pervivió en la letra y en la práctica. En 1916, Venustiano Carranza decretó aplicarla a quienes incitaran a la suspensión del trabajo en empresas destinadas a prestar servicios públicos y, en general, a toda persona que provocara el impedimento de la ejecución de los servicios prestados. En otras palabras, hizo revivir la ley del 25 de enero de 1862, a cargo de la autoridad militar.

Es preciso notar que tampoco, el Código de Procedimientos Penales de 1909, señalaba la forma en que se habría de ejecutar la pena de muerte; fue un reglamento de Comandancias de Guarnición el que dispuso tal procedimiento:

Art. 158. Pronunciada la sentencia ejecutoria de la pena de muerte ..., pasará el Juez Instructor a notificar al reo, acompañado del secretario, una pequeña escolta que permanecerá firme y con las armas descansadas, en seguida se dará lectura a la sentencia o hará que la lea el mismo reo si pudiera hacerlo, después de lo cual se lo entregara la guardia de seguridad que oportunamente habrá sido nombrada.

Art. 163. A la hora señalada para la ejecución de la sentencia, el Juez Instructor, junto con el Secretario y una escolta competente a las órdenes de un ayudante comandante de la Guarnición irán por el reo, para conducirlo al lugar de la ejecución.

Art. 164. Luego que el reo llegue al lugar en que debe ser ejecutado, se le vendarán los ojos y la escolta formará en dos filas dando frente. Los tiradores destinados se situarán también en dos filas y a tres metros de distancia del reo, a una señal del ayudante hará la descarga la primera fila y si después de ésta, el reo diere señales de vida, la segunda hará también una descarga, apuntando a la cabeza.

Art. 165. Ejecutada la sentencia, se dejara una pequeña escolta para la custodia del cadáver, delante del cual desfilarán las tropas al toque de paso redoblado y con la vista al lado del cadáver, retirándose en seguida a sus cuarteles.

Art. 166. A la ejecución asistirán además del Juez Instructor y su Secretario un, médico que dará fe de estar bien muerto y cuatro soldados de

ambulancia con una camilla para conducir el cadáver al hospital militar o al lugar de la inhumación. ⁽³⁴⁾

Siendo Presidente de la República el licenciado Emilio Portes Gil, se expidió el código penal de 1929, durante su mandato, la pena capital desapareció del catálogo de penas y se hizo mas flexible la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito.

La muerte violenta de Álvaro Obregón 1828 y la ejecución de su asesino León Toral meses mas tarde influyeron en el panorama jurídico-político de México. ¡tenía que erradicarse la violencia de tantos años, de una manera u otra!. Desde luego, con la simple no inclusión de la pena de muerte en los códigos penales no se resuelve realmente el problema, pero se puede coadyuvar a la solución definitiva.

El código penal de 1931 siguió la línea de su antecesor y hasta la fecha dicha pena no se ha incluido donde las otras (artículo 24 del Código penal).

(34) Ibidem. P 215-216

CAPÍTULO V

|

V

DERECHO ACTUAL

V.1. La pena de muerte en la legislación mexicana.**Criterio del constituyente para consignar la pena de muerte en la carta magna. Diario de debates de la Constitución de 1917.***Comisión Dictaminadora:*

La vida de una sociedad implica el respeto de todos los asociados hacia el mantenimiento permanente de las condiciones necesarias para la coexistencia de los derechos del hombre. Mientras el individuo se limite a procurar la satisfacción de todos sus deseos sin menoscabar el derecho que los demás tienen para hacer lo mismo, nadie puede intervenir en su conducta; pero desde el momento que, por una agresión al derecho de otro, perturba esas condiciones de coexistencia, el interés del agraviado y la sociedad se unen para justificar que se limite la actividad del culpable en cuanto sea necesario para prevenir nuevas agresiones. La extensión de este derecho de castigo que tiene la sociedad está determinada por el carácter y la naturaleza de los asociados, y puede llegar hasta la aplicación de la pena de muerte si sólo con esta medida puede quedar garantizada la seguridad social. Que la Humanidad no ha alcanzado el grado de perfección necesario para considerarse inútil la pena de muerte, lo prueba el hecho de que la mayor parte de los países donde ha llegado abolirse, ha sido necesario restablecerla poco tiempo después. Los partidarios y abolicionistas de la pena capital concuerdan en un punto: que desaparecerá esta pena con el progreso de la razón, la dulcificación de las costumbres y el desarrollo de la reforma penitenciaria.⁽¹⁾

Artículo 22. Constitucional. *Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la*

(1) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, tercera edición, Edit. Porrúa, México 1975, p. 564

multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará, confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen a favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Quedan también prohibidas la pena de muerte por delitos políticos y en cuanto a los demás, solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. ⁽²⁾

El primer párrafo de este precepto contempla la humanización de las penas, tratos y castigos que en la antigüedad eran bárbaros, crueles y trascendentes. Prohibiendo específicamente, la mutilación, la infamia, la marca

(2) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista, México, 2003. p.20

los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, así como otras penas inusitadas y trascendentales.

