

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

“ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DELITO PARA UN ESTUDIO SOBRE LA INVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DISTRITO FEDERAL”

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
GABRIEL JIMÉNEZ CARLOS**

MÉXICO, D.F.

2009



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

“ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DELITO PARA UN ESTUDIO SOBRE LA INVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DISTRITO FEDERAL”

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA
GABRIEL JIMÉNEZ CARLOS**

**ASESOR DE TESIS
MAESTRO ISRAEL TRUJILLO MÁRQUEZ
CÉDULA PROFESIONAL No. 3369712**

MÉXICO, D.F.

2009

AGRADECIMIENTOS

A Dios nuestro Señor; omnipresente, omnipotente, omnisciente.

A Eugenia Beatriz Reyna Ek; gracias por ser la estrella que guía mi vida; por atreverte a ser mi esposa, mi amiga, mi compañera solidaria hasta la infamia y además, por haber colmado de dicha mi existencia; este trabajo y mis esfuerzos cotidianos son enteramente tuyos.

A Eugenia Gabriela y Emilio; hijos míos, gracias por ser la luz de mis ojos, mi corazón, la sangre que corre por mis venas ... esta tesis es por ustedes y para ustedes.

A mi padre, don Rafael Jiménez Ceja; gracias por todo aquello que me diste, pero en especial gracias por todo lo que no me diste, porque eso modeló mi carácter para hacerme un hijo de la cultura del esfuerzo.

A mi madre, doña Yolanda Carlos Vázquez; quien quizá es un poco Dios, pues me dio la vida y sin ella nada de esto sería posible; gracias madre.

Asimismo, a la memoria de doña Emilia Ek Can (†); gracias por enseñarme las cosas verdaderas e importantes de la vida y, aunque te hayas ido, sabes que seguirás siempre viva en mi corazón y mi mente.

A la Fundación Lorena Alejandra Gallardo; porque gracias a su apoyo y a la beca que me otorgó, logré concluir los estudios de esta licenciatura.

Con agradecimiento infinito a la memoria del licenciado Juan Gallardo Moreno (†); así como a las señoras Julienne Thurlow de Gallardo, Julienne Gallardo Thurlow y a la licenciada Mónica Bórquez Acosta, sintiéndome indigno a la distancia.

A la Asociación Autónoma de Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México (AAPA-UNAM), por la beca otorgada durante los semestres noveno y décimo de esta licenciatura en Derecho.

A mis hermanos: Jesús, María Magdalena (†), Adriana, Rafael y Ana Lilia; pero especialmente a Norma Angélica, por darme la oportunidad de acercarme al litigio en carne viva.

A mi primer maestro en Derecho Penal, licenciado Pedro Hernández Orozco (†), *in memoriam*.

A mi entrañable maestro y mentor, licenciado Jaime Salvador Reyna Anaya, con quien me encuentro en deuda.

A la maestra Dolores Rosalía Peña Martínez, mi *magíster juris*; por haberme manumitido.

Al Magistrado Federal, maestro Hugo Guzmán López, por alentarme para la realización del trabajo de investigación recepcional con el que cierro este ciclo.

A todos mis profesores, porque sus enseñanzas se reflejan necesariamente en este trabajo de investigación.

A mi asesor de tesis, maestro Israel Trujillo Márquez; por su paciencia, comprensión y apoyo durante la realización de este trabajo.

A la licenciada María Fernanda Lassard Martín del Campo, coordinadora del Departamento de Titulación de la Universidad del Tepeyac; por haberme hecho pensar dos veces el planteamiento del proyecto de investigación.

A la maestra Marisol García Pacheco, por la corrección final de este documento, conforme a los lineamientos de la Universidad del Tepeyac para la presentación de trabajos de investigación.

A María del Carmen Mauleón Flores y Claudia Gabriela Camargo Torres, de la Dirección de Servicios Escolares, y a Norma Angélica Ríos Pérez, del Departamento de Titulación; intermediarias en mi reencuentro con el camino a la Universidad del Tepeyac.

Al licenciado Héctor Huitrón Torres, Director de Servicios Escolares, por su prudencia y auxilio para mi revisión de estudios.

A los encargados de las bibliotecas públicas donde se realizó la investigación documental, por las herramientas para concretar este trabajo.

A todos aquellos que de manera directa o indirecta participaron en la confección y culminación de esta tesis.

RESUMEN

Dentro de este trabajo de tesis, estudiamos la historia general del delito y la comprobación del cuerpo del delito como presupuesto esencial para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del gobierno del Estado, límite preciso que constituye garantía de aplicación estricta de la ley penal.

Las teorías causalista (1984) y finalista (1994), sustentaron al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, sobre la comprobación del cuerpo del delito; pero la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó una contrarreforma entre 1999 y 2005 dando como resultado que el artículo 122 actual, sea una transliteración del vigente en 1984, lo que constituye una involución dogmática sobre la comprobación del cuerpo del delito, porque pretende ser de orientación causalista.

Por tanto, mediante la investigación documental, explicamos la formación y evolución histórica del delito en el mundo, así como la forma de comprobar el cuerpo del delito en la ciudad de México hasta 2005, para demostrar la involución dogmática sufrida por dicha figura jurídica en el Distrito Federal, proponiendo se corrija este fenómeno y permita crear un sistema coherente y congruente, que logre el equilibrio entre la protección adecuada de los bienes jurídicos y el respeto al dogma de aplicación estricta de la ley penal.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

ii

CAPÍTULO 1.- FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA MODERNA DEL DELITO. 1

1.1	La venganza privada.	4
1.1.1	El talión.	5
1.1.2	La composición.	8
1.2	La venganza divina.	9
1.2.1	El Tribunal del Santo Oficio.	12
1.3	La venganza pública.	14
1.3.1	Grecia.	15
1.3.2	Roma.	16
1.4	Periodo humanitario.	20
1.4.1	La Ilustración.	21
1.4.2	El Marqués de Beccaria.	22
1.5	Periodo científico.	25
1.5.1	Escuela clásica.	27
1.5.2	Escuela positivista.	29
1.5.3	La tercera escuela.	32

1.5.4	Escuela técnico jurídica.	33
1.5.5	Escuela sociológica o joven alemana.	34
CAPÍTULO 2.- DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO.		36
2.1	Derecho penal mesoamericano.	37
2.1.1	Derecho penal maya.	38
2.1.2	Derecho penal tarasco.	41
2.1.3	Derecho penal azteca.	43
2.2	Derecho penal novohispano.	47
2.2.1	El derecho castellano.	48
2.2.2	Legislación indiana.	53
2.2.3	Estructura judicial de la Nueva España.	59
2.2.4	Don Manuel de Lardizábal y Uribe.	73
CAPÍTULO 3.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.		76
3.1	La forja de una nación.	77
3.2	El Código Martínez de Castro (1871).	85
3.3	El proyecto de reformas de 1912.	91
3.4	El Código Penal de 1929.	93

CAPÍTULO 4.- ESTUDIO SOBRE LA INVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DISTRITO FEDERAL.	98
4.1 Relación entre la dogmática y la justicia penal.	102
4.2 Legislación penal de 1931.	108
4.3 Primer avance con la reforma de 1984.	112
4.4 Evolución alcanzada con la reforma de 1993.	116
4.5 Involución dogmática de 1999 y 2005.	126
4.6 Perspectivas de desarrollo.	137
CONCLUSIONES.	140
BIBLIOGRAFÍA.	142

INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídico-penal, cumple con una de las funciones más importantes dentro del Estado de Derecho, consistente en estudiar y constatar que aquella rama del Derecho Público interno, relativa al delito, las penas y las medidas de seguridad, mantenga una evolución que garantice los derechos fundamentales del individuo frente al poder del Estado, en este caso el dogma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*; y, simultáneamente, logre un equilibrio con la protección adecuada de los bienes jurídicos de fundamental importancia para la sociedad.

Cuando las normas de previsión en materia penal no evolucionan, sino que se encuentran estancadas respecto del desarrollo general de la teoría del delito, o peor aún, cuando dichas normas involucionan, es pertinente realizar un estudio dogmático para establecer la medida de la regresión y proponer cuáles pueden ser las perspectivas de desarrollo.

¿Qué importancia tiene estudiar la historia general del delito, en relación a la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal?

De forma particular analizamos la evolución de las ideas penales y su desarrollo en México, por lo que respecta a la comprobación del cuerpo del delito, puesto que mediante esta figura procesal el Estado, en ejercicio del monopolio de la acción penal, logra dar inicio al procedimiento respectivo.

En ese contexto se encuentra ubicado el presente trabajo de investigación recepcional, con fines de titulación.

En la elaboración de este trabajo de investigación, llevamos a cabo un análisis histórico del delito, que nos permite realizar un estudio sobre la involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal; dividido en cuatro capítulos, a saber: Capítulo 1. Formación y evolución histórica de la idea moderna del delito; Capítulo 2.- Desarrollo histórico del derecho penal en México; Capítulo 3.- Evolución del derecho penal en el México independiente; y Capítulo 4.- Estudio sobre la involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Dentro del primer capítulo, analizamos la evolución de las ideas penales en el mundo, desde sus más remotas manifestaciones, pasando por las diversas formas de concepción del delito, que variaron en la medida que los principios sustentantes del Estado cambiaron de la concepción orientada hacia la divinidad a la concepción pública y posteriormente democrática de éste.

Una vez establecida cual fue la evolución de las ideas penales, procedemos al estudio, en el capítulo 2, del desarrollo histórico del Derecho penal en México, partiendo del Derecho penal autóctono de mesoamérica, y dentro de ésta, el contenido de los derechos penales que rigieron para los pueblos maya, tarasco y azteca, por el alto grado de interrelación cultural que sostenían previo a la conquista de México, por su carácter como naciones aborígenes de mayor influencia en el sureste, occidente y altiplano, respectivamente, y por ser de las culturas mejor estudiadas, lo que nos dota de una mejor comprensión acerca del sentido y características del dominio conceptual del delito en el mundo precolonial.

Ahora bien, dentro del capítulo 3, analizamos la evolución del Derecho penal en el México independiente, a través de la forja de una nación, durante la cual germinó la necesidad elemental de contar con una justicia republicana que erradicara las leyes españolas, pero el camino fue difícil, faltaba unidad, campeaban la confusión y la anarquía; la ausencia de cohesión nacional y la precaria noción de Gobierno, así como la supremacía de los cacicazgos y gobiernos locales.

