

40761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

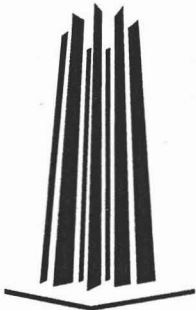
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACION
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

“LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL
MEXICANO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO
(CIENCIAS PENALES)
P R E S E N T A :
EDGAR CARLOS PEREZ ALANIZ



TUTOR:
MTRO. HECTOR GONZALEZ ROMERO

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MEXICO

2005

m 343953



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

Al **Dios Padre** Creador del Cielo y de la Tierra, señor creador del hombre, de todos los espíritus y de todas las cosas, que se manifiesta en llamas resplandecientes a través del giro de las sagradas fuerzas de la esencia del fuego y de la esencia del agua, **Gran Padre, Dios de la Luz Verdadera**.

A mis antepasados

A la memoria de mi padre Carlos Ismael Pérez Posos

A la memoria de mi madre María Juana Alaniz Durán

A María de los Angeles Tello Ocampo, por haber ofrendado muchos años de su vida a mi crecimiento.

A mis hijas Karla Paola, Claudia Elizabeth y Jessica Cristian, el regalo que **Dios** me dio, con el profundo deseo que en el día a día construyan solidamente su felicidad.

A mis hermanos, mi respeto y admiración.

A mis demás familiares, compañeros, amigos y colegas.

A mi tutor Maestro **Héctor González Romero**, por su apoyo invaluable y comprensión por mis insuficiencias.

A los integrantes del Comité de Revisión, **Héctor González Romero, Pedro Ugalde Segundo, Yolanda Santos Celis, Elizabeth Alejandra Flores Gaytan** y Francisco **Jesús Ferrer Vega**, por su apoyo y sugerencias invaluable.

A mi hermana humanidad.

“Por mi raza hablará el espíritu”

INDICE

LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

PAG.

INTRODUCCION	IV
--------------------	----

CAPITULO PRIMERO BREVES ANTECEDENTES DE LA PENA DE MUERTE

1. Derecho Romano	1
1.1 Derecho Español	7
1.2 Derecho Mexicano	9

CAPITULO SEGUNDO LA FUNCION REPRESIVA EN LA PENA DE MUERTE

2. Venganza Privada	14
2.1 Venganza Divina	17
2.2 Venganza Pública	19
2.3 Período Humanitario	24

2.4 Etapa Científica	58
2.5 Teorías de la Pena:	
2.5.1 Teorías Absolutas	68
2.5.2 Teorías Relativas	73

CAPITULO TERCERO

JERARQUIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL, POLITICA CRIMINAL Y MISION DEL DERECHO PENAL MEXICANO EN CUANTO A LA PENA DE MUERTE

3. Jerarquía de la Norma Constitucional	76
3.1 La Política Criminal	90
3.2 Misión del Derecho Penal Mexicano en Cuanto a la Pena de Muerte...	98
3.3 Protección de los Bienes Jurídicos	101
3.4 Argumentos a Favor y en Contra de la Pena de Muerte:	
3.4.1 Seguridad Colectiva	119
3.4.2 Intimidación	121
3.4.3 Retribución	121
3.4.4 Errores Judiciales	123
3.4.5 Permanencia Histórica	124
3.4.6 Derechos Humanos	125
3.4.7 Nuestra Postura.	126

CAPITULO CUARTO
LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO COMPARADO

4. Alemania	128
4.1 Estados Unidos	130
4.2 España	133
4.3 Procedimientos de Ejecución de la Pena de Muerte:	
4.3.1 Silla Eléctrica	134
4.3.2 Cámara de Gas	135
4.3.3 Inyección Letal	136
 CONCLUSIONES	 137
 PROPUESTA	 139
 BIBLIOGRAFIA	 142

INTRODUCCION

La Pena de muerte es sin duda alguna uno de los temas más discutidos en la actualidad, no sólo por los estudiosos del derecho, sino por otros especialistas de diversas áreas del conocimiento, ya que tiene como punto central del debate al ser humano.

Quién de nosotros en algún momento de nuestro ejercicio profesional no ha externado su particular punto de vista al respecto, quién no ha escuchado en los medios de comunicación argumentos a favor o en contra, quiénes de nuestros propios legisladores no se han pronunciado al respecto; no acaso la misma jerarquía de la Iglesia Católica ha opinado en este sentido.

Nuestro tema, denominado La Pena de Muerte en el Derecho Mexicano, se concretará a hacer notar a nuestros legisladores la conveniencia de derogar el párrafo cuarto del artículo 22 de nuestro máximo ordenamiento, empleando argumentos de carácter jurídico, refiriéndonos en algún momento a cuestiones de carácter sociológico, criminológico o filosófico, que nos permitirán desde luego, dejar en claro nuestra postura al respecto del tema de análisis.

El desarrollado del tema será en cuatro capítulos. En el primer capítulo denominado Breves Antecedentes de la Pena de Muerte, nos referiremos únicamente al Derecho Romano, Español y Mexicano, a efecto de establecer como se trataba la pena de muerte. Utilizando el método histórico.

En el capítulo segundo, hablaremos de La Función Represiva en la Pena de Muerte, tomando como base la evolución de las ideas penales, dentro de las que se encuentra la venganza privada, divina y pública, así como el periodo humanitario y la etapa científica; asimismo, nos ocuparemos de las teorías de la pena, particularmente de las teorías absolutas y de las teorías relativas; a efecto de señalar la necesidad de suprimir del texto constitucional el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución General de la República. Utilizando el método teórico deductivo.

En el capítulo tercero señalaremos la jerarquía de la norma constitucional, argumentando que, para que el texto constitucional sea congruente con la realidad social, es fundamental que se derogue el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución General de la República. Asimismo diremos que la legitimación de un estado de Derecho, está basada en la supremacía constitucional que representa la unidad de un sistema normativo, y establece para los hombres un cierto margen de seguridad porque éstos saben que ninguna ley o acto debe restringir la serie de derechos que la Constitución les otorga y que si tal cosa acontece existe un medio reparador de la arbitrariedad. Expresaremos que el principio de supremacía constitucional y el del control de la constitucionalidad de leyes y actos son complementarios; uno se sostiene en el otro. Indicaremos que en la actualidad la pena de muerte persiste en nuestro texto constitucional, aunque en la práctica no se aplica; sin embargo, esta situación es lo que origina el presente análisis, por lo que de acuerdo al principio mexicano de supremacía constitucional, conformado por la historia de la nación, por nuestras tesis doctrinales y

Jurisprudenciales, el cual se alimenta de toda una tradición jurídica y posee el espíritu de todo nuestro orden jurídico, debemos en todo el desarrollo de nuestra investigación patentizar que toda supremacía constitucional debe garantizar la libertad del hombre.

Por otra parte, manifestaremos la importancia que la Política Criminal debe tener en dicha derogación. Por último mencionaremos la misión que debe tener el derecho penal en cuanto a la pena de muerte, la protección a los bienes jurídicos, entre ellos la vida, así como los argumentos a favor y en contra de la pena de muerte. Empleando el método teórico deductivo.

En el capítulo cuarto, haremos un breve estudio comparativo de la pena de muerte en Alemania, Estados Unidos y España, asimismo, nos referiremos a los procedimientos de ejecución de la pena de muerte más usuales. Utilizando los métodos histórico y teórico deductivo.

Llegando a la conclusión de que debe derogarse el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución General de la República, toda vez que éste en la actualidad es letra muerta.

CAPITULO PRIMERO BREVES ANTECEDENTES DE LA PENA DE MUERTE

1. Derecho Romano

En un sentido estricto el Derecho Romano es el conjunto de los principios de derecho que rigieron a la sociedad romana en las distintas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano, en sentido amplio, el reconocido por las autoridades bizantinas hasta 1453.

Los testimonios documentales aparecen regulamente en Roma a partir de mediados del siglo IV antes de Cristo. Como por ejemplo la Tabla *Pontificum* que computa el tiempo, los eclipses, los nombres de los magistrados etc.. Otra fuente son los *tituli imaginum*, títulos con los que se exornaban las imágenes de los antepasados difuntos y las oraciones laudatorias usuales en los entierros de ciudadanos importantes.

Sara Bialostosky en su libro denominado Compendio de Derecho Romano, pone de manifiesto: Los historiadores romanos aparecen muy tarde en escena, Quintus Fabius Pictor, es de la época de la segunda guerra púnica, lo mismo que su coetáneo Lucius Cincius Alimentus. Después tenemos a Catón el Viejo hacia 154

antes de Cristo y a Lucius Calpurnius Piso y más recientes a Tito Livio 59 años antes de Cristo a 17 años después de Cristo y Dionisio de Halicarnaso.¹

Ahora bien, el estudio del Derecho Romano como todos sabemos, es importante en virtud de ser el antecedente histórico de nuestro Derecho Civil; sin embargo, poco sabemos del derecho Penal Romano y de la pena de muerte, ya que al parecer algunos de los antecedentes respecto a dichos temas, lo constituye la llamada Ley de las Doce Tablas, cuyos originales se perdieron durante el incendio de Roma por los galos y nadie se preocupó en volver a esculpirlos.

En el siglo XVII Jacobus Gothofredus hace un intento de reconstrucción y más tarde otro romanista como Dirksen hace lo propio. Al parecer dichas reconstrucciones se hicieron tomando como base las referencias que a ellas hacen las fuentes del Derecho Romano. La interpretación de la Ley de las Doce Tablas estuvo a cargo de los pontífices durante casi toda la República y después pasó al pretor y a los jurisconsultos. Mediante la interpretación se da vida al derecho y a virtud de esta labor se van extendiendo sus normas a situaciones no previstas específicamente en el ordenamiento decenviral. Esta ley se aplicó durante siglos gracias a la interpretación, que no sólo la explicaba, sino la completaba y desarrollaba.

Por otra parte la referida autora en otro de sus libros denominado Panorama del Derecho Romano, expone que: Desde épocas remotas encontramos en Roma la diferencia entre los delitos públicos *crimina* y los delitos privados *delicta o maleficia*, sujetos ambos a ordenamientos jurídicos diferentes.

¹ Sara Bialostosky. Compendio de Derecho Romano. 9ª. ed. México, U.N.A.M. 1995, Cfr. p. 68.

El derecho de coacción correspondiente a los magistrados *coertio* iba dirigido contra aquellos daños causados a la comunidad; se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de parte y se sancionaban con penas publicas, como por ejemplo: la decapitación y el ahorcamiento, que vendrían a ser antecedentes de la pena de muerte; se tramitaba el asunto primero en los comicios y más tarde en las *iudicium popoli* y *iudicium publicum*. Entre los *crimina* podemos citar el *parricidium*, el *peculatus*, el *perduellio*.

Frente a esos *crimina* ajenos a una exposición del derecho romano privado, encontramos los delitos. Los *delicta* eran actos que en principio ofendían intereses particulares, reservándose los agraviados, en el derecho primitivo, la persecución del infractor; contra el cual la venganza desmedida, la venganza medida, ley del Talión o la compensación pecuniaria, fueron sucediéndose cronológicamente hasta llegar a ser obligatoria la composición legal, cuando la jurisprudencia configura el sistema de penas privadas como objeto de la obligación.

Los delitos son pues aquellos actos ilícitos que generan obligaciones cuya sanción no es aplicada directamente por los órganos estatales y que encuentra satisfacción a través del ejercicio de la *actio in personam* intentada por la víctima contra el autor del acto ilícito.²

Para el efecto de corroborar lo expresado con antelación respecto a la Ley de las Doce Tablas y obtener otros antecedentes de la pena de muerte en el Derecho Romano, el tratadista Eugéne Petit, en su obra titulada Tratado Elemental de

² Sara Bialostosky. Panorama del Derecho Romano. 2ª. ed., México, U.N.A.M., 1995, Cfr. p. 24

Derecho Romano, pone de manifiesto: *“Si es necesario dar crédito al relato de ciertos historiadores, los romanos quisieron primeramente ilustrarse por el estudio de una legislación célebre entonces: la de Grecia. Hacia el año 301, tres patricios fueron enviados a las ciudades griegas de la Italia meridional, donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor y, acaso también, lo que es mucho más dudoso, hasta Atenas. Regresaron al cabo de un año, trayendo las leyes griegas.*

Hermodoro, desterrado de Efeso, los auxilia en su misión y toma una parte importante en la confección de la ley de las XII Tablas, tanto que los romanos le elevaron una estatua que Plinio dice existir todavía en su tiempo. La veracidad de esta tradición ha sido debatida por la crítica moderna; pero nos parece apoyada sobre testimonios demasiado precisos para no ser aceptada, y, por otra parte, muchas disposiciones de la ley de las XII tablas están manifiestamente inspiradas por las leyes griegas.”³

Consideramos ocioso seguir transcribiendo textualmente lo compilado por el referido Eugéne Petit, toda vez que de la sola lectura de la parte conducente a la ley de las XII tablas, no se desprende comentario alguno respecto a la pena de muerte en el Derecho Romano; sin embargo, es notoriamente imposible, que un sistema jurídico como el de la Civilización Romana no se haya ocupado del derecho penal y particularmente de la pena de muerte, como lo hizo con el derecho civil, ya que por la extensión territorial de su imperio, al igual que por su cultura y su sociedad, la pena de muerte debió estar debidamente regulada por el ordenamiento jurídico vigente en esa época.

³ Eugéne Petit. Tratado Elemental del Derecho Romano, Traducción de la 9ª. ed., México, Editorial Nacional, 1978. p.78.

Como vemos, los anteriores autores, cuyas obras están especializadas en el Derecho Romano, no dan mucha luz respecto al derecho penal y a la pena de muerte; sin embargo, Rafael Márquez Piñero, en su obra denominada Derecho Penal Parte General, hace referencia al Derecho Romano, manifestando algunas ideas respecto a la pena de muerte en dicho ordenamiento jurídico, por lo que consideramos importante señalar éstas, estableciendo que para entender el desarrollo del Derecho Romano debemos dividirlo en tres etapas. La primera denominada primitivo derecho romano, en el que la característica fundamental es el sentido público con que se consideraban el delito y la pena, aquél era la violación de las leyes públicas, en tanto que ésta la reacción pública contra el delito.

En este sentido el referido autor, pone de manifiesto: *“Los crímenes justiciables contra los bienes jurídicos de la comunidad y de los particulares se agrupan en dos conceptos de delito predullio y parricidium. La preduellio era la guerra mala, injusta, perversa, contra la propia patria, es decir, la traición, en tanto que el parricidium era la muerte del jefe de la familia (el pater familiae). La primera constituye el punto de partida del desenvolvimiento de los delitos políticos, y el segundo origina el núcleo del grupo de los delitos comunes.”*⁴

Y continua diciendo: *“Además de los dos casos comentados, se penaban públicamente (con sanción pública): el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería. Con el número e importancia de esta clase de delitos, castigados con pena pública, crece y se solidifica la construcción estatal del derecho penal, de un lado por la gravedad de las penas legalmente impuestas a los delitos (abunda la pena de muerte) y de otro por la*

⁴ Rafael Márquez Piñero. Derecho Penal. 1ª. ed., México, Trillas, 1986 p. 101

progresiva organización del procedimiento penal. Con la caída de la monarquía, en el primer periodo de la historia jurídica de la República se impone la Ley de las XII Tablas 451-433 antes de Cristo, cuyo contenido comprende normas de diversa naturaleza, específicamente las de derecho penal en las tablas VIII a XII.

En ellas se establece una previa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada, y se afirma la Ley del Talión.

Aunque se trata de una legislación ruda y primitiva, las XII Tablas tienen la singular relevancia de inspirarse en la igualdad social y política, quedando excluida del ámbito del derecho penal toda distinción de clases sociales. Como dice el magistral Jiménez de Asúa, la historia del derecho penal romano es un combate por la libertad. El poder penal del monarca y de los senadores, y después de los magistrados, que al principio era jurídicamente ilimitado se constriñe y determina con el advenimiento de la República. La Lex Valeria, dictada 500 años antes de Cristo, ya supuso un arma de lucha por la libertad civil. La muerte ya no es el castigo imperante, como en las XII Tablas, y puede ser evitada con la provocatio o con el exilio voluntario, y en los últimos años de la República, de hecho queda abolida...”⁵

Por nuestra parte diremos que la segunda etapa denominada de las *quaestiones*, no hace referencia a la pena de muerte. La tercera y última etapa o época del imperio la pena se recrudece y la pena de muerte, abolida en la última etapa republicana, reaparece con los emperadores, al principio del imperio se imponía sólo a los parricidas, y después de Adriano se empleo a los delitos más graves.

⁵ Ob. cit. p. 102

1.1. Derecho Español

El catedrático de Derecho Penal, Eugenio Cuello Calón, en su libro *La Moderna Penología*, señala que no es tarea fácil perfilar una historia de la pena de muerte en España, en particular de la Edad Antigua y de gran parte de la Media.

Disponemos, para llevar a cabo este trabajo, de cierto número de cuerpos legales que indican sus casos de aplicación y de algunos, como las Partidas, que señalan sus métodos de ejecución, pero ha de tenerse en cuenta que no pocos de estos textos legales nunca fueron aplicados o sólo lo fueron parcialmente. Por otra parte, carecemos de noticias seguras sobre las normas consuetudinarias aplicadas, ni poseemos, sino en escaso número, documentos de aplicación del derecho en materia criminal que sería de gran ayuda en esta investigación.

De la época de la Reconquista parece que tampoco puede confiarse con exceso en algunas redacciones consuetudinarias que poseemos, ni siquiera de modo absoluto, en los fueros municipales por el hecho, no frecuente, de haberse aplicado un mismo fuero, o copias de él, a localidades de vida penal muy diferentes. Sin embargo, a partir de la alta Edad Media, y aún antes quizá, ya es posible disponer de datos concretos, y en gran parte seguros, sobre esta pena y su ejecución.

Desde luego, las noticias referentes a la España primitiva son muy escasas y confusas. Se afirma que los celtíberos castigaban el parricidio con la lapidación, que otros delincuentes eran despeñados; parece también que entre iberos y celtíberos se aplicó la crucifixión, importada por los cartagineses y de nuevo por los romanos, como medio afrentoso de ejecución capital.

Gran incertidumbre reina también en cuanto a la España romana. Según los datos que la historia nos proporciona, el derecho penal autóctono y sus peculiares penas y formas de suplicio debieron subsistir durante largo tiempo, pero a medida que la dominación romana se fue consolidando, y con ella sus leyes penales, la pena de muerte y sus modos de ejecución fueron aplicándose conforme a aquéllas, en especial a partir de Augusto cuando la romanización se intensifica. No obstante acerca de este punto tampoco poseemos noticias concretas y seguras.

Las partidas contienen una enumeración detallada de los suplicios: cortar la cabeza con espada o cuchillo, la muerte en el fuego, la horca, arrojar al delincuente a las bestias bravas para que lo maten; expresamente se prohíbe la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento.

En su mayoría estos suplicios perduran hasta el siglo XVII, época en la que comienza a atenuarse su barbarie y algunos, aunque en forma simbólica, llegan hasta el siglo XIX. Son estos métodos de ejecución capital los mismos del Derecho penal romano, recepción bien explicable en un código fuertemente romanista como son las Partidas.

Con el transcurso del tiempo apareció una nueva forma de ejecución capital: morir saeteado, pena que fue impuesta por las leyes de la Hermandad para los raptos de doncellas, monjas o viudas y para los que robaren o hurtaren por cantidad superior a 5.000 maravedises, cuando estos hechos se cometieran en yermo o en despoblado.

En el siglo XV, y en el XVI y XVII, los condenados a muerte de alta traición fueron degollados, o decapitados conforme al precepto de las Partidas, con cuchillo, no con hacha, aunque ésta fue empleada después de degollado el delincuente para

presentar su cabeza a la muchedumbre que presenciaba la ejecución o exhibirla en palos o garfios.

Durante gran parte de la Edad Media la pena capital se ejecutó con frecuencia no conforme a la ley, sino al arbitrio de los monarcas y señores, en particular cuando el castigo se aplicaba a grandes bandas de malhechores o de rebeldes. En estos casos, por lo común no sólo se prescindía de juzgar a los delincuentes, sino que se les aplicaban terribles suplicios no autorizados por las leyes.⁶

1.2 Derecho Mexicano:

Alvaro Guadarrama González, en su libro titulado La Pena de Muerte, pone de manifiesto que durante la colonia, la nueva cultura trajo un nuevo concepto de la vida y de la muerte. Agregando que la pena de muerte impuesta durante la colonia por el Santo Oficio o Santa Inquisición tuvo un fuerte apoyo de las autoridades civiles de la Nueva España que usaban los servicios del Santo Oficio para sus fines políticos personales. De esta forma la Inquisición se dedicó entonces a juzgar no sólo la idolatría sino también las ideas liberales, en especial las seguidas por los enciclopedistas franceses.⁷

⁶ Eugenio Cuello Calón. La Moderna Penología. Reimpresión, Barcelona, Bosch, 1974, Cfr. pp. 201 a 212.

⁷ Alvaro Guadarrama González. La Pena de Muerte. 1º. ed., México, Cardenas Editor, 2000, Cfr. p. 9

Una vez que se firmó el tratado de Córdoba, mediante el cual se reconoció la Independencia de México, se empiezan a dar una serie de cambios, entre los que sin duda se destaca la integración del Congreso Constituyente, el cual estaba compuesto por liberales anticlericales y antiespañoles, realizando los cambios necesarios para dejar vigente la pena de muerte que aplicaba el Santo Oficio.

Sin embargo, Alvaro Guadarrama González, señala que si bien es cierto el Congreso Constituyente, estaba compuesto por liberales anticlericales y antiespañoles, también lo es que: “...el Partido Conservador logra incrustar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el artículo que establece como única religión oficial del país la religión católica, punto de aparente intrascendencia que permite que el Alto Clero conserve sus privilegios y su poder durante la mayor parte del siglo XIX y se convierte en el cerebro del Partido Conservador, especialmente con la llegada de los jesuitas.”⁸

Como sabemos, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 abolió la pena de muerte, sin embargo, es hasta 1842 en donde se menciona nuevamente la pena de muerte en el voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente, de fecha 26 de agosto de 1842.

El artículo 5º en su fracción XIII, señalaba que para la abolición de la pena de muerte, se establecería a la mayor brevedad el régimen penitenciario, y entretanto, quedaba abolida para los delitos puramente políticos, y no podía extenderse a otros casos que al salteador, al incendiario, al parricida y al homicida con alevosía o premeditación.

⁸ Ibidem. p. 32.

Hasta 1857 no había bases sobre las que construir el derecho penal mexicano, ya que a partir de esa fecha se atempero la anarquía que caracterizaba al régimen represivo en cuanto a las disposiciones legales promulgadas hasta esa época se referían a los procedimientos y a la jurisdicción, para aligerar los trámites y activar la represión de la creciente criminalidad.

El artículo 23 de la Constitución Política de 1857, establecía para la abolición de la pena de muerte, que quedaba a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entretanto quedo abolida para los delitos políticos, y no podía 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.

La Constitución de 1857 prometía la abolición de la pena de muerte para cuando se realizara la creación del régimen penitenciario, la condición se realizó, pero la promesa no fue cumplida.

Otro antecedente de la pena de muerte lo encontramos en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871, cuya integración fue encargada al jurista Martínez de Castro.

El referido Código Penal de 1871, preveía la pena de muerte en su artículo 92, fracción X, en el caso de los homicidios ejecutados con premeditación, ventaja, alevosía y traición.

Posteriormente el fracaso del ordenamiento penal de 1929 motivó la inmediata designación por el Presidente Portes Gil de una comisión revisora del texto comentado, la cual estuvo presidida por el licenciado Alfonso Teja Zabre, terminados los trabajos de la comisión, el Presidente ingeniero Pascual Ortiz Rubio, promulgó el

13 de agosto de 1931, el nuevo código penal, actualmente abrogado, y que como sabemos no se trata de un código adscrito a una determinada escuela, respeta la tradición mexicana y su formalismo es análogo al de otros códigos.

Al respecto de la pena de muerte, Ramón Prida, en su celebre discurso pronunciado el 26 de agosto de 1933, en el ciclo de conferencias organizado por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, efectuado en el Anfiteatro Bolivar de la Ciudad de México, actualiza sin lugar a duda el sentir de la corriente abolicionistas, ya que como el diría: *“Mi posición es clara y definida: sostengo que el Estado no tiene el derecho de matar a nadie, aún más, que el Estado no tiene derecho de castigar. El Estado tiene el derecho de educar.*

Restablecer en nuestros Códigos la pena de muerte, no acabaría con una desigualdad social, la recrudecería nada más. La pena de muerte no se justifica de ninguna manera.