Es decir, la prohibición y la aplicación de las penas no contempladas en las leyes penales vigentes y que lamentablemente se sigue haciendo uso de ellas por gente sin escrúpulos, escudada en una frágil autoridad ventajosa y cobarde.

La mutilación implica el cercenamiento de algún miembro del cuerpo humano por la comisión de un delito; la infamia es el deshonor, el desprestigio público; la marca, los azotes, los palos y tormento de cualquier especie no requieren mayor explicación; la multa excesiva, se refiere a la sanción pecuniaria que esta en desproporción con las posibilidades económicas del multado.

En cuanto a las penas inusitadas y trascendentales, atenderemos a la connotación jurídica: Entendemos por *pena inusitada*, aquella sanción que no esta consagrada por la ley por un hecho delictivo determinado; es decir, la pena es inusitada desde el punto vista del artículo 22 constitucional, cuando su imposición no obedece a la aplicación de una norma que la contenga, deriva del arbitrio de la autoridad que realiza el acto impositivo. Consiguientemente, la prohibición constitucional que versa sobre las penas *nulla poena sine lege* consagrado en el artículo 14 de nuestra ley suprema.

La *pena Trascendental* consiste tanto en castigar al delincuente como a otras personas (familiares del delincuente) no precisamente involucradas en el delito cometido, la cual sería una injusticia evidente, por lo que se violatoria la personalidad de la sanción penal; que consiste en que esta sólo debe aplicarse al autor, cómplices y, en general en los sujetos que de algún modo hayan tenido participación en la ejecución de un acto delictuoso.

Por lo que respecta al segundo y tercer párrafo, que se refieren a la confiscación de bienes. En este mismo precepto constitucional aclara que debe entenderse como la aplicación total o parcial de los bienes personales, decretada ya sea por autoridad judicial, para reparar los daños y perjuicios resultantes de la comisión de un delito o bien, se entiende, desde luego, que se trata de otra autoridad, digamos la administrativa, para el pago de impuestos o multas o por el decomiso de los bienes en los casos de enriquecimiento ilícito de los servidores

públicos lo cual se complementa en los términos del artículo 109 de la constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

El tercer párrafo, dice que no se considerará como confiscación, la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso sin que haya pronunciamiento sobre los bienes asegurados.

El último párrafo de esta norma constitucional es de suma importancia, pues contiene la segunda garantía de seguridad jurídica que se consagra en el artículo 22 de la ley suprema.

Queda prohibida estrictamente la pena de muerte en relación con los delitos políticos. Es decir, no se podrá aplicar la pena de muerte a los autores de delitos políticos.

Para Giuseppe Maggiore, en un sentido amplio, define que todo delito es de carácter político: “ *El delincuente es, ante todo, un rebelde, y por eso está obligado a responder ante el orden jurídico-político, que encuentra su expresión máxima en el Estado.* ”⁽³⁾

Ignacio Burgoa, nos da una amplia explicación de lo que para él significa un delito político. Y refiere: “*Todo Hecho delictivo vulnera o afecta determinado bien jurídico (vida, integridad corporal, patrimonio, etc.). Cuando la acción delictuosa produce o pretende producir una alteración en el orden estatal bajo diversas formas, tendiente a derrocar a un régimen gubernamental determinado o, al menos, engendrar una oposición violenta contra una decisión autoritaria o a exigir de la misma manera la observancia de un derecho, siempre bajo tendencia general de oponerse a las autoridades constituidas, entonces el hecho o los hechos en que aquélla se revela tienen el carácter político y, si la ley penal los sanciona, adquiere la fisonomía de delitos políticos*”.⁽⁴⁾

(3) ARRIOLA, Juan Federico. La Pena de Muerte en México. Op. Cit. p. 87

(4) BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima primera edición Edit. Porrúa, México, 1998. p. 658

El artículo 145 bis. definía lo que eran los delitos políticos: la rebelión, la conspiración, la sedición y la asonada o motín, y la llamada “ disolución social”. (Este delito, provocó muchas polémicas y protestas, por eso fue suprimido por la reforma de julio de 1970 a dicho ordenamiento), a cuyos autores no podía imponerse la pena de muerte, por así prohibirlo, el artículo 22 constitucional. Entonces cuando por pretexto de un delito político, para que un hecho fuera legalmente calificado como tal, se cometieran otras acciones cuyos perfiles tipificaran otra figura delictiva, estas se castigarán de acuerdo a la pena que les corresponda. Así lo establecía el artículo 140 del código penal, que decía: “Cuando en las rebeliones se pusiere en ejercicio, para hacerlas triunfar, el homicidio, el robo, el secuestro, el despojo, el incendio o el saqueo, se aplicaran las penas que por estos delitos y el de rebelión correspondan según las reglas de la acumulación”.

El artículo 144 del código penal vigente para el distrito federal, señala: se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.

El artículo 26 para el código penal establece: “ los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos serán recluidos en establecimientos y departamentos especiales”.