Como culminación al trabajo de investigación recepcional, realizamos en el capítulo 4 un estudio sobre la involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Para ello, establecemos cuál es relación entre la dogmática y la justicia penal, definiendo los antecedentes mediatos e inmediatos de la figura procesal denominada cuerpo del delito, cuya comprobación dentro del procedimiento penal del Distrito Federal, permite la aplicación práctica del Derecho penal sustantivo.

El método de investigación documental, desarrollado a lo largo de este trabajo, en el que hemos expuesto la mutación del Derecho penal en su estructura interna, estudiando los orígenes de las mutaciones, sus factores históricos y sus consecuencias, corresponde a la dogmática jurídica penal desde un aspecto histórico.

CAPÍTULO 1

FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA MODERNA DEL DELITO

El pensamiento penal se remonta a la aparición del hombre sobre la faz de la tierra. La justicia penal es un hecho que por su reproducción en todos los tiempos y en todos los lugares de la historia, se presenta como una constante tradición de la sociedad humana. En nombre de esta justicia penal, el ser humano aplica un castigo a su congénere, cuando éste es autor de un hecho considerado como transgresión a los principios en que se apoya la vida socialmente organizada.

Las investigaciones científicas al respecto, son incapaces de establecer el momento preciso en que el hombre creó normas de observancia obligatoria para los integrantes de la más rudimentaria agrupación social. Tampoco se puede precisar el momento en que el hombre, al sentirse dueño de su cuerpo, tendió a protegerse del entorno hostil (armándose, defendiéndose) y a asegurar que le fuera resarcido el daño que le causara alguno de sus semejantes.

Aún cuando tales incógnitas carecen de respuesta exacta por medio de la hermenéutica jurídica, en la historia encontramos indicios que permiten plantear algunas hipótesis al respecto.

Con el origen de las agrupaciones sociales nacen las primeras reglas de observancia obligatoria: el deber de colaboración en los trabajos cotidianos del grupo, tales como la recolección de semillas, caza de animales, elaboración de vestido, adaptación de cuevas-vivienda; en general, la obligación de respetar los principios sobre los que se estableció la vida en

común. Esta conducta cooperativa determinó la supervivencia y desarrollo de la especie humana.

Sin embargo, además del sentido de solidaridad grupal, el ser humano posee un alto valor competitivo; siendo precisamente con la competencia que surgen los primeros roces sociales, y de la auto-defensa instintiva se evolucionó al grado de considerar que también deberían ser protegidos ciertos bienes fundamentales para asegurar el bienestar y desarrollo del grupo, bienes tales como la vida y la integridad corporal, la honra, el patrimonio; tutelados individualmente al principio y protegidos después por la familia, la gens, el clan, la tribu.

Según Villalobos (Castellanos Tena, 2001, p. 32) “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.”

De esta forma, en el pensamiento del hombre primitivo se presentó primero la idea de prohibir ciertas conductas nocivas para el grupo y después surgió la representación mental de devolver un mal por el mal causado, es decir, que el enlace natural de las ideas prohibición-violación-castigo en un sentido de causa-efecto son la génesis del concepto abstracto denominado delito.

En este orden de ideas, ante la incipiente idea del delito y la consecuente de la pena, se infiere el natural establecimiento de prohibiciones y el castigo, a cargo del grupo, como consecuencia a la transgresión, por el arraigo de la costumbre, entendida como fórmula de aplicación en la que una idea creadora se adapta al uso práctico por parte de la comunidad humana,

fue la forma utilizada por el hombre primitivo para lograr la evolución de su organización punitiva.

Ahora bien, la evolución de las ideas penales se clasifican para su estudio en tres grandes estadios o periodos, a saber: vindicatorio, humanitario y científico, incluyendo dentro del periodo vindicatorio las diferentes formas de practicarse la venganza: privada, divina y pública; establecidos a partir de los diferentes procesos históricos en los que resaltan ciertos usos o costumbres socialmente aceptados para la imposición de penas, a fin de tutelar los bienes de fundamental importancia a cuya existencia debe la suya el Estado.

Por tanto, la clasificación que utilizaremos para el estudio de la evolución histórica del delito es la siguiente: venganza privada, venganza divina, venganza pública, periodo humanitario y periodo científico.

Es pertinente aclarar que esta cronología, no implica necesariamente que al surgimiento de un nuevo periodo haya desaparecido el precedente, por el contrario, encontraremos entre periodo y periodo grandes etapas de coexistencia, que en algunos casos involucra a más de dos de éstos, durante siglos de desarrollo.

1.1 Venganza privada.

Para Kelsen (1990):

“Las normas más antiguas de la humanidad son, probablemente, aquellas que tratan de poner coto a los instintos sexuales y de agresión. El incesto y el homicidio son, por cierto, los delitos más antiguos, y el exilio y la venganza de la sangre, las más antiguas sanciones socialmente organizadas.” (p. 97)

Tales sanciones se constituyeron sobre la base de la retribución, es decir, ante una conducta inadecuada, el individuo transgresor de la prohibición debe afrontar la consecuencia de sufrir un castigo.

Como lo describe Castellanos Tena (2001)

“En este periodo la función represiva estaba en manos de los particulares. Como lo 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.” (p. 32)

De esta forma, el hombre primitivo evoluciona y de la defensa instintiva pasa a la ofensa vindicatoria, avalada por el grupo; pero adviértase que en principio, ante la ofensa individual el grupo concedía al ofendido el derecho de vengarse del ataque, infligiendo un daño a su agresor, posteriormente, el derecho a la venganza se trasladó a la familia del ofendido.

Frente a este tipo de situaciones ocurrió el primer gran avance en materia penal: se limitó el derecho a la venganza del ofendido o de su grupo, mediante dos fórmulas que tuvieron gran trascendencia en la formación de lo que ahora conocemos como derecho penal; estas fórmulas fueron el talión y la composición.

1.1.1. El talión.

La llamada venganza de la sangre (por su connotación extensiva hacia la gens del ofendido) fue al principio ilimitada al grado que, por ejemplo, la víctima de lesiones podía llegar a matar a su agresor en un acto excesivo de

venganza, por lo que la primera limitación a la venganza privada fue el talión, cuya fórmula “ojo por ojo, diente por diente” fue practicada e incluso legislada por algunos pueblos del mundo antiguo.

Al respecto el maestro Carrancá y Trujillo (1999, p. 94) afirma que el talión “Acotó la venganza con sentido humanitario hasta la dimensión exacta de la ofensa.” De lo que se desprende que, a la par del desarrollo social, el pensamiento del hombre antiguo da visos de razonamiento abstracto, cuyo logro más acabado es la creación de normas de observancia obligatoria.

Posteriormente el talión, como limitante a la venganza privada, evolucionó al grado de quedar plasmado en un cuerpo de normas, permitiendo que ante conductas iguales se dieran castigos iguales.

El dato más remoto al respecto lo encontramos en el Código de Hammurabi, uno de los textos jurídicos más antiguos de la humanidad; sobre éste, Lara Peinado (1982, p. 19) establece que:

“Hammurabi, rey de Babilonia, promulgó un conjunto de leyes que mandó grabar en diorita negra. Afortunadamente una de aquellas estelas fue descubierta en el invierno de 1901-1902 en la localidad de Susa (Irán). El cuerpo legal desarrolla 282 artículos formulados de manera sencilla. Si bien carece de ordenación sistemática (si se compara con lo que en la actualidad se entiende por Código) algunas materias aparecen tratadas más o menos en conjunto (por ejemplo, propiedad, derecho familiar, Talión).”

En el Código de Hammurabi, encontramos una clara distinción entre el proceso civil y el proceso penal; al derecho penal se le denomina con el título genérico de Ley del Talión (del latín, *talís*: semejante), y contiene artículos en

los que la pena impuesta es idéntica al daño causado, es decir talional. Lara Peinado (1982, p. 114), los transcribe así:

“196.- Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor, se le reventará su ojo.

197.- Si un señor ha roto el hueso de (otro) señor, se le romperá su hueso.

229.- Si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra y la casa se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de esa casa, ese albañil recibirá la muerte.

230.- Si es al hijo del propietario de la casa a quien a causado la muerte, recibirá la muerte el hijo de ese albañil.”

La influencia del llamado Código de Hammurabi, con su ley del talión, en el mundo antiguo fue manifiesta en las legislaciones de hebreos, griegos y romanos; incluso catorce siglos antes de nuestra era el pueblo israelí dispuso en el Pentateuco (Levítico, XXXV, 19, 20):

“El que golpee a su prójimo de modo que le deje algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 96)

Asimismo, la dispersión y asimilación de la venganza privada con la forma del talión en las legislaciones del mundo antiguo, es una expresión cultural que pone de manifiesto la evolución del sentido de justicia, intrínseco al ser humano.

De este modo, encontramos el talión “En las Cinco Penas chinas del emperador Seine y en el antiguo Egipto, una de cuyas leyes decía: No matéis si no queréis ser muertos; el que mate sea muerto.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 96).

1.1.2 La composición.

El maestro Castellanos Tena (2001, p. 33) señala que: “Además de la limitación talionaria, surgió más tarde el sistema de composiciones, según el cual el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.”

La composición vino a sustituir el mal de la pena por una compensación económica, con la que el responsable de la conducta prohibida evitaba que se le aplicara el mal recíproco al daño causado consignado por el talión, mediante el pago de una suma de dinero o rescate, que era entregado al ofendido o a su familia

Esta segunda limitante a la venganza privada se generó cuando entre las primeras sociedades se estableció la noción de propiedad privada y se practicó entre aquellos pueblos que conocieron el intercambio monetario.

Sobre la evolución del sistema de composiciones, Pavón Vasconcelos (1999, p. 38) indica que “La composición, que en un principio era voluntaria, se convirtió en obligatoria y legal posteriormente, evitándose así las inútiles luchas originadas por la venganza privada.”