No, la pena de muerte, no sirve para nada; pero sería suficiente el hecho de que es irreparable, para que todos los hombres de corazón se mostraran sus enemigos. Todos vosotros lo sabéis; un día el Tribunal de Venecia condenó y ejecutó a un pobre panadero que fue sentenciado por un crimen que no había cometido. El municipio de Venecia, desde aquella fecha, ordenó que todas las noches se encendiera una lámpara que los que hayan visitado aquella ciudad habrán visto arder al costado de la catedral de San Marcos, bajo una inscripción que dice: Oh Jueces, acordaos del pobre panadero. Yo deseo que en nuestra patria jamás

tengamos que encender lámparas semejantes, pero para ello es preciso que quede abolida la pena de muerte en todas sus formas.” ⁹

La última ocasión que se ejecutó la pena de muerte en el territorio nacional, fue en 1961, en Saltillo Coahuila, ejecución pronunciada por un tribunal castrense en contra de Isaías Constante Lauriano.

⁹ Ramón Prida .La Pena de Muerte. s.e., México, Cuadernos Criminalia, 1945, pp. 25-26

CAPITULO SEGUNDO LA FUNCION REPRESIVA EN LA PENA DE MUERTE

En todas las épocas se ha dado la función represiva, caracterizándose según los distintos pueblos. Los especialistas de la materia han agrupado la función represiva dentro de la evolución de las ideas penales, en cinco períodos, mismos que trataremos en seguida.

2. Venganza Privada

Castellanos Tena precisa en relación a la Venganza Privada: *"A esta etapa suele llamársele también venganza de la sangre o época bárbara. En el primer periodo de formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio essendi de todas las actividades provocadas por un ataque injusto.*

Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente en la etapa del Derecho Penal, se hable de venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirlas, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos a más del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para suponer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad

suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz sociales. Según se ve, en este periodo la función represiva estaba en manos de los particulares. Como afirman los tratadistas, si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza. Mas no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna; sólo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

La venganza privada se conoce también como venganza de la sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados de sangre. Esta venganza recibió, entre los germanos, el nombre de blutrache, generalizándose posteriormente a toda clase de delitos.

Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la fórmula del talión ojo por ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido.

Este sistema talonial supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable.”¹

¹ Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 25ª. ed., México, Porrúa, 1988, p.3

Pavón Vasconcelos, en relación a la venganza privada señala: *"El progreso de la función represiva, cuestión que se ha pretendido identificar con la evolución de las ideas penales, presenta diversos matices según el pueblo a estudio. Ni en todas las sociedades ha sido igual, ni tampoco ha sucedido, con normal tránsito, en las diversas épocas.*

*En los tiempos más remotos la pena surgió como una venganza del grupo, reflejando el instinto de conservación del mismo. La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste. La expulsión, que en un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo."*²

Como vemos, en esta época el poder público carecía de la fuerza coactiva necesaria para el cumplimiento de sus más elementales fines sociales, por lo que la función penal revistió el carácter de venganza, en la que sin lugar a duda debió aplicarse la pena de muerte. Afirmando que el período de la venganza privada no corresponde propiamente a un estadio de la evolución del Derecho Penal.

² Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. 4ª. ed. México, Porrúa. 1978. p.47.

2.1 Venganza Divina

Rafael Márquez Piñero, señala que: "En esta fase, lo común era reparar la ofensa a los dioses, que la transgresión había supuesto, y aplacar su cólera. Todo el aparato coercitivo de la justicia criminal se hacía en nombre de los dioses y para su satisfacción."³

Por su parte Castellanos Tena, pone de manifiesto: *"Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.*

Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo. En esta etapa evolutiva del Derecho Penal, la justicia represiva es manejada generalmente

³ Rafael Márquez Piñero. Derecho Penal. 1ª. ed., México, Trillas, 1986 p. 66.

por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, pero se perfila de manera clara en el hebreo; esto no debe resultarnos extraño si atendemos a que los judíos han sido siempre eminentemente religiosos.”⁴

Pavón Vasconcelos, manifiesta: “Este periodo, en el progreso de la función represiva, constituye una etapa evolucionada en la civilización de los pueblos. Los conceptos Derecho y Religión se funden en uno solo y así el delito, más que ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad.

Dentro de este período situamos al Pentateuco, conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa. El Derecho de castigar (jus puniendi) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, en consecuencia, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira, identificándose, para el delincuente, con el medio de expiar su culpa. En el Pentateuco encontraré prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose, en algunos casos, la venganza privada.

Los libros sagrados de Egipto son, igualmente, prueba de la función entre los conceptos de delito y represión con los de ofensa a la divinidad y expiación religiosa, y aunque no han llegado a nuestro directo conocimiento se tienen referencias de ellos.

El Derecho egipcio está también, como el pueblo judío, lleno de espíritu religioso; en él se observa, como dice Puig Peña, la misma delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar.

⁴ Ob. Cit., p.33

El sistema de represión seguido en las épocas primitivas nos muestra que la pena fue considerada, primero como un castigo y después como una expiación. Este último concepto fue substituido más tarde por el de retribución, pues el hecho de haber perdurado durante siglos el principio talional nos prueba que la medida de la pena no era sino el resultado de una apreciación, con raras excepciones, meramente objetiva del daño material causado para aplicar la pena.

Lo anterior pone de relieve que fueron pocas las legislaciones que pudieron escapar, mediante reglas de excepción, al influjo de tan lejanas épocas, la aplicación de la pena con riguroso criterio objetivo.”⁵

Como vemos, en este periodo, lo común era reparar la ofensa a los dioses, que el delito había supuesto, y aplacar su colera, todo el aparato represivo se hacía a nombre de los dioses y para su satisfacción, encontrando en esta época la aplicación de la pena de muerte.

2.2 Venganza Pública

En cuanto a la venganza pública, Víctor Hugo Resendes Macías, señala que: “*Conforme los Estados se consolidaban, se comenzó a distinguir los delitos privados de los delitos públicos y viceversa, según el hecho lesionara de manera directa los intereses de los particulares o del orden público. Es entonces cuando aparece la etapa de la venganza pública y para regularla y aplicarla se creó la institución de los*

⁵ Ob. Cit. P. 50

*jueces, quienes tenían el poder de conocer y valorar los hechos así como resolver el castigo que se aplicaría al infractor. Estos tribunales tenían amplias y poderosas facultades para incriminar, incluso, hechos no previstos como delitos en las leyes. Como es natural, los juzgadores abusaron de estas ilimitadas atribuciones, generalmente poniéndolas al servicio de los déspotas y los tiranos, a cambio de prebendas.”*⁶

Castellanos Tena, precisa: *“A medida que los estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho que lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada venganza pública o concepción política; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Para la supuesta salvaguarda de ésta se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas.*

Con justicia Cuello Calón afirma que en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba, los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando.

No sólo en Europa imperó esa concepción, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio de terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En este período la humanidad, puntualiza Carranca y Trujillo,

⁶ Victor Hugo Resendes Macías. Pena de Muerte la Controversia. 1º. ed., México, Pac., 200, p.7.

aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones.

Nacieron los calabozos donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos; la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; el pilori, rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras, el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballo; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente, el garrote que daba la muerte por estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas.”⁷

Por otra parte Pavón Vasconcelos, opina : “Bajo el Imperio Romano, a raíz de haber sido reconocido el cristianismo como religión oficial, la Iglesia cobró fundamental importancia, no sólo en su aspecto ideológico sino temporal. El concepto de la pena se ve influido por la noción de penitencia, única forma de expiación del pecado, convirtiéndose en el medio adecuado, al delincuente, para liberarse del delito. No obstante, a pesar de toda la bondad de que fue capaz la doctrina cristiana, durante su influencia la pena se transformó en el medio más eficaz para la represión del delito y, aunque parezca paradójico, se tornó día a día más cruel, a la par que los procedimientos seguidos en la investigación del delito y del delincuente se convirtieron en verdaderos atentados a la libertad humana.

El Derecho Penal canónico, según la opinión de Fontán Balestra, mantuvo la naturaleza pública del Derecho Penal romano, estableciendo un lazo de unión y

⁷ Ob. Cit. P.34

vía de supervivencia de éste en el Derecho Penal moderno. Durante el Imperio la Iglesia actuó disciplinariamente en asuntos exclusivamente eclesiásticos, en tanto que el Estado mantuvo en sus manos el Derecho Penal laico, lo mismo que en el reino de los francos bajo el reinado de los merovingios.

El Derecho Penal canónico cobró excepcional importancia bajo los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, es decir, durante el tiempo comprendido entre los años 1073 y 1216. Asume en esa época una gran trascendencia laica, ofreciendo protección con su derecho de asilo, consolidado en tal forma que se llegó a declarar que quien sacase por la fuerza a un delincuente del templo en que se hubiese asilado, cometía un delito de lesa majestad. El delito de herejía da especial significado a lo dicho, por cuanto con él se advierte que el Derecho Penal canónico deja de ser un mero derecho disciplinario, ya que al principio sólo consistía en la facultad otorgada a los obispos, de decretar la excomunión del transgresor.

El fuero personal se impone en definitiva, de tal manera que, cualquiera fuera el delito cometido, el sacerdote debía ser juzgado por sus pares, conquista a la que se llegó reconociendo primero ese privilegio solamente a los obispos para extenderlo después a todos los clérigos, existiendo un período intermedio en el cual ciertas categorías de religiosos, antes de ser juzgados por un tribunal laico, debían ser depuestos por la Iglesia.

Asimismo, la competencia de los tribunales eclesiásticos aumentó en tal forma que, por razón de la materia, intervenían aún en los casos en que el delito fuese cometido por un laico. Cuando el hecho delictuoso atacaba la religión, esa jurisdicción era indiscutida, no ocurriendo lo mismo con otras infracciones como incesto, adulterio, sodomía, usura, etc., en que su jurisdicción resultó cuestionada.

En plena Edad Media, entre los siglos XI y XVI se produce un resurgimiento del Derecho romano, difundándose y comentándose los textos que habían quedado olvidados entre las polvorientas bibliotecas de iglesias y conventos. Aparecen primero en los siglos XII y XIII, los glosadores, que trataban de interpretar y determinar los alcances de las leyes romanas, a quienes siguen , en los siglos XII a XV los llamados posglosadores o comentaristas, cuya labor se orientó, fundamentalmente, a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos.

*A esta época pertenecen los trabajos de Guido de Suzzara y de Alberto Gandino, autor del *tratus de Maleficis*, considerado como un tratado sistemático de Derecho Penal. Apartir del siglo XVI se inicia un nuevo movimiento, el de los prácticos, así llamado por su sistema de aplicar un criterio práctico al estudio del Derecho Penal, descollando entre ellos, Julio Claro (1525-1575), con su obra *Opera amnia sive practica, civilis atque criminalis*, y Prospero Faranacio, con su *Praxis et theorica criminalis*, que pretende ser un resumen de las prácticas del Derecho Penal de la época (siglo XVII)."*⁸

Como observamos, en este período aparecen las penas más crueles, las leyes se hacen más severas, castigándose como delitos diversos hechos sin gravedad alguna como por ejemplo: la magia, la hechicería entre otros, la lucha contra la cada vez más abundante criminalidad se realiza mediante una violencia institucional creciente, y la misma pena de muerte, frequentísima, se acompaña de tormentos espeluznantes.

⁸ Ob. Cit. P. 54

2.3 Período Humanitario

En cuanto al llamado período Humanitario, Resendes Macías., nos señala que: *"El renacimiento es llamado así porque fue en esa época cuando se dio el redescubrimiento de los autores clásicos griegos y latinos que permitió el florecimiento de las ciencias y las artes, y provocó un renacer en la humanidad. Este renacer fue el inicio de un proceso de libre discusión de las ideas que de cuando en cuando se aceleraba arribando a estadios de pluralidad cada vez mejores, pero que apenas hoy, vivimos con cierta plenitud."*⁹

El maestro Castellanos Tena, expresa: *"Es una ley física que a toda acción corresponde una reacción de igual intensidad, pero en sentido contrario. A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales."*

*La tendencia humanitaria, de antecedentes muy remotos, tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII, con César Bonnesana, marqués de Beccaria, aún cuando no debe desconocerse que también propugnaron por ese movimiento Montesquieu, D'Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más."*¹⁰

Y continúa diciendo: *"De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes: a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes, b) Las penas*

⁹ Ob. Cit. P. 15

¹⁰ Ob. Cit. P. 34

únicamente pueden ser establecidas por las leyes, éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas, c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben de ser atroces, d) Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley, e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres, f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle.”¹¹

Por su parte Pavón Vasconcelos, expresa: *“La influencia del libro de Beccaria se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagro la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos, limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia. De los cuarenta y dos capítulos que integran el libro de Beccaria, a cual más interesante, destacan preferentemente los relativos al origen de la pena y del derecho a castigar,; el de la interpretación de las leyes; el que se ocupa de la oscuridad de las mismas; los relativos a la pena de muerte, la templanza de las penas, relación entre el delito y la pena y las medidas de seguridad.”¹²*

Márquez Piñero, al comentar respecto a la obra de Beccaria, manifiesta: *“Combate la pena de muerte, las proscipciones, las confiscaciones, las penas infamantes, las torturas y el procedimiento inquisitivo, pronuncia por las*

¹¹ Ibidem. P. 36

¹² Ob. Cit. P. 55

*garantías procesales del acusado, la legalidad de las penas y la atenuación de las mismas.”*¹³

Por nuestra parte podemos señalar que la evolución de las ideas produjo en el Derecho Penal, un movimiento de recreación, en el que observamos ya, una clara tendencia abolicionista de la pena de muerte. La Iglesia católica había hecho benigna la penalidad durísima de los tiempos remotos, siendo el llamado siglo de las luces, es decir el siglo XVIII, el que con el iluminismo plasma la corriente humanitaria.

La postura del Marqués de Beccaria trascendió a los ordenamientos jurídicos positivos de diversos países, que acusaron esta humanización, representados entre otros, por Catalina de Rusia, José II de Austria, Federico de Prusia y en general por estadistas de los países europeos. No obstante donde se reflejó con mayor amplitud dicho pensamiento, fue en la Revolución Francesa de 1789, así como en la declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto del mismo año.

No es desconocido que desde los tiempos más antiguos, la filosofía reconoce la justificación del poder del Estado para castigar, aunque la fundamentación de este *ius puniendi* haya tenido bases muy diversas.

Para Platón, la pena se fundamentaba en el principio expiatorio, por el interés de la comunidad y en nombre de la misma, como restitución necesaria del daño del delito; para otros, Platón justificó la pena en la defensa y conservación del Estado, pena que impide el volver a delinquir y supone la rehabilitación del culpable y la purificación de su alma. Aristóteles, destaca el fin útil de la pena, señalando que el dolor debido a la pena ha de igualar a la maldad de la acción del delincuente.

¹³ Ob. Cit. P. 6

Consideramos de utilidad señalar que la misión de la filosofía del derecho, puede ser considerada en relación con las ciencias jurídicas particulares y en el caso concreto con las disciplinas penales, como la función que realiza la filosofía general con relación a la ciencia en sentido restringido, función que crece con disciplinas correspondientes a la filosofía práctica, tratándose de disciplinas comprendidas en la filosofía teórica o especulativa las ciencias que le están subordinadas mantienen su autonomía en tanto se mueven dentro del campo propio que les fija su objeto formal, otro es el caso de las disciplinas filosófico-prácticas que tienen por objeto material el obrar, la conducta humana, ya que aquí el conocimiento científico está más estrechamente vinculado con el conocimiento filosófico, dada la naturaleza del acto humano, una de cuyas dimensiones esenciales es la libertad, libertad de elegir lo justo de lo injusto, el bien del mal, los valores que regirán su comportamiento en lo individual como en su sociedad.

Al meditar sobre la conducta humana, advertimos que ésta representa una trama de actos voluntarios y libres que implican elementos vinculados con nociones y principios filosóficos, tales como voluntad, libertad, deber, norma, rectitud, valor, bien y justicia, siendo importante que de su definición depende que se llegue a tener un conocimiento integral o parcial del acto humano; del obrar.

Es así que si tratáramos de reducir la conducta del hombre a sus manifestaciones exteriores, a los movimientos que realiza y que caen bajo el dominio de los sentidos del observador, es desnaturalizar esa conducta, mutilar y deformar tal objeto de conocimiento.

De lo anterior podemos decir que un estudio de moral que sólo describiera costumbres, o un estudio jurídico que se limitara a compilar leyes, sin adentrarse en

la consideración de valores que inspiran y presiden las costumbres descritas y las leyes compiladas, no merece el título de estudio científico. Es por eso la importancia de la filosofía del derecho frente a las ciencias jurídicas particulares y en el caso concreto frente a las disciplinas penales, respecto de las cuales no sólo establece la validez de sus postulados, sino que en cierto sentido viene a integrarles el objeto material de su conocimiento.

Para la formulación y aplicación del derecho se debe tomar en cuenta hechos o datos de la experiencia sensible, así como las leyes de la naturaleza física que los rigen, puesto que la conducta humana tiene manifestaciones en el orden fenoménico.

Lo que no está bien es afirmar que el derecho se integra exclusivamente con elementos o datos fenoménicos, o bien como lo pretende el logicismo jurídico, exclusivamente con formas o datos ideales regidos por la lógica. Parece evidente que en el derecho se conjugan datos de la experiencia sensible regidos por leyes físicas, biológicas, económicas, psicológicas y sociológicas, así como los datos ideales aprehendidos a través de una intuición intelectual y regidos por leyes lógicas y también datos correspondientes a lo que podríamos llamar experiencia moral, regidos por leyes éticas.

En este sentido el catedrático Rafael Preciado Hernández, en su obra *Lecciones de Filosofía del Derecho*, pone de manifiesto: *"...En todo caso sólo un dogmatismo irracional y por eso mismo anticientífico, puede desentenderse de la reflexión filosófica que presupone la resolución de esta primera cuestión, consistente*

en determinar los datos y leyes que deben ser tomados en cuenta en la integración de la noción del derecho.”¹⁴

Esto quiere decir que la misión de la filosofía del derecho, en relación con nuestro tema, será la de determinar los datos y leyes que deben ser tomados en cuenta para su integración, reflexión que nos permitirá integrar jerárquicamente los diversos datos y aspectos que implica una noción compleja de lo jurídico.

La filosofía del derecho también influye en la vida social y en la actividad del Estado. El derecho es elemento necesario de la sociedad y ésta a su vez es necesaria al hombre. La lucha incesante por el derecho implica anhelo insatisfecho de perfeccionamiento de las instituciones jurídicas, con el fin de hacer justas y prácticas las relaciones entre los hombres, de estas luchas que tienen un carácter político, los ideales jurídicos que proporciona la filosofía del derecho, juegan un papel preponderante.

Rafael Preciado Hernández, nuevamente establece: *“Los datos escuetos que proporciona el derecho positivo, incluyendo sus códigos, sus tribunales y su técnica, son incapaces por sí solos de mover a los hombres hasta el grado de estar dispuestos a dar su vida para defenderlos. En cambio esos mismos datos, iluminados y vivificados por el espíritu del derecho, que sólo puede darlo una auténtica filosofía jurídica, se convierte en instituciones tan estrechamente vinculadas con el bienestar y progreso de los hombres, que éstos son capaces de los más grandes sacrificios cuando se trata de defender o perfeccionar tales instituciones.*

La historia nos señala que el progreso de un pueblo depende fundamentalmente de las instituciones jurídicas que lo rigen, si éstas garantizan las

¹⁴ Rafael Preciado Hernández. Lecciones de Filosofía del Derecho. 2ª. Ed., México, U.N.A.M., 1984. p. 26

libertades humanas, las actividades legítimas, y reglamentan debidamente las formas de convivencia social naturales y en este sentido necesarias al hombre, el progreso material y espiritual de la sociedad de que se trate, es su resultado lógico.

Por el contrario, allí donde las llamadas instituciones jurídicas no se inspiran en los principios racionales que rigen la conducta social del hombre, la sociedad se agita y lucha estérilmente. Se ha dicho con razón, que un pueblo sólo puede progresar cuando cuenta con un buen gobierno, y es evidente que un buen gobierno se funda siempre en un auténtico orden jurídico, en un derecho justo.”¹⁵

La materia o contenido de un orden jurídico determinado, son los bienes, conducta y fines protegidos con las normas e instituciones jurídicas, las que a su vez representan lo que hay de construcción en ese orden, es decir, su disposición o forma. Podemos afirmar, por tanto, que la validez de un ordenamiento jurídico depende de condiciones formales y materiales.

La más perfecta técnica jurídica nada vale, si en lugar de garantizar la debida protección de la libertad y de las demás prerrogativas esenciales de la persona humana, sólo sirven para sojuzgar y explotar a los hombres, en aras de ideales o postulados políticos contrarios a las legítimas aspiraciones de la comunidad. Y los más elevados principios proclamados en una constitución no pasan de ser meros enunciados teóricos, y en este sentido fracasan, sino se estructura técnicamente las instituciones jurídicas eficaces para asegurar su observancia. Esto significa que la filosofía del derecho debe estudiar los primeros principios del derecho, atendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez.

¹⁵ Ob. Cit. Cfr. Pp. 27-28

Para tener un conocimiento completo de la filosofía jurídica, se debe partir de la división formal y material de cada uno de los temas de esta. La norma jurídica implica entre sus elementos o datos esenciales las ideas de autoridad y sociedad, cuyas formas más completas de organización constituyen el Estado, es claro que la filosofía del derecho encuentra su natural complemento en la política o filosofía del Estado. Así, la investigación de los principios del derecho, tanto desde el punto de vista formal como desde en punto de vista material o real, es el tema fundamental de la filosofía jurídica, y la investigación de los primeros principios del Estado, constituye el tema principal de la de la política o filosofía del Estado.

Ahora bien, la expresión propia del derecho es la norma jurídica; y como ésta es una especie de la norma en su acepción genérica, podemos concluir que el derecho participa del orden normativo. Por otra como contenido de la materia de la norma jurídica, lo expresado o representado por ésta en forma imperativa, es una relación social, un ajustamiento entre personas y cosas, bajo este punto de vista el derecho participa del orden social. Y por último, como las esferas de lo normativo y de lo social carecen de sentido si no las referimos al orden ético, que comprende los principios racionales supremos que rigen la conducta humana, objeto de las normas y de las relaciones sociales, es claro que el derecho participa igualmente del orden ético.

Luego para alcanzar una idea integral del derecho, para aprehender su esencia, determinar sus primeros principios o razones últimas, es preciso considerarlos sucesivamente en relación con cada uno de estos tres ordenes, normativo, social y ético, y otro tanto cabe hacer a propósito de la investigación sobre los primeros principios del Estado, pues éste participa, asimismo, del orden

normativo, del orden social y del orden ético. Del primero puesto que la norma jurídica a través de la autoridad, informa o conforma al Estado, es su principio unitivo, constitutivo, esencial. Del segundo, dado que el Estado es una especie del género sociedad, es la forma de sociedad civil perfecta, por cuanto abarca todos los fines que son susceptibles de ser alcanzados mediante la convivencia humana.

Y finalmente, el estado participa también del orden ético por la misma razón que indicamos con antelación al referirnos al derecho, ya que las esferas de lo normativo y lo social a su vez participan del orden ético, sin cuyos principios las normas y las relaciones sociales pierden su carácter humano, carecen de sentido. De ahí que para llegar a conocer la naturaleza del estado desde el punto de vista de sus primeros principios sea necesario considerarlo con sus relaciones con el orden normativo, con el orden social y con el orden ético.

Por otra parte aplicando al derecho la división de las disciplinas filosóficas que hace la filosofía moderna a base de los dos conceptos fundamentales del ser y del deber ser, objetos respectivamente de la ontología y de la axiología, la filosofía del derecho se ha dividido igualmente en ontología jurídica, que tiene por objeto el estudio del ser del derecho, y la axiología jurídica, que comprende el estudio de los valores supremos del derecho. De lo antes expuesto, podemos manifestar que es precisamente la filosofía del derecho, la que entre otras disciplinas, a través del riguroso planteamiento de los problemas que plantea el ordenamiento jurídico, puede ofrecer las soluciones adecuadas a dichos problemas, entre ellos al de la aplicación o abolición de la llamada pena de muerte.

Como sabemos la filosofía del derecho se relaciona con las ciencias jurídicas particulares y concretamente con el Derecho Constitucional, mismo que está

relacionado con nuestra investigación, ya que éstas son las que estudian lo que podemos llamar realidad o experiencia del derecho, como sería el caso de la pena de muerte, punto de partida de la reflexión filosófica.

Los filósofos que se dedican al estudio del derecho no pueden desatenderse de la realidad jurídica; hacer un estudio a priori del derecho, tomando el término en el sentido de anterior a la experiencia, pues a priori quiere decir independiente de la experiencia, pero que aprehendemos con ocasión de la experiencia, de modo que aun cuando se hable del a priori de lo jurídico, de las condiciones que desde un punto de vista lógico hacen posible la ordenación de los datos suministrados por la realidad jurídica, no debemos olvidar que ese a priori lo alcanzamos a través o con ocasión de la experiencia.