Si analizamos la realidad jurídica que viven los presos políticos, nos daremos cuenta sencillamente, que en este sentido hay una clara violación a las garantías de los presos políticos, pues el lugar donde se les recluye, normalmente es el mismo que se destina a los delincuentes del orden común.

Por su parte el artículo 15 constitucional hace referencia a los reos políticos, que a la letra dice:

No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de los reos políticos, ni para aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos, ni de convenios y tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta constitución para el hombre y el ciudadano.

Ignacio Burgoa, encontró una relación entre el artículo 15 y 22 constitucionales, debido a que considera que hay una congruencia destinada a

legitimar la prohibición expresa para las autoridades del Estado que intervienen en la celebración de tratados internacionales. ⁽⁵⁾

El artículo 22 constitucional veda la pena de muerte en lo tocante a los delitos políticos que se suponen cometidos o perpetrables dentro del territorio nacional y contra las instituciones gubernativas mexicanas. Por tanto, sería contradictorio que si en un país extranjero para esos delitos existiera la mencionada pena, México pudiera celebrar con él tratados de extradición de sus autores, a efecto de que se les aplicara una sanción penal proscrita de nuestro orden constitucional para ese tipo delictivo.

Así como el artículo 22 constitucional prohibió la pena de muerte para los delitos políticos, si la contemplo en un amplio espectro de delitos del orden común o del militar, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

De ahí lo prescrito por el artículo 14 de nuestra constitución, el cual señala: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Por eso de la propia ley se colige que una vez que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento, expedidas con anterioridad al hecho, si se puede llegar a privar de la vida, de acuerdo a lo que establece el artículo 22 constitucional. Es por eso que esta norma constitucional reviste una doble vertiente por un lado el derecho a la vida, atendiendo a lo que dispone el artículo 14 constitucional y por el otro la imposición de la pena de muerte proscrita hecha para los delitos políticos no pueden ser situaciones absolutas, pues una vez que se han satisfecho con todas las formalidades prescritas por la ley, puede legalmente privarse de la vida a una persona.

El propio artículo 22 constitucional faculta a las autoridades federales o locales (legislativas), según el caso, para sancionar con la pena de muerte únicamente aquellos delitos que el mismo precepto enumera, y que son: traición a la patria, o sea, el atentado cometido por un mexicano (por nacimiento o por naturalización) contra la independencia de la República, su soberanía, su libertad o la integridad de su territorio (artículo 123 del código penal; en lo que toca a

(5) Ibidem. p. 582

este delito, sólo puede aplicarse a el autor que hubiese cometido traición estando nuestro país involucrado en un conflicto armado de carácter internacional). Al traidor a la patria no se le puede considerar como delincuente político, y evidentemente no puede ser exonerado por tal argumento.

Todos estos delitos, se encuentran tipificados en el Libro Segundo, Título primero, del código penal. Cuya denominación de este título es: delitos contra la seguridad de la nación.

Raúl F. Cárdenas, se ha mostrado en desacuerdo con esta denominación con que se designaron a estos delitos y dice al respecto: *“El Estado, y no la Nación, es el sujeto pasivo de la relación delictiva ... La nación no puede ser considerada como centro de imputación, porque no es una persona, sino en todo caso, un concepto sociológico en cuya formación intervienen los factores ideales y materiales, pero aún conjugándose no son necesariamente centro de imputación jurídica”*.⁽⁶⁾

En cuanto al salteador de caminos, la mayoría de los juristas, consideran que este argumento se encuentra fuera de contexto, dado que en la antigüedad era un delito que se cometía con mucha frecuencia y en la actualidad ya no se comete este tipo de delito. Así que ante tales convicciones, resulta ocioso mantener dicha figura delictiva en la Constitución y en el código penal, dado que no obedece al acontecer actual de México.

Para el parricidio, otro de los delitos sancionados con la pena de muerte, se refiere al homicidio de ascendientes en línea recta, sean legítimos o naturales, siempre y cuando el autor de aquel hecho conozca el mencionado parentesco (artículo 315 del código penal).

V. 2. Jurisprudencia (Estados, Distrito Federal y militar)

También se contempla la pena de muerte para el homicida que actué con premeditación alevosía y ventaja. Son calificativas definidas por los artículos 315, 316 y 319 del ordenamiento penal sustantivo. Para este caso la Suprema Corte de Justicia tiene varias jurisprudencias:

(6) ARRIOLA, Juan Federico. La Pena de Muerte en México. Op. Cit. p. 88

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XCIV

Página: 27

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

Amparo directo 9361/63. Benigno Calderón Pérez. 9 de abril de 1965. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

* * *

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XXIV

Página: 82

PENA DE MUERTE. CALIFICATIVAS (LEGISLACION DE SONORA). Basta la concurrencia de una sola de las calificativas, para fundar el fallo condenatorio a la pena capital.

Amparo directo 3035/55. Roberto González Rico o Roberto Rico González. 26 de junio de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

* * *

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, XXIV

Página: 92

PENA DE MUERTE. HOMICIDIO CALIFICADO (LEGISLACION DE NUEVO LEON). El artículo 305 del Código Penal para el Estado de Nuevo León establece que se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición, y el artículo 310 del citado ordenamiento dice que al autor de un homicidio calificado se le aplicará la pena de muerte; de donde se deduce que con que concurra una sola de las cuatro calificativas mencionadas en el primero de los artículos citados, ello es suficiente para aplicar la pena de que se trata.