De lo anterior, se distinguen dos momentos en la evolución de la composición como fórmula limitativa de la venganza privada: en el primer momento, el de su creación, ofendido y ofensor se ponían de acuerdo sobre la componenda a usar para comprar el derecho de la venganza, ya fuera mediante dinero, bienes o animales, así como la cantidad de éstos, pero de no llegar a un arreglo, el grupo castigaba al ofensor a petición del ofendido o

su familia; en el segundo momento, el de su desarrollo, al percatarse de la conveniencia del sistema de composiciones, para preservar la estabilidad social, el grupo mismo fue el que lo convirtió en obligatorio, solucionando las controversias entre ofensor y ofendido por la vía pacífica.

Cabe destacar que al tornarse obligatoria la composición, se presenta de nuevo la tendencia humanizadora respecto al derecho de castigar, así como el desarrollo de las primeras fórmulas procesales; constituyendo, junto al talión, un avance moral y jurídico sin precedentes.

1.2 La venganza divina.

La evolución del género humano lo lleva al establecimiento de una organización social teocrática, en la medida en que los principios sustentantes de los primeros Estados fueron orientados hacia la divinidad.

Dentro del periodo de la venganza divina, como lo describe Castellanos Tena:

“Se estima al delito como 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.” (2001, p. 33)

Entonces el delito pasa de considerarse una afrenta individual, familiar o grupal, para constituirse en ofensa divina y a diferencia del periodo de la venganza privada, en que a aquéllos les asistía el derecho a la venganza, es ahora la deidad a quien corresponde el derecho a imponer una pena por la afrenta sufrida.

En este contexto el sacerdote se erige como el titular del derecho a la venganza, ya que lo ejerce por delegación de su Dios, asimismo se concibe a la pena como una forma de aplacar el disgusto causado a la deidad y simultáneamente como el medio para que el delincuente expíe su culpa.

Sobre el derecho penal teocrático, Zaffaroni (1991), apunta:

“Existió en la India, cuya forma de expresión más clara fueron las Leyes de Manú (siglo V a.C.), donde a la pena le fue concedido un alto contenido moral, de tal suerte que al imponerse el contenido de la misma al responsable, éste quedaba purificado; en forma similar en el Egipto de los faraones el Estado fue también una organización teocrática y, por ende, las conductas que afectaban a la religión o al Faraón eran penadas con la muerte.” (p. 150)

De lo anterior se desprende que los sentimientos religiosos y los de venganza se funden en el primigenio derecho penal, dotado de características sagradas en todo aquello relacionado con el delito.

La pena, como ya advertimos, asciende del plano netamente personal a un estrato superior, divino: el hombre reconoce la existencia de una entidad omnipresente, omnipotente, omnisciente, en cuyo nombre y representación, la casta sacerdotal juzga y castiga.

Como datos comunes correspondientes a este periodo, encontramos que se acepta la tortura como método de investigación, que el proceso tiene características inquisitoriales y la sanción corporal es sinónimo de penitencia; mientras que la pena impuesta a la culpabilidad del reo es por regla general inhumana, excesiva, pero se ejecuta con el propósito de servir de purga espiritual al condenado.

Durante la Edad Media sobresale el derecho penal de los germanos, en el que ante una conducta delictiva privada se producía la Faida, enemistad entre ofendido y ofensor, que se extendía generalmente a la familia; enemistad que podía extinguirse mediante la composición o bien a través de un combate judicial denominado juicio de dios u Ordalía en la que el acusado debía superar duras pruebas físicas a través de las cuales Dios sentenciaba sobre su culpabilidad; de donde se desprende la coexistencia de los periodos vindicatorios privado y divino.

En el aspecto procesal de las ordalías ocurrió una mutación sui géneris, respecto a la cual Carrancá y Trujillo (1999, p. 98) escribió:

“La prueba procesal se fincó en el juramento –de distinto valor probatorio según la riqueza agraria–, en el ‘juicio del agua’ –el acusado, lanzado a un estanque, probablemente de agua bendita, con pies y manos atados era declarado inocente si lograba hundirse derecho, pues el agua aceptaba recibirlo–, en el ‘juicio por el hierro al rojo’ –el acusado llevaba empuñado un hierro al rojo vivo y así recorría cierta distancia, siendo declarada su inocencia por el aspecto de la quemadura al cabo de determinado número de días– y en las ‘ordalías’ o lucha entre acusado y acusador, armados ambos de escudo y palo, hasta que alguno demandara gracia.”

La venganza divina fue, en su origen, una idea muy provechosa y en cierta medida civilizadora, reprimió el natural instinto del hombre por cobrar venganza, toda vez que el clero se erigió en órgano ejecutor del derecho de castigar que en forma exclusiva poseía un ser superior.

Asimismo se introdujo en la pena una noción religiosa y los juicios adoptaron, en consecuencia, formalidades teocráticas o semiteocráticas como en las ordalías.

1.2.1 El Tribunal del Santo Oficio.

De esta manera, luego de siglos de elaboración y perfeccionamiento, el derecho penal evoluciona, juzgándose ahora en el nombre de Dios; no obstante es el periodo en que se han aplicado las penas más severas que recuerde la historia de la humanidad y se castigaron duramente hechos ahora intrascendentes para el derecho penal, tales como la magia, la adivinación o la hechicería.

Éstos y otros delitos se ventilaban en tribunales eclesiásticos cuyo objetivo esencial sería velar por la pureza de la doctrina cristiana; al respecto Colín Sánchez (1998, p. 40) apunta:

“Los movimientos heréticos que desde los primeros tiempos del Cristianismo habían tratado de desmembrar a la iglesia católica, cobran nueva fuerza en el siglo XII, misma que para contrarrestarlos y evitar su expansión, dio lugar a que se ideara un instrumento eficaz para esos fines: el Tribunal del Santo Oficio.”

El Tribunal del Santo Oficio se consolidó en toda Europa algunos siglos más tarde, distinguiéndose por el carácter secreto de sus procesos, con lo que contribuyó para ejercer un estricto control sobre las actividades de toda la población.

Un testimonio muy conocido al respecto es el proceso al que fue sometido el astrónomo y físico italiano Galileo Galilei hacia el año 1633.

Galileo, fue acusado de herejía por enseñar el método de Copérnico sobre la teoría heliocéntrica, que le hicieron negar públicamente, aunque al final de su vida emitiría la célebre frase *e pur si muove*.

Como hemos dicho, los procesos del Tribunal del Santo Oficio eran secretos, pero no siempre sumarios, Carrancá y Trujillo (1999, p. 101) los describe de la siguiente manera: “La tortura era una „cuestión preparatoria’ durante la instrucción y una „cuestión previa’ antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones y confesiones. Nacieron los calabozos („oubliettes’, de ‘oublier’, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos).”

El periodo histórico dentro del cual podemos ubicar la presencia de la venganza divina es conocido como la época en que la imposición de penas alcanzó un grado de crueldad y refinamiento verdaderamente espeluznante. Al respecto Daniel E. Herrendorf (La Jornada Semanal, 1992, 19 de abril) señala:

“Las brujas, las almas poseídas por el demonio, los mal exorcizados eran perseguidos por los Estados medievales a través del Santo Oficio, que habían hallado en esa lúgubre metafísica un soporte para el ejercicio del poder punitivo; era suficiente que el indeseado fuera acusado de haber participado en el último aquelarre para acabar encarcelado, torturado y muerto.”

Durante este periodo fue común el tormento, cuyo refinamiento rayó en lo diabólico; procedimientos crudelísimos para la aplicación de la justicia penal, padecidos por el delincuente durante la venganza divina, que llegaron al extremo de no respetar el reposo de los muertos, desenterrando los cadáveres de aquellos que en vida no hubiesen sido juzgados por algún delito y en caso de que el cadáver del procesado resultara culpable de los cargos formulados, se ejecutaba la sentencia al pie de la letra, llegando al absurdo de aplicar la pena capital por la hoguera o excomulgar el cuerpo sin vida del sentenciado.

Sin embargo, la concepción divina del derecho de castigar, del delito y de la pena, degeneraron a tal grado que la iglesia católica llegó a ostentar el monopolio del poder, el terror y la tortura; dejando de ser útil aquella concepción mágica-religiosa sobre la que se edificó, en la medida que el sustento ideológico del Estado mudó su forma, de lo teocrático a lo político.

La reasignación del derecho de castigar, de la divinidad hacia el Estado, tuvo como vehículo de expresión al derecho canónico.

De acuerdo con Cuello Calón (1975, p. 74): “El Derecho Canónico proclamó que la persecución del delito es deber del príncipe y del magistrado, poniendo así el derecho de castigar en manos del poder público.”

1.3 La venganza pública.

La consolidación de los primeros Estados *stricto sensu* (una población asentada en un territorio y gobernada por un poder soberano) permite al género humano dar otro salto evolutivo en materia penal, al surgir la noción de que es al gobierno del Estado a quien corresponde el derecho para castigar los delitos.

Al respecto, Castellanos Tena (2001) apunta:

“A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre los delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Es entonces cuando aparece la llamada “venganza pública” o “concepción política”; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad.” (p. 33)

1.3.1 Grecia.

De acuerdo con Pavón Vasconcelos (1999, p. 58)

“Al derecho penal griego se le considera como un puente de transición entre el Derecho oriental y el occidental. Los Estados griegos conocieron los periodos de la venganza privada o de sangre y la venganza divina en sus inicios históricos, pero más tarde, cuando se consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar en la soberanía del Estado.”

Sobre los Estados griegos, Carrancá y Trujillo (1999) apunta:

“No un derecho, sino varios, por razón de sus varias ciudades, nos ofrece Grecia. Licurgo en Esparta (siglo XI a J.C.), Solón (siglo VIII) y Dracón (siglo VI) en Atenas, Zaleuco (siglo VII) en Locros, Crotona y Sibaris; Caronda (siglo VII) en Catania, sancionaron la venganza privada.” (p. 96)

Así, los antecedentes más remotos de la llamada venganza pública los encontramos en Grecia, en donde se aprecia el traslado en el ejercicio del *ius puniendi* o derecho de castigar, de la casta sacerdotal a la clase política.

Como lo describe Colín Sánchez (1998, p. 22): “El Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del Pueblo, llevaban a cabo juicios orales, de carácter público, para sancionar a quienes ejecutaban actos atentatorios en contra de ciertos usos o costumbres.”