La relación entre filosofía jurídica y ciencias jurídicas es equivalente a lo que existe entre filosofía general y ciencias en sentido estricto, relación que deriva de la naturaleza de sus respectivos objetos formales. Recordemos que en las disciplinas filosóficas el objeto formal está constituido por las causas primeras o razones más elevadas de las cosas, en tanto que en las ciencias particulares el objeto formal consiste en las causas próximas o segundas.

Así, mientras la filosofía jurídica estudia las causas remotas, los primeros principios, lo que hay de permanente y esencial en el derecho, la ciencia jurídica en sentido restringido hace el estudio del derecho a la luz de sus causas próximas o fuentes formales: la ley, la costumbre, la jurisprudencia. También puede considerarse como causas segundas o próximas algunas fuentes reales del derecho: el dato real, el histórico y el ideal.

El derecho debe encarnar valores superiores, como el de la vida, la cual está estrechamente relacionada con la pena de muerte; la justicia y los demás valores que ésta supone e implica; asimismo, el derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social.

En este sentido el maestro Luis Recasens Siches, en su obra *Tratado General de la Filosofía del Derecho*, indica: *“El derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es verdad también que el derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad. Si tratáramos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del derecho a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la seguridad en la vida social.*

Efectivamente, si bien la justicia y los demás valores jurídicos supremos representan el criterio axiológico que debe inspirar al derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social.

La pregunta de porqué y para qué hacen derecho los hombres no la encontramos contestada en la estructura de la idea de justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuesto por ellas, sino en un valor subordinado, la seguridad, correspondiente a una perentoria necesidad humana.

Se puede explicar esa función de seguridad que en el derecho encarna, por vía de comparación con la función de seguridad que la técnica desempeña en otro orden de cosas. El hombre primitivo se siente aterrado ante el espectáculo de la naturaleza; presencia un conjunto de hechos en tumultuosa sucesión cuyo secreto ignora, y esto le obliga a vivir extravasado, pendiente del contorno, en constante alerta, poseído de un miedo y siente una necesidad de dominar la naturaleza, de saber a qué atenerse respecto de ella. Al impulso de esta necesidad elabora la técnica propiamente como tal o como magia para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad en el cosmos.

Pero el hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber como se comportaran ellos con él, y que es lo que él debe y puede hacer frente a ellos: y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente, esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero a demás de la seguridad de que la regla se cumplirá de que estará poderosamente garantizada.

Necesita saber qué es lo que ocurrirá con el ganado que apacentaba o con el árbol que cultivaba, cuando esté durmiendo o se ausente; que es lo que le pasará a su compañera, cuando él no se halle a su lado; en suma, tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto del él, y que es lo que él puede hacer respecto de los demás, y no sólo esto, sino que también precisa tener la seguridad de que esto será cumplido forzosamente, garantizado, defendido de modo eficaz. El derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre

tiene que atenerse en sus relaciones con los demás, certeza; pero no sólo certeza teórica saber lo que debe hacer, sino también certeza práctica, es decir, seguridad; saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente. El derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y recumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía que surge el derecho. Esta en su motivación primaria su más honda raíz en la vida humana.”¹⁶

Desde luego que con la certeza y la seguridad no basta, pues la certeza y la seguridad deben darse en normas justas, pero certeza y seguridad constituyen el sentido formal de la función del derecho.

Ahora bien, claro es que los hombres precisan hacer múltiples casas, en tanto que individuos, para lo cual requieren garantías, y en tanto que miembros de la sociedad, para lo cual precisan de solidaridad, de ayuda. Entre los múltiples quehaceres individuales y sociales, que se proponen los hombres hay algunos que son reputados por éstos como más urgentes, como más necesarios como más indispensables; y la conducta relativa a éstos es la que más les interesa establecer de modo cierto, y asegurar de manera efectiva, es decir, hacerla contenido del derecho.

El derecho es seguridad en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar por estimarlo ineludible para sus fines. De aquí que el contenido del derecho varíe según los pueblos y los tiempos en el progreso de la

¹⁶ Luis Recasens Siches. Tratado General de la Filosofía del Derecho. 6ª ed., México, Porrúa, 1978. pp. 345-349

historia. Pero en todo momento, sea cual sea el contenido, el derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz. Los valores superiores que deben inspirar al derecho se refieren a los fines que mediante el deben ser cumplidos, y claro es que, según se dijo ya, un ordenamiento jurídico no estará justificado, no será justo, sino en la medida en que cumpla los valores que deben servirle de orientación. Pero lo jurídico del derecho no radica en esos valores, sino en la forma de su realización a través de el o dicho con otras palabras: lo jurídico no es un fin, sino un especial medio puesto al servicio de realización de fines varios.

Hay fines sociales que en principio bien pudieran ser perseguidos por medios ajenos a lo jurídico. Educación, apostolado, propaganda, iniciativa individual, organización social, etc.. Ahora bien cuando a una colectividad le interesa asegurar de la manera más firme la realización de determinados fines, entonces los recoge en normas jurídicas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzosa. Así, siempre la función del derecho es seguridad, aseguración, lo mismo en un régimen tradicionalista que en un régimen revolucionario, pues, tanto en un caso como en otro, se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean radicalmente diversas en uno y otro caso.

Por lo que es lógico argumentar, que cuando a una colectividad ya no le interesa asegurar de la manera más firme la realización de determinados fines. como sería el de aplicar la pena de muerte a que hace referencia el artículo 22 párrafo cuarto de la Constitución General de la República, entonces el mismo ordenamiento jurídico, mediante los procedimientos legislativos, debe derogar aquellas normas jurídicas, que ya no tienen aplicación en la realidad social.

Desde el punto de vista de la valoración, de la estimativa jurídica, Miguel Reale, en su libro *Filosofía del Derecho*, señala: *"No falta quienes se acogen a la línea del pensamiento clásico, concibiendo el bien como felicidad, o sea, como la realización de aquello que pretende la plenitud del ser y, como tal, la armonía del individuo consigo mismo de un modo general, podría decirse que, en tal caso, el bien es aquello a lo que el hombre tiende por naturaleza y, gracias a lo cual, representa en su espíritu la nota dominante y el elemento fundamental, que es la razón. Vivir según la naturaleza es vivir según la razón.*

Otros autores reducen el bien a la noción de lo útil, de lo económicamente apreciable, y también, a la satisfacción de los valores más inmediatos de la existencia. Si nos colocamos en el punto de vista del contenido habrá tantas concepciones del bien cuantas sean las experiencias axiológicas fundamentales, pues mientras el poeta dirá que su bien consiste en la realización de valores estéticos, el hombre de negocios traducirá su ideal a algo medible y vital.

No obstante, superando las divergencias particulares de contenido, queda siempre en pie la noción de que el bien es aquello a lo que todo hombre tiene de conformidad con sus inclinaciones naturales, empezando porque la forma de obrar de cada uno sea condición del obrar de los demás en una unidad concreta y dinámica entre las partes y el todo.

No basta con que procurar el bien que nos atrae no causemos daño a otro, de acuerdo con la concepción individualista y cómoda que consagra el aislamiento y autonomía de cada hombre como centro de una trayectoria social indiferente a la suerte de los demás. Ya queda dicho y merece la pena repetirlo, que el hombre debe ser valorado teniendo en cuenta la perspectiva de la sociedad en la que vive. Se trata

de dos formas o maneras fundamentales de contemplar el problema del bien. Nos proporciona las bases para captar dos momentos de un único proceso. En este sentido, podemos distinguir, aunque no separar, el estudio del bien en dos grandes órbitas: la del bien en cuanto individual y la del bien en cuanto social. La moral estudia el bien en cuanto individual, o sea, polarizándolo todo.

En relación al problema del individuo, mientras que el derecho pone la tónica, el acento caracterizador, sobre aquello que es social. No obstante, advertimos que ni el derecho descuida aquello que es propio del individuos, ni tampoco la moral es ciega en lo que atañe y corresponde al todo. Sabemos que existe la moral social, que se refiere a las costumbres y comportamientos intersubjetivos dotados de sanciones propias. Por su parte el jurista no descuida el problema del individuo, ni mucho menos ignora la importancia decisiva que el elemento intencional y subjetivo significa en la experiencia del derecho. En cierto sentido, podría decirse que la moral cuida de manera directa, inmediata y preferente, del bien en cuanto individual y que el derecho se preocupa de forma directa, inmediata y preferente del bien en cuanto referido al todo colectivo, o sea, del bien común o justicia.”¹⁷

Así también debemos señalar que la relación de la Filosofía del Derecho con las Ciencias Jurídicas Particulares, y concretamente con el Derecho Constitucional, debe estar dirigida a determinar que ya es momento de abolir formalmente la pena de muerte, como fin social y hacerlo congruente con los propios fines del ordenamiento jurídico, como lo es la seguridad, por lo que la estimativa jurídica desde luego juega un papel preponderante, en dicha intención.

¹⁷ Miguel Reale. *Filosofía del Derecho*. 6ª. Ed., México, Porrúa, pp. 231-232

Son muchas las teorías sobre el valor, sin embargo podemos agruparlas en dos grandes tendencias: una que sitúa al valor en una perspectiva subjetiva, y la otra que pretende dar una explicación de naturaleza puramente objetiva. Una y otra se encaran con la pregunta capital de cómo y porqué los valores valen, como por ejemplo la vida, la cual esta estrechamente ligada con la pena de muerte. No hay duda de que sentimos que las cosas valiosas se nos imponen y determinan en diversa medida en nuestros actos, vinculando, en cierto modo, nuestro espíritu.

En este sentido Miguel Reale, señala: *“La corriente subjetivista engloba varias teorías psicológicas de la valoración como son, por ejemplo, las de tipo hedonista, desarrolladas desde Aristipo y Epicuro hasta Bentham y Meinong, valioso es lo que nos agrada, lo que nos causa placer y las de tipo voluntarista, como las que, desde Aristóteles hasta Ribot y Ehrenfels, ligan el problema del valor a una base sentimental volitiva, valioso es lo que deseamos o pretendemos, a la satisfacción de un deseo, de un propósito.*

En la mayoría de los casos estas interpretaciones y otras semejantes no se excluyen, sino que se completan, prevaleciendo a menudo soluciones de tipo ecléctico, como cuando se afirma que valioso es lo que nos causa placer y suscita nuestro deseo.

Las múltiples perspectivas del psicologismo axiológico no es posible analizarlas en su totalidad, sin embargo debemos observar que su tesis central consiste en la afirmación de que los valores existen como resultado y reflejo de motivos psíquicos. de deseos e inclinaciones, de sentimientos de agrado o de desagrado. Las cosas valen en razón de algo que en nosotros mismos se presenta como apetecible y placentero, porque existe en suma, como fenómeno de conciencia y como vivencia

estimativa, como algo que da la razón de la preferencia exteriorizada. En esta perspectiva los valores serían una clase de preferencias explicables psicológicamente.

Por otra parte el predominio de las explicaciones objetivas, son explicadas tomando únicamente en consideración las teorías siguientes:

- a) La sociológica,*
- b) La ontológica y*
- c) La histórico-cultural.*

a) La teoría sociológica asume una actitud crítica frente a las conclusiones de las doctrinas psicológicas, muestra la tendencia a situar el problema, no a la luz de la psicología de los individuos, sino según las exigencias de la psicología social.

Algunos autores refieren admitir que los valores no son producto de un individuo empírico, sino algo que debe ser su totalidad, ya sea como expresión de creencias o deseos sociales, ya como productos de la conciencia colectiva. Cada hombre debe aceptar el mundo de los valores, por ser estos expresión no de cada miembro en su singularidad personal, sino de la conciencia colectiva considerada en su unidad. Esto explica su carácter ideal sin necesidad de recurrir a un mundo trascendente; el valor, proviene de la relación de las cosas con los diferentes aspectos de lo ideal; pero lo ideal no es una fuga hacia un más allá misterioso, el está en la naturaleza y pertenece a la naturaleza.

De lo deseable nunca puede resultar la obligación moral, ni lo deseable puede definir la obligación, por esto, es preciso recurrir a la idea de la conciencia colectiva.

Esta es, al mismo tiempo trascendente respecto de las conciencias individuales e inmanentes a ellas y es así como nosotros la sentimos. Desde este modo, lo obligatorio y lo deseable, el deber y el valor no son más que dos aspectos de una única y misma realidad, que es la realidad de la conciencia colectiva.

Según la coyuntura, serán unos u otros los valores dominantes, induciendo a los individuos y a los pueblos a modificar aquello que en el fondo, sería su tendencia natural. El hombre se eleva al mundo de lo valioso gracias a su autodomínio, a su capacidad única de superar las inclinaciones naturales de los instintos y los estímulos rudimentarios de la vida afectiva. En este sentido, el mundo de lo valioso es el de la superación ética.

Un sociólogo puede mostrar que el homicidio se da en el proceso social y que responde a determinadas causas según ciertas leyes generales de naturaleza estadística. Se ha demostrado que el homicidio, el hurto, etc., varían según los índices de movilidad social, de crecimiento demográfico, de crisis de producción, etc., existe una relación de funcionalidad entre los delitos y una serie de causas sociales de orden económico, psicológico, racial y demográfico.

Se trata por tanto, de fenómenos susceptibles de ser explicados según unos esquemas de valor genérico y constante.

De esto no puede concluirse que los delitos deban ser. Del hecho de que algo sea no se infiere que deba ser. Por el contrario, el deber ser marca una actitud de crítica y de estimación de aquello que es.

La opinión de la mayoría no constituye el criterio de certeza y de verdad en el mundo de la estimativa. Puede servir de indicio de verdad o de validez, la aceptación social de hoy es sólo un indicio, que puede ser contradicho a lo largo de la historia.

La idealización de la conciencia colectiva para conciliar el mundo del ser y del deber ser. Pasando del campo de la sociología al de la filosofía social, es un ejemplo entre mil.

b) La teoría ontológica, nos señala que en virtud de las dificultades que se oponen a toda explicación empírica del problema de los valores, surgieron otras dos grandes corrientes que han alcanzado gran predicamento en el ámbito de la axiología. La primera es la del llamado ontologismo axiológico, en la que se inscriben Max Scheler y Nicolai Hartmann. Según Scheler y Hartmann, los valores no resultan de nuestros deseos, ni son proyección de nuestras inclinaciones psíquicas o del hecho social, sino que se ponen antes del conocimiento y de la conducta humana aun cuando puedan ser causa de esta conducta. Los valores presentan un ideal en sí y de por sí, con consistencia propia; no son proyectados ni constituidos por el hombre en la historia; sino descubiertos por este a lo largo de la historia.

De esta manera la historia implicaría un descubrimiento incesante de ese mundo ideal. La historia de los valores nunca puede confundirse con un sistema de preferencias estimativa. La concepción de ideas modelo, de arquetipos que amojonan el flujo de la historia humana, adquiere nuevo cuerpo, con ello se actualiza un idealismo platónico, en cierto modo inédito.

Los valores serían, pues, objetos ideales, anteriores a cualquier proceso histórico, porque son eternos. La historia lleva en su entraña la tentativa innecesaria por alcanzar ese mundo trascendente a través de intuiciones, que serían las únicas vías de acceso a las realidades estimativas.

Según los autores referidos, es gracias a la intuición como podemos entrar en el mundo de los valores. Los valores sólo pueden captarse mediante un contacto

directo del espíritu, ya sea emocionalmente -Scheler- ya sea emocionalmente e idealmente -Hartmann-.

c) Las teorías Histórico-culturales, no desconocen las valiosas contribuciones de la psicología y de la sociología, pero reconocen la influencia de las mismas en el plano lógico y filosófico. Bajo el rubro de doctrinas históricas-culturales comprendemos diversas tendencias, como son, por ejemplo las de inspiración hegeliana, diltheyana, heideggeriana o marxista, por citar algunas de las más relevantes en nuestros días.

Coinciden en la convicción de la imposibilidad de comprender el problema del valor fuera del ámbito de la historia, entendida esta como realización de valores y proyección del espíritu sobre la naturaleza y al mismo tiempo, propugnan que se debe buscar la universalidad del ideal ético por la vía de la experiencia histórica y haciendo abstracción de ella. La base de la doctrina viene dada por la idea de que el hombre es el único ser capaz de innovar y de instaurar algo nuevo en el proceso de los fenómenos naturales, dando lugar a un mundo que es, en cierto modo, su imagen.

La naturaleza como naturaleza obedece a leyes previstas al menos estadísticamente y si los hechos naturales comportan un nexo de causa-efecto y de funcionalidad, según el principio de que nada acontece si no se realiza mediante una transformación de lo existente y de que nada se crea de nuevo, si no que todo lo más de algún modo se repite. El espíritu, en cambio representa la inserción de algo contingente en la naturaleza y que es, al mismo tiempo, vinculante de lo particular dentro de una comprensión de la totalidad.

Se ha dicho que la naturaleza se repite y que sólo el hombre innova y se trasciende. A esta actividad innovadora, capaz de instaurar nuevas formas de ser y de vivir, la llamamos espíritu. El punto de partida no es como puede verse, una hipótesis artificial, sino la verificación, incuestionable de que el hombre ha añadido y continúa añadiendo algo a lo meramente dado. La naturaleza de hoy no es la misma de hace uno, dos o tres mil años, porque el mundo que circunda se ha adaptado a la configuración de éste.

El hombre, sirviéndose de las leyes naturales, erige un segundo mundo sobre el mundo dado, que es el mundo histórico, el mundo natural, mundo que es posible porque el hombre es el ser espiritual, o sea, un ente libre dotado de poder de síntesis, que le permite componer formas nuevas y estructuras inéditas, reuniendo en unidades de sentido, siempre renovadas y nunca agotadas, los elementos particulares y dispersos de la experiencia.

El espíritu humano se proyecta sobre la naturaleza, confiriéndole una nueva dimensión. En esta nueva dimensión se inscriben los valores. El valor por tanto, no es una proyección de la conciencia individual, empírica y aislada sino que es una proyección del mismo espíritu en su universalidad, en cuanto se realiza y se proyecta hacia fuera como conciencia histórica, en el proceso dialéctico de la historia que traduce la interacción de las conciencias individuales en un todo edificado sobre superaciones sucesivas.”¹⁸

Por tanto consideramos que los valores no son pues, objetos ideales, ni modelos estáticos según los cuales se irían desarrollando, de forma refleja, nuestras valoraciones, se insertan en nuestra experiencia histórica y se hermanan con ella.

¹⁸ Ob. Cit. Pp 235-237

Entre valor y realidad no hay un abismo, porque entre ambos existe un nexo de polaridad y de implicación, de tal modo que la historia no tendría sentido sin el valor. Un valor dado al que no se le fuera atribuido ningún valor equivaldría a algo inexistente, un valor que jamás se convirtiera en momento de la realidad sería algo abstracto y quimérico. Por idénticas razones, el valor no se reduce a lo real, ni puede coincidir plena y definitivamente con el; un valor que se realiza íntegramente se convertiría en dado, perdería su esencia, que es la de superar siempre a la realidad gracias a la cual se revela y en la cual jamás se agota. Ser realizable y ser inagotable constituyen, por tanto, otra característica de los valores, que han de ser apreciadas en su proyección histórica.

Como sean que realidad y valor se implican, sin reducir el uno al otro, decimos que el mundo de la cultura obedece a un desarrollo dialéctico de complementariedad. La concepción según la cual los valores no son sólo factores éticos capaces de ilustrarnos sobre el sentido de experiencia histórica del hombre, sino también elementos constitutivos de esa misma experiencia la denominamos historicismo axiológico.

En nuestra opinión, consideramos que en cualquiera de las teorías objetivas a que se ha hecho referencia con antelación, es posible encuadrar nuestro análisis relativo a la pena de muerte, ya que éste no sólo tiene implicaciones de carácter sociológico en nuestra sociedad, sino que al ser la vida un principio axiológico fundamental del ser humano, se le debe de dar el lugar que le corresponde, sin atacarla formalmente, a través del ordenamiento jurídico, además de que históricamente existe una clara tendencia en la mayoría de las culturas a abolir la pena de muerte, por considerarla como una pena ilegítima.

Hablar de valores implica hacer referencia a la Justicia y Legalidad, por lo que es interesante señalar que San Agustín, en su obra *la Ciudad de Dios*, dice en el Capítulo XX denominado *que no hay autoridad que permita en ningún caso a los cristianos el quitarse a sí propios la vida*: *“Y acaso cuando nos mandan no mataras, diremos que es pecado arrancar una planta. Y si así lo concediésemos, no caeríamos en el error de los maniqueos. Dejando, pues, a un lado estos dislates, cuando dice no mataras, debemos comprender que esto no pudo decirse de las plantas, porque en ellas no hay sentido; ni de los irracionales, como son: aves, peces, brutos y reptiles, porque carecen de entendimiento para comunicarse con nosotros; y así por justa disposición del Criador, su vida y su muerte está sujeta a nuestras necesidades y voluntad. Resta, pues, que entendamos lo que Dios prescribe respecto al hombre: dice no mataras, es decir, a otro hombre;...”*¹⁹

Asimismo, Santo Tomás de Aquino, en su obra *Tratado de la Justicia*, artículo 1, denominado: *si es ilícito matar cualquier viviente*, manifiesta: *“Parece que es ilícito matar cualquier viviente, porque:*

1. Dice el Apóstol a los Romanos: Quienes resisten al mandato divino, de ello mismo sacan su condenación. Pero por ordenación de la providencia divina se conservan todos los vivientes, como dice el Salmo: Quien produce el heno en el monte y da de comer a las bestias. Luego parece ilícito el dar muerte a cualquier ser viviente.

2. Además, el homicidio es pecado por privar de la vida al hombre. Pero la vida es algo común al hombre, a los animales y a las plantas. Luego matar cualquier viviente es pecado.

¹⁹ San Agustín. *La Ciudad De Dios*. 13ª ed., Sepan Cuantos, México, Porrúa, 1999. p. 20

3. Finalmente, en la ley divina sólo se castiga el pecado. Pero cuando alguno mata la oveja o el buey de otro debe ser castigado con una pena determinada en Exodo, cap. 22. Luego el matar los animales brutos es pecado.”²⁰

Sin embargo, dice San Agustín en La Ciudad de Dios, “El mandato No mataras no se refiere a los frutales, puesto que no tienen sentidos; ni a los animales irracionales, porque por su falta de razón no pueden equipararse al hombre. Luego no queda sino que se refiera a no matar al hombre.”²¹

Como observamos, ambos doctores de la Iglesia Católica, coinciden en señalar que no es justo, ni legal matar al hombre.

En este sentido podemos establecer que la aplicación de la pena de muerte, no puede ser justa ni mucho menos legal.

Por otra parte diremos que los sofistas fueron los primeros en distinguir entre lo justo natural (justicia) y lo justo legal (legalidad), sin embargo no había unidad de criterio sobre cual de los términos era el realmente justo, ya que lo natural era tomado en sentido material y violento, de modo que lo justo natural era realmente injusto; otras, la ley era considerada como prepotencia del poderoso, de modo que lo injusto era la legalidad. Aristóteles consideraba justo natural lo realmente justo, puesto lo que está proyectado en esencia humana es bueno.

Lo bueno es precisamente el desarrollo de la esencia en lo que ésta tiene de autentico. Los autores cristianos, en general y en todos los tiempos, han sostenido que la legalidad debe plegarse totalmente a la justicia y al orden como principios

²⁰ Santo Tomás de Aquino. Tratado de la Justicia. 7ª ed., Sepan Cuantos, México, Porrúa, 1996, p. 156

²¹ Ob. Cit. P. 167.

supremos, pero sin olvidar que las circunstancias tienen también exigencias que no alteran los principios en su esencia, pero que lo modulan en su aplicación.

En el fondo de la doctrina realista está presente el principio de contradicción, que dice: es imposible ser y no ser al mismo tiempo, o bien nada al mismo tiempo puede ser justo o injusto, es así que no puede haber dos principios vigentes como justicia y legalidad y que ambos sean opuestos. De lo expuesto podemos desprender que entre la justicia y la legalidad hay una identidad formal y una diversidad material. Aquí recurriremos a la teoría de la forma y la materia para explicar la semejanza y la disparidad entre ambas, con lo cual se evita eliminar a la una o a la otra, pues las dos coexisten, como lo demuestra la experiencia común.

La justicia se ubica en el orden de lo concreto, mientras la legalidad pertenece al orden de lo racional, pues la ley es elaboración de la razón pero siguiendo las pautas ontológicas. En este sentido, nos debemos preguntar ¿en donde ubicamos a la pena de muerte, en la justicia o en la legalidad?. Estamos convencidos que en ambas, ya que de una forma muy sencilla podemos decir, que en la actualidad, no se ha aplicado a algún caso en el orden de lo concreto, ni mucho menos en el orden de lo racional. Siendo así las cosas debemos señalar que al abolir la pena de muerte del texto constitucional, se estarán aplicando los Principios de justicia y legalidad.