Amparo directo 1470/59. Agustín Gines Ruiz. 11 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

* * *

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, VI

Página: 50

PENA DE MUERTE (LEGISLACION DE TABASCO). A diferencia de lo que disponen otras legislaciones, la del Estado de Tabasco exige, para la aplicación de la pena capital, el concurso de las tres calificativas, ya que el artículo 308 del Código Penal establece: "Al autor de un homicidio calificado, se castigara:

I. Con la pena capital, cuando lo haya ejecutado con premeditación, alevosía y ventaja...". Con el empleo de la conjunción "y" (en lugar de "o" utilizada en algunos códigos), es indudable que la pena máxima sólo puede ser aplicada cuando concurren la premeditación, la alevosía y la ventaja.

* * *

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, III

Página: 145

PENA DE MUERTE. ARBITRIO JUDICIAL (LEGISLACION DE NUEVO LEON). Aun cuando conforme a la legislación del Estado de Nuevo León basta una calificativa para que pueda aplicarse la pena de muerte, si el arbitrio judicial se reguló en función de un cuadro delictivo en el que concurrieron tres calificativas, de las cuales la Suprema Corte considera que una no quedó demostrada, sería inequitativo que en presencia de un cuadro diverso prevaleciera la misma sanción por lo que debe

concederse el amparo para el único efecto de que se dicte una nueva resolución en la que se imponga al quejoso la sanción que corresponda, con excepción de la pena capital, tomando en consideración la forma y gravedad de los hechos y el elevado índice de temibilidad revelado por dicho quejoso.

Amparo directo 4260/56. Raúl Trejo Sánchez. 11 de septiembre de 1957. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Lo actos delictuosos cometidos mediante incendio (artículo 397 código penal), para el plagio o secuestro son delitos que se encuentran tipificados en los términos del artículo 366 del código penal.

El artículo 286 del código penal hace alusión al delito que se produce: al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de la violencia sobre una persona con el propósito de causar un mal, obtener un lucro o exigir su asentamiento para cualquier fin y cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que se emplee, independientemente de cualquier hecho delictuoso que resulte cometido, se le castigará ... Para este precepto también hay una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que dice a la letra:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, X

Página: 72

HOMICIDIO EN DESPOBLADO (LEGISLACION DE SAN LUIS POTOSI). Cometido el delito de homicidio en lugar despoblado, si la Sala responsable, al confirmar la sentencia de primera instancia que condenó al reo a la pena de muerte, lo hizo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Penal aplicable, que establece que el autor de un homicidio cometido en despoblado o en camino público, se le aplicará la pena de muerte, su sentencia es apegada a la ley.

Amparo directo 6306/56. Candelario Benavides Rico. 15 de abril de 1958. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis Chico Goerne. Ponente: Juan José González Bustamante

El delito de piratería se encuentra referenciado en el artículo 146 del código penal para el distrito federal.

Por último haremos mención de los delitos graves del orden militar, previstos en el código de Justicia Militar, como son: la insubordinación con vías de hecho que cause la muerte de un superior; el pillaje, los delitos contra el honor militar, traición a la patria, espionaje; delitos contra el derecho de gentes; rebelión; desertión; insultos, amenazas o violencia contra centinelas, guardia, tropas formadas, salvaguarda, banderas y ejército; falsa alarma; abuso de autoridad; asonada; extralimitación y usurpación de mando o comisión; infracción de deberes especiales de marinos, aviadores, de cada militar según su comisión u empleo y de prisioneros; todo ello de acuerdo a lo previsto al artículo 122 fracción V, 142, 151, 174 fracción I, 177, 190 fracción IV, 203, 306, 209 último párrafo, 210, 219, 327 último párrafo, 252, 25, 272, 274 fracciones I y III, 278, 279, 282, 285, fracción I, 290 párrafo segundo, 292 299, 303 fracción III, 305 fracción II, 312, 315, 318 fracción VI, 319 fracción I, 321, 323 fracción II, 356, 359, 362, 376, 385, 386, 398 del referido código penal.

También la Suprema Corte tiene varias jurisprudencias al respecto:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 54 Segunda Parte

Página: 45

PENA DE MUERTE, LEGALIDAD DE LA. INSUBORDINACION CON VIAS DE HECHOS, CAUSANDO LA MUERTE DE UN SUPERIOR. El hecho de concebir e intervenir en la preparación y ejecución de la muerte de un superior, sin motivo alguno, da lugar a que se configure la infracción delictiva prevista en el artículo 283 del código marcial, que establece que comete el delito de insubordinación el militar que con palabras, ademanes, señas, gestos, o de cualquiera otra manera, falte al respeto o sujeción debidas a un superior que porte insignias o que conozca o deba conocer. Y puede resultar drástica la imposición de la pena capital, pero tratándose de un miembro del ejército, la ley castrense, para mantener la disciplina en el instituto armado, señala la máxima penalidad, como es la de muerte, cuando se ejecutan hechos de esa índole y dicha penalidad la autoriza la parte final del artículo 22 de la Constitución General de la República.