Adviértase que los griegos fundan el derecho de castigar en la soberanía del Estado, principalmente en la época de la supremacía ateniense, concibiendo por vez primera al delito filosóficamente, como un ataque a los intereses del Estado y de los ciudadanos, pero ya no como una ofensa divina.

“Dracón distinguió ya entre delitos públicos y privados, señalando un progreso que Roma habría de recoger. Los filósofos, principalmente Platón y Aristóteles, penetraron hasta el fin científico de la pena; así Platón sentó que si el delito es una enfermedad, la pena es una medicina del alma; y Aristóteles que el dolor inflingido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 96)

Por tanto, se le impone a la pena un fin marcadamente intimidatorio, que trae aparejado, en caso de aplicarse, una clara idea de reparación del daño causado, que no de expiación, tal como se concebía en el periodo evolutivo precedente, de tal manera que el castigo debía ser una verdadera penitencia, palabra de la cual deriva el concepto moderno de pena, dicho sea de paso.

Respecto al proceso penal en el periodo de la venganza pública en Grecia, tenemos que:

“El origen del procedimiento penal, se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los atenienses en el Derecho Griego; para esos fines, el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía acusación; el acusado se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo.” (Colín Sánchez, 1998, p. 22)

1.3.2 Roma.

Diversos autores coinciden en que durante la Roma antigua se practicaron la venganza privada, el talión y la composición, con la modalidad de que correspondió al *pater familias* el ejercicio de la venganza (Carrancá y Trujillo, 1999; Pavón Vasconcelos, 1999; Castellanos Tena, 2001).

Fue a partir de la dominación romana sobre el mundo conocido, cuando tuvo lugar la asimilación de la cultura helénica y el derecho no fue la excepción.

Sobre el traslape cultural grecorromano, Colín Sánchez (1998) apunta: “Los romanos adoptaron paulatinamente las instituciones del derecho Griego y con el transcurso del tiempo las transformaron, otorgándoles características muy particulares que, más tarde, servirían a manera de molde clásico.” (p. 22)

En el derecho penal romano se estableció con exactitud la diferencia entre los delitos privados y los públicos, cuyas especies fueron el *parricidium*, el más grave delito privado o cometido contra particulares, y la *perduellio*, la acción más grave entre las formas de delitos cometidos contra el Estado; aunque cabe precisar que los delitos llamados *parricidium* podían ser considerados como *delicta publicae*, en el supuesto de que se privara de la vida a un *pater familias* (hombre libre, jefe de la gens) de cierta jerarquía o a quien el Estado Romano dispensara un trato especial.

Por otra parte, Carrancá y Trujillo (1999) precisa que los romanos:

“En la época clásica desarrollaron abundante material penal no inferior en sabiduría jurídica a la justicia civil, por más que Carrara haya llamado a los romanos “gigantes en el derecho civil, pigmeos en el derecho penal.” Lo más importante está contenido en los dos terrible libri del Digesto (530 a J.C.), o sea los libros 47 y 48, codificaciones penales sustantiva y adjetiva.” (p. 97)

De lo que interesa al presente estudio, entre las características más importantes del derecho penal romano, Pavón Vasconcelos (1999) precisa las siguientes:

“El delito fue ofensa pública; la pena constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación; desconocimiento absoluto del principio de legalidad, originándose la aplicación analógica y, en algunos casos, el exceso en la potestad de los jueces.” (p. 60)

En ese contexto, el poder adquirido por el soberano para castigar los delitos fue inmenso y con la expansión de la cultura helénica por medio del antiguo imperio romano, en todo el mundo conocido hasta entonces se estableció la concepción política del Estado y la formulación pública de la venganza.

Por lo que respecta a la evolución del procedimiento penal romano, Colín Sánchez (1998, p. 23) lo describe así:

“En los asuntos criminales, en la etapa correspondiente a las “legis acciones”, la actividad del Estado se manifestaba, tanto en el proceso penal público, como en el privado. En el privado, el Estado era una especie de árbitro: escuchaba a las partes y basándose en lo expuesto por éstas, resolvía el caso. Este tipo de proceso cayó en descrédito, por lo cual fue adoptado el proceso penal público, llamado así porque el Estado sólo intervenía en aquellos delitos que amenazaban el orden y la integridad política. Más tarde, en esta misma etapa, se cayó en el procedimiento inquisitivo, iniciándose el uso del tormento que se aplicaba al acusado y aun a los testigos; juzgaban los pretores, procónsules, los prefectos y algunos otros funcionarios.”

La influencia del derecho penal romano en el desarrollo de la idea del delito se reflejó en trabajos posteriores:

“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 postglosadores o comentaristas, cuya labor se orientó, fundamentalmente, a la revisión del Derecho vigente mediante la invocación de los textos romanos.” (Pavón Vasconcelos, 1999, p. 62)

Además, la concepción que se tuvo del delito durante el periodo de la venganza pública, subsistió con toda su fuerza hasta las primeras décadas del siglo XVII e inclusive en algunos Estados europeos hasta el primer tercio del siglo XIX; lapso durante el cual “Los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados.” (Cuello Calón, 1975, p. 60)

Finalmente, “Del viejo tronco romano parten muchos de los principios que luego habían de recoger las escuelas Clásica y Positiva.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 97)

Antes de pasar al estudio del periodo humanitario, habremos de citar a Carrara (1988, p. 42) en una excelente síntesis de lo ya pormenorizado acerca de los periodos vindicatorios privado, divino y público:

“En todo este proceso de ideas, siempre se persistió en considerar la venganza pública como fenómeno principal del castigo de los delincuentes, y durante siglos se abrió paso la fórmula de la venganza, ora privada, ora divina, ora pública, sin preocuparse mayormente de la legitimidad jurídica de los castigos. Y tan natural e incontestable parecía el llamado derecho de vengarse, que la divergencia nació sólo cuando se quiso establecer a quien le pertenecía ese derecho, y, consiguientemente, a nombre de quien debía ejercitarse. Tal es el proceso histórico de las penas, como lo demuestran las tradiciones de todos los

pueblos. Por ello los filósofos antiguos a menudo tuvieron como expresiones sinónimas las palabras *ultio*, *defensio* y *poena* (venganza, defensa y pena).”

1.4 Periodo humanitario.

Desde el Renacimiento se dieron los primeros brotes del pensamiento tendentes a una humanización del derecho penal:

“En los siglos XV y XVI se desarrolla un movimiento cultural que se inspira en la antigüedad clásica, los humanistas se dedicaron al estudio de la vida y las costumbres del hombre basándose en autores clásicos, en contradicción con los sabios medievales, que ponían en el centro a la religión o a dios. El renacimiento se caracteriza, en este aspecto, por la destrucción de muchísimas ideas tradicionales que trababan el progreso del conocimiento, y por desarrollar las bases de la investigación científica.” (Brom, 1985, p. 109)

El Renacimiento logró trascender al pensamiento universal de la humanidad, impregnándolo de un espíritu más apegado a la vida y preocupado por la observación y por el mejoramiento del conocimiento científico sobre los fenómenos naturales y sociales.

No obstante, fue hasta la Ilustración, en el siglo XVIII, cuando se ponderó en todas sus dimensiones la condición humana y que materialmente arranca la cuarta etapa evolutiva de la concepción del delito, denominada periodo humanitario del Derecho Penal.

Para Castellanos Tena (2001) “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.” (p. 34)

1.4.1 La Ilustración.

Francia figuró como escenario principal de la Ilustración, donde los autores de la Enciclopedia realizaron una fecunda labor intelectual animada por el endiosamiento de la razón

Existió la consigna de abolir la escolástica medieval; hubo también una crítica al derecho divino para gobernar de las monarquías absolutas; se acuñó por primera vez el concepto de democracia; y se cuestionaron las formas y procedimientos inhumanos utilizados en la persecución de los delitos, la tortura como instrumento para evitar cualquier brote de inconformidad contra el régimen y las prácticas notoriamente injustas y antijurídicas en los procesos judiciales.

Sin lugar a dudas, las figuras descoyantes de la Enciclopedia fueron aquellos filósofos cuya dialéctica crítica apuntaba en dirección de la condición humana y su mal trato. Como lo reseña Pavón Vasconcelos (1999):

“Iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por “el despertar intelectual y libertario”, el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal. Dentro de este movimiento destacan, fundamentalmente, las obras de Montesquieu (*El espíritu de las leyes*), Voltaire (*Sobre la tolerancia*) y Rousseau (*El contrato social*), en las cuales se denuncian la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose como fundamento de la pena, el contrato social.” (p. 63)

Montesquieu (1748) denunció la tiranía del régimen monárquico; Rousseau (1762), desvirtuó la teoría de la delegación divina del poder para gobernar que sustentaba a las monarquías absolutas, fundándolo en el

contrato social; y Voltaire (1763) predice que la consecuencia natural a la opresión y la tiranía es la sublevación popular.

1.4.2 El Marqués de Beccaria.

En aquellas obras de tan ilustres pensadores, Cesar Bonnesana, Marqués de Beccaria, alimentaría su espíritu; pues es indudable la influencia tan marcada que del pensamiento Ilustrado presenta su obra cumbre *Dei delitti della poena*.

En una edición castellana de la obra de Beccaria, en la imprenta de Albán, Madrid, 1822, reproducida por Porrúa en una edición facsimilar, se lee una nota del editor:

“Las cartas persas de Montesquieu son á las que debió (Beccaria), como lo dice en su correspondencia, su „conversión a la filosofía’. Aún manifiesta su reconocimiento por los grandes escritores que acabaron de ilustrarle: Montaigne, Buffon, d’Alembert (sic.), J:J: Rosseau, Montesquieu, Voltaire, Condillac, tales fueron los maestros que escogió, y sobre cuyas trazas marchó dignamente.” (Beccaria, 1764/1989, p. x)

Impulsado por sus allegados, Beccaria publicó su obra anónimamente, en la ciudad de Milán el año de 1764, atrayendo inmediatamente la atención de toda la Europa ilustrada, donde se realizaron muchas obras en el mismo sentido.

La lucha intelectual del hombre encaminada hacia la proscripción de las prácticas penales del antiguo régimen y la instauración de medidas

reformadoras netamente humanitarias; así como la aplicación de penas racionalmente determinadas y la abolición de la pena de muerte.