Hay identidad formal entre la ley abstracta y lo justo concreto, pues la figura o esencia en ambos niveles es la misma, por ejemplo: yo tengo, en concreto, la posibilidad de enseñar; luego, la norma en abstracto reconoce el derecho a enseñar.

Formalmente son lo mismo, no son dos figuras distintas sino una sola, pero una lo es en concreto y la otra en abstracto.

La diversidad no proviene de la forma o figura, sino de la diversa materia informada por la figura. En efecto, en el orden concreto lo que la forma o figura impregna y determina es el proyecto real que luego se hace acto real. Aquí la materia es el hombre integral, esto es, su entidad psicosomática.

Es así que soy yo el que tiene y posee el derecho a enseñar ahora y aquí, en esta situación concreta pero en el orden abstracto la figura o forma pierde lo que tiene de individual y se generaliza en un concepto: derecho a enseñar, el cual impregna la inteligencia y la voluntad, esto es, la racionalidad, es esta racionalidad la que hace las veces de materia en sentido impropio o analógico, y de aquí surge la diversidad entre justicia concreta y legalidad abstracta.

Es también un hecho de experiencia que las leyes positivas no son siempre justas, y de aquí que haya algunas veces una colisión entre la legalidad y la justicia.

Para dar una solución prudente a tales colisiones es necesario tener presente los primeros principios de la prudencia: primero, hacer el bien; segundo, conformarse con el mal menor.

Cualquiera pensaría que la prudencia exige al hombre preferir lo mejor, lo óptimo, pero la experiencia, consejera de la prudencia, nos dice que lo mejor es enemigo de lo bueno, muchas veces, la mayoría de las veces, lo bueno es el mal menor. Esto no significa olvidar el bien, al contrario, pues ese mal menor se perfila como tal en función del bien. En el orden jurídico los dos bienes o valores supremos son la justicia, que produce la paz, y el orden, que da lugar a la seguridad.

En consecuencia, para solucionar los conflictos entre lo justo y lo legal es menester recurrir a los principios tanto de justicia como de orden, teniendo presente que, en relación a ellos, es preferible el mal menor.

Veamos cuáles casos pueden presentarse de leyes injustas y que soluciones aconseja la prudencia ante estas. Si la justicia en que se funda una ley aparece como dudosa, de modo que tampoco se la puede tener por injusta, entonces un principio de orden recomienda dejar las regulaciones legales tal como están hasta que la calidad se aclare. Cuestión aparte es definir cual es la persona o personas legitimadas para declarar que tal ley es dudosa o no. Sin dudas que esto no corresponde al hombre del llano, que es el depositario del poder, pero no es el que lo ejerce. En consecuencia, ello compete a los poderes políticos o judiciales constituidos, según los casos.

La seguridad es efecto del orden. Se trata ahora de leyes injustas pero seguras y que por un principio de orden conviene mantener en plena vigencia. Esta plena vigencia depende de que su derogación traiga mayores males que los que se quiere evitar. Cuando este temor haya pasado, entonces un principio de justicia ordena anularlas. Aquí también cabe decir que el órgano competente para declarar la vigencia o la derogación de la ley es el Estado constituido.

Hay leyes que son justas en general pues el legislador ha hablado en términos muy comunes y no ha previsto alguna situación particular en la cual su aplicación al pie de la letra es injusta. Tal el caso del hurto famélico; el robo está prohibido por la moral y el derecho pero si alguien está por morir de hambre o necesita medicamentos indispensables y se apodera de ellos no comete delito, en realidad son suyos, ha tomado lo que le pertenecía. El órgano competente es ahora el juez, pues se trata de un caso particular en el cual hay que aplicar la equidad.

La equidad aconseja alejarse de la norma puramente positiva cuando su aplicación es evidentemente injusta, el requisito para que el juez se niegue a

aplicarla y la derogue es esa evidencia de su injusticia. La equidad no puede ser arbitrariedad y, por tanto, la sentencia debe adaptarse a la objetividad de la ley, que en dicho caso se torna arbitraria.

Retomando algunas ideas expresadas líneas arriba, expresaremos que si para el Estado la pena de muerte, en la actualidad es una norma injusta pero segura y que por un principio de orden conviene mantener en plena vigencia. No debemos olvidar que esta plena vigencia depende de que su derogación traiga mayores males que los que se quiere evitar. Pero es muy claro que en la actualidad no existe ese temor, por lo que al aplicar los principios de justicia y legalidad se debe de derogar tal disposición.

Aunque en la actualidad la pena de muerte no se aplica, cabe hacer mención que al estar vigente en el texto constitucional, se corre el riesgo aunque muy remoto, de que la Federación o cualquiera de los Estados que la integran, la pueda reimplantar, trayendo como consecuencia situaciones de injusticia, por lo que es urgente que la pena de muerte se derogue formalmente.

La Injusticia a la que hemos hecho referencia, tendría lugar de cuatro modos:

a) Injusticia por exceso, abuso; exceso es pasarse más allá de lo debido, ir más lejos que el fin proyectado y previsto. El rigor de quien tiene la vara de la justicia siempre en alto para castigar cualquier desliz con la pena máxima no es justicia, es horror. El rigor suele estar aconsejado por el orden quien tiene algún tipo de poder. En la actualidad ha surgido una doctrina moderna llamada abuso de derecho. Se trata de aquellos que, teniendo un derecho legítimo, lo llevan más allá de sus límites razonables y sobrepasan la finalidad realmente justa.

El derecho no está para proteger la voluntad omnímoda del sujeto, sino para lograr la justicia y el orden. Entonces, se vuelve a la doctrina clásica y realista de que los derechos individuales no son absolutos, de modo que el ejercicio ilimitado de un derecho importa un abuso del derecho.

b) Injusticia por defecto, en este caso la persona hace menos de lo que debía hacer o no hace nada. Tal es lo que ocurre en la sociedad actual, en el liberalismo ha penetrado de tal manera las costumbres que socava principios elementales de integridad; a nivel intelectual cualquier hipótesis es verdad, en la moral pública se corona al éxito; en la moral íntima se aplaude la incontinencia. Es la llamada sociedad permisiva que marcha galantemente hacia alguna función directiva, están siempre dispuestos a decir sí.

c) Injusticia por perversión; en la perversión el hombre no avanza derechamente hacia su fin debido sino que se dirige hacia otro fin, el cual es un fin indebido, malo o injusto en sí mismo. Pero al hacerlo marcha con toda derecho por lo que en realidad es torcedura y lo hace con toda justeza pero sin justicia. Aquí es difícil encontrar defecto o exceso. Lo que ha maquinado y realizado, lo ha hecho muy bien, como el delincuente que aspira al crimen perfecto. Sin llegar a extremos penables, esta perversión puede darse en todo aquel que debía cumplir un tipo de prestación y realiza otro a la perfección como quien debiendo entregar caballos. entrega vacas. También se da esta perversión cuando se interpreta la norma de un modo querido por la ley, ocurre que es el fin el que da sentido, alcance y valor a todo lo humano, sin excepción ninguna. El principio de finalidad es el número uno en el orden de la conducta humana, todo se dirige hacia un fin y todo se explica desde tal fin.

d) Injusticia por demérito; ésta se da cuando la persona no ha hecho nada por merecer lo que recibe, y eso que recibe no es un don, pues si es un regalo nada tiene que merecer, lo recibe, y basta. Se trata de cuando debió tener un mérito, más no lo tiene. Todo fin se logra mediante un esfuerzo o ascesis, pero en este caso no lo hubo. Tal es el caso de un juez que aparentemente a cubierto los requisitos para poder desempeñarse en la judicatura, pero en realidad no lo merece. En este casos y otros análogos no es el hombre el que va al fin sino el fin ha venido por error al hombre.

En los modos de injusticia señalados, los órganos jurisdiccionales jugarían un papel sumamente dramático, ya que se correría el riesgo de que sus sentencias fueran injustas.

En la distinción de los valores, dimos realce al valor del bien como fuerza ordenadora de la ética y momento culminante de la vida espiritual, pues sólo teniendo a realizar lo que le parece ser su bien, en armonía con los demás es como el hombre se manifiesta a los demás y a sí mismo. Ya Aristóteles, en el principio de la política nos enseña que el hombre no quiere sólo vivir, sino vivir bien. Es obvio que esta expresión no debe tomarse en el sentido superficial, limitando nuestra existencia a los horizontes de las preocupaciones inmediatas.

El bien al que el hombre se dirige y que le es connatural y propio hace referencia a su perfeccionamiento moral, por lo que creemos que la sociedad en la que vivimos, nos movemos y somos, ya esta preparada para abolir de una vez y para siempre la pena de muerte que establece el texto constitucional a que hace referencia en su artículo 22 párrafo cuarto, ya que el hombre es el único ente cuyo

ser es su deber ser, y como tal capaz de moderarse según influencias subjetivas y sociales, afirmando, al mismo tiempo, su libertad instauradora de algo original.

Siendo un ser cuya autoconciencia exige el reconocimiento de la correspondiente dignidad ajena, el bien del hombre no puede dejar de ser integración de dos perspectivas, la del ego y la del alter. Si como se ha dicho el bien consiste en servir a un valor sin detrimento de un valor más alto, el bien social ideal constituirá en servir al todo colectivo respetando la personalidad de cada uno, puesto que evidentemente al todo no se le serviría con perfección si alguno de sus componentes no fuera servido.

Se impone preservar el bien del individuo como meta final, como fin al que se debe tender de forma preferente. Pero al mismo tiempo, es necesario salvaguardar y aumentar el bien del todo, en todo aquello en que el bien social es condición del bien de cada cual. Por tanto, hay dos aspectos del problema del bien o con otras palabras, hay dos momentos de realización del valor del bien: uno individual y otro social.

El bien en cuanto bien del individuo, como fin último de esta dirección axiológica, constituye el objeto de la moral y el objetivo último de la ética. En este sentido, decía Miguel de Unanuno que el hombre vale más que toda la humanidad.

No es en el sentido sociológico o jurídico. La moral tiene a apreciar al hombre en aquello que es específico y singular de la persona. El bien considerado como valor social es a lo que denominamos propiamente como lo justo y constituye el valor fundante del derecho. los fundamentos del derecho tienen dos proposiciones fundamentales: 1) toda axiología tiene como fuente el valor de la persona humana; y 2) toda axiología jurídica tiene como fuente el valor de lo justo, que, en conclusión

significa la coexistencia armónica y libre de las personas según una proporción e igualdad.

El valor propio del derecho es, pues, la justicia, no entendida como simple relación extrínseca o formal, aritmética o geométrica, de los actos humanos, sino como la unidad concreta de estos actos, como el fin de constituir un bien intersubjetivo: el bien común, por lo que consideramos que sería de suma trascendencia para el bien común, abolir la pena de muerte, del texto constitucional.

La justicia que como puede verse, es la expresión unitaria e integrante de todos los valores de convivencia, presupone el valor trascendental de la persona humana y representa, a su vez, el presupuesto de todo el orden jurídico.

Esta comprensión histórica social de la justicia nos conduce a identificarla con el bien común, dando pues a este término un sentido diverso del que le confieren quienes consideran más los elementos de estructura, de un modo abstracto y estático, sin reconocer que el bien común sólo puede ser concebido concretamente como un proceso incesante de composición de valoraciones y de intereses, teniendo como base o soporte el valor condicionante de la libertad espiritual y en definitiva, la persona como fuente constitutiva de la experiencia ético-jurídica.

La distinción de los aspectos relativos al bien en cuanto social y a bien en cuanto individual evidencia tanto la necesidad de distinguir como de relacionar el derecho y la moral. En conclusión, la distinción nos permite situar la experiencia jurídica como: 1) una experiencia histórico-cultural; 2) de naturaleza ética; 3) y normativa; 4) que tiene como valor fundante el bien de la convivencia ordenada o valor de lo justo.

No falta quienes se acogen a la línea del pensamiento clásico, concibiendo el bien como felicidad, o sea, como la realización de aquello que pretende la plenitud del ser y, como tal, la armonía del individuo consigo mismo de un modo general, podría decirse que en tal caso, el bien es aquello a lo que el hombre tiende por naturaleza y gracias a lo cual representa en su espíritu la nota dominante y el elemento fundamental, que es la razón. Vivir según la naturaleza es vivir según la razón.

Otros autores reducen el bien a la noción de lo útil, de lo económicamente apreciable y también, a la satisfacción de los valores más inmediatos de la existencia. Si nos colocamos en el punto de vista del contenido habrá tantas concepciones del bien cuantas sean las expresiones axiológicas fundamentales, pues mientras el poeta dirá que su bien consiste en la realización de valores estéticos, el hombre de negocios traducirá su ideal a algo medible y vital. No obstante superando las divergencias particulares de contenido, queda siempre en pie la noción de que el bien es aquello a lo que todo hombre tiene de conformidad con sus inclinaciones naturales, empezando porque la forma de obrar de cada uno sea condición del obrar de los demás en una unidad concreta y dinámica entre las partes y el todo.

No basta con que al procurar el bien que nos atrae no causemos daño a otro, de acuerdo con la concepción individualista y cómoda que consagra el aislamiento y autonomía de cada hombre como centro de una trayectoria social indiferente a la suerte de los demás. Ya quedo dicho y merece la pena repetirlo, que el hombre debe ser valorado teniendo en cuenta la perspectiva de la sociedad en la que vive. Se trata de dos formas o maneras fundamentales de contemplar el problema del bien.

Nos proporciona las bases para captar dos momentos de un único proceso. En este sentido, podemos distinguir, aunque no separar, el estudio del bien en dos grandes órbitas: la del bien en cuanto individual y la del bien en cuanto social. La moral estudia el bien en cuanto individual, o sea, polarizándolo todo, en relación al problema del individuo, mientras que el derecho pone la tónica, el acento caracterizador, sobre aquello que es social. No obstante advertimos que ni el derecho descuida aquello que es propio del individuo, ni tampoco la moral es ciega en lo que atañe y corresponde al todo.

Por otra parte debemos establecer que el jurista no debe descuidar el problema del individuo, ni mucho menos ignorar la importancia decisiva que el elemento intencional y subjetivo significa en la experiencia del derecho. En cierto sentido, podría decirse que la moral cuida de manera directa, inmediata y preferente, del bien en cuanto individual y que el derecho se preocupa de forma directa, inmediata y preferente del bien en cuanto referido al todo colectivo, o sea, el bien común o justicia.

2.4 Etapa Científica

En relación a este período Castellanos Tena expresa: Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien es el principal exponente de la Escuela

Clásica del Derecho Penal. Algunos autores señalan, como principio del periodo científico, las doctrinas de los positivista de fines de la pasada centuria; no obstante tales estudios no forman propiamente parte del Derecho Penal, según se demostrará en su oportunidad; los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no Derecho, normativo por esencia.

Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en formas ordenada y sistemática; tal cosa ocurre a partir de la obra admirable del marqués de Beccaria; en consecuencia, es desde entonces cuando surge el período científico. Sin embargo, ya antes de Beccaria hubo inquietud por el estudio de los problemas del Derecho Penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverlos convenientemente.²²

Ha sido obligado en los subtemas anteriores, referirnos al tratadista Pavón Vasconcelos, por lo que en esté, no va a ser la excepción, ya que nos aportar aspectos significativos que se dieron en este período denominado científico.

Así las cosas el referido autor pone de manifiesto: *"Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, considerado en Alemania el padre del Derecho Penal moderno, siguiendo en esencia las doctrinas de Kant, crea el criterio de que la pena es una coacción psicológica, dando así nacimiento a la teoría de la prevención general.*

Aferrado al principio de la legalidad, que proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye la paternidad del principio "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", aceptado en forma unánime en todos los países cuyo Derecho positivo penal sigue una trayectoria liberal. Giandoménico Romagnosi, quien muere en el año de 1835, es autor de varias

²² Ob. Cit. Cfr. P.37

obras, entre las que descuella su *Génesis del Derecho Penal* (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el Derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho Penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito sino prevenirlo, cuestión tratada por él en la parte quinta de su génesis.”²³

En este período de la evolución de las ideas penales encontramos argumentos a favor y en contra de la pena de muerte, mismos que serán tratados con posterioridad.

Un aspecto importante en este período es el estudio de la Penología, algunos autores ubican a la Penología dentro de la Criminología, otros en cambio la consideran autónoma. El campo de la Penología lo constituyen las penas y medidas de seguridad, entre la que se encuentra la pena de muerte.

El tratadista Rodríguez Manzanera, en su obra titulada Penología dice en relación a la pena de muerte: *“Podría parecer obsoleto el estudiar la pena de muerte, pues ningún criminólogo o penólogo en el momento actual se atrevería a proponerla; los congresos penales penitenciarios o criminológicos, dejaron de tratar el tema desde principios del siglo, considerándolo totalmente superado...”*²⁴

El mismo autor en su obra denominada Criminología expone: Se ha considerado generalmente a la Penología como el estudio de los diversos medios de

²³ Ob. Cit. Cfr. p. 39

²⁴ Rodríguez Manzanera. Penología. 3ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 161

represión y prevención de las conductas antisociales, de sus métodos de aplicación y de la actuación pospenitenciaria.

En una forma más moderna, nosotros consideramos la Penología como el estudio de la reacción social contra personas o conductas que son captadas por la colectividad o por una parte de ellas como dañinas, peligrosas o antisociales. Manejando este concepto el mundo penológico se nos amplía notablemente, ya que no nos reducimos a la reacción jurídica, sino que podemos estudiar la reacción social, la reacción religiosa, la reacción moral, la reacción extra-legal, esta última de gran interés, pues indudablemente hay casos en los que las autoridades reaccionan castigando, persiguiendo, maltratando, torturando, al margen de las disposiciones legales y en forma sistemática e institucionalizada.

El estudio de la pena como fenómeno fáctico y no como problema jurídico es el meollo de la Penología, la que debe analizar la eficacia de las penas y en su caso de las medidas de seguridad y los resultados sociales, económicos, políticos, psicológicos y físicos de ambas.

Este estudio de la realidad de la reacción al crimen y a la criminalidad permite a la Penología proponer a la Política Criminológica las formas más adecuadas de control social, de acuerdo a la situación y medios materiales y humanos con los que se cuente.

Otros autores la consideran también como ciencia autónoma (Seeling, Cuche, Hurwitz), pero nosotros estamos más de acuerdo con aquellos que la tratan como parte de la Criminología (Sutherland, Talt, Haynes, Cavan, Quiroz Cuarón, etc.), ya que no entendemos una Penología pura que pudiera tener contenido o aplicación sin base criminológica y sin integración a la síntesis general. Hay tratadistas que

entienden la Penología como una Criminología aplicada. Esta última opinión no la compartimos, pues puede ser una confusión entre Criminología Clínica y Penología, pues la Penología va más allá de ser una simple teoría del tratamiento, ya que tiene una amplia aplicación a nivel preventivo, al estudiar qué formas de control son más eficaces para impedir que los individuos lleguen a cometer la conducta indeseable.

No falta quien, simplemente niegue que la Penología existe, así, Jiménez de Asúa ha razonado: 'La Penología no puede estar situada como ciencia porque no podemos hallar un contenido propio para formularla. En cuanto se ocupa de la pena, como asunto sociológico o entra en la Sociología Criminal conforme hemos visto que pretenden Florian, Rocco y Molinario, o constituye la Sociología Penal, de que habla Grispiñi; lo que respecta a la pena como consecuencia del delito pertenece al Derecho Penal; su ejecución forma el Derecho Penitenciario, y en fin, el acervo de exigencias para la reforma del régimen punitivo de un país, constituirá parte principalísima de la llamada Política Criminal.'

El eminente maestro español ha confundido en esta ocasión punibilidad, punición y pena, trata por igual ciencias normativas y ciencias fácticas. El enfoque de la reacción social en Penología no es exclusivamente Sociológico sino, efectivamente sería una especie de Sociología Penal, y de ninguna manera jurídico, pues este es propio del Derecho Ejecutivo Penal.

Consideramos pues a la Penología como una parte fundamental de la Criminología sintética, y creemos que debe hacerse un esfuerzo por desjudicialarla y por precisar que su objeto de estudio es la reacción social en general, y no simplemente la pena y mucho menos la pena de prisión. Reducir la Penología a simple técnica carcelaria es empobrecerla y desnegarla.

Se puede considerar como la temática fundamental en la Penología:

- La reacción social, concepto.
- Diversas formas de reacción social.
- Reacción social comunal, religiosa, política, moral, convencional, etcétera.
- Reacción jurídicamente organizada.
- La pena, definición, naturaleza, fundamento.
- Las medidas de seguridad, diferencia con la pena.
- Clasificación de las penas.
- Estudio de cada pena en particular (pena de muerte, corporal, pecuniaria, laboral, infamante, etc.).
- Sistemas penitenciarios, las medidas de seguridad.
- Clasificación de las medidas de seguridad.

El penólogo es un profesionalista no sólo necesario, sino indispensable en el mundo criminológico, con muy notables excepciones, la planeación y ejecución de las penas es puesta en manos de personas que carecen de los conocimientos necesarios para cumplir adecuadamente su función.

Por desgracia las oportunidades de una amplia preparación penológica no son muy abundantes, pues escasean los institutos o escuelas donde esta rama de la Criminología pueda estudiarse, y es casi desconocido el Penólogo como especialista independiente.

Los que se dedican a la Penología provienen por lo general de una preparación jurídica o criminológica en general, o se trata de especialistas en disciplinas carcelarias, lo que representa sólo uno de los múltiples aspectos de la Penología.

Debe insistirse, e insistimos, en la necesidad de preparar mayor número de penólogos que vengan a integrar los equipos interdisciplinarios de investigación y práctica criminológica.²⁵

Nuevamente, el referido autor, en su obra penología, dice, en relación a la trascendencia de la pena de muerte: *"Contra lo que podrían pensar algunos la pena de muerte es la más trascendental de todas. Se dice que es personal, ya que sólo se aplica al reo y esto es verdad, pero el ejecutado deja de sufrir y principia el sufrimiento, la estigmatización y el dolor de los familiares y amigos que lo amaron.*

*Uno de los puntos más importantes es el daño que recibe la familia, por lo que vemos que la teoría jurídica de la personalidad de la pena no resuelve en forma alguna el fondo del problema y, aunque el juez afirme y recalque que sólo se ejecutará al reo, está de hecho dictando una pena para los que quedan."*²⁶

Como observamos, uno de los temas fundamentales de la Penología, es el estudio de cada pena en particular : pena de muerte, corporal, pecuniaria; por lo que para nuestro análisis debemos establecer que como en la actualidad no existe un número importante de penólogos reconocidos, el estudio por ejemplo de la pena de muerte, que es la que nos interesa en particular, lo hace los criminólogos y los juristas, siendo necesario contar con especialistas penólogos, ya que estos sin lugar a duda, serán los que aporten nuevos elementos a la Penología y ésta a su vez a la Política Criminal, lo que permitirá suprimir definitivamente la pena de muerte, del texto constitucional.

²⁵ Rodríguez Manzanera. Criminología. 7ª. Ed.. México, Porrúa, 1991. Cfr. pp-74-77

²⁶ Ob. Cit. p . 182

En este mismo período se ha desarrollado la llamada Victimología, siendo lógico pensar el porque se incluye en nuestro tema, sin embargo consideramos que ésta, debe ser una pieza fundamental que permita abolir constitucionalmente, la pena de muerte en nuestro país, ya que al decir de Elías Neuman, en su obra titulada *Victimología*, dice: *“La víctima que interesa a la victimología, diríase clásica, es el ser humano que padece daño en los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal: vida, salud, propiedad, honor, honestidad, etc...”*²⁷

Como observamos uno de los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal, es la vida, misma que tiene estrecha relación con nuestro tema.

Robusteciendo nuestra inquietud respecto a las aportaciones que puede hacer la victimología en primer término a la Política Criminal y como consecuencia al derecho constitucional, para abrogar definitivamente la pena de muerte, el eminente criminólogo Rodríguez Manzanera, en su obra titulada *Victimología*, pone de manifiesto: *“Otro aspecto es el del criminal que se ve victimizado por la maquinaria de justicia penal, y esto puede suceder a varios niveles:*

a) Legislativo. Cada vez estamos más lejos de aquel derecho protector de los criminales que pregonó Dorado Montero. Las Leyes Penales son cada vez más abundantes, más complicadas, más represivas, y victimizan a mayor número de individuos.

Vivimos una inflación penal sin precedente, y no cabe duda de que el legislador es diligente en penalizar y aumentar punibilidades y muy parco en descriminalizar. No debe olvidarse que el derecho penal debe ser el último y

²⁷ Elías Neuman. *Victimología*. 3ª ed., Argentina. Editorial Universidad, 2001, p. 30

desesperado recurso de la política criminológica, en mucho por su capacidad victimizante.