Amparo directo 4595/72. Mariano Meraz López. 25 de junio de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

* * *

Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, CXX
Página: 29

MILITARES. PENA DE MUERTE. Conforme a los artículos 278 y 279 del Código de Justicia Militar, que establecen, el primero, que el que ofenda o amenace a un centinela, a un miembro de la guardia, a un vigilante etcétera, se le impondrá una pena de..., y, el segundo, que "el que cometa una violencia contra los individuos expresados será castigado: I con la pena de muerte, si se hiciera uso de las armas", de lo que resulta inexacto que tal sanción se aplique sólo cuando los delitos se cometan en estado de guerra, pues no hay disposición que así lo establezca.

Amparo directo 8781/64. Francisco López Solano. 5 de junio de 1967. Cinco votos.
Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez.

V. 3. Leyes Estatales y Distrito Federal

Si la pena de muerte se encuentra vigente en el Derecho Mexicano, ¿por qué no se aplica? La explicación se encuentra en que la legislación penal federal no la contempla desde que la suprimió en 1931, desde ese momento, poco a poco las entidades federativas la fueron suprimiendo de sus códigos penales a raíz de las reformas hechas a la legislación sustantiva penal federal de aquel año.

Quiroz Cuarón, realizó una investigación el año de 1954, sobre la pena de muerte en México, a petición de las Naciones Unidas.

Cuando se le pregunto sobre el número de sentenciados a la pena capital anualmente, señalo que de seis estados de la República Mexicana que tenían contemplada en sus leyes secundarias la pena de muerte y que a lo largo de aquel año la habían llevado acabo la siguientes veces: Hidalgo en 3 ocasiones, Morelos 2, Nuevo León 4 y Oaxaca 13. Por lo que respecta a los estados de San Luis Potosí y Sonora, se abstuvieron de ejecutarla.

Señalo el Criminólogo que en el periodo de 1931-1951, en toda la República Mexicana, la relación de sentenciados por homicidio respecto de los procesados había sido de 31.67 % lo que significaba que de cada 100 presuntos delincuentes, 32 llegaron a ser sentenciados.

Concluye al decir que Oaxaca, fue el estado, en donde con mas frecuencia se ejecutaba la pena de muerte, pero también era el estado en el que la proporción de impunidad era más elevada, ya que ocupaba el último lugar en el país en la proporción de presuntos delincuentes y de criminales sentenciados por 1000 habitantes, ya que de 100 presuntos delincuentes sólo llegaban a sentencia el 13.6 %, sin que fueran sentenciados el 86.3 %, lo que demostraba que ni se perseguía eficazmente el delito ni tampoco se sancionaba a los delincuentes, y la circunstancia de que el estado de Oaxaca se ejecutaba con mayor frecuencia la pena de muerte no sólo reprimía los impulsos asesinos de una parte de sus habitantes sino que el índice de criminalidad iba en ascenso.⁽⁷⁾

En efecto, en la República Mexicana, el estado de *Aguas Calientes* suprimió la pena de muerte en el año de 1946. El estado de *Baja California Norte*, en cuyo territorio tenía vigencia el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, fue suprimida en 1931, al igual que *Baja California Sur*.

Por las mismas circunstancias, el Estado de Campeche la suprimió en 1943; el de Coahuila en 1941, el de Colima 1955; Chiapas en 1938; Chihuahua en 1937; el Distrito Federal en 1931, Durango en 1944; el Estado de México en 1961; en Guanajuato en 1955; el de Guerrero en 1953, en Hidalgo en 1962 y Jalisco en 1933. Si bien es cierto que fue el estado de Michoacán, el primero en abolirla en 1924, Morelos lo realizó hasta el año de 1970 ; en 1955 Nayarit la abolió. Por su parte Oaxaca la abolió en 1971, mientras que Puebla lo realizó en 1943; por su parte Querétaro lo hizo en 1931; Quintana Roo en 1931, dado que

(7) OJEDA VELÁSQUEZ, Alberto. Derecho Punitivo, Teoría Sobre Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Op. Cit. pp. 219-220

en aquella época era territorio federal; San Luis Potosí en 1968; Sinaloa por su parte, la abolió hasta 1939; Tabasco en 1961; Tamaulipas en 1956; Tlaxcala en 1957; Veracruz en 1945, Yucatán en 1938 y Zacatecas en 1936.⁽⁸⁾

(8) *Ibidem*. Pp. 217-218

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera.- En la primera etapa del derecho romano, la pena de muerte tenía un carácter de expiación religiosa, ellos consideraban que la ejecución de un delito, no solo constituía un atentado contra la ciudadanía, era además una ofensa al orden establecido por los dioses. En este periodo el derecho se encuentra inmerso en un sistema religioso y era por medio del sacrificio expiatorio que se restauraba la paz entre los dioses y los hombres.