“Justamente apreciado por d’Alembert (sic.), anotado por Diderot, comentado por Voltaire, atacado por los frailes, rodeado de obras de una infinidad de jurisconsultos, el libro de los delitos y de las penas debía de hacer sensación en los entendimientos juiciosos. Se tradujo en todas las lenguas de Europa y en todas partes se ocuparon de las reformas, cuya necesidad había hecho sentir el mismo Beccaria.” (Beccaria, 1764/1989, p. xj)

En consecuencia, muchos de los monarcas europeos, que desde antes se habían sentido atraídos por las ideas de los hombres de pensamiento ilustrado, adoptaron las medidas propuestas por Beccaria.

De la multicitada *Dei delitti della poena*, breve en su forma, pero monumental en su contenido, sobresale el capítulo II titulado *Derecho de Castigar*; cuyas aportaciones más importantes, en concordancia con el pensamiento ilustrado de su época, basado en las obras de los escritores más connotados, pueden extraerse en los siguientes términos:

Parafraseando a Montesquieu, Beccaria sustentó que “Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.” (Beccaria, 1764/1989, p. 9) y fundamentó el derecho de castigar en los siguientes términos:

“Fue la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia, aquella que baste a mover a los hombres para que los defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forman el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho.” (Beccaria, 1764/1989, p. 10)

En concordancia con Rosseau, determinó que “Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social.” (Beccaria, 1764/1989, p. 12)

De las citas anteriores se desprende el contenido netamente humanizador que para el derecho penal significó la obra de Beccaria, asestando con ello un duro golpe al despotismo, característico de las monarquías absolutas y hereditarias, que sería el principio del fin para el antiguo régimen.

Esta afirmación se corrobora al comparar el Teorema final insertado a manera de conclusión en el libro De los delitos y de las penas y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano:

Teorema: “Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano; debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionadas a los delitos, dictadas por las leyes.” (Beccaria, 1764/1989, p. 208)

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano:

“(art.6°) La Ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga; (art. 5°) Las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas de la sociedad; (art. 8°) No deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una pena promulgada con anterioridad al delito; (art. 7°) Ni puede

ser acusado, arrestado y puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas prescritas.” (Brom, 1985, p. 147)

Al observar la similitud entre los preceptos de ambos documentos, es evidente la contribución ideológica hecha por la obra de Beccaria para la liberación de Francia, junto a la de todos aquellos pensadores Ilustrados de cuyas fuentes de conocimiento abrevó el propio Marqués.

El periodo humanitario significó un adelanto inconmensurable en la evolución de la idea del delito, avance que sintetizó decenas de siglos de desarrollo en la materia y que confirmó, por su inserción en el ideario de la primera nación libre y democrática del orbe, el inherente espíritu de justicia del ser humano.

Desde su nacimiento, este aspecto humanitario permanece indeleble en la doctrina penal y constituye hasta nuestros días un presupuesto indispensable para la elaboración de cualquier legislación penal del mundo.

1.5 Periodo científico.

El científicismo nació con la Ilustración (siglo XVIII), como una corriente del pensamiento que consiste en dar validez sólo al conocimiento adquirido mediante la ciencia, su investigación y comprobación, entendidas como herramientas de la inteligencia humana.

Según el Diccionario de la Lengua Española (1994, p. 333), ciencia significa: “(Del lat. *scientia*.) Conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas // Cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado, que constituye un ramo particular del saber humano.”

Por otra parte, la voz latina *scientia*, ae: “Ciencia, conocimiento, saber, erudición: *scientia juris*, la ciencia del derecho.” (Barrera Vázquez, 1980, p. 701)

Ahora bien, dentro de las diversas clasificaciones de las ciencias, encontramos que a la ciencia jurídica o jurisprudencia técnica, el maestro García Maynes (1988) la ubica como una ciencia nomográfica, especie del género de las disciplinas normativas.

Asimismo, que los aspectos fundamentales de esta ciencia del derecho son la técnica y la sistemática jurídica. Es en ésta donde podemos encuadrar la actividad realizada por los tratadistas pioneros de la ciencia del derecho penal, cuyo objeto estribó en exponer, de manera ordenada y coherente las disposiciones consuetudinarias, legales y jurisprudenciales, integrantes de cada sistema jurídico.

Atendiendo a esta idea o noción de lo científico, el periodo científico del derecho penal nace con las obras de aquellos estudiosos que llevaron a cabo la sistematización del conocimiento existente en la materia, es decir, cuando las disposiciones consuetudinarias, legales, así como el cuerpo de doctrina, considerada como sustento filosófico subyacente en materia penal, fue metódicamente ordenado y produjo un conocimiento efectivo y exacto acerca de la definición del delito, delincuente y pena, entonces podemos justificar la existencia de un derecho penal científico, a partir de sus principios.

Dentro de la doctrina en la materia, se distinguen, inmersas en el Periodo Científico, diversas corrientes del pensamiento, denominadas en general escuelas penales, de las cuales hablaremos inmediatamente.

1.5.1 Escuela Clásica.

Para Porte-Petit (1999, p. 37) la escuela clásica “Nace con el ‘Tratado de los delitos y de las penas’, de Beccaria y finaliza con Carrara, habiendo sido enriquecida durante su evolución por una gran afluencia de juristas Carmignani, Rossi, y otros más.”

Conviene precisar que debido a las grandes contradicciones habidas en su seno, la llamada escuela clásica careció de un carácter unitario; sin embargo en ésta podemos encuadrar las ideas de los pensadores que siguieron a Beccaria y que hasta Carrara no incurrieron en la concepción positivista del delito y del delincuente.

Dentro de la escuela clásica, por ejemplo, Kant señaló: “El mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al principio del talión.” (Cuello Calón, 1975, p. 45).

Este principio retribucionista de expiación fue sostenido igualmente por Guizot y Rossi, con dicho principio se pretendió fundamentar el derecho de castigar.

La fundamentación del derecho de castigar fue quizá la divergencia total entre los clásicos, toda vez que se debatía entre la supremacía del elemento moral sobre el meramente utilitarista y viceversa, lo que produjo, como ya lo hemos mencionado, la ausencia de carácter unitario conceptual dentro de la escuela clásica; pero centrándonos al análisis de sus máximos exponentes, encontramos la evolución respecto al fundamento del derecho de castigar: De Romagnosi, con su principio de la defensa social, ensalzando por Carmignani y

desarrollado al punto de desembocar en el principio de la tutela jurídica elaborado por Carrara.

En cuanto a la definición del delito, ahora transcribiremos aquellas que sobresalen dentro de la Escuela Clásica:

Federico Hegel: "El delito es negación del derecho y la pena es la negación del delito." (Castellanos Tena, 2001, p. 51)

Pablo Juan Anselmo Von Feurebach: "El crimen es una acción contraria al derecho de los demás, reprimida por una pena." (Cuello Calón, 1975, p. 46)

Se dice que precisamente con este último autor inicia el derecho penal moderno, aunque la definición más representativa de la escuela clásica es, sin lugar a dudas, la elaborada por Francesco Carrara, porque resume todo el conocimiento científico aportado por sus predecesores.

Carrara (1988) define al delito en los siguientes términos:

"Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso." (p. 42)

Dentro de la Escuela Clásica, se sostuvo que el ser humano es delincuente cuando con un acto externo, positivo o negativo, llevado a cabo en ejercicio de su libre albedrío, transgrede un precepto legal previamente establecido para proteger la seguridad de los ciudadanos. Y como notas comunes o principios básicos de la Escuela Clásica, Cuello Calón (1975, p. 50) señala las siguientes:

- “a) La imputabilidad moral del delincuente es basada sobre el libre albedrío.
- b) La pena es un mal impuesto al delincuente en retribución del delito cometido.
- c) Su sentido individualista de protección y garantía contra posibles abusos y arbitrariedades.
- d) La exclusiva atención consagrada a la acción criminal, al delito, con completo descuido del delincuente.”

Además, como aportes de escuela clásica, y con la paternidad de Carrara, encontramos principios como el de la tutela jurídica y el derecho de acto (por oposición del derecho de autor sostenido por los positivistas), cuya trascendencia alcanza hoy en día a los ordenamientos punitivos en los Estados democráticos de derecho.

1.5.2 Escuela Positivista.

El fundador del positivismo fue Augusto Comte, filósofo francés discípulo de Saint-Simon; propuso una reforma social basada en una pretendida filosofía científica. De acuerdo a su doctrina, en la historia de la humanidad se cruzan tres estadios para la explicación de los fenómenos, a saber: el teológico (referido a seres sobrenaturales), el metafísico (basado en entidades abstractas) y el positivo (netamente científico, referido únicamente a los hechos observados y al descubrimiento de sus leyes).

Cuando los penalistas abrazan esta nueva corriente del pensamiento es que surge la llamada escuela positivista. Iniciada hacia la segunda mitad del siglo XIX, a consecuencia de su creación con base en corrientes materialistas, la escuela positivista nace como negación de la escuela clásica, pues se dice que mientras ésta encuentra su método para la explicación del delito en el estadio metafísico (determina al delito como una entidad abstracta), la

escuela positivista lo encuentra en el estadio positivo (no explica al delito sino al delincuente, utilizando para ello todo el rigor de las ciencias naturales); lo que constituye la contraposición conceptual de fondo entre ambas.

Los principales exponentes de la escuela positivista fueron los llamados Evangelistas: Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo; cuyas ideas, expuestas sólo en sus postulados principales, se sintetizan a continuación:

Cesare Lombroso (1835-1909) es considerado el padre de la antropología criminal, ubicada ésta dentro de la biología criminal; para Lombroso “El criminal congénito o nato, es un ser atávico, con fondo epiléptico idéntico al loco moral.” (Cuello Calón, 1975, p. 25)

Con las elucubraciones lombrosianas “demostrables” clínicamente, surge el tan criticado tipo criminal que sugiere la tendencia innata a delinquir en algunas personas con regresión al estado salvaje de insociabilidad y que sirvió de base durante décadas para considerar así a individuos negros, amarillos y cobrizos, señalándolos incluso como especies diversas al hombre blanco, dentro del género humano.