Debemos recordar también, que muchos de nuestros códigos fueron hechos más de 50 años, y que regían una realidad que ya no existe.

b) Policiaco. Tratándose de victimización al criminal, el punto crítico, tratado ya en varios congresos internacionales, es el de la corrupción, brutalidad e ineficiencia policiaca, preocupación mundial, y fuente de las más increíbles victimizaciones, en ocasiones con patentes violaciones a los derechos humanos.

c) Judicial. Independientemente de los casos de error judicial, producto en mucho de la natural falibilidad humana, tenemos problemas de lentitud, costo, desigualdad e inconsecuencia.

En la victimización judicial interviene el Ministerio Público o fiscal en su afán de probar la acusación, el abogado defensor, de buscar justificar sus honorarios. ha veces perjudicando al mismo cliente, y desde luego el juez, cargado de trabajo y de responsabilidad, que coopera con fiscal y defensor a hacer juicios largos y complicados.

La preocupación es mayor en cuanto que, para Latinoamérica más de la mitad de las personas privadas legalmente de su libertad lo están en espera de su sentencia.

d) Ejecutivo. Dejando a un lado la pena de muerte, que debería considerarse como una curiosidad histórica, pero que es desgraciadamente vigente en muchos países, la atención se centra en la prisión...”²⁸

²⁸ Rodríguez Manzanera. Victimología. 8ª. ed., México. Porrúa. 2003. p.30

Concluimos que efectivamente la victimología, puede y debe aportar los elementos necesarios para derogar definitivamente la pena de muerte del texto constitucional.

2.5 Teorías de la Pena:

El fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el Derecho Penal, esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del Derecho Penal, pues su objeto es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que pueda afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena.

Gunther Jakobs, en su obra Derecho Penal, dice: *“Los contenidos de las teorías de la pena se reducen, en general, a dos formulas: Punitur, quia peccatum est (teoría absoluta) y punitur, ne peccetur (teoría relativa) A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes. En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social de modo que todas las teorías se insertan en el ne peccetur, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma.*

La polémica sólo gira ya en torno a si (y en que medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o de si tiene un contenido independiente de su función. En una teoría de la pena se denomina absolutos aquellos elementos cuyo

*contenido surge, sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden social, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma; éstos pueden ser, junto al sí de la pena, también su medida o límite máximo. Consiguientemente, son relativos aquellos elementos de las teorías de la pena cuyo contenido lo proporciona la función de la pena para el orden social.”*²⁹

En este sentido pasaremos en seguida, a hacer referencia de manera particular a las teorías apuntadas con anterioridad.

2.5.1 Teorías Absolutas

Juan J. Bustos Ramírez, en su obra *Lecciones de Derecho Penal*, expresa: *“Las teorías absolutas se plasman en diferentes líneas de pensamiento que no tiene mayor sentido entrar a clasificar. En su contenido esencial entienden que la pena es una retribución. Con ella se trata de que el que ha realizado un delito lo retribuya con la pena. Son dos de los más grandes pensadores europeos, Kant y Hegel, los que con mayor claridad han desarrollado la idea de la pena como retribución.*

Para Hegel la pena es la negación de la negación del derecho. Por tanto, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el derecho que ha sido negado con la realización del delito. El derecho cumple, entonces, un papel restaurador o retributivo. El valor absoluto trascendente a

²⁹ Gunther Jakobs. *Derecho Penal*. 2ª. ed., España. Ediciones Jurídicas. 1997, p. 20

conseguir con la pena es afirmar la vigencia del derecho, pero la pena para Hegel es lo racional y pena racional es la pena justa.

De esta manera, según cual sea la intensidad de la negación del derecho, así también será la intensidad de la pena con que el derecho será afirmado.

En Hegel el fundamento de la pena es de carácter jurídico. Con ella se trata de restablecer la vigencia del derecho en cuanto expresión del mundo racional que establece las bases de la convivencia social. Se trata de aclarar que el comportamiento contrario a la norma no es la pauta de conducta que se ha de seguir en el futuro, sino que las que marcan las normas.

De ahí que sea discutible afirmar de un modo general que en Hegel la pena retributiva sea un mal que sigue a otro mal, lo que él mismo se encarga de desmentir: 'Si se considera el delito y su eliminación, en cuanto que ésta se determina en el futuro como pena, simplemente como un mal, se puede contemplar evidentemente como algo irracional querer un mal simplemente porque ya existía un mal anterior'. Más adelante señala: '...el delito debe ser eliminado y precisamente no como la producción de un mal, sino como lesión del derecho en cuanto derecho'.

Si para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica, para Kant tiene una fundamentación ética. Para este pensador la pena es retribución de la culpabilidad del sujeto que a su vez presupone su libertad de voluntad o libre albedrío. El autor culpable es el que hace mal uso de esa libertad y se hace merecedor de pena. La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es proporcional al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad.

El carácter de valor absoluto de la pena como de realización de la justicia queda de manifiesto en la conocida sentencia de Kant según la cual 'aun en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esa sanción...'

La teoría retributiva de la pena necesariamente ha de partir de un hombre con capacidad de decidir libremente entre el bien o el mal. Si la pena ha de ser expresión del derecho y no pura fuerza del Estado, obligatoriamente ha de poder motivar al individuo, dicho individuo a su vez tendrá que ser motivable, lo que supone su capacidad de reconocer el valor.

La teoría de la pena es una teoría consecuente con el pensamiento liberal y constituye decididamente un progreso frente a la arbitrariedad penal característica del Antiguo Régimen. Hay en ella una idea de justicia que se concreta en la proporcionalidad entre la pena y el mal causado con el delito. Es una pena esencialmente garantista porque impide la intervención abusiva del Estado.

· Pero si bien tiene ese aspecto valioso, tiene también otros negativos que han dado origen a las objeciones que se le han dirigido.

En primer lugar en el caso de Kant tenemos que mencionar su punto de partida ético. Este a llevado a plantear el problema de la pena desde un orden absoluto de verdades o valores. Se olvida que una investigación sobre la pena no es un problema metafísico o teológico, sino que esta dentro de un determinado sistema social del cual el derecho es su expresión.

En segundo lugar, la pena como retribución a la culpabilidad del sujeto presupone un hombre dotado de libertad absoluta, lo que no es demostrable y no pasa de ser un axioma dogmático.

En tercer lugar, la pena entendida como retribución no parece compatible con un Estado democrático. En efecto, que la teoría retributiva en Kant entienda que la pena sólo consista en un mal, lo que inevitablemente nos lleva a asociarla a la idea de venganza, no es compatible con la dignidad de la persona.

Tampoco la afirmación del derecho como expresión de la racionalidad absoluta, y que además se presupone, es compatible con un sistema social y democrático de derecho, donde la libertad e igualdad son una propuesta de acción, una meta a conseguir y no una realidad. Lo racional no se identifica con la realidad social.”³⁰

Gunther Jakobs, señala: “La configuración que Kant y Hegel dieron a la pena retributiva ha ejercido una gran influencia histórica. Según Kant, el contenido de la pena es el talión (si ha matado debe morir). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta Kant así: por una parte, la pena sólo puede imponerse contra el autor porque ha delinquido, pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, se trata a la persona meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales. Por otra parte, también debe realizarse la justicia. La justicia penal es un imperativo categórico, pues si desaparece la justicia ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra.”³¹

³⁰ Juan J. Bustos Ramírez. Lecciones de Derecho Penal. s.e., España, Trota, 1997, 45-47

³¹ Ob. Cit. P.21

Y continua diciendo: *"En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el derecho punible como algo negativo, es decir, como vulneración del Derecho en el sentido de su negación.*

Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como vulneración de la vulneración, y así como restablecimiento del Derecho. Esta secuencia es absoluta, ya que el Derecho ha de ser necesariamente, siempre, Derecho impuesto, lo que constituye un argumento es, no la utilidad de la pena, sino solamente la idea del Derecho convertida en concepto. Dado que Hegel no interrelaciona hecho y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, ya no se trata como en Kant de una igualdad de género sino de igualdad según el valor de los mismos. Con lo que Hegel se da cuenta de que la pena necesaria corresponde al poder de la sociedad ya seguro de sí mismo, es decir, que en sociedades consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, pues en ellas es más reducida la peligrosidad de la acción para la sociedad.

Un Código Penal pertenece, por tanto, ante todo a su tiempo, y al estado en que se encuentre la sociedad civil. Así pues, en Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad. " ³²

³² *Ibidem.* p. 23

Como observamos, las teorías absolutas de la pena parten de una premisa que consiste en la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al individuo. Con la pena se trata de que se haga justicia, sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho.

2.5.2 Teorías Relativas

Juan J. Bustos Ramírez, expresa: *"...las teorías de la pena no se preocupan del fundamento de la pena, sino simplemente de contestar a la pregunta de para qué sirve la pena, cuál es su utilidad. Abandonan, en consecuencia, estas teorías las consideraciones metafísicas como realización de la justicia o afirmación del derecho de las teorías absolutas. El derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término, por su utilidad social.*

Dos son las grandes teorías relativas de la pena. Por una parte, la prevención general, y por la otra, la prevención especial. La prevención general va dirigida a toda la comunidad social para que se abstenga de delinquir. La prevención especial en último término es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir o bien neutralizándolo con una actuación sobre su persona que le impida desarrollar una actividad delictiva. Por eso, si bien las teorías relativas dieron origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, al mismo tiempo, le dieron un carácter legitimante

*fundamentado en su utilidad. En cambio desde una perspectiva crítica, la necesidad sólo implica plausibilidad.”*³³

Por su parte Gunther Jakobs, señala: *“...También se encuentra en la prevención general la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor: prevención general negativa. La formulación más conocida de las teorías de la prevención general negativa se debe a Feuerbach, pero no como teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante leyes penales (teoría de la coacción psicológica)...”*³⁴

Respecto a la teoría de la prevención especial el mismo autor pone de manifiesto: *“Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. El Derecho penal debe configurarse de lege ferenda de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas. La exigencia mínima consiste en prescindir de aquellas penas con cuya ejecución incluso se eleva la posibilidad de que el autor cometa ulteriores delitos.”*³⁵

Como observamos, las teorías relativas de la pena a las que nos hemos referido con anterioridad, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el derecho penal se justificaría racionalmente

³³ Ob. Cit. p. 47

³⁴ Ob. Cit. p. 26

³⁵ Ibidem, p. 29

porque es útil para prevenir el delito. En este sentido consideramos que tanto las teorías absolutas, como las relativas de la pena, deben en la actualidad dar solución definitiva al problema de la pena de muerte.

CAPITULO TERCERO
JERARQUIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL, POLITICA CRIMINAL Y
MISION DEL DERECHO PENAL MEXICANO EN CUANTO A LA PENA DE
MUERTE

3. Jerarquía de la Norma Constitucional

El artículo 133 de la Constitución establece el principio de la supremacía constitucional y la jerarquía de las leyes en el orden jurídico mexicano, al señalar textualmente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”¹

El precepto transcrito con antelación enuncia el principio de supremacía constitucional por medio del cual se dispone que la Constitución es la ley suprema. es la norma fundamental de todo el orden jurídico, es la base de todas las instituciones y sobre todo el ideario de una nación. La supremacía constitucional significa que una norma contraria ya sea material y formalmente a esa norma superior no tiene posibilidad de existencia dentro de ese orden jurídico.

¹ O. Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. Mexicano esta es tu Constitución. 4ª. ed., México. Trillas. 2003. p. 129

La supremacía constitucional representa la unidad de un sistema normativo y para los hombres un cierto margen de seguridad porque éstos saben que ninguna ley o acto debe restringir la serie de derechos que la constitución les otorga y que si tal cosa acontece existe un medio reparador de la arbitrariedad.

El principio de supremacía constitucional no nació en México, sino tiene una evolución histórica importante, por lo que señalaremos los principales momentos que lo han configurado.

El tratadista Jorge Carpizo, en su obra Estudios Constitucionales, pone de manifiesto: *“Los antecedentes históricos del principio de supremacía constitucional son abundantes, nosotros sólo vamos a enunciar los de más relieve.*

Podemos encontrar antecedentes a la idea de supremacía constitucional en varias instituciones de la antigua Grecia, como en la graphe paranomón que fue la acusación criminal que se dirigía contra los ciudadanos que hubiesen diligenciado la aprobación de una ley que se considera contraria a las normas constitucionales.

Además, los atenienses distinguieron entre nomos (leyes constitucionales que se modificaban mediante procedimiento especial) y psefisma (decretos y leyes secundarias), y los jueces no estaban obligados a resolver según los psefisma si eran contrarios a los nomos.

Otro antecedente al principio que examinamos, lo encontramos en la concepción de la Edad Media que ya la antigüedad había conocido: la existencia del derecho natural como orden superior al derecho positivo y este segundo ordenamiento no podía por ningún motivo contrariar el contenido del primero.

El 3 de octubre de 1283, los hidalgos aragoneses impusieron al rey el Privilegium Generale Aragonum. Este fuero fue la ley suprema y si el rey realizaba un acto que fuera contrario al fuero, carecía de valor. Todos los actos de las autoridades aragonesas para ser válidos, tenían que respetar la letra y el espíritu del fuero.

Los juristas de la escuela del derecho natural de los siglos XVII y XVIII distinguieron entre leyes fundamentales y leyes ordinarias. Consideraron a las primeras como el acto principal y el más importante de la soberanía nacional y que todos los demás actos derivados de la soberanía eran sólo la consecuencia de ese acto primero y por tanto las leyes fundamentales eran anteriores y superiores a las leyes ordinarias.

En el Instrument of Government inglés de 1653 se percibe el principio de que en todo gobierno debe existir algo fundamental que es la constitución. En el siglo XVIII, en Francia, nació la doctrina denominada heureuse impuissance o sea la feliz impotencia que el rey tenía de violar las leyes constitucionales del reino, y en caso de que se atreviera a realizar un acto contra esas leyes, éste era nulo.

En las colonias norteamericanas existieron cartas que reconocían la supremacía de la ley inglesa. La colonia podía expedir leyes que eran válidas siempre y cuando su contenido no pugnara contra la ley superior, o sea, la iglesia.

Un magnífico ejemplo de esta estructura constitucional de las colonias norteamericanas se encuentra en el caso Winthrop Lechmere de 1727.

Al independizarse las colonias norteamericanas, cada una consideró a su Constitución como la ley fundamental del Estado, y los actos contrarios a ese código supremo eran nulos. En este sentido se resolvieron varios casos: en 1780, la Corte Suprema de New Jersey conoció la controversia Holmes-Walton. La Constitución

de ese Estado establecía que el jurado judicial debería estar integrado por doce personas. Sin embargo, una ley adoptada en 1778 dispuso la confiscación de la propiedad del enemigo, decisión que tomaba un jurado integrado sólo por seis personas. La Corte declaró nula la ley y la legislatura la cambió, estableciendo el jurado de doce personas.

La Constitución norteamericana asentó en el párrafo segundo del artículo sexto el principio de la supremacía constitucional. La primera vez que la Corte Suprema de ese país examinó tan importante cuestión fue en el caso *Cooper Telfair*, pero todos sabemos que fue en 1803, cuando Marshall en su célebre ejecutoria sobre el caso *Marbury-Madison* definió y circunscribió los alcances del principio en examen. De dicha ejecutoria se desprende la idea de que la Constitución es la ley superior del orden jurídico, que todo acto legislativo contrario a la carta magna es inexistente. que los tribunales deben negarse a aplicar la ley que pugne contra la norma fundamental y que si el tribunal aplica una norma contraria a la Constitución se quiebra el fundamento de las constituciones escritas. En los Estados Unidos de Norteamérica se asentó este principio por la circunstancia histórica de que los estados integrantes de la federación habían vivido libres y era necesario lograr la unión y la unidad indispensable en un orden jurídico.”²

Respecto a los antecedente en nuestro derecho mexicano, el mismo tratadista continúa diciendo: “En las diversas Constituciones o leyes supremas que han regido la vida de México, encontramos consignado el principio que nos ocupa. En algunos casos no se estableció en forma muy clara, pero en fin, son nuestros antecedentes de la idea de que la constitución es la ley fundamental.

² Carpizo, Jorge. Estudios Constitucionales. 1a. ed., México, U.N.A.M., 1980, pp. 123-124.

Así, este principio se consignó en el artículo 237 del Decreto de Apatzingán, en el artículo 24 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, en el artículo 161-III de la Constitución de 1824, en el artículo 30 del Acta de Reformas de 1847, en el artículo 126 de la Constitución de 1857 y en el artículo 133 de 1917, reformado en 1934.

El artículo 126 de la Constitución de 1857 fue tomado literalmente de la Constitución norteamericana. El proyecto que Carranza envió al Constituyente de Querétaro omitió este precepto, pero la segunda comisión de Constitución lo sometió a la aprobación de la Asamblea que sin discusión lo sancionó.

En 1934 fue reformado el artículo 133, no se modificó su sentido ni su alcance sino que se precisó que los tratados para ser ley suprema de la Unión tienen que estar de acuerdo con la misma. O sea, la reforma precisó algo que ya se encontraba en el artículo y para la interpretación del mismo no era necesaria esta reforma.

El artículo reformado también precisó que la competencia para la aprobación de los tratados corresponde al Senado y no al Congreso de la Unión. La redacción original del artículo fue tomada de la Constitución de 1857 donde existió el sistema unicamaral hasta 1874. Sin embargo, antes de la reforma no existía problema como no lo hubo en el código supremo de mediados del siglo pasado, porque entre las facultades exclusivas del Senado se encontraba y se encuentra la aprobación de los tratados celebrados por el Presidente de la República.

El 21 de diciembre de 1944, el ejecutivo federal envió al congreso una iniciativa de reformas de varios artículos entre los que se encontraba el 133 al que se le suprimía su segundo párrafo, pero se le agregaba uno de singular importancia, a saber: Los tribunales federales se ajustarán siempre a dicha Constitución y los de las

entidades federativas observarán también esta regla y se sujetarán además, a las leyes federales y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que puede haber en las constituciones o leyes locales. Los tribunales se abstendrán de aplicar las leyes que conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia resulten inconstitucionales. Dicha iniciativa no prospero.

En esa iniciativa encontramos dos ideas nuevas: i) que los tribunales federales tienen que sujetarse a la Constitución. Esta declaración resulta superflua porque se encuentra en la esencia misma del principio que nos proponemos analizar, y ii) la obligación para toda clase de tribunales de abstenerse de aplicar las leyes que la Suprema Corte de Justicia declara inconstitucionales a través de la jurisprudencia. Este fallido intento de reforma hubiera significado que una ley declarada inconstitucional por el máximo tribunal, y constituyera jurisprudencia, no se podría volver a aplicar en nuestro territorio. Y con esto se hubiera dado un paso adelante muy importante, en la búsqueda constante por alcanzar una mayor justicia.”³

Por su parte el constitucionalista Ignacio Burgoa, en su libro *Derecho Constitucional Mexicano*, expresa en relación al principio que estamos analizando: *“...siendo la Constitución la ley fundamental, no puede estar supeditada a otra y, en caso de que se la repute como la prolongación de un régimen jurídico constitucional anterior, no por estas circunstancias debe estar sometida a los imperativos de éste. El supuesto contrario haría nugatorio el principio de supremacía...”⁴*

³ Ob. cit., pag. 125.

⁴ Ignacio Burgoa. *Derecho Constitucional Mexicano*. 3ª. ed , México, Porrúa, 1979, p. 325.

El principio de supremacía constitucional se ha establecido en todas las constituciones mexicanas, en las que prevalece un sistema federal, por tanto podemos hablar de un derecho constitucional general o federal y de un derecho constitucional local o de las entidades federativas.

Los principios básicos de organización política del estado mexicano se encuentran en el derecho constitucional general, siendo los siguientes: la declaración de los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el régimen federal, la justicia constitucional y la supremacía del estado sobre la iglesia.

Para los fines de nuestra investigación relativa a La Pena de Muerte en el Derecho Penal Mexicano únicamente nos referiremos a la declaración de los derechos humanos.

En relación a la declaración de los derechos humanos, el tratadista Jorge Carpizo pone de manifiesto: *"La declaración de los derechos humanos está contenida en dos partes. Las garantías individuales y la de garantías sociales."*⁵

Dentro de las garantías individuales que consagra nuestra constitución, se encuentra la aplicación de la pena de muerte en aquellos casos específicos que establece el artículo 22 en su párrafo cuarto, pero que como ya dijimos líneas arriba en la actualidad es sólo letra muerta, por lo que desde nuestra particular óptica jurídica, de continuar vigente dicha disposición constitucional, trae consigo una incongruencia normativa con el texto del artículo 133 de dicho ordenamiento, ya que sí se dice que la constitución es ley suprema de toda la unión, debiese de-

⁵ Ob. cit., p. 246.

aplicarse la pena de muerte en las hipótesis planteadas, o suprimir el párrafo cuarto de dicha norma constitucional, situación ésta última por la cual nos pronunciamos categóricamente.

Es conveniente señalar que la jerarquía de la norma constitucional, debe en todo momento estar regida por el Estado de Derecho, el cual al decir de Joseph Raz, en su libro *La Autoridad del Derecho*, dice: “... *el gobierno está vinculado por normas fijas y publicadas de antemano, normas que hacen posible prever con bastante certeza, como usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos en base a este conocimiento.*”⁶

En este sentido podemos decir que de no suprimirse legalmente la pena de muerte del texto constitucional, se corre el riesgo de que la Federación o los Estados que integran ésta, puedan aplicarla en base al Estado de Derecho imperante.

Por otra parte si analizamos sin ningún prejuicio ideológico los actos, aspiraciones, inquietudes y tendencias del ser humano, podemos observar claramente que todo ello gira alrededor de un sólo fin, superarse a sí mismo, para obtener su felicidad, que se traduce en una situación subjetiva consciente de bienestar duradero, que no es otra cosa que una satisfacción íntima permanente.

Una de las condiciones indispensables, para que el individuo realice sus propios fines, desarrollando su personalidad y buscando su felicidad, es precisamente la libertad, concebida no solamente como una mera potestad psicológica de elegir propósitos determinados y escoger los medios

⁶ Joseph Raz. *La Autoridad del Derecho*. México, 1ª. ed., U.N.A..M. 1982, p. 263

subjetivos de ejecución de los mismos, sino como una actuación externa sin limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana.

El ser humano es quien crea sus propias normas que se resuelven en juicios lógicos, para poner en juego los medios tendientes a la cristalización de los fines que se proponga, por lo que se dice que la libertad humana, es eminentemente autónoma, puesto que ella misma crea sus propias reglas. Sin embargo, el hombre es un ser esencialmente sociable, o como dijera Aristóteles, un *zoon politikon*, pues es imposible forjar siquiera su existencia fuera de la convivencia con sus semejantes. La vida social del ser humano es siempre un constante contacto con los demás individuos miembros de la sociedad.

Ahora bien, para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse por un sendero de orden, para evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regulación que encause y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales, en una palabra, es menester que exista un Derecho, concebido formalmente como un conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas.

El derecho en sí es una estructura normativa susceptible de acoger dentro de la substancialidad de sus normas, principios, reglas o tendencias de diferentes disciplinas tanto culturales como técnicas y científicas. Además el Derecho, como orden normativo, debe fijar en sus prescripciones fundamentales las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas que se registren dentro de la vida dinámica de las sociedades humanas, con el objeto de consolidar los

resultados de dichas transformaciones y de regular imperativamente las relaciones comunitarias conforme a ellos. Sin esta normación jurídica, ningún cambio que opere en los diversos ámbitos vitales de la sociedad podría tener vigencia, respetabilidad, ni operatividad reales, ya que los postulados de dicho cambio no podrían imponerse válidamente para regir a la colectividad, toda vez que estarían apoyados exclusivamente en la fuerza.

El contenido de la norma jurídica debe radicar precisamente en la regulación de las relaciones entre los hombres, esto es, debe encauzar aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juego de intereses recíprocos, bien de particulares entre sí, o entre éstos y los sociales o viceversa, para establecer el orden correspondiente, respetando siempre un mínimo de libertad humana y haciendo invulnerables también los factores extrínsecos de su ejercicio: la igualdad y la propiedad sin los que aquella sería nugatoria.

En este sentido, Ignacio Burgoa nos da diversas acepciones del concepto garantía, comenzando por señalar: Parece ser que la palabra "garantía" proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. "Garantía" equivale, pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "aplazamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo". Jurídicamente el vocablo y el concepto "garantía" se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.

El concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada

jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados: afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.

La doctrina no se ha podido poner de acuerdo en la acepción estricta y específica que debe tener el concepto de "garantía" en el derecho público y, especialmente, en el constitucional.

La diversidad de definiciones o de opiniones sobre lo que debe entenderse por "garantía" obedece a que sus autores toman la idea respectiva en su sentido amplio o lato, es decir, con la sinonimia a que nos hemos referido, sin contraerla al campo donde específicamente debe ser proyectada, o sea, al de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Además dentro de la amplitud del término "garantía", los doctrinarios enfocan la definición de este concepto desde diferentes puntos de vista, sugiriendo ideas confusas o demasiado generales.