Segunda.- Otra forma de retribución justa y aprobada por los romanos, fue la venganza privada, la que se dejaba al afectado o sus familiares, la cual muchas veces era desmedida, por eso cuando el Estado reafirmo su poder político, tomo en sus manos la administración de justicia con ello moderó y frenó los excesos en la actividad penal de los grupos menores a través de la figura del talión. Esto implicó una manera de castigo práctico, quizá por que esta sanción era la mas adecuada para satisfacer la ira del afectado o por no tener cárceles públicas donde confinar a los delincuentes.

Tercera.- Posteriormente se fueron adhiriendo otros medios que sirvieron de base para la composición, esto fue el pago en dinero o en especie, sustituyendo de esa forma la sanción penal, esto aconteció en el derecho privado, mientras que en el derecho publico, el Estado como rector de la justicia prohibió definitivamente la venganza privada, contando ya con un derecho procesal y penal en plena evolución, esto es, para que existiera una pena debía haber una ley que previamente regulara el delito y el procedimiento correspondiente, además la ciudad tenía la facultad de juzgar y aplicar las penas y el sentenciado a pena capital de acudir al pueblo en asamblea para confirmar o anular la misma, lapso en el cual tenía el derecho a la libertad provisional con lo cual podía irse al exilio voluntario, que en cierta forma era un medio para sustraerse de la justicia, sin embargo esto constituyo un equivalente de la pena capital, pues tenía como penas accesorias la confiscación de bienes y la perdida de la ciudadanía. Esto demuestra que los romanos procuraron ser mas exactos en el tratamiento de sus leyes para evitar casos de injusticia en los que reinara el arbitrio de los jueces y la confusión en la aplicación de las penas, fue un sistema jurídico que siempre estuvo en una constante búsqueda de soluciones que atenuaran o sustituyeran la pena máxima.

Cuarta.- Sin embargo aún cuando hubieron grandes avances en el derecho penal, también existieron otras circunstancias que complicaron el sistema de delitos y penas, como ejemplo podríamos mencionar que en la etapa del imperio se crearon toda una serie de delitos, que se castigaban con penas graves y crueles, y entre las circunstancias que hubieron de considerar para graduarlas fue la condición social del reo.

Quinta.- En México, la pena de muerte fue ejecutada por los pueblos prehispánicos, ya algunos historiadores han argumentado que se trataba casi de un derecho draconiano, pues las penas, al igual que ocurriera en Roma, eran aplicadas de manera brutal; todo ataque a la vida, al Estado, delitos contra la moral pública, contra la propiedad, etc., eran castigados de manera inhumana, con lapidación, decapitación, descuartizamiento, cremación, etc. Fueron castigos inhumanos, cuyo fin era mantener el orden, el ejemplo y la disciplina.

Sexta.- En la etapa histórica del México independiente, esta pena se sigue aplicando con el máximo rigor, sin embargo posteriormente, la Constitución Mexicana de 1857 nos abre la posibilidad de instaurar el régimen penitenciario, es decir, ha llegado al Poder Constituyente la idea de la humanización de la pena.

Séptima.- El derecho a la vida y el derecho a la muerte constituyen un problema inquietante en la actualidad, por la justicia o injusticia que lleva consigo su aplicación; la primera implorada por aquellos que han sufrido en carne propia la embestida de la delincuencia, sin olvidar el reclamo de la comunidad que exige vivir con seguridad y orden; mientras que la segunda es sustentada por aquellos que consideran que la pena de muerte impropia y no tiene cabida en un gobierno bien organizado democrático y justo, sustentado por un sistema jurídico constituido por leyes, autoridades garantes de la justicia y organismos encargados de proteger los derechos humanos.

Octava.- La historia nos ha demostrado que la pena de muerte además de haber sido un castigo cruel, no fue tan eficaz para erradicar las conductas delictivas o al menos lograr persuadir la ejecución de hechos violentos, por el contrario en la evolución de nuestra sociedad, la misma clase de delitos que antes existieron hoy en día se siguen realizando incluso con mas brutalidad. Es cierto que para algunos representa un recurso valioso en la lucha contra la creciente criminalidad, ante lo cual pareciera inminente su restablecimiento, en una sociedad que se encuentra atravesando una crisis social y económica con falta de

valores, con rezagos culturales, desempleo y áreas de población marginadas que viven en extrema pobreza; además de la falta de organización de autoridades federales y locales en materia de impartición de justicia. Sin embargo debemos considerar que se han realizado importantes avances en el campo del Derecho, en las ciencias penales y en particular la pena, la cual ha evolucionado y se ha humanizado. Por otro lado, los órganos ministeriales cuentan con modernos métodos de investigación y las autoridades jurisdiccionales cuentan con mejores medios de prueba, lo que favorece la realización de juicios mas justos en los que se garantiza la protección y otorgamiento de las garantías constitucionales, lo lleva finalmente al esclarecimiento de la verdad, del mismo modo que se evita cometer una injusticia.