Por ello, comenta Pavón Vasconcelos (1999, p. 50)

“Aunque Lombroso fue médico y no jurista, se le reconoce como el iniciador de una nueva corriente en los estudios sobre el delito y el delincuente, que habría de adquirir fuerza insospechada e influencia decisiva en las legislaciones penales de principios de siglo.”

Enrico Ferri (1856-1929) amplió la teoría de Lombroso, estableciendo que si bien concurren causas endógenas (somáticas) en el sujeto para que

cometa un delito, también existen factores exógenos (sociales) que determinan al individuo para delinquir.

Ferri sentó la base de la responsabilidad penal precisamente en la responsabilidad social, de tal suerte que para este autor italiano: “El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad.” (Cuello Calón, 1975, p. 52).

Además consideró que esta responsabilidad (legal) es independiente de su estado o condición psicofísica y amerita una reacción social, traducida en sanción, en proporción directa a la peligrosidad (grado antisocial del delincuente y del acto delictivo) manifestada por el agente al momento de desplegar una conducta penalmente relevante.

Rafael Garófalo (1851-1934), quien se caracterizó por ser el jurista de la escuela positivista, dotó a ésta de la sistematización de las doctrinas criminológicas enarboladas por sus correligionarios desde finales del siglo XIX; sostuvo que debía obligarse siempre a la reparación del daño causado por el delito y que la defensa social radica en marginar del grupo a los individuos antisociales (delincuentes).

La corriente de pensamiento en la escuela positivista puede sintetizarse mediante la definición del delito aportada por el propio Garófalo, en los siguientes términos:

“El delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.” (Cuello Calón, 1975, p. 288)

En franca oposición a la escuela clásica, la positivista, en forma unánime, negó siempre el libre albedrío del delincuente; además, dado el carácter unitario de la escuela positivista, Villalobos (1975, p. 24) señala como sus principales postulados los siguientes:

“1° El punto de mira de la justicia penal es el delincuente; el delito no es sino un síntoma revelador de su estado peligroso.

2° La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3° El método es el inductivo experimental.

4° Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal.

5° La pena posee una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos.

6° El Juez tiene la facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7° La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.”

La influencia del positivismo sobre el derecho penal moderno, se manifiesta especialmente por la relevancia que se da a los factores personales del sujeto activo, anteriores y posteriores a la comisión de los delitos, factores que todavía se siguen considerando para la imposición de las sanciones en los códigos penales modernos.

1.5.3 La Tercera Escuela.

Escuela que nació para morir joven, pues se propuso conciliar lo inconciliable.

Si bien es cierto que se le puede señalar como el término medio entre las escuelas clásica y positivista; también es cierto que las concepciones biológicas de ésta y filosóficas de aquélla, en torno al delincuente y al delito, respectivamente, trajeron como consecuencia la falta de sustento científico congruente dentro de la llamada *terza scuola* italiana.

Encabezada por Carnevalle y Alimea, esta nueva escuela sólo acepta de la escuela clásica la distinción entre imputables e inimputables, mientras que de la positivista excluye el tipo criminal, pero por otro lado “Recoge el método experimental, niega el libre albedrío, refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de defensa jurídica, viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito.” (Pavón Vasconcelos, 1999, p. 51)

Debemos mencionar que incluso el propio Carnevalle aceptó que esta escuela surgió, como se ha dicho: “Por una necesidad de distinción, aunque fuera transitoria.” (Porte Petit, 1999, p. 44)

1.5.4 Escuela Técnico–Jurídica.

Desarrollada en Italia por Manzini, resultó también de poca relevancia para la evolución científica del derecho penal, pues contradijo tanto a la escuela positivista como a la clásica, es decir, fue creada en oposición a la escuela positiva, pero manifestó también su aversión a la filosofía.

En su seno se consideró que el fin primordial del derecho penal, entendido éste como el conjunto de quehaceres técnico-jurídicos, no debe ir

más allá de la exégesis, dogmática o crítica, de los preceptos ubicados dentro del marco del derecho vigente.

1.5.5 Escuela Sociológica o Joven Alemana.

El lugar de nacimiento de esta escuela fue precisamente Alemania, y su creador y máximo representante fue Franz von Liszt, quien pugó por la reestructuración del derecho penal, excluyendo de su campo de conocimiento a las ciencias causales explicativas que, como la criminología y la penología, deben ser consideradas como meras auxiliares de aquél; en oposición al concepto positivista y siguiendo los pasos de la escuela clásica, también en la escuela sociológica se determina al delito como una entidad abstracta.

Así, mediante la configuración de su escuela con el método lógico-abstracto, Liszt determina que:

“La imputabilidad penal encuentra su necesaria justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiendo por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente, el delito es, por una parte la creación de la ley, mientras que por otra resulta ser un fenómeno social y las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el delito.” (Pavón Vasconcelos, 1999, p. 52)

La escuela sociológica de Liszt fue, a la postre, la corriente que dio margen a la evolución del Derecho Penal contemporáneo.

Hasta aquí, con la preeminencia de la corriente sociológica de Liszt, encontramos que se concibe al delito como un injusto penal objetivo y

culpabilidad subjetiva (psicológica) definiéndolo por primera vez como la conducta antijurídica, culpable y punible, en donde:

“Conducta, entendida como voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad. Antijuridicidad, entendida como causación de un resultado socialmente dañoso. Culpabilidad, entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo o culpa. Punibilidad, entendida como sometimiento a pena de lo anterior.” (Zaffaroni, 1991, p. 346)

Con esta definición cerramos el ciclo relativo a la evolución histórica del delito, porque representa la idea moderna del delito, dotada ya de cierta científicidad, que continuó su natural desarrollo hasta llegar a formar la idea y los conceptos contemporáneos.

En este capítulo hemos justificado que el delito nace con las primeras agrupaciones sociales; la justicia penal, también; delito y pena han llegado a concebirse como entes abstractos, pero tienen repercusión en el mundo fáctico (exterior, tangible).

También resaltamos que desde la venganza privada y hasta las elaboraciones llamadas científicas, se trata de explicar el fenómeno denominado delito, así como justificar la pena y el derecho de castigar.

CAPÍTULO 2

DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL EN MÉXICO

El derecho penal en México tiene una larga historia y su esencia se funde necesariamente con la historia general de nuestro país.

No podemos hablar de la historia del derecho penal en México separándola del contexto sociopolítico en que se dio, porque, como sostiene el maestro Carrancá y Trujillo (1999): “La justicia penal es consecuencia del estado social y económico de un país, debemos apuntar siquiera éste, supuesto necesario del derecho Penal.” (p.109)

Para ello, haremos un esbozo de las diversas manifestaciones alrededor del delito producidas en lo que hoy es México; porque la historia del derecho penal, de acuerdo a Villalobos:

“No se estudia por afán de exhibir una supuesta erudición, vacía de sentido y utilidad, sino por el beneficio que reporta, para la mejor inteligencia de las instituciones actuales, el conocimiento comparativo de sus orígenes y de sus antecedentes, así como la observación atenta del proceso que ha seguido el derecho en su elaboración.” (1975, p. 24)

Entonces, estudiaremos en este apartado el derecho penal mesoamericano y el establecimiento de los fueros y recopilaciones peninsulares e indianas, durante la colonia.

2.1 Derecho penal mesoamericano.

A Paul Kirchoff se le atribuye la utilización del término Mesoamérica para designar el área geográfica comprendida entre las ciudades arqueológicas de

la Quemada, en Zacatecas, México, al norte, y Copán, en Honduras, Centroamérica, al sur, sobre la que se desarrolló una cultura básicamente homogénea, con variantes regionales correspondiente a etnias lingüísticamente diferenciadas, a partir de la distribución de un centenar de elementos, algunos de los cuales, aproximadamente la mitad, estaban presentes exclusivamente en Mesoamérica. (Bonfil Batalla, 1990, p. 29 y Ruz, 1993, p. 21)

Por lo que respecta al derecho entre los pueblos mesoamericanos, Colín Sánchez (1998, p. 27) precisa que:

“El derecho prehispánico, no rigió uniformemente para todos los diversos pobladores del Anáhuac, puesto que constituían agrupaciones diversas gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas jurídicas eran distintas. El derecho, era consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar lo transmitían de generación en generación.”

A continuación expondremos el contenido de los derechos penales que rigieron para los pueblos maya, tarasco y azteca, por el alto grado de interrelación cultural que sostenían previo a la conquista de México y por ser de las culturas mejor estudiadas, lo que nos dotará de una mejor comprensión acerca del sentido y características del dominio conceptual del delito en el mundo precolonial.

2.1.1 Derecho penal maya.

De las grandes civilizaciones prehispánicas que se desarrollaron en mesoamérica, la maya ha sido una de las más notables, al grado de considerar a este pueblo como *los griegos de América*, quienes,

parafraseando al arqueólogo Juan Galindo, citado por Brunhouse (1992, p. 39) salvaban a la América antigua del reproche del barbarismo.

La cultura maya antigua se localizó en la zona que actualmente ocupan los estados de Yucatán, Campeche, Tabasco, el oriente de Quintana Roo y Chiapas, en la República Mexicana.

Una sociedad que funcionó sobre la estructura piramidal de división de cuatro clases generales: la nobleza (en maya almehenoob); el sacerdocio (ah kinoob); los plebeyos (ah chembal uinicoob) y los esclavos (ppencatoob). (Morley, 1991, p. 165)

Respecto a la clase dirigente, Ruz (1993) apunta: “A la nobleza le correspondían los cargos de dirigentes civiles, el ejercicio del sacerdocio, los altos niveles burocráticos, la posibilidad de dedicarse a la ciencia, al manejo del calendario y al conocimiento y uso de la escritura.” (p. 87)

Según Villa Rojas (1978, p. 57) el imperio maya no fue un imperio centralizado, sino un conjunto de ciudades-Estado coaligadas en alianzas de forma tripartita: Tikal, Palenque y Copán (antiguo imperio o periodo clásico) y Chichén Itzá, Uxmal y Mayapán (nuevo imperio o periodo posclásico).