Para clasificar en términos generales las garantías individuales disponemos de dos criterios fundamentales. Uno que parte del punto de vista de la índole formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que implica la garantía individual y otro que toma en consideración el contenido mismo de los derechos públicos subjetivos que de la mencionada relación se forman en beneficio del sujeto activo o gobernado.

La obligación estatal que surge de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual, puede consentir desde el punto de vista formal en un no hacer o abstención, o en un hacer positivo a favor del gobernado por parte de las autoridades del Estado, el respeto que éste por conducto de sus autoridades todas, debe observar frente al gobernado, se puede manifestar en una mera abstención o no hacer o en la realización de una conducta positiva.

Consiguientemente, desde el punto de vista de la naturaleza formal de la obligación estatal que surge de la relación jurídica que denota la garantía individual, ésta puede ser negativa, en tanto que impone al Estado y a sus autoridades un no hacer, una abstención, una conducta pasiva de no violar, de no vulnerar, de no prohibir, etc., o positiva, en tanto que las autoridades estatales y el Estado, por la mediación representativa de éstas, están obligados a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado una serie de prestaciones, hechos, actos, etc., o sea, a desempeñar un comportamiento activo, tal como la observancia de ciertos requisitos o formalidades, el desarrollo de un procedimiento previo para poder privar a una persona de la vida, como sería el caso al aplicar la pena de muerte, de la libertad, etc..

Las garantías se pueden clasificar en garantías materiales y garantías formales. Dentro del primer grupo se incluyen las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la igualdad y a la propiedad, comprendiendo las segundas las de seguridad jurídica, entre las que destacan la de audiencia y de legalidad consagradas primordialmente en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución.

En las garantías materiales, los sujetos pasivos, Estado y autoridades estatales, asumen obligaciones de no hacer o de abstención, no vulnerar, no prohibir, no afectar, no impedir, etc., en cuanto a las garantías formales, las obligaciones correlativas a los derechos públicos subjetivos correspondientes son de hacer, o sea, positivas, consistentes en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta afecte con validez la esfera del gobernado. La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el activo o gobernado y el pasivo, constituido por el Estado y sus órganos de autoridad.

Las garantías individuales según la postura ideológica adoptada en las Constituciones que rigieron a nuestro país durante el siglo pasado, se reputaron, en términos generales, como medios sustantivos constitucionales para asegurar los derechos del hombre. Así, inclusive, se estimaron por el artículo primero de la Constitución de 1857, para cuyo ordenamiento tales derechos implicaron la base u el objeto de las instituciones sociales, es decir, de la teleología estatal expresada en éstas.

Es evidente que dentro de esa concepción, las garantías consignadas constitucionalmente fueron establecidas para tutelar los derechos o la esfera jurídica en general del individuo frente a los actos del poder público. Atendiendo al sujeto que como único centro de imputación de las citadas garantías se consideraba por los preceptos que las instituían, la denominación o el adjetivo de individuales se justificó plenamente.

Expresadas las anteriores ideas, consideramos de suma importancia hacer mención que nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su

Título Primero, Capítulo I, denominado de las Garantías Individuales, encontramos el artículo 22 en el que en su párrafo cuarto a la letra dice:

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

En relación a esta disposición constitucional, el referido tratadista, en su obra titulada las Garantías Individuales, nos pone de manifiesto que: el artículo 22 de la Ley Suprema se traduce, por un lado, en la prohibición absoluta de la imposición de la pena de muerte y, por el otro, en la exclusión de su aplicación por lo que concierne a los delitos que no estén comprendidos en los enumerados en dicho precepto.⁷

Dicha prohibición absoluta consiste en que la pena de muerte en ningún caso podrá imponerse a los autores de delitos políticos. ¿Qué es un delito político? Todo hecho delictivo vulnera o afecta determinado bien jurídico, vida, integridad corporal, patrimonio, etc.. Cuando la acción delictiva produce o pretende producir una alteración en el orden estatal bajo diversas formas, tendientes 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 la tendencia general de oponerse a las autoridades constituidas, entonces el hecho o los hechos en que aquélla se revela tienen el carácter político y, si la ley penal los sanciona, adquiere la fisonomía de delitos políticos. Podemos señalar como delitos políticos la rebelión, la conspiración, la sedición y la asonada o motín, a cuyos autores no

⁷ Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. 15ª. ed., México, Porrúa, 1981. Cfr. pp. 178-181

puede imponerse la pena de muerte por prohibirlo así el artículo 22 constitucional. Los delitos de carácter político, para que participen de este atributo, deben tener como objetivo de afectación los fines esenciales que a cada uno de ellos señala la ley penal al definirlos. 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.

Para finalizar este apartado, cabe hacer mención que de la sola lectura de los catálogos de penas de las leyes de carácter secundario en materia penal, tanto federal como locales, se desprende, que no existe disposición expresa para aplicar la pena de muerte en los supuestos a que hace referencia el texto constitucional en su artículo 22 párrafo cuarto, por lo que debemos entender con claridad que nuestros legisladores tácitamente están derogando dicha norma. Sin embargo en el fuero militar sí se contempla dicha pena, por lo que debe derogarse también.

3.1 La Política Criminal

Consideramos que en la actualidad la Política Criminal o también conocida como Política Criminológica, debe buscar estrategias de desarrollo social, mediante la elaboración sistemática de un plan de desarrollo integral, basado en informes sociales previos, que señalen las rutas sociales adecuadas a los requerimientos de desarrollo nacional, que permitan enfrentar la crisis de justicia que se ha venido generalizando cada vez más.

La Política Criminal constituye todo género de actividad estatal encaminada a la prevención del delito y a la lucha contra él. Desde luego, no se trata de una ciencia, como quisieron considerarla algunos, ni tampoco es la disciplina que pretendió haber creado Franz von Liszt. Como sabemos la Política Criminal nació en Italia y ahí apareció por primera vez una tendencia científica de revisión crítica de las leyes punitivas o, lo que es lo mismo, una primera dirección de la Política Criminal. Debido a ello, puede considerarse al marqués de Beccaria como iniciador de esta corriente.

Los criterios que aporta la Política Criminal, fundamentados en el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y de las demás medidas de defensa social contra el delito, suministran material al derecho penal para la obtención de nuevas metas, para satisfacer los fines del ordenamiento jurídico.

Mediante estos criterios orientadores se han logrado importantes metas legislativas: la adopción para los menores de un sistema esencialmente educador, el establecimiento de medidas de defensa social contra delincuentes reincidentes o habituales, el tratamiento de los delincuentes patológicos, el estudio biológico del delincuente como base de ejecución de las penas de privación de libertad, entre otros, finalidades consideradas hace algunos años como un lejano ideal y que constituyen ya auténticas y espléndidas realidades.

Fernando Castellanos Tena, manifiesta: *“La Política Criminal, definida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. En realidad, esta disciplina no es sino el aprovechamiento práctico, por parte del legislador, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de*

dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social. ”⁸

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos en su obra denominada Manual de Derecho Penal Mexicano pone de manifiesto: *“En opinión de Soler, carece de sentido la expresión Política Criminal, y si debe subsistir es como criterio orientador de la legislación penal y no como una tendencia de escuela. Argumenta el autor argentino que la legislación punitiva debe fundarse, sólidamente, en el preciso conocimiento de los fenómenos de cuya regulación se ocupa, deduciéndose muchas veces de tal conocimiento, que la represión por sí sola no es el remedio que más conviene socialmente, de donde se debe concluir que una buena política criminal no necesariamente se limita al ámbito de la legislación punitiva, sino que también se vincula con instituciones de distinta naturaleza, pero cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia.”*⁹

El criminólogo Luis Rodríguez Manzanera, en su obra denominada Criminología, manifiesta: *“Además, estamos de acuerdo con Versele en que en verdad, es a la Política Democrática, más que al derecho al que debemos pedir la solución de la crisis de la justicia penal y del control de la criminalidad. El Derecho y la Técnica Jurídica pura no son suficientes para combatir racional ni eficazmente al fenómeno de la delincuencia. La Política Criminológica no es en primer lugar, ni exclusivamente, la tarea de los juristas. Es en verdad la tarea, tanto de los representantes del pueblo, como de las autoridades democráticas, de los especialistas de las varias Ciencias del Hombre y de la colectividad-comunidad.*

⁸ Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 25ª. ed. México, Porrúa, 1988. p 79

⁹ Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. 4ª. ed., México, Porrúa, 1978. p. 36

La evolución de las ciencias humanas y sociales, como la evolución de la democracia y la convivencia social, fueron tal que la Política Criminológica no está ya fundada en una Criminología del derecho tal que la impostura de formas más amplia escapa al dominio de lo jurídico....”¹⁰

Sin lugar a duda las reformas al Derecho Penal, han sido en su momento postulados de la Política Criminal, por lo que en este sentido el eminente jurista Enrique Bacigalupo Zapater, en su obra titulada Manual de Derecho Penal, señala: *“La importancia dada a fines del siglo pasado a los resultados provenientes de las investigaciones sociológicas y antropológicas por la Escuela Positiva (FERRI GAROFALO en Italia), la Escuela Sociológica o Moderna (VON LISZT en Alemania) y, aunque sólo en parte, por la Escuela Correccionalista (DORADO MONTERO. JIMENEZ DE ASUA. BERNARDO DE QUIROS) convirtió a la reforma del derecho penal en una ocupación legítima de los juristas del derecho penal, de esta manera, la ciencia del derecho penal en la concepción de los positivistas asumía una nueva tarea, lo que, expresado en lenguaje metodológico quiere decir que amplía su objeto.*

La política criminal que debía inspirar la reforma del derecho penal: ‘La ciencia del derecho penal debe ser –decía VON LISTZ, Straf. Votr. U. Aufs. II, p. 293- la maestra del legislador penal, su consejera cuidadosa y conductora en lucha contra el delito’. Sin embargo, a pesar de la orientación de la política criminal a la reforma del derecho vigente, se vio que era posible plantear también la cuestión de las posibilidades de inducir en la aplicación del derecho penal vigente a través de una concepción de la política criminal.

¹⁰ Rodríguez Manzanera .Criminología. 7ª. ed., México, Porrúa, 1991, p. 118

En gran medida esto despertó el temor de los puntos de vista más conservadores por la eventual desaparición del derecho penal (confr. K. BIRKMEYER, Was lasst Von Liszt von Sttrafrecht ubrig, Munich, 1907): '¿Qué queda del derecho penal? fue la pregunta dirigida insistentemente y con preocupación a VON LISZT (confr. Sus respuestas en Straf. Vortr. U Aufs. II, pp.25 y ss.) acompañada en oportunidades, de 'una advertencia respecto de la dirección moderna del derecho', como se puede ver en el subtítulo del opúsculo citado de BIRKMEYER. La cuestión planteada de las relaciones entre aplicación del derecho penal vigente y los postulados de la política criminal se expresa, en otras palabras. en el conjunto de problemas que también se conoce bajo la rúbrica de ' relaciones entre dogmática penal y política criminal ' (confr BACIGALUPO, en Revue Internationale de Droit Pénale, AIDP, 1978-I, pp. 15 y ss).

Para VON LISZT la política criminal era 'la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas'. De esta manera surgió la problemática de las relaciones de la aplicación del derecho penal vigente con los postulados politico-criminales (dirigidos a su reforma), lo que dio lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la estricta separación de política y derecho que en su tiempo ya proclamaba la teoría jurídica.

La política criminal se debía apoyar necesariamente -tal como lo concebía VON LISZT- en las ciencias del ser, es decir, de la realidad; por el contrario. la ciencia del derecho penal se debía ocupar de cuestiones del deber ser; si la diferencia básica de ambas formas de pensamiento hace aparecer al ser y al deber ser como dos mundos separados una introducción de la política criminal en la ciencia

del derecho penal era totalmente impropia. Los que se mantuvieron firmemente en este punto de vista se redujeron a un formalismo cuyos fundamentos son más que dudosos.

*Por el contrario, VON LISZT distinguió -a los fines que aquí nos importan es decir, con relación a las vinculaciones entre la política criminal y la aplicación del derecho penal- dos momentos diferentes: según se trate de la realización del principio *nullum crimen sine lege* o de su otro aspecto: *nulla poena sine lege*.*

El principio se refería a la comprobación de la comisión de un hecho coincidente con el presupuesto de hecho de un delito descrito en la ley: un acto judicial exclusivamente resultante de la aplicación de principios jurídicos. Aquí la política criminal no tiene nada que hacer. El segundo aspecto de la máxima fundamental, sin embargo, se refería a la determinación de la pena dentro de los marcos legales y a la selección de la especie de pena aplicable. Para los partidarios de la pena finalista, la decisión judicial en este sentido se apoyaría en consideraciones político-criminales, lo que en verdad en el lenguaje de VON LISZT quería decir preventivo-especiales. De esta manera se establecía una relación, al menos parcial, entre la aplicación del derecho penal y la política criminal. En la actualidad la aplicación del derecho penal, o sea la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, tiende a romper el aislamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y lo social. Ello es posible en la medida en que se reconoce que los puntos de partida para el conocimiento del derecho penal vigente requiere decisiones y se procura racionalizarlo en la medida de lo posible.

Los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del derecho penal. Los

problemas teóricos implicados en la nueva delimitación de lo jurídico no han sido todavía agotados ni mucho menos. De todos es posible afirmar que los puntos de vista político-criminales impregnan fuertemente la construcción del sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización. La idea de VON LISZT, según la cual el sistema de conceptos de la dogmática no debía ser afectado por la política criminal parte de la base falsa de que los sistemas tradicionales no contenían implícitamente decisiones político-criminales.”¹¹

Es conveniente señalar que por su parte Francisco Muñoz Conde, en su obra titulada Derecho Penal, pone de manifiesto: “Sería absurdo, negar a las teorías criminológicas un valor siquiera parcialmente informativo sobre la criminalidad o la conducta desviada. Pero tampoco pueden pretender una validez absoluta y mucho menos vincular al legislador en cuáles son las conductas merecedoras de pena.

Este es un problema que adopta características propias y que, en última instancia, se resuelve como un problema político criminal. Son varios, sin embargo, los factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de justicia, otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador.

¹¹ Bacigalupo Zapater. Manual de Derecho Penal. 4ª. Reimpresión, Colombia, Temis, pp.22-24

Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena. En un Estado de Derecho respetuoso con los derechos fundamentales sería, por ejemplo, inaceptable, por injusto, castigar con pena de muerte un hurto, por más que el aumento de las penas en estos delitos pueda ser útil desde el punto de vista de su prevención. Pero igualmente sería desaconsejable por inútil y contra producente, castigar con pena privativa de libertad los malos tratos que los padres infligen a los hijos, cuando ello puede producir más daños que beneficios a las víctimas.

El criterio de utilidad es también un factor a tener en cuenta en la determinación del merecimiento de pena de una conducta, por cuanto en el moderno Estado social de Derecho las normas se justifican por los efectos y consecuencias beneficiosas que producen, y no sólo por la justicia intrínseca de las mismas. Precisamente el conocimiento empírico de estos efectos que suministran las diversas teorías criminológicas puede servir para perfilar el criterio de utilidad a la hora de decidir qué conductas de todas las que aparecen como desviadas socialmente, merece el calificativo de punibles.

Esta conducta merecedora de pena es finalmente la que llega al Derecho Penal, que la elabora con sus propios criterios y en función de finalidades y metas específicas.”¹²

Ahora bien, consideramos que en la actualidad la Política Criminal, definida en líneas anteriores como la ciencia por la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito, a través de las penas; tiene la posibilidad de sugerir la derogación de la pena de muerte del texto constitucional.

¹² Muñoz Conde. Derecho Penal. 2ª. ed., España, Tirant lo Blanch, pp. 206-207

3.2 Misión del Derecho Penal Mexicano en Cuanto a la Pena de Muerte

La misión del Derecho Penal, sin duda alguna, es la de proteger la convivencia humana en la comunidad, evitando la aplicación de la pena de muerte, sabemos que nadie puede subsistir abandonado a sus propias fuerzas, todo individuo depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le ofrece su mundo circundante.

Ahora bien, en este sentido, el catedrático Hans Heinrich Jescheck, en su libro titulado Tratado de Derecho Penal, manifiesta: “... *La convivencia Humana se desarrolla ante todo conforme a una pluralidad de reglas transmitidas por la tradición (normas), que forman en su conjunto el orden social. La vigencia de tales normas previamente dadas es en buena parte independiente de la coacción externa, ya que se basan en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se hallan protegidas mediante ciertas sanciones inmanentes que actúan espontáneamente en caso de contravención (represión social mediata).*

Hay un sistema general de controles sociales cuyos titulares son instituciones de muy diversa naturaleza, como la familia, la escuela, la iglesia, la empresa, los sindicatos y las asociaciones. La justicia penal es sólo una parte de este sistema y las sanciones preventivas o represivas empleadas son incluso, hasta cierto punto, intercambiables.

El orden social no puede, sin embargo, asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad. Ha de completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio

del orden jurídico. La primera aspiración del espíritu humano ha sido siempre guiar y desarrollar el orden social mediante la creación de proposiciones jurídicas ajustadas a un plan. En especial, el orden jurídico debe garantizar la obligatoriedad general de toda norma que rige como Derecho y oponerse a posibles abusos. Titular del orden social previo es la sociedad; titular del orden jurídico creado según un plan. el Estado, cuya misión protectora a través del Derecho es hoy más importante que nunca en una sociedad de masas en que peligra la existencia del hombre.

El Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal. También el Derecho civil y el público prevén el recurso a la coacción, pero la amenaza de coacción y su realización pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Éste se sirve para ello del más poderoso medio de poder de que dispone el Estado: la pena pública. Cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo. Tan pronto como el Derecho Penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada, como ha enseñado repetidamente la más reciente experiencia histórica.

El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la Sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la nación. En una Constitución que, como la de la República Federal de Alemania, se defina como orden fundamental de libertad y democracia, el Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando

la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva, en caso de infracciones importantes.

Protección de la paz pública significa que el dominio del más fuerte desaparece y que la conciencia de seguridad general hace posible a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad. Seguridad general no quiere decir que no se cometa ningún delito, sino que la criminalidad se somete al control del Estado, mediante la averiguación de un elevado porcentaje de los delitos cometidos y su persecución sin discriminación por razón de la persona.

Puesto que la Constitución, según constante jurisprudencia, pretende garantizar en general la libertad humana de actuación, el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la Sociedad. En cierto modo, la norma penal representa la ultima ratio del instrumental de que dispone el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio.

El Derecho Penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad. La aplicación de la justicia distributiva significa en Derecho Penal que las infracciones graves no pueden minimizarse por una benevolencia infundada. ni dramatizarse en nombre de un rigor excesivo, y que debe imponerse a su autor la restricción de los bienes jurídicos que merezca, denunciando el carácter ilícito de su conducta e impidiendo su legitimación. Pero la pena posee una función social, por lo que además deberá tomarse en consideración sus posibles efectos sobre la vida futura del condenado en la Sociedad.

Los ataques que se dirigen a la justificación de la existencia del Derecho Penal como instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico resultan infundados en una Sociedad libremente organizada, ya que sólo la pena hace posible la protección de la paz jurídica en un marco de libertad, al regular la actuación del individuo apelando a su sentido de la responsabilidad, y no en base a la coacción directa ni acudiendo a un tratamiento coactivo.”¹³

También podemos afirmar que la misión del Derecho Penal consiste tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores ético-sociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y por el desvalor de la acción, abandono de los valores ético-sociales de la acción.

Pero en especial, como ya quedo establecido con anterioridad. el orden jurídico debe garantizar la obligatoriedad general de toda norma que rige como Derecho y oponerse a posibles abusos, como sería el caso, al pretender aplicar la pena de muerte en relación a las hipótesis señaladas por el artículo 22 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.3 Protección de los Bienes Jurídicos

El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del

¹³ Heinrich Jescheck .Tratado de Derecho Penal. 3ª. ed.. España, Bosch, 1981, tomo II, pp.3

orden social. El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos.

El tratadista Bustos Ramírez, en su obra titulada Lecciones de Derecho Penal, expresa : *“ El concepto bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Ahora bien, si se reconoce la indisolubilidad entre bien jurídico y norma, como se comprenderá, resulta de máxima importancia una teoría del bien jurídico que permita identificar materialmente, más allá de formulaciones ideológicas encubridoras de la realidad, lo protegido en relación a cada norma penal. Esta identificación material abre la discusión sobre su protección penal y con ello la permanente revisión democrática del sistema penal.*

La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico entendiendo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal. Lamentablemente los esfuerzos no se han visto compensados con resultados.

Así por ejemplo, Von Liszt, lo definiría como ‘interés jurídicamente protegido’ o Welzel, como ‘todo Estado social que el derecho quiere resguardar de lesiones’. Como se comprenderá, la virtualidad práctica de estas definiciones y de otras más recientes como las condiciones de convivencia social poco colaboran para solucionar el problema pues son formales y tautológicas.

Una teoría del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho ha de tomar en cuenta lo que ya decíamos en relación con la norma: ella tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno. Son en un Estado democrático el producto de la discusión participativa donde la hegemonía alcanzada está dispuesta en el futuro a aceptar su revisión. Los objetos de protección, los bienes jurídicos, surgen de la base social y, por consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática. Por eso, se dice que tienen un carácter dinámico.

El derecho con la norma quiere regular comportamientos. Se trata con las prohibiciones y mandatos de evitar situaciones lesivas de bienes jurídicos, en consecuencia, sólo puede provenir de una conducta humana. No lesiona un bien jurídico la agresión de un animal o un hecho de la naturaleza. Un animal o un rayo que cae sobre la tierra ciertamente puede matar a una persona. La vida se verá lesionada en su valor biológico pero no en tanto que bien jurídico.

Los bienes jurídicos, por tanto, son relaciones sociales concretas. La vida, la libertad, la salud sin perjuicio de ser valores naturales, en cuanto bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. El comportamiento personal del hombre en sociedad no debe lesionar bienes jurídicos; más aún, debe abstenerse de realizar conductas que signifiquen siquiera un peligro para los bienes jurídicos. Por eso, son relaciones sociales concretas, esto es, relaciones entre personas que adquieren significación de bienes jurídicos en cuanto son confirmadas por la norma.

Esta conceptualización de los bienes jurídicos como relaciones sociales concretas implica identificar la posición de las personas dentro de la relación social.

Esta identificación permite comprobar si la penalización de una conducta significa discriminación de personas, el favorecimiento de situaciones de desigualdad, la protección de una determinada concepción del mundo y su imposición mediante la conminación penal, la protección de algún fundamentalismo de alguna clase.

El derecho penal, por ejemplo, no puede proteger una moral o una religión determinada. Cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de los ciudadanos, pues significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el derecho penal se constituiría en factor de discriminación. Otra cosa es que se proteja la libertad de una persona para obrar conforme a un código moral o para practicar una determinada religión. Pero lo que no se puede es imponer ese código moral o religioso. Resumiendo, los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática.

Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión. La determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implica una decisión política del Estado. En esa decisión el Estado no es neutral. Lo hará respondiendo a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad que organiza, que en la actualidad es la llamada sociedad de mercado. Las relaciones sociales se organizarán en función de esa economía de mercado. Pero esta selección esta condicionada en un Estado social y democrático de derecho por el respeto de la libertad y dignidad de las personas y de sus necesidades. Esto significa que de

ningún modo por encima del individuo puede haber otros intereses de grupo o conservación o funcionamiento del sistema social.

En tanto que una política criminal democrática implica que la persona no puede ser objeto de manipulaciones, la selección de los objetos de protección ha de hacerse superando enmascaramientos ideológicos que puedan conducir a algo que encubra otra realidad, o simplemente algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado. En el primer caso lo que se protege no es lo que se dice y en el segundo lo protegido no resulte deseable protegerlo.

En los procesos participativos dentro de una relación social global democrática la persona se encuentra expuesta a la interpelación de los diferentes discursos ideológicos. Estos discursos ideológicos pueden ser contradictorios y excluyentes, otros pueden ser complementarios o simplemente sobreponerse. El enfrentamiento dialéctico de estos discursos son expresión de ejercicio de libertad política y de participación democrática. Las ideologías se dirigen a personas constituyendo y modelando socialmente su subjetividad.

En la conformación de la personalidad humana concurren tanto factores sociales como factores psíquicos. Las ideologías pueden interpelar al individuo dándole significados sobre la vida, la muerte, lo bueno y lo malo. También inculcándole la pertenencia a una tribu, a una nación, a un Estado. etc. Desde la perspectiva del bien jurídico tiene especial significación las ideologías de tipo inclusivo-histórico de carácter estructural. Son aquellas que se corresponden a una concepción de la sociedad, sus fundamentos y mantenimiento.