Novena.- La justicia genera derechos y obligaciones, lo que implica una gran responsabilidad, es por eso que se debe hacer un examen minucioso a nuestro marco jurídico, donde se involucren a los diversos sectores de la sociedad, gobierno federal y local, autoridades ministeriales y jurisdiccionales, investigadores, profesores estudiantes, instituciones encargadas de proteger los derechos humanos.

Décima.- Organizar un marco jurídico basado en leyes que estén acorde con la actualidad que se esta viviendo, con autoridades que actúen en estricto apego a la ley que nos garantice el buen ejercicio en la impartición de justicia.

Décimo primera.- Se tiene que hacer un examen exhaustivo al sistema penitenciario base importante en la readaptación de delincuentes, el cual últimamente ha sido tan criticado por las deficiencias que presenta. Esta institución se debe desempeñar de acuerdo a los perfiles que le marca la propia Constitución Mexicana, es decir, elevar los valores de los internos dentro de las prisiones, a través de la educación y la capacitación penal para el trabajo como una terapia, a fin de que se eleve el nivel educativo, cultural, ético y moral, para socializar a un individuo y que este se encuentre preparado para reintegrarse nuevamente a la vida productiva y social de la sociedad. Evidentemente, tenemos que advertir que las condiciones están dadas para que toda esta actividad penitenciaria, prescrita en nuestra Carta Magna, se lleve a cabo y no tenga que seguir siendo letra muerta.

Décimo segunda.- Por todo esto, no es admisible que se acepte la pena de muerte, no podemos volver a ese escenario de penas excesivas y terribles en

aquellas épocas donde los delincuentes o las personas a quienes se les catalogaba como tales, no tenían ninguna oportunidad de defenderse, con acusadores anónimos, ignorando el delito por el que se les acusaba, desconociendo las pruebas que habían en su contra, además de no contar con defensa, y por supuesto castigando a seres inocentes. El restablecimiento de la pena capital, constituiría un retroceso en el progreso de cualquier sociedad y la incapacidad del Estado para construir un sistema normativo que regule y permita la convivencia de todos sus gobernados.

Décimo tercera.- La prevención debe ser considerada base fundamental para prevenir las conductas delictivas, germen de todo fenómeno social criminológico. La familia que es el grupo que sirve de cimiento a toda sociedad encargada de transmitir valores morales, cultura y tradición, debe ser atendida para evitar su desintegración, pues es en ésta, donde se originaran y desarrollaran las futuras generaciones. Muchas investigaciones han arrojado importantes datos que nos indican que la desintegración familiar origina niños y jóvenes delincuentes, con vicios, con escasa o nula educación escolar. Es por eso que se deben buscar los mecanismos y metodologías que nos puedan proporcionar todos aquellos elementos, donde los menores de edad y los jóvenes puedan adquirir valores, cultura, educación, salud y esparcimiento. Con acuerdos entre instituciones deportivas, centros de tratamientos para las adicciones e instituciones educativas. Debemos preparar a nuestros niños y jóvenes a moldear su comportamiento para un futuro prevenido de violencia, de delitos, y de vicios. Si el delincuente fue comparado con una enfermedad como la gangrena, a la que solo extirpándole se le puede dar cura es decir privándolo de la vida, de la misma forma podemos comparar a la sociedad con el cuerpo humano al que se le puede prevenir casi de cualquier enfermedad a través de mecanismos y medidas que debe adoptar nuestra sociedad para evitar las conductas delictivas.

Décimo cuarta.- Finalmente, la historia nos invita a realizar un minucioso examen del pasado, para que podamos comprender nuestro presente y prepararnos en lo posible a la vida futura de nuestra sociedad en donde impere un Estado de derecho, orientado a garantizar el ejercicio de sus libertades y derechos de todos los ciudadanos, basados en leyes que garanticen, la libertad, la igualdad, la democracia, la justicia pero sobre todo el respeto a la dignidad humana y a la vida.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

ABARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México, Edit. Jus, México, 1941

ARANGIO RUIZ, Vicente. Historia de Derecho romano, quinta edición, Edit. Reus, Madrid, 1994.

ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET J.A. Derecho romano I, Edit. de Derecho Privado, Madrid, 1991

ARRIOLA, Juan Federico. La Pena de Muerte en México, Edit. Trillas, México, 1980

BERNAL, Beatriz y José de Jesús Ledesma. Historia de Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, segunda edición. Edit. Porrúa, México, 1983

BLOCH, Leo. Instituciones Romanas. Edit. Labor. S.A. Barcelona, 1930

BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano, quinta edición, Edit. Reus S.A., Madrid, 1979

BRAVO, Gonzalo. Poder Político y Desarrollo Social en la Roma Antigua. Edit. Taurus Universitaria, Madrid, 1989

BURDESE, Georges. Manual de Derecho Publico Romano. Edit. Bosch. Barcelona, 1972

BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, vigésima primera edición Edit. Porrúa, México, 1998

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. vigésimo cuarta edición, Edit. porrúa. México, 1987.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos penales, Edit. Porrúa. MÉXICO, 1989

CUENCA, Humberto. Proceso Civil Romano, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1957

DE AVILA MARTEL, Alamiro. Derecho Romano, Edit. Jurídica de Chile, 1994.