A la cabeza de cada ciudad-Estado se encontraba el halach uinic (en maya: hombre verdadero) o ahau, cacique territorial:

“Con ayuda de un consejo de nobles y sacerdotes el ahau dirigía la política interior y exterior del Estado; además se le otorgaba el poder de nombramiento de los bataboob, administradores y jueces con funciones militares y religiosas de las aldeas adscritas a su ciudad-Estado.” (Margadant, 1994, p 20)

La definición de Batab, según el Diccionario Maya Cordemex: “BATAB. cacique: u batab sinik: hormigón, rey de hormigas 10: jefe local del pueblo, mandatario local de un pueblo, sus funciones eran ejecutivas, judiciales y militares 12: dirigente.” (Barrera Vázquez, 1980, p. 39)

Acerca de las facultades del batab, Castellanos Tena (2001) describe:

“Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reserva para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones.” (p. 40)

Respecto a la jurisdicción maya, Colín Sánchez (1998, p. 29) precisa que: “La jurisdicción de los Batabes comprendía el territorio de su cacicazgo, y la del Ahau todo el Estado.”

El experto mayólogo Ruz (1993) señala que el derecho penal maya fue muy avanzado para su tiempo:

“Se establecía una clara diferencia entre los delitos voluntarios de los involuntarios. La justicia de los antiguos mayas era severa, inflexible y sin apelación, se aplicaba con la misma severidad tanto a los nobles como a los plebeyos. Landa aclara que a los señores culpables de algún delito les labraban el rostro, desde la barba hasta la frente, en ambas mejillas, para que conservaran para siempre la marca infamante. Incluso si su delito o crimen merecía la pena de muerte, ésta se aplicaba inflexiblemente, sin tener en cuenta el nivel social de los delincuentes y criminales.” (p. 97)

Colín Sánchez describe que: “La justicia se administraba en un templo que se alzaba en la plaza pública de los pueblos, y que tenía por nombre

Popilva. Los juicios se ventilaban en una sola instancia, no existiendo recurso ordinario ni extraordinario.” (1998, p. 29)

Finalmente, en cuanto a la ejecución de las sentencias (Tumut, en maya), éstas se encomendaban a los Tupiles, policías-verdugos, venían al final de la organización encargada del cumplimiento de la ley; a menos que la pena fuera por lapidación, en cuyo caso la ejecución era llevada a cabo por la comunidad entera. (Morley, 1991, p. 171)

Así, apreciamos un derecho penal maya inflexible de acuerdo a sus circunstancias; se justifica la dureza de las sanciones en aras de la subsistencia del Estado.

2.1.2 Derecho penal tarasco.

La historia tarasca, según la Relación de Michoacán, comienza con la fundación de la ciudad de Pátzcuaro por el legendario rey Tariácuri; procedió éste a la unificación del Estado Tarasco, mediante una liga tripartita que aglutinaba a las tribus rivales de la cuenca del lago de Pátzcuaro, con las capitales Tzintzuntzan, Ihuatzio y Pátzcuaro. Con esta forma de gobierno, el Estado Tarasco alcanzó su máxima influencia con el sobrino nieto de Tariácuri: el rey Tzitzí phandácuare. (León, 1903/1979, p. 102)

De acuerdo a Krickeberg (1993, p. 366-367):

“El imperio tarasco, igual que el azteca, deriva de una alianza de diversas tribus hasta culminar en la formación de un Estado unitario. El rey era la suprema autoridad terrenal, se encargaba de los más importantes actos del culto, entre los cuales se encontraba el de juez supremo.”

Además del rey, existían los sacerdotes que eran asimismo dignatarios importantes, entre los que destaca el Petámuti: “Sumo sacerdote, jefe de todos los demás sacerdotes; tenía también un importante cargo judicial. Al parecer tenía un colega de igual rango que no residía en la capital.” (Tudela y Corona Núñez, 1541, p. 177)

Este sumo sacerdote mandaba a toda una clase de sacerdotes subordinados llamados *quemadores* (Kuritiecha) con participación en el culto de carácter ritual; obispos provinciales (Teruhrsikuri) y al final los sacerdotes menores (Kuracha).

En lo relativo al derecho penal, según Tudela y Corona Núñez (1541, p. 13), los delitos menores se castigaban humillando en público al culpable, pero en caso de reincidencia se castigaban con la pena de muerte o la esclavitud, al igual que los delitos graves.

Castellanos Tena (2001) afirma la existencia de penas muy crueles entre los tarascos:

“El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves.” (p. 41)

Para Krickeberg (1993, p. 370):

“Esta forma de administración de justicia fue importada tardíamente como imitación del gobierno de los estados nahuas de la Mesa central, ese derecho punitivo les fue heredado por los Tecpanecas (tributarios Aztecas, de Atzcapotzalco). Los conceptos y costumbres de los tarascos se parecían asimismo en otros aspectos a los de los aztecas, y es evidente que recibieron influencia de éstos.”

Finalmente, Colín Sánchez (1998) nos informa que en el derecho penal tarasco: “La investigación de los delitos, la realizaban los jueces locales. Contaban con un tribunal superior en lo penal –peta muti– y los casos muy graves se remitían al rey para su resolución –cazonzi–.”

2.1.3 Derecho penal azteca.

La vida de la sociedad azteca representa una de las más hondas raíces del mestizaje; y fue el estado mesoamericano cuyo dominio sobre el resto de los Estados aborígenes resultó más evidente a la hora de la conquista de México.

Para Moreno (1971, p. 127): “El estudio de las instituciones jurídicas de los mexicas es de tal manera importante que merecería por sí solo un trabajo especial.”

Azzolini (1993), nos informa sobre la existencia de un derecho consuetudinario, posteriormente legislado, entre los aztecas:

“El derecho tenía dos fuentes; la tradición –las normas de conducción de vida heredadas– y la voluntad omnímoda y dictatorial de la autoridad suprema. Algunos preceptos estaban representados pictóricamente, otros se encuentran en códices, unos más se conocen por tradición oral recogida y escrita por nuestros primeros cronistas y por documentos precortesianos inmediatos a la Conquista.” (p. 18)

Los aztecas distinguieron entre derecho público y derecho privado, de acuerdo a Moreno (1971):

“Correspondiendo al alto grado de evolución cultural al que habían llegado los antiguos mexicanos, el derecho ofrece entre ellos una gran diferenciación. Desde luego, es posible advertir una bien marcada distinción entre derecho público y derecho privado.” (p. 127)

Este fue un gran avance, sobre todo si tomamos en cuenta las peculiares circunstancias de los aztecas –apenas doscientos años atrás nómadas, incultos y desorganizados–, quienes ahora ya distinguían dos ramas principales del derecho, como lo conocemos actualmente, en público y privado.

Por lo que respecta al derecho penal azteca, Alba (1949) señala que las leyes eran comunes tanto para los plebeyos como para los nobles; que los delitos pueden ser intencionales, y culposos o por negligencia; ser menor de edad se consideraba un atenuante; la embriaguez completa al momento de cometer el delito, era considerada como una excusa absolutoria; se llegó inclusive a determinar la distinción entre el cómplice y coautor, así como el encubrimiento, aunque en todos estos casos, la penalidad era idéntica a la del delito consumado; conocieron de la reincidencia que permitía incluso aplicar la pena de muerte.

Asimismo, Margadant (1994) apunta:

“El derecho penal era, desde luego, muy sangriento y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del derecho mejor tratado por los primeros historiadores. La pena de muerte es la sanción más corriente en las normas

legisladas que nos han sido transmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Es de notarse que entre los aztecas el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito.” (p. 34)

Respecto al procedimiento penal azteca, Köhler, citado por Colín Sánchez (1998, p. 27) relata que:

“El procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público, acerca de la comisión de un delito, para que iniciaran la persecución. En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial, delegaba sus funciones en un magistrado supremo, dotado de competencia para poder conocer de las apelaciones en materia criminal; a su vez, éste nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones, en las ciudades con un número de habitantes considerable, y este magistrado, designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales.”

Sobre el proceso penal azteca, Margadant (1994) precisa:

“El proceso no podía durar más de ochenta días, y es posible que los tepantlatoanis, que en él intervenían, correspondían grosso modo al actual abogado. En los delitos más graves el juicio era precisamente más sumario, con menos facultades para la defensa, algo que, desde luego provoca la crítica del moderno penalista” (p. 35)

De acuerdo con Rojas Caballero (1996, p. 24) “A la impartición de justicia se le denominaba Tlamalehuacachinaliztli, que deriva de „ir derecho’ o „pasar de largo’.”

“De los procesos formaban „legajos’ que guardaba el escribano o *tlacuilo*, quien se encargaban de tomar nota, en escritura pictográfica, de todos los testimonios y las sentencias, la cuales se ejecutaban

inmediatamente por conducto de los policías-verdugos denominados *Tupiles*.” (Soustelle, 1980, p. 229)

En relación a la eficacia del procedimiento penal, entre los aztecas, González de Cossio (1963, p. 61) nos indica que:

“Si reflexionamos sobre la forma y circunstancias en que se realizaba el ministerio de la justicia y la persecución del crimen entre los antiguos mexicanos, no podemos menos de observar que, a pesar de la suma acritud y severidad con que éste se castigaba, aquélla era expedita y cumplía sus fines con la celeridad y exactitud que su presupuesto exigía.”

Conforme a la cosmovisión azteca, se hace más vigente la sentencia de Chimalpahin (1950): “En tanto que el mundo exista, jamás deberá olvidarse la gloria y el honor de México-Tenochtitlan.” (p. 29)

Finalmente, apuntemos que el derecho penal autóctono mesoamericano ha sido el único derecho penal original, forjado en lo que a la postre sería nuestra nación mexicana.

Dentro de las similitudes de los sistemas jurídico-jurisdiccionales de los pueblos mesoamericanos, podemos señalar su alto sentido de la justicia conmutativa, al imponer con la misma severidad penas iguales a conductas iguales, sin importar el estrato social del infractor.

Tanto aztecas como mayas, llegaron a dividir no sólo en especialidades su estructura jurídica, sino que, además, distinguieron en materia penal, al dolo de la culpa y la negligencia o imprudencia, en la comisión de determinadas conductas delictivas.

El derecho penal mesoamericano se presentó como producto de una severa moralidad social, impregnada de un alto espíritu de servicio y un penetrante sentido jurídico.