Resulta necesario determinar en cada norma penal el objeto realmente protegido, de superar el discurso ideológico y ver la realidad de la relación social

concreta protegida a fin de evitar proteger una realidad distinta que sea incompatible con los fines del Estado social y democrático de derecho. Un ejemplo a este respecto es el que mencionábamos anteriormente en relación a la religión o la pertenencia, por ejemplo, a una determinada nación. En definitiva, se trata de que la necesidad de protección se establezca libremente en la base social superando el discurso ideológico para ver la realidad del objeto a ser protegido y su compatibilidad con los fundamentos del Estado social y democrático de derecho.

El concepto de necesidad humana asociado al de bien jurídico aparece como un criterio dentro de una sociedad democrática . Su satisfacción supone en un Estado social y democrático una redistribución de los bienes políticos, económicos y culturales. En este proceso distributivo de los bienes el derecho penal puede participar protegiendo las condiciones que resultan necesarias para la satisfacción de las necesidades.

De este modo, los bienes jurídicos concretos a ser protegidos por el derecho penal han de ser aquellos que están en función de las condiciones para la satisfacción de esas necesidades. El derecho penal cumpliría esta tarea en un doble sentido. En un sentido positivo, protegiendo mediante prohibiciones y mandatos aquellos bienes jurídicos que inciden directamente en la satisfacción de necesidades. En un sentido negativo, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado democrático de derecho. La satisfacción de necesidad humana asociada a la protección de un bien jurídico coloca a la persona en el centro de la protección penal.

No se trata de proteger sistemas sociales, organizaciones, intereses colectivos, sino las necesidades de la persona. Por eso las necesidades humanas

asociadas al instinto de auto conservación y al mantenimiento de la vida humana son base y condición para la satisfacción de las demás necesidades. En relación a estas necesidades existenciales aparecen los bienes jurídicos que son base del sistema social como la libertad, la vida, la salud individual, etc., y es en función de estos bienes jurídicos que surgen otros de carácter colectivo como el medio ambiente y la salud colectiva entre otros. Respecto de los bienes jurídicos cabe reconocer diferentes funciones. Desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Este sólo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales. Dentro de la función político-criminal también cabe reconocer, como consecuencia de su carácter dinámico, una función crítica del sistema penal en el sentido de tenerlo sometido a una permanente revisión. Producto de esta función crítica son los procesos de incriminación que se producen como consecuencia de la aparición de nuevos bienes jurídicos y los de desincriminación de conductas que en relación a lo protegido no aparecen como merecedoras de protección.

En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate."¹⁴

En este sentido podemos señalar en relación a la pena de muerte, que al estar relacionada ésta, con la vida, como bien jurídicamente protegido, aunque el propio ordenamiento jurídico legitima al Estado para imponer dicha pena en los

¹⁴ Bustos Ramírez. Lecciones de Derecho Penal. s.e. España Ediciones Jurídicas, 1997. pp.57-62

casos específicos a que hace referencia el artículo 22 párrafo cuarto de nuestra Ley Suprema, a pesar de que en la actualidad no se aplica, sería conveniente hacer las reformas conducentes para suprimir formalmente la pena de muerte.

Además la pena de muerte por ser injusta debe ser proscrita radicalmente: y si bien es cierto el texto constitucional la autoriza, el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle, como lo señaló César Bonnesana, marqués de Beccaria.

3.4 Argumentos a Favor y en Contra de la Pena de Muerte:

Antes de entrar al análisis del presente subtema, queremos señalar que sin lugar a duda, uno de los autores que más han contribuido a la abolición de la pena de muerte, es César Bonnesana, Marqués de Beccaria, quien en su monumental obra titulada Tratado de los Delitos y de las Penas, dice: Hace ya mucho tiempo que se ha dicho, que un hombre ahorcado no es bueno para nada, y que los suplicios inventados para el bien de la sociedad, deben ser útiles para ésta. Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al estado por sus suplicios, en igual que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate a los hombres en público.

Los ladrones en Inglaterra, son rara vez castigados de muerte: lo que se hace es transportarlos a las colonias. Lo mismo se hace en los vastos estados de la

Rusia. Ningún criminal, ha sido ejecutado bajo el imperio de Isabel. soberana absoluta, y Catalina II, que la ha sucedido con un talento muy superior, sigue la misma máxima. Esta humanidad no hace que se multipliquen los crímenes: se ha visto casi siempre, que los delincuentes desterrados a la Siberia, se han vuelto hombres de bien. Lo mismo se ha notado en las colonias Inglesas. Esta dichosa mudanza nos asombra, pero no hay nada que sea mas natural. Estos culpables, tienen que trabajar continuamente para vivir, no tienen ninguna ocasión para obrar mal; se casan y aumenta la población. Obligadlos a trabajar y haréis que sean honrados. Todo el mundo sabe, que no es el campo donde se cometen los grandes crímenes, a menos tal vez, de que haya grandes fiestas, que obliguen al hombre a estar ocioso y le conduzcan a toda especie de excesos.

Solo se condenaba a muerte un ciudadano Romano, cuando había cometido algún crimen, que tuviese relación con el bien estar del estado. Nuestros maestros. nuestros primeros legisladores, han respetados la sangre de sus conciudadanos: nosotros prodigamos la de los nuestros.

Se ha agitado, durante mucho tiempo, esta cuestión delicada y funesta; saber. si es permitido a los jueces, el sentenciar a muerte, cuando la ley no condena expresamente al último suplicio. Esta dificultad fue solamente discutida ante el emperador Enrique VI, que juzgó y decidió, que ningún juez podía tener este derecho. Hay algunas acciones criminales, o tan imprevistas, tan complicadas o acompañadas de circunstancias tan raras, que la misma ley se ha visto en la necesidad, en muchos países, de dejar estos casos extraordinarios a la prudencia de los jueces. Pero si efectivamente hay algún caso en que la ley permita el sentenciar a muerte a un acusado, que no ha condenado ella misma, se hallarán mil, en que la

humanidad, más fuerte que la ley, debe de conservar la vida de aquellos mismos, que la ley misma ha condenado a muerte.

La espada de la justicia está en nuestras manos, pero debemos más a menudo quitarle el filo, que afilarla. Se lleva envainada delante de los Reyes, para darnos a entender, que debemos de sacarla rara vez.

Se han visto jueces, que no gustaban más que de hacer derramar sangre, tales han sido Jeffrey, en Inglaterra; tal era en Francia un hombre, a quien dieron el sobrenombre de corta cabezas. Semejantes hombres, no habían nacido para ser magistrados, la naturaleza les había destinado a ser verdugos.¹⁶

Por otra parte, señalaremos la postura de algunos autores que han investigado la pena de muerte en nuestro país, no sin antes establecer que el artículo 30 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal vigente, en su Título Tercero, Capítulo I, denominado Catalogo de Penas y Medidas de Seguridad y de Consecuencias Jurídicas para las Personas Morales, excluyó la pena de muerte de su catalogo legal, exclusión que también se encuentra en todos los estados de la República; sin embargo, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no la prohíbe y la legislación castrense la conserva. La Carta Magna permite la pena de muerte, limitándola a los casos señalados expresamente, pero no la impone como obligatoria, ni en los supuestos relativos.

En tal virtud, el catedrático Fernando Castellanos Tena, en su libro Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pone de manifiesto: “...La Pena de

¹⁶ César Bonnesana.. Marques de Beccaria. Tratado de los Delitos y de las Penas, México, 13ª. Edición facsimilar, Porrúa, 2003, Cfr. pp. 278-279.

muerte es ejemplar, pero no en el sentido ingenuo otorgado por sus partidarios: es ejemplar porque enseña a derramar sangre. México representa, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aun por el puro placer de matar; la ley fuga, ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre. Es indispensable remediar esta pavorosa tradición, proclamando enérgicamente que en México nadie tiene derecho a matar, ni el Estado mismo. El Estado tiene una grave responsabilidad educacional, debe enseñarnos a no matar: la forma adecuada será el más absoluto respeto a la vida humana, así sea a la de una persona abyecta y miserable.

Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. Se ha reservado históricamente a los homicidios calificados especialmente de premeditación; el asesino que prepara su delito siempre tiene la convicción de eludir la acción de la justicia, en su calculo no entra, ni la pena de muerte ni sanción alguna, salvo que, como afirma Ferri, a la postre resulta esencialmente imprevisor y olvida siempre algún dato que permitirá no evitar el delito ya consumado, sino imponerle la sanción. El caso típico que demuestra la inutilidad de la pena de muerte, es su aplicación en los delitos de rebelión; tenemos ciento cuarenta y cuatro años de aplicar la pena de muerte para las rebeliones. El recrudecimiento último de los delitos de sangre y la iniciativa de la restauración de la pena de muerte, son síntomas de un mismo mal..."¹⁷

¹⁷ Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 25ª. ed., México, Porrúa, 1988. p 59

Y continua diciendo: *"A las razones anteriores, Carranca y Trujillo añade que la pena de muerte es, en México, radicalmente injusta e inmoral, pues el contingente de delincuentes amenazados con ella, se compone de hombres humildes del pueblo; los delincuentes de las otras clases sociales delinquen generalmente contra la propiedad y en esos casos la pena capital no estaría señalada. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en donde se han desarrollado, mal alimentados y viciados por el alcoholismo, siendo los culpables no ellos, sino el Estado y la sociedad, que en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica, los suprime lisa y llanamente por medio de la pena de muerte. Para el historiador Fernando Anaya Monroy, la tradición humanista de México y el respeto que el país le ha merecido siempre a la persona humana, le impulsa a aceptar sin reservas el abolicionismo."*¹⁸

En la actualidad se sigue discutiendo si debe reimplantarse la pena de muerte en el Distrito Federal, así como en las entidades federativas, o si por el contrario, conviene incluso suprimirla en el fuero militar.

En este sentido Alvaro Guadarrama González, en su obra mencionada con anterioridad señala: "Tal vez por los muy pocos casos en que se ha usado la pena de muerte en los últimos años, aunque esté vigente en nuestra Constitución se piense que ésta es completamente inofensiva y que no hay ningún peligro de que se condene a alguien a morir en la cámara de gases, en la silla eléctrica o por medio de una inyección letal, que vienen siendo los métodos más modernos de ejecución de

¹⁸ Ob. Cit. p. 61

sentenciados a muerte. Sin embargo, es su vigencia lo que mantiene latente el peligro de que se legisle sobre su aplicación en cualquier Estado de la República, y esto no es una mera suposición, pues cada vez con más frecuencia se escuchan las opiniones y las inquietudes de diputados locales e incluso de miembros del Congreso Federal que mencionan la posibilidad de que se legisle sobre la pena de muerte en algunos Estados. Si se tiene el aval, por así decirlo, de la Constitución, entonces el peligro es más latente, y es importante no sólo señalarlo, sino proponer soluciones a esto que vendría a ser el error más caro que pudiéramos cometer y el retroceso mayor en la vida jurídica de nuestro país.”¹⁹

Juan Federico Arriola, en su libro *La Pena de Muerte en México*, opina: No se niegan los esfuerzos realizados por el gobierno mexicano para erradicar prácticas inhumanitarias que todavía en algunas partes se han cometido, como lo es la tortura. Sin embargo, no es suficiente lo logrado. Si claudicamos en esta lucha por eliminar los tratos crueles y hasta en la letra constitucional la pena de muerte, sufriremos las consecuencias. Nuestra propia timidez nos puede hacer víctimas de apetito sanguinario que tanto tiempo ha existido en nuestro país.

Por otra parte, no se puede soslayar un aspecto que puede tener implicaciones peculiares de llegarse a aplicar en México la pena de muerte. Si se implantara la pena de muerte en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, nos encontraremos con un aparente problema, el artículo 123 establece: “Al que prive de la vida a otro...”. Como se puede observar es muy escueto y si entonces se aplica el castigo mortal qué pasa con el verdugo. Al llevar a cabo su trabajo, esta persona

¹⁹ Guadarrama González. *La Pena de Muerte en México*, 1ª. ed., Cárdenas Editor, 2000I, p.197

cae en el supuesto fáctico de ser un homicida, por que priva de la vida a otra persona. Pero se puede objetar que se trata de una causa de justificación y que, por tanto, no se configura la antijuridicidad y así no se integra el delito. Efectivamente, se trata del cumplimiento de un deber contemplado en el artículo 29 fracción VI, del Código Sustantivo de la materia. Sin embargo, aunque sea excluyente de responsabilidad penal, el hecho en sí es el mismo: privar de la vida. Entonces podrá hacerse la distinción legal, pero moralmente sigue siendo reprobable la actitud de matar a alguien. Si se aboliera totalmente la pena de muerte de nuestra legislación se lograría un avance fundamental. Indubitablemente, los mexicanos llevamos en nuestro ser una tradición sanguinaria. Abrir las puertas a la pena de muerte de nuevo en México, es abrir las puertas de nuestro pasado en forma negativa.²⁰

Por su parte, Jorge Carlos Estrada Aviles, en su Opúsculo Sobre la Pena de Muerte, pone de manifiesto: *"Excepción hecha de la legislación castrense, no existe. al menos desde el punto de vista técnico jurídico, la posibilidad de reimplantar la pena de muerte, dado que, como antes vimos, los tratados internacionales que nuestro país ha suscrito, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y Convención Americana de los Derechos Humanos, y que son ya parte de nuestro derecho interno, impiden que se aplique en la actualidad a cualquier tipo o clase de delito, ya que una de las consecuencias de esos tratados es la de que la pena de muerte no puede aplicarse o hacerse extensiva a delitos respecto de los cuales no se aplique al momento de la entrada en vigor de los citados tratados. Y si dichos tratados entraron en vigor ambos en el año de 1981, y para esas fechas no existía en la legislación penal ordinaria mexicana ningún delito que estuviera*

²⁰ Juan Federico Arriola. La Pena de Muerte en México. 1ª. reimpresión, Trillas, 2001, Cfr. pp. 189-190.

sancionado con la pena de muerte, resulta obligado concluir, partiendo del principio de que la ley posterior deroga a la anterior, contenido en el artículo 9º del Código Civil para el Distrito Federal, de que no existe posibilidad legal de reimplantar la pena de muerte en ninguna legislación penal ni federal, ni de las entidades federativas , con la excepción anotada. Del mismo modo, la pena de muerte constituye una contradicción con el principio constitucional que señala que la base del sistema penal es la readaptación social del delincuente, la que no podrá darse al privársele de la vida, lo que hace nugatoria esta garantía individual contenida en el artículo 18 de nuestra carta magna.”²¹

A su vez, Agustín Basave Fernández del Valle, en su obra denominada *Meditación Sobre La Pena de Muerte*, pone de manifiesto: En la patria mexicana existe una tradición sanguinaria que es necesario suprimir de cuajo. Desde la época precortesiana, los habitantes del imperio del Anáhuac aplicaban, en una u otra forma, la pena de muerte. Los medios de ejecución de la pena de muerte han variado notablemente a través de la historia de México. En suelo mexicano se han utilizado el apedreamiento, los garrotazos, el descuartizamiento, la asfixia por sumersión y la hoguera. Afortunadamente, hace varios años que en México no se aplica la pena de muerte. La historia de la pena de muerte en el país ha sido la de su abolición continua en los diferentes estados que la tenían. Diríase que hay una aspiración mexicana humanística, por cierto, hacia el abolicionismo. Todo gobierno civilizado y democrático debe defender la vida humana y la integridad corporal. sin excepción alguna.

²¹ Estrada Aviles. Opúsculo Sobre la Pena de Muerte en México, s.e., México, Porrúa, 1999. pp. 105-107

Hace 42 años, aproximadamente, que no se aplica la pena de muerte en México. Marchamos con decisión hacia el abolicionismo. Hagamos votos por la supresión legal de la pena de muerte.²²

En este sentido Víctor Hugo Reséndes Macías, en su obra *Penas de Muerte la Controversia*, señala: Mucha gente en nuestro país cree que no existe contemplada en nuestra legislación la pena de muerte. Nada más alejado de la realidad. Contrario a lo que se cree, el artículo 22 de nuestra Carta Magna la tiene establecida en su último párrafo cuando dice: Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiar, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

El artículo 14 de la Constitución Federal en su segundo párrafo es complementario del dispositivo antes comentado. Dicho numeral ordena que: Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

²² Basave Fernández del Valle. *Meditación Sobre la Pena de Muerte*. 1ª. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, Cfr., pp. 55-56

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

Por su parte, 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.

En conclusión, los artículos 14 y 22, en lo tocante a la pena de muerte, se interpretan diciendo que existe prevista en la Constitución Federal una forma, autorizada por ella, de privar de la vida, imponiendo la necesaria condición de que, si tal es el desenlace de la causa, ésta se lleve a cabo en un proceso legal en el que, después de cumplirse todas las formalidades de ley, se culmine con una sentencia firme, pronunciada por un tribunal competente y constituido con anterioridad al hecho juzgado y que el proceso se realice de conformidad con una ley que establezca, con antelación a la comisión del ilícito, la pena dictada.

Para reimplantarla en nuestro país, bastaría que las legislaturas de los estados la estatuyeran en sus respectivos ordenamientos jurídicos y que en la Federación ocurra otro tanto.²³

Rodolfo Quilantán Arenas, en su libro denominado La Pena de Muerte y la Protección Consular, pone de manifiesto: El Gobierno de México siempre ha mantenido una firme voluntad política para proteger a sus nacionales sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos. Esta posición tiene su fundamento en la tradición humanista, favorable a la abolición de la pena de muerte, reflejada en nuestra legislación interna del orden común y en instrumentos internacionales.

²³ Reséndes Macías. Pena de Muerte la Controversia. 1ª ed., México, Pac, 2001, Cfr. pp. 98-102

En repetidas ocasiones, la Secretaría de Relaciones Exteriores ha manifestado que las acciones realizadas por el Gobierno de México a favor de mexicanos sentenciados a muerte, o de aquellos que posiblemente sean sentenciados, no pretenden enjuiciar al sistema jurídico de Estados Unidos, pero sí vigilar que los procesos judiciales que involucren a nuestros connacionales se apeguen a derecho. En este sentido, el Gobierno de México no se pronuncia respecto de la inocencia o culpabilidad de los mexicanos, ya que tal responsabilidad es tarea exclusiva de los jueces estadounidenses, en virtud de que los delitos se cometieron en Estados Unidos.

La Secretaría de Relaciones Exteriores ha reiterado que México respeta la jurisdicción soberana de las naciones y promueve, con toda firmeza y convicción, los valores que comparten los mexicanos, en particular el rechazo a la pena de muerte como sanción de derecho positivo. Desde la Cancillería y a través de una extensa red consular en Estados Unidos, se mantiene una política de apoyo a los mexicanos que enfrentan esta sentencia y se realizan esfuerzos para influir en las autoridades competentes para que no se les imponga la pena capital.

El permanente compromiso del Gobierno de México de proteger a todos los mexicanos y, en particular, a quienes son objeto de sentencias de pena de muerte en el extranjero, ha permitido a lo largo de los años salvar la vida de varias personas condenadas a la pena capital. Pese a que nuestra Constitución contempla en su artículo 22 la posibilidad de imponer la pena de muerte para ciertos delincuentes, esta disposición prácticamente ha desaparecido de la legislación penal del orden común, subsistiendo únicamente en materia militar. Lo anterior, ha permitido que

México se oponga a la aplicación de la pena capital en otros países, en particular donde se pretende ejecutar a mexicanos.²⁴

Por nuestra parte diremos que México sostiene que el respeto a la vida es el valor fundamental de las personas, independientemente de la responsabilidad penal que le sea imputable, por lo que rechaza categóricamente la aplicación de la pena de muerte.

3.4.1 Seguridad Colectiva

El argumento predilecto de los clásicos es el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesario, en determinados casos, la eliminación del delincuente. en este sentido Marino Barbero Santos, dice: *“En el argumento de la suprema necesidad para la vida del Estado fundamentaron Mussolini y Rocco la implantación de la pena de muerte, incluso como pena única, en la ley para la defensa del Estado del 25 de noviembre de 1926. Necesidad para la vida del Estado que, al igual que la necesidad para la vida de los individuos, no tiene ley, según ambos manifestaron sin rubor en la relación sobre el proyecto de ley al presentarlo en el Parlamento. de acuerdo con el conocido axioma latino necesitas non habet legem.*

Era normal que este argumento utilitario –que se sostiene, generalmente, que tiene su base en Santo Tomás- fuera acogido por los positivistas –no todos-, que vieron en él un medio de selección de la humanidad, representado por la eliminación

²⁴ Quilantán Arenas. Pena de Muerte y la Protección Consular. 1ª.ed., México, Plaza y Valdés, 1999.Cfr. pp. 58-64.

del cuerpo social de los criminales natos o instintivos, que se estimaba no susceptible de reforma.

La fundamentación utilitaria de la pena de muerte conduce a la equiparación del hombre a un animal dañino, con expresión de Garofalo, era el criminal nato, cuya vida esta desprovista de valor vital. Se opone a la concepción cristiana, informante del pensamiento de Occidente, de que todo hombre es susceptible de mejora y, asimismo, a la finalidad de integración social que se estima hoy inherente a la pena y que tiene, incluso, rango constitucional.

Por mi cuenta, escribe Carnelutti, cualquiera que sea el valor profiláctico que a la muerte del reo la experiencia consienta atribuir, encuentro que su costo es tan grave que no permite aconsejarla en ningún caso: matando a un hombre, añade, a diferencia de un animal, no se corta solamente una vida, sino que se anticipa el término fijado por Dios para el desarrollo de un espíritu, o sea, para la conquista de la libertad; sólo quien no tenga en cuenta el valor de la vida del cuerpo en orden a aquel desarrollo y a aquellas conquistas puede ignorar que la vida de un hombre ningún otro cualquiera que sea su autoridad y cualquiera que sea su razón, puede disponer sin usurpar el poder de Dios.”²⁵

La ejecución de la pena de muerte de un delincuente basada en la seguridad de la colectividad significa no otra cosa que su castigo por un delito que aún no ha cometido, y no se sabe con certeza si cometerá. Mediante la fundamentación utilitaria la máxima pena se rebaja, pues, a mera medida de seguridad. Admisión que ningún penalista estaría dispuesto a aceptar.

²⁵ Barbero Santos. Pena de Muerte. s.e., Argentina, Depalma, 1985. pp. 19-21.

3.4.2 Intimidación

Uno de los argumentos preferidos por los partidarios de la pena de muerte es el de su eficacia intimidante en relación, al menos, a una serie de delitos. Para poner freno en el corazón del homicida, del que abusa de la fuerza, es preciso amenazarle con la pérdida de lo que más estima y más abusa, de la fuerza en su suprema síntesis, la vida. El valor intimidante de la pena capital no puede negarse, sin rechazar asimismo el efecto intimidante de toda pena. En la eficacia intimidante de la pena de muerte es en la que más suele creer el vulgo.

3.4.3 Retribución

En este sentido debemos decir que el argumento retributivo goza todavía de particular favor. Para sus partidarios, sólo la pena de muerte corresponde al asesinato, no la privativa de libertad. Esta concepción significa un retorno a la prístina forma del antiguo principio del talión. El *ius talionis* no tiene, empero, validez general. En primer lugar, porque en numerosos casos es absolutamente imposible su aplicación. Si el talión se concreta en el principio "ojo por ojo, diente por diente", qué

pena habría que imponer, v.gr. al autor de una rebelión, de una bigamia, de una violación de sepulturas.

En segundo término, porque incluso en los supuestos en que es materialmente hacedero, su imposición en todo caso se opone a instituciones ancladas con firmeza en las legislaciones modernas, por corresponder a las concepciones hoy imperantes. Piénsese, por ejemplo, en la prescripción, el indulto, el arrepentimiento espontáneo, la condena condicional, etc. Todas ellas negadoras del conocimiento imperativo categórico kantiano, que en lo que afecta a la pena de muerte se concreta así: Incluso si una sociedad se disolviese por el consentimiento unánime de sus miembros, por ejemplo, si un pueblo que habitase en una isla decidiese dispersarse y esparcirse por el mundo, debería ejecutarse antes al último asesino que se hallase en prisión, para que cada uno experimente que sus acciones son valiosas y para que la sangre vertida no caiga sobre el pueblo que no exigió su castigo; al poder ser considerado como participe en esta lesión pública de la justicia.

Se habla hoy, por consiguiente, no ya de retribución material, sino de retribución jurídica. Con lo cual se quiere expresar que la entidad de la pena debe corresponder a la entidad del delito no material, sino valorativamente.

Pero puestos sobre este terreno la exigencia absoluta de la pena de muerte ha desaparecido. Y así no es nada extraño que partidarios de concepciones retribucionistas, como Bettioli, sostengan que en este momento histórico el criterio retributivo puede no exigir la pena de muerte como la más grave de las previstas por el Código Penal.