DECLAREVIL, J. Roma y la Organización del Derecho, Edit. Cervantes, Barcelona, 1928.

DE LAS LEYES DE LAS INDIAS. Antología de la recopilación. Selección, Estudio e Introducción por Sarmiento, Alberto. Edit. Secretaria de Educación Pública, México, 1989

DI PIETRO, Alfredo. Manual de Derecho romano, cuarta edición, Edit. Depalma. Buenos Aires, 1985

FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio. Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa, quinta edición, Edit. Civitas, Madrid, 2000

FRANCISCI DI, Pietro. Síntesis Histórica de Derecho Romano, Madrid, 1954.

GONZÁLEZ OBREGÓN, Luis. México Viejo, Edit. Patria, México, 1945.

HEMBERT, Spencer. Los Antiguos Mexicanos, Edit. Innovación, México, 1996

IMBERT, Jean. La pena de muerte, Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1993

KRUGER, Pablo. Historia, Fuentes y Literatura del Derecho Romano. Edit. Nacional, México, 1980

KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano, Edit. Ariel, Barcelona, 1982

MENDIETA NUÑES, Lucio. El derecho Precolonial, Edit. Porrúa, México, 1937

MACLACHLAN, Colin M. La Justicia Criminal del Siglo XVIII en México, Secretaria de Educación Pública, México, 1976

MAGGIORE, Guiseppe, Derecho Penal, Volumen II, Edit. Temis, Bogota, 1972

MARGADANT, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, vigésima edición, Edit. Esfinge. México, 1994

MENDIETA NÚÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial. Edit. Porrúa. México, 1937

MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma, octava edición, Edit. Aguilar, Madrid, 1990

MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. Edit. Temis. Bogotá, 1976

MONTANELLI, Indro. Historia de Roma, segunda edición, Edit. Plaza Janes S.A. Barcelona, 1963

MORALES, José. I. Derecho Romano, cuarta edición, Edit. Trillas, México, 1992

MORINEAU IDUARTE, Martha, Román Iglesias González. Derecho Romano, Edit. Harla, México, 1987

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Teoría Sobre las Consecuencias Jurídicas del delito, Edit. Trillas. México, 1993

PÉRES DE LOS REYES, Marco Antonio. Historia de Derecho Mexicano, primera edición, Tomo I, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994

PETIT, Eugene. Tratado de Derecho Romano, Novena edición, Edit. Porrúa, México, 1992

QUIRARTE, Martín. Visión Panorámica de la Historia de México, Edit. Porrúa, México, 1967

RICCOBONO, Salvatore. Roma Madre de Todas las Leyes, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975

TOSCANO, Salvador. Derecho y Organización de los Aztecas, Edit. México, 1937

VENTURA SILVA, Savino. Derecho Romano, Curso de Derecho Privado, décima edición. Edit. Porrúa, México, 1990

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, tercera edición. Edit. Porrúa, México, 1975

WECKMANN, Luis. La Herencia Medieval de México, Tomo II, Colegio México, 1984

FUENTES.

DIGESTO, Tomo III. Versión Castellana, por D'ORS. Edit. Arazandi, Pamplona 1975

INSTITUTAS, Gaius. Texto, traducción, notas e introducción por Alfredo di Pietro. Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1967

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista, México, 2003

JURISPRUDENCIA FEDERAL, ESTATAL Y MILITAR.

PENA DE MUERTE, PROCEDENCIA DE LA
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, XCIV
9 de abril de 1965

PENA DE MUERTE. ARBITRIO JUDICIAL (LEGISLACION DE NUEVO LEON).
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, III
11 de septiembre de 1957

HOMICIDIO EN DESPOBLADO (LEGISLACION DE SAN LUIS POTOSI).
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, X
15 de abril de 1958

PENA DE MUERTE. HOMICIDIO CALIFICADO (LEGISLACION DE NUEVO LEON).
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, XXIV
11 de junio de 1959

PENA DE MUERTE. CALIFICATIVAS (LEGISLACION DE SONORA).
Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: Segunda Parte, XXIV
26 de junio de 1959.

PENA DE MUERTE (LEGISLACION DE TABASCO).

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, VI

PENA DE MUERTE, LEGALIDAD DE LA. INSUBORDINACION CON VIAS DE HECHOS, CAUSANDO LA MUERTE DE UN SUPERIOR.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 54 Segunda Parte

25 de junio de 1973.

MILITARES. PENA DE MUERTE.

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, CXX

Página: 29

5 de junio de 1967.

HEMEROGRAFIA.

MORA CALVO, Hernán R. Revista Filosofía Universidad de Costa Rica, Vol. XXXVI, No. 88-89 Enero, 1998, Costa Rica.

ENCICLOPEDIAS.

HADAS, Moses. La Roma Imperial. Las Grandes Épocas de la Humanidad Edit. Time -Life, Nederland, 1981

RUZ, Alberto. El Pueblo Maya. Edit. Salvat Mexicana de Ediciones, México, 1981