3.4.4. Errores Judiciales

Eugenio Cuello Calon, en su obra denominada *La Moderna Penología*, nos dice que: Contra la pena de muerte empléase además otro argumento de indudable valor, su irreparabilidad. La irrevocabilidad de la pena de muerte, escribe Ellero, sería siempre suficiente para condenarla, si se piensa en los muchos inocentes que fueron, son y serán, injustamente condenados. Los adversarios de la pena de muerte al invocar este argumento exhiben largas listas de víctimas de errores judiciales.²⁶

Un argumento utilizado por los abolicionistas desde antiguo, el de la posibilidad de cometer errores judiciales, irresarcibles totalmente cuando de la pena de muerte se trata, sigue teniendo en nuestros días todo su trágico valor. No es necesario, por ello, reproducir al respecto el paso de Víctor Hugo de que la guillotina le recordaba a Lesurques, la rueda a Calas, la hoguera a Juana de Arco, al hacha a Tomás Moro o la cruz a Jesucristo.

Es posible presentar ejemplos más próximos en el tiempo, incluso de países que disponen de los mejores servicios de investigación policial y cuyos jueces tienen una competencia de todos conocida. El Ministerio Federal de Justicia alemán respondió, v.gr., al cuestionario que difundió el Consejo de Europa con ocasión del conocido *rapport* sobre pena de muerte elaborado por Marc Ancel, que desde 1893 a 1953 se habían pronunciado 27 condenas capitales en las cuales se había establecido, o se presumía, un error judicial.

²⁶ Cuello Calon. *La Moderna Penología*. Reimpresión. España, 1974. Cfr. pp. 158-159.

En tres de estos casos la sentencia se había cumplido. Suecia reconoció un caso de error en un imputado juzgado en 1932. Y Austria admitió que una información judicial, abierta en 1955, llevó a determinar la inocencia de un médico sobre quien recaían sospechas de haber asesinado a una enfermera.

3.4.5 Permanencia Histórica

Respecto a la permanencia histórica de la pena de muerte, podemos decir que a nuestro modo de ver, la razón histórica no puede pretender imponerse en nuestros días con carácter de argumento decisivo, esto por dos motivos, el primero es cuando se acude a la historia y se olvida observar, que ciertos pueblos antiguos no conocieron la pena de muerte o le otorgaron un lugar extremadamente modesto en el catálogo punitivo, como por ejemplo: el libro chino de las Cinco Penas, el derecho penal islámico, el derecho consuetudinario ruso anterior a los ukases de los Zares, la legislación republicana, respecto de los ciudadanos romanos, etc., etc.. El segundo motivo consiste en la carencia del valor de ejemplo que presenta la historia del castigo capital.

En este sentido consideramos que la permanencia de la pena de muerte no depende en absoluto, de su mayor o menor antigüedad.

3.4.6 Derechos Humanos

La bibliografía especializada sobre los derechos humanos, desde su establecimiento en la Declaración Universal de 1948, es verdaderamente gigantesca.

Cada nota, prácticamente, invita a cavar muy hondo en asuntos en los cuales es bien difícil decir algo novedoso, por ejemplo: la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la justicia o la paz, bases de los derechos humanos.

Uno más de los argumentos en contra de la pena de muerte, son los derechos humanos, los cuales al decir de Hernán A. Ortiz Rivas, en su libro titulado *Los Derechos Humanos*, tienen su fundamento en tres factores: *“las luchas sociales libradas en la historia moderna, especialmente por las clases subalternas, el pensamiento burgués y socialista y, finalmente, su positividad establecida en las cartas políticas de los Estados contemporáneos y en las declaraciones universales.”*²⁷

En este sentido podemos decir que con motivo del proceso de internacionalización de los derechos humanos que surge al término de la segunda guerra mundial, su tutela y reconocimiento traspasan los límites soberanos de los estados y se convierten en un tema fundamental del derecho y de las relaciones internacionales. En todo debate relacionado con los derechos fundamentales del hombre, el tema de la pena de muerte ocupa un lugar especial. Entre los instrumentos internacionales que intentan limitar su aplicación y abolición se encuentran los siguientes: a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, b)

²⁷ Ortiz Rivas. *Los Derechos Humanos*. s.e. Colombia, Temis, 1994. Cfr. p. 4

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. c) Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para la Abolición de la Pena de Muerte, d) Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, para la Abolición de la Pena de Muerte, y e) Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales y su Protocolo Sexto sobre Abolición de la Pena de Muerte.

3.4.7 Nuestra Postura

Nuestra postura en relación al presente subtema, es sin duda alguna abolicionista; sin embargo, consideramos, que si bien es cierto, la pena de muerte en nuestro sistema jurídico es letra muerta; también lo es, que para que nuestro máximo ordenamiento este acorde con la realidad, es conveniente que nuestros legisladores deroguen del texto constitucional la pena de muerte.

Consideramos que el respeto a la vida es el valor fundamental de las personas, independientemente de la responsabilidad penal que le sea imputable. El derecho a la vida es el derecho supremo ya que sin el no existen otros derechos.

La pena de muerte es una sanción cruel e inhumana, además de que su aplicación imposibilita la corrección de errores judiciales si después de su aplicación surgieran pruebas que demostraran la inocencia del inculpado.

Con motivo de la inseguridad que actualmente vive nuestro país, se han levantado voces que piden el restablecimiento de la pena de muerte; sin embargo, está probado que la pena de muerte no es un instrumento eficaz en la lucha contra la delincuencia, por lo que es urgente que nuestros legisladores deroguen la pena de muerte del texto constitucional.

CAPITULO CUARTO LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO COMPARADO

En este capítulo señalaremos exclusivamente las tendencias que algunos Estado ha venido manteniendo en torno a la pena de muerte.

4. Alemania

En relación a la pena de muerte en Alemania, Jescheck, pone de manifiesto: *"La pena de muerte fue abolida por el artículo 102 GG. En esta decisión parlamentaria influyó sobre todo la conmoción que había despertado el empleo abusivo de la pena de muerte en el Tercer Reich. Pero también, al margen de esta especial circunstancia histórica, la pena de muerte se considera hoy precisamente como una pena ilegítima. En un Derecho Penal basado en principios racionales y humanitarios hay que rechazar sin paliativos la pena de muerte, porque no existe ninguna razón a favor de su restablecimiento y sí muchas absolutamente convincentes en su contra.*

Tampoco en los delitos que reflejan una grave culpabilidad puede su autor ser castigado con la pena de muerte, ya que ningún juez del mundo es competente para pronunciar una sentencia condenatoria de tal magnitud. La pena de muerte no es necesaria desde el punto de vista político-criminal, pues no tiene una mayor eficacia intimidatoria que la prisión perpetua.

Por otra parte, la mayoría de las veces su efecto es injusto, porque no se puede determinar generalmente sus presupuestos en la ley, de modo que sólo se imponga en aquellos casos, en los que realmente sea merecida. En los casos de error judicial, la pena de muerte es, además, una desgracia irreparable, ejerciendo un efecto deplorable en la psique de la comunidad, hasta el punto que puede esperarse de ella un efecto criminógeno más que preventivo.

La pena de muerte debería igualmente suprimirse en situaciones excepcionales o de guerra. Sólo si se produjera un completo deterioro del orden público por ejemplo tras una explosión atómica y no quedara otro remedio que la pena de muerte, para posibilitar en el caos general la supervivencia de por lo menos una parte de la población podría acudir a ella; pero estos casos extremos no pueden ser regulados por el legislador porque entonces la construcción de un nuevo orden estatal debería comenzar bajo unos presupuestos en principio desconocidos.

La opinión pública adopta una postura cambiante respecto a la pena de muerte. El resultado de las encuestas realizadas en los últimos años entre la población muestra la existencia de una mayoría creciente a favor del restablecimiento de la pena de muerte. El aumento de los delitos violentos y la aparición del terrorismo internacional han incidido notablemente en esta evolución. El legislador debe resistirse a estas tendencias y sobre todo demostrar a la población que el restablecimiento de la pena de muerte no alteraría ni la frecuencia en la crueldad de los delitos violentos ni cortaría la ola de terrorismo, sino que más bien podría tener un

efecto contrario, porque los decididos a realizar acciones extremas recurren a las armas aún más prontamente si ven que el Estado también mata.”¹

En Alemania la pena de muerte tiene una marcada tendencia abolicionista. Su utilidad, su ejemplaridad, su necesidad están sin duda descartadas, y además como país que la ha abolido no padece una criminalidad más importante que los que la han conservado: la experiencia ha ratificado los razonamientos de los abolicionistas, y del primero de todos, Beccaria.

4.1 Estados Unidos

En cuanto a la pena de muerte en los Estados Unidos, Zaffaroni, dice: *“En los Estados Unidos varios Estados conservan aún la llamada pena de muerte, pese a que casi no se aplica, lo que contrasta con su anterior política penal.*

El 29 de junio de 1972, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la llamada pena de muerte. El 18 de febrero del mismo año, la Corte de California la había declarado inconstitucional en su Estado. Ambas Cortes se fundaron en que la pena de muerte es contraria a la enmienda octava de la constitución, que prohíbe las penas crueles e inicitadas. La sentencia fue dictada por mayoría de un voto, cinco jueces contra cuatro.

¹ Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. 1ª reimpresión. México, Cárdenas Editor, 1997, tomo V, p. 169

En el fondo del debate se descubre un serio problema político, que hace a la función que debe cumplir la Corte Suprema: Para unos los principios contenidos en la Constitución deben ser interpretados en una óptica dinámica y en función de la realidad cambiante. En tal perspectiva, la Corte Suprema debe jugar un papel activo y puede incluso, en ocasiones, ser el instrumento necesario para la realización de una política progresista. Para otros, por el contrario, la Corte debe atenerse, en el ejercicio de su función de vigilancia, a las soluciones expresamente previstas por el derecho positivo y no debe, en modo alguno, sustituirse a los órganos políticos del Estado. De esta segunda posición participaron los jueces que votaron en disidencia e incluso uno de ellos dejó a salvo su opinión personal abolicionista.

Los argumentos de los jueces que votaron por la inconstitucionalidad de la pena capital coincidían en que ella violaba el precepto que proscribía las penas crueles e inusitadas, pero sus fundamentos fueron diferentes.

Para el Juez Marshall, la pena era inaceptable para el pueblo americano e incompatible con las concepciones morales de la época. Para el Juez Brennan es una sanción cruel e inusitada porque es contraria a la dignidad del hombre, es impuesta de manera arbitraria, es inaceptable para la sociedad en que vivimos y es excesiva. Los Jueces Steward y White no descartaron totalmente la posibilidad de que la pena de muerte pueda conminarse para algunos delitos, pero bien determinados y sin que sea admisible que su aplicación quede librada al criterio subjetivo de los jueces y jurados, que puedan optar cuando quieran.

Para el Juez Douglas, el más antiguo magistrado de la Corte, la pena de muerte es contraria al principio de igualdad ante la ley, basándose en datos estadísticos que revelan que la pena de muerte fue aplicada preferentemente a los

negros ya los hombres socialmente más desvalidos. El Juez Douglas concluía en que una ley que prescribiese la exclusión de la pena de muerte para los ciudadanos que gozasen de una entrada anual superior a los 50.000 dólares, sería igualmente rechazable que una ley que, en la práctica, reserva la pena de muerte para los negros, para los que no han superado el quinto año de escolaridad, que no ganan más de 3.000 dólares por un año o para los que son los relegados sociales y que son mentalmente retardados.

En junio de 1976, después que la legislación penal había circunscripto los casos en que la pena de muerte podía imponerse, limitando de este modo las anteriores facultades arbitrarias de los tribunales, tanto en los de orden federal como estatal, la Corte Suprema alteró su anterior posición y la reconoció constitucional, por siete votos contra dos, los de los Jueces Brennan y Marshall, quienes siguieron fieles a su anterior postura, Douglas ya no integraba el Tribunal. Lo cierto fue que al revisarse la declaración de inconstitucionalidad, los condenados que se enfrentaban a una posible ejecución eran 582, suma compuesta por 300 negros, 260 blancos, 13 chicanos, 8 indios y un puertorriqueño, lo que viene a confirmar la afirmación de Douglas de 1972.”²

Por nuestra parte diremos que la crítica más reciente a la aplicación de la pena de muerte en Estados Unidos se produjo en abril de 1998, al darse a conocer un reporte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, preparado por el investigador Bacre Waly Ndiaye, según este reporte la pena de muerte en ese país se impone bajo criterios racistas, injustos y arbitrarios. A pesar de su abolición en la

² Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal. 1ª reimpresión. México, Cárdenas Editor, 1997, tomo V, p. 169

mayoría de países y de la creciente oposición a su aplicación, la pena de muerte en Estados Unidos se encuentra en auge.

4.2 España

Respecto a la pena de muerte en España, el tratadista Muñoz Conde, señala: *“La Constitución española abolió, como es sabido, la pena de muerte ‘salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra’ artículo 15.*

El debate en torno a la pena de muerte ha sido constante y nunca puede darse definitivamente por zanjado porque en situaciones de grave alarma social, actos terroristas etc., reaparece en sectores de la opinión pública la pretensión de acudir a ella como respuesta a hechos especialmente repudiables frente a los que, en ocasiones, se manifiestan visceralmente los deseos de venganza.

Los argumentos en contra de la abolición son sobradamente conocidos y giran en torno a la retribución pura y simple, o bien al efecto intimidatorio que produce la pena capital y que nunca ha podido ser demostrado plenamente. Pero con independencia de que este último se considere o no probado y de que se acepte o no la extrema retribución, los argumentos principales del abolicionismo ponen de manifiesto que, además de ser una pena irreversible en casos de error judicial es, por definición, contraria al principio de humanidad de las penas; el Estado no puede fría y calculadamente, poner sus instituciones al servicio de la privación de la vida de

un ciudadano con la pretención de compensar la muerte que éste haya ocasionado, reproduciendo en el condenado el mismo mal que éste haya causado.”³

Por nuestra parte diremos que al alzarse las voces abolicionistas en contra de la permisión constitucional de la pena de muerte en tiempo de guerra, con arreglo a lo que dispongan las leyes militares, no sólo por la oposición absoluta a la pena de muerte, sino también porque ello suponía añadir una irracionalidad más a la situación bélica, la Ley Orgánica 11/1995 de 27 de noviembre abolió la pena de muerte también en tiempos de guerra.

4.3 Procedimientos de Ejecución de la Pena de Muerte:

En este apartado señalaremos de manera muy breve y sin incluir ningún tipo de estadísticas, tres de los procedimientos más usuales que se emplean para ejecutar la pena de muerte.

4.3.1 Silla Eléctrica

En relación a este procedimiento de ejecución de la pena de muerte, diremos que la electrocución, como modo para llevar a cabo una ejecución capital, se utilizó

³ Muñoz Conde. Derecho Penal. 2ª. ed., España, Tirant lo Blanch, p. 547.

por vez primera en el Estado de Nueva York, el 24 de junio de 1889. Kemmler, al haber asesinado a su amante se convirtió en el primer ajusticiado. El gobernador David B. Hill había firmado el 4 de junio de 1888 el decreto instaurador del sistema.

Se ha alegado que su introducción se debe a razones de humanidad, pero parece que no fue ajeno a ella el interés de una compañía eléctrica en dar salida a sus productos.

Con anterioridad a la suspensión judicial de 1972, el método se aplicaba en más de una veintena de Estados de la Unión. También se utiliza en Filipinas. Acerca de si es o no doloroso, existen opiniones dispares. Cuello Calón cita, entre las desfavorables, la del célebre físico Tela, que la considera un procedimiento de extrema tortura. No falta quienes manifiestan que algunos ejecutados creídos muertos han sido reanimados mediante respiración prolongada y que en ocasiones el cuerpo presenta horribles quemaduras.

4.3.2 Cámara de Gas

Al respecto de este procedimiento de ejecución de la pena de muerte, diremos que la ejecución en la cámara de gas, se ideó y adoptó como un procedimiento humanitario de muerte sin dolor. No pocos lo consideran, sin embargo, un método inhumano.

Cuando se instauró, la opinión médica no fue por entero favorable: se pensaba que el gas tenía un efecto sofocante que ocasionaba angustia e incluso dolor.

Contrariamente, hoy es opinión generalizada que la pérdida de conciencia se produce muy rápidamente. La preparación exige privar al reo prácticamente de todos sus vestidos y la colocación sobre el corazón de un estetoscopio, que indicará al médico el momento de la muerte. Hay que atar asimismo sus brazos, piernas y abdomen a una silla de madera por medio de unas tiras de cuero.

Tan sólo al cerrarse herméticamente las puertas un panel eléctrico indica que puede ponerse en marcha el mecanismo productor del gas. A través de unos grandes ventanales los testigos y los funcionarios contemplan la ejecución, que puede tardar entre cuarenta segundos y once minutos.

4.3.3 Inyección Letal

En este procedimiento de ejecución de la pena de muerte, diremos que para que la inyección actúe de forma rápida e indolora ha de ser intravenosa, lo cual requiere conocimientos técnicos. Si la dosis de droga introducida es elevada no hay peligro de fracaso y el reo no siente nada, salvo la picadura de la aguja.

La única preparación exigida consiste en colocar un torniquete en su brazo y en la previa observación de sus venas por si presentan alguna anomalía.

Al método se hicieron graves objeciones; imposibilidad de usarlo cuando el sujeto presenta ciertas malformaciones, el no ser de fácil aplicación, salvo si el propio condenado colabora; la necesidad de una pericia que los profesionales de la medicina no parecían estar dispuestos a presentar para esos fines.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

En el derecho Romano, Español y Mexicano, si encontramos antecedentes de la pena de muerte, variando exclusivamente en cuanto a la causa por la cual debía de aplicarse dicha pena, así como al procedimiento de ejecución de la misma.

SEGUNDA.

En la evolución de las ideas penales, esta inmersa la función represiva para ejecutar la pena de muerte, sobre todo en las etapas de la venganza privada, divina y pública; sin embargo, en el período humanitario y la etapa científica, también encontramos la pena de muerte como función represiva.

TERCERA.

Consideramos que tanto las teorías absolutas, como las relativas de la pena, deben aportar una solución al problema de la pena de muerte.

CUARTA.

En los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución es la ley suprema, por lo que el párrafo cuarto del artículo 22, en el que se establece que queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar, forma parte de la referida ley suprema, texto que si bien es cierto, desde hace muchos años es letra muerta, también lo es que para que nuestro máximo ordenamiento este acorde con la realidad, es conveniente que nuestros legisladores deroguen dicho párrafo del texto constitucional.

QUINTA.

Consideramos que la Criminología, la Penología, la Victimología, la Política Criminal, los Derechos Humanos y la propia Filosofía del Derecho, deben aportar desde sus campos de estudio, los elementos o argumentos

indispensables que permitan a nuestros legisladores derogar el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución General de la República.

SEXTA.

Consideramos que la misión del Derecho Penal Mexicano en cuanto a la pena de muerte, es sin lugar a duda, el de oponerse a posibles abusos, como sería el caso, al pretender aplicar la pena de muerte en relación a las hipótesis señaladas en el párrafo cuarto del artículo 22 de nuestro máximo ordenamiento.

SEPTIMA.

Como sabemos existen argumentos a favor y en contra de la pena de muerte; sin embargo, consideramos que el argumento de mayor peso, que deben tomar en consideración nuestros legisladores para derogar el párrafo cuarto del artículo 22 Constitucional, es el de los derechos humanos, ya que nadie puede privar de la vida a otro ser humano, bajo ningún argumento. En el mundo entero existe una clara tendencia abolicionista respecto a la pena de muerte, México no es la excepción, ya que en innumerables ocasiones se ha pronunciado a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el sentido de rechazar la pena de muerte como sanción de derecho positivo; sin embargo, consideramos que para que dicho pronunciamiento sea congruente, nuestros legisladores deben derogar el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución General de la República.

PROPUESTA

Se propone reformar el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual actualmente dice:

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

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por 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 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 delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculcado 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.

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

Debe decir:

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

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por 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 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 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.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arriola, Juan Federico. **La Pena de Muerte en México**. 1a. reimpresión , México, Trillas, 2001,143 pp.
- 2.- Bacigalupo, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. 4a. Reimpresión, Colombia, Temis, 1998, 261 pp.
- 3.- Basave Fernández del Valle, Agustín. **Meditación Sobre la Pena de Muerte**. ia, reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998,150 pp.
- 4.- Barbero Santos, Marino. **Pena de Muerte**. s.e., Argentina, Depalma, 1985, 264 pp.
- 5.- Bialostosky, Sara. **Compendio de Derecho Romano**. 9a. ed., México, Editorial Pax-México,1998, 195 pp.
- 6.- Bialostosky, Sara. **Panorama del Derecho Romano**. 2a. ed., México, U.N.A.M., 1995,250 pp.
- 7.- Bonnesana César, Marques de Beccaria. **Tratado de los Delitos y de las Penas**.13a. Ed. facsimilar, México, Porrúa, 2003,401 pp.
- 8.- Burgoa, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 3a. ed., México, Porrúa, 1979, 913 pp.
- 9.- Burgoa, Ignacio. **Las Garantías Individuales**. 15a . ed., México, Porrúa,1981, 721 pp..-

- 10.- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malarée, Hernán. **Lesiones de Derecho Penal.** s.e., España, Trotta, 1997, Vol. I, 260 pp.
- 11.- Cuello, Calon. **La Moderna Penología.** Reimpresión., España, 1974, 700 pp.
- 12.- Castellanos, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal.** 25a ed., México, Porrúa, 1988, 359 pp.
- 13.- Carpizo, Jorge. **Estudios Constitucionales.** 1a. ed., México, U.N.A.M., 1980, 479 pp.
- 14.- Criterios Editoriales para la presentación de originales al Departamento de Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., elaborado por Raúl Márquez Romero. 1ª. ed., México, U.N.A.M., 1999, 287 pp.
- 15.- Estrada Avilés, Jorge Carlos. **Opúsculo Sobre la Pena de Muerte en México.** s.e., México, Porrúa, 1999, 66 pp.
- 16.- Guadarrama González, Alvaro. **La Pena de Muerte.** 1a. ed., México, Cárdenas Editor, 2000, 227 pp.
- 17- Imbert, Jean. **La Pena de Muerte.** 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, 161 pp.
- 18.- Jakobs, Gunther. **Derecho Penal.** 2a. ed., España, Ediciones Jurídicas, 1997, 1112 pp.
- 19.- Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal.** 3a ed., España, Bosch, 1981, Tomo I, 696 pp.
- 20.- Jescheck, Hans. **Tratado de Derecho Penal.** 3a ed., España, Bosch, 1981, Tomo II, 1321 pp.

- 21.- Muñoz Conde, Francisco. **Derecho Penal**. 2a. ed., España, Tirant lo Blanch, 1996, 653 pp.
- 22.- Manzanera, Luis. **Criminología**. 7a. ed., México, Porrúa, 1991, 546 pp.
- 23.- Manzanera, Luis. **Penología**. 3a. ed., México, Porrúa, 2003, 300 pp.
- 24.- Manzanera, Luis. **Victimología**. 8a. ed., México, Porrúa, 2003, 522 pp.
- 25.- Márquez Piñero, Rafael. **Derecho Penal**. 1a. ed., México, Trillas, 1986, 307 pp.
- 26.- Meuman, Elías. **Victimología**. 3a. ed., Argentina, Universidad, 2001, 342 pp.
- 27.- O. Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. **Mexicano esta es tu Constitución**. 4a. ed., México, Cámara de Diputados, 2003, 287 pp.
- 28.- Ortiz Rivas, Hernán A. **Los Derechos Humanos**. s.e., Colombia, Temis, 1994, 194 pp.
- 29.- Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de Derecho Penal Mexicano**. 4a. ed. México, Porrúa, 1978, 514 pp.
- 30.- Petit, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Traducción de la 9a. ed., México, Editorial Nacional, 1978, 771 pp.
- 31.- Preciado Hernández, Rafael. **Lesiones de Filosofía del Derecho**. 2a. ed. México, U.N.A.M., 1984, 313 pp.
- 32.- Prida, Ramón. **La Pena de Muerte**. s.e. , México, Criminalia, 1945, 83 pp.

- 33.- Quilantán Arenas, Rodolfo. **La Pena de Muerte y la Protección Consular**. 1a. ed. México, Plaza y Valdez, 1999, 135 pp.
- 34.- Raz, Joseph. **La Autoridad del Derecho**. 1a. ed. México, U.N.A.M., 1982, 355 pp.
- 35.- Reale, Miguel. **Filosofía del Derecho**. 6a. ed., México, Porrúa, 1998, 417 pp.
- 36.- Recasens Siches, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. 6a. ed., México, Porrúa, 1978, 717 pp.
- 37.- Resendes Macias, Víctor Hugo. **Pena de Muerte**. 1a. ed., México, Pac, 2001, 118 pp.
- 38.- San Agustín. **La Ciudad de Dios**. 9a. ed. "Sepan Cuantos", México, Porrúa, 2001, 625 pp.
- 39.- Tomás de Aquino. **Tratado de la Justicia**. 1a. ed., "Sepan Cuantos", México, Porrúa, 1975, 401 pp.
- 40.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, **Tratado de Derecho Penal**. 1a. Reimpresión, México, Cárdenas Editor, 1997, Tomo V, 557 pp.