2.2. Derecho penal novohispano.

El descubrimiento de América, de acuerdo a Todorov (1989, p. 3):

“Es un acontecimiento único dentro de la historia de la humanidad: dos grandes masas de población viven en la ignorancia mutua, y de la noche a la mañana, se enteran de su existencia. Desde aquél día el mundo se volvió cerrado y finito (aunque se hubiera duplicado en dimensiones).”

Ahora bien, la conquista de México se consumó con el sitio de Tenochtitlan, sobre cuyas ruinas se erigió la muy noble y leal ciudad de México: “Es verdad que Cortés puso fin al dominio azteca. Sin embargo, al mismo tiempo que destruía aquella civilización, o más bien, su estructura política y religiosa, fundaba el México moderno.” (Simpson, 1993, p. 38)

Es el caso que, a la caída de Tenochtitlan-Tlatelolco, el 13 de agosto de 1521, inicia el periodo vital de la Nueva España, bajo la dirección inmediata de Hernán Cortés, quien bautizó así a esta tierra: “Por lo que he visto y comprendido acerca de la similitud que toda esta tierra tiene a España, me pareció que el más conveniente nombre para esta dicha tierra era llamarse la Nueva España del mar Océano.” (Cortés, 1989, p. 195)

Cabe mencionar que la categoría de virreinato, sería alcanzada casi una década después; de acuerdo a Simpson (1993, p. 55): “El Consejo de Indias decidió elevar la Nueva España a la categoría de virreinato, regido por un

representante del rey en el año de 1530 y marcó el comienzo de un régimen ordenado y civilizado en la Nueva España.”

Durante el virreinato de la Nueva España, se redujo a escombros la organización sociopolítica precortesiana y, como consecuencia a la imposición de la fe católica, se aniquiló a la población indígena.

Lo que de acuerdo al maestro Bonfil Batalla (1990) fue un etnocidio: “En muchas zonas la población india prácticamente desapareció. Fue exterminada, quedó sometida a condiciones que hicieron imposible su continuidad como pueblos étnicamente diferenciados. A este último proceso, se le ha llamado mestizaje; pero fue etnocidio.” (p. 52)

Debe tomarse en cuenta que las posesiones españolas del nuevo mundo fueron, en el periodo analizado, una mera extensión territorial de la monarquía hispana; por lo que a estas posesiones ultramarinas les era aplicable, a falta de un derecho penal propio, el derecho penal castellano.

2.2.1 El derecho castellano.

El derecho castellano recibió diversas influencias, desde sus más antiguos pobladores, que pueden sintetizarse en los aportes hechos por celtas, iberos, fenicios y griegos; pueblos cuya contribución en materia jurídica fue menor a la de otras culturas, mejor dotadas, como las de romanos y visigodos.

A principios del siglo II inició en la *hispania* un proceso cultural que duró casi trescientos años, una intensa romanización, que devino en la creación de las primeras leyes hispano-romanas.

Más tarde, ante la incursión de los visigodos, a mediados del siglo V como mercenarios romanos, introdujeron sus propias leyes germanas, elemento éste que no impidió de modo alguno la cimiento legal romana, en tanto no obstruyera el poder político visigodo, lo que se advierte en sus leyes *romanae barbarorum*.

De entre las leyes visigóticas, destacan el Código de Eurico (475 d.c.) y el Breviario de Alarico, en palabras de Margadant (1994): “Como los monarcas visigóticos no podían impedir la aplicación del derecho romano a los pobladores ya romanizados, se codificó el derecho romano por órdenes de ellos en el Breviario de Alarico, también llamado Lex Romana Visigothorum en el año 506.” (p. 39)

Con la incorporación de la región sur de la península ibérica al Imperio Bizantino (con Justiniano) en 554, entró en vigencia el *Corpus Iuris Civiles*.

Éste dejó de estar en vigor hacia 654, cuando previamente habían salido del dominio de Bizancio; muestra indudable de los múltiples traslapes culturales y jurídicos habidos en España a lo largo de su historia.

Según Mac Lochlan (1976), en otro afán de homogeneizar el derecho hispánico: “Para el s. VII la evidencia de la amalgama de los visigodos y los hispano-romanos apareció en forma legal al ser emitido un código que combinaba las leyes visigodas y las romanas, el Fuero Juzgo.” (p. 136)

Cabe apuntar que con el Fuero Juzgo, coexistieron en la península Ibérica instituciones penales como la venganza de la sangre (con su sistema de composiciones) y las ordalías.

Posteriormente, la ocupación y el dominio islámico de la península Ibérica por los moros durante casi ochocientos años (de 611 a 1492), lo que causó alto impacto en la vida y la sociedad española, aunque no así en el derecho.

Margadant (1994), lo explica así: “Entre todos los tratados arábigos traducidos al primitivo español, no encontramos obras de derecho; no hay pruebas de grandes infiltraciones de derecho islámico en la vida jurídica de los grupos que continuaban viviendo como cristianos bajo el poder islámico” (p. 40)

No obstante, el producto mejor logrado en materia legislativa que arrojó la conquista, está contenida en el *Fuero Viejo de Castilla* (1050) cuyas normas expresaron la costumbre y *fasañas* (sentencias) el libro segundo de este ordenamiento fue dedicado al derecho penal.

Siguiendo este proceso evolutivo, Rojas Caballero (1996), detalla:

“Otra manifestación de la España Medieval y de la Guerra de Reconquista son los fueros municipales, como una concesión del Rey. Era un acto autónomo no contradicho por la Corona. Así, por ejemplo, Alfonso X, ‘El Sabio’, otorgó ‘El Fuero Real’ (1252 y 1255) inspirado en ‘El Fuero Juzgo’ y el de Soria, a Madrid, Béjar y Sahagún. La unificación jurídica la inicia Fernando III ‘El Santo’ y su hijo Alfonso X ‘El Sabio’, a través de las siguientes obras: 1) Como Derecho Positivo ‘El Fuero Real’ (1255) el cual fue otorgado a las ciudades ganadas a los musulmanes. 2) Como consideraciones moralistas y filosóficas elaboró ‘El Speculum’ y el ‘Septenario’ donde se mezclan supersticiones, literatura antigua, ciencia árabe. 3) Como combinación de ambas, expide la obra jurídica más importante del medioevo ‘Las Siete Partidas’ (1256-1263). La séptima reguló lo relativo al derecho penal. En esta obra predomina el Derecho Romano.” (p. 26)

En estas circunstancias, las Cortes de Zamora, para determinar conflictos en cuanto a la aplicación del fuero local y el derecho real, expedieron las Leyes Nuevas de 1278, y en 1330 las Leyes de Estilo, que depuraron las normas del Fuero Real, a fines del siglo XIII. (García Ramírez, 1990, p. 9)

Casi cien años después, correspondió a Alfonso XI, intentar ordenar y jerarquizar diversas fuentes del derecho medieval castellano:

“El ordenamiento de Alcalá (1348) expedido por Alfonso XI contiene derecho civil, penal, procesal y feudal y establece la jerarquía de las normas: 1ero. El propio ordenamiento. 2do. Fuero Real y locales. 3ero. Las Siete partidas el cual siempre fue supletorio.” (Rojas Caballero, 1996, p. 27)

Hacia la segunda mitad de siglo XV, se presentaron las condiciones que favorecieron la consolidación monárquica de España; sobre este aspecto, Haring (1990, p. 12) nos informa:

“Los dos reinos peninsulares de Castilla y de Aragón se había unido recientemente en un matrimonio de dinastías de la mayor importancia; Fernando, heredero de la corona de Aragón, e Isabel, heredera de la de Castilla, se casaron en 1469. Una década después, ambos habían tomado plena posesión de sus respectivas herencias, y se inició la historia de la España moderna.”

Años después, cuando ya mediaba el descubrimiento de América y la conquista en su fase insular, ante la escasa eficacia de las Ordenanzas Reales de Castilla, surgen las llamadas Leyes de Toro:

“Cuando las cortes, pese a esta compilación (ordenanzas), protestaban por la condición laberíntica del derecho positivo español (agravada por el hecho de

que las obras de los posglosadores gozaban de un gran prestigio), las ochenta y tres Leyes de Toro, de 1505, vinieron a resolver algunas dudas, añadiendo otras nuevas.” (Margadant, 1994, p. 44)

Estas Leyes de Toro, fueron una serie de proclamas diversas emitidas en las Cortes de Toledo que imponían, entre otras cosas, una jerarquía de aplicación para todos los códigos anteriores.

Entre los efectos de las Leyes de Toro, encontramos los siguientes:

Revocaron la limitante de los Reyes Católicos a citar la literatura romanista en materia forense; prohibieron la aplicación del derecho romano y comentarios de los posglosadores; al mismo tiempo reiteraron la jerarquía del Ordenamiento de Alcalá, el que alcanzó la categoría de primera fuente, dejando a las Siete Partidas (con influencia romanista-posglosadores) como derecho supletorio.

Según Mac Lochlan (1976, p. 24), las disposiciones contenidas en estas Leyes de Toro, alcanzaron una trascendencia de trescientos años: “La orden sancionada por las Leyes de Toro sería incorporada a la Nueva recopilación de Castilla (1567) y permanecería vigente hasta entrado el siglo XIX, confirmada por segunda vez en la Novísima recopilación de las leyes de España en 1805.”

La historia indica que este caótico mosaico legislativo español, de influencias tan diversas como se ha mostrado, es el que se aplicó como única fuente legal en los primeros momentos de la conquista de México y quedó como derecho supletorio el surgir al derecho indiano.

2.2.2 Legislación indiana.

La puesta en vigor del gran mosaico legislativo español en la Nueva España, puede considerarse una implantación, una imposición por parte de los vencedores sobre el conjunto de pueblos sometidos; en virtud de que vino a romper, aunque no del todo, los ordenamientos jurídicos aborígenes, y además, al menos formalmente, sujetó a los nuevos súbditos al orden jurídico castellano.

Aún cuando el Derecho Castellano fue impuesto a las posesiones de ultramar, especialmente a la Nueva España, este conjunto de normas jurídicas sólo tuvo carácter supletorio; mientras que, como derecho principal, se tendría al Derecho Indiano, el cual podría definirse en los siguientes términos:

Es todo el derecho integrado por el conjunto de legislación dictada desde la metrópoli, acuerdos del consejo y resoluciones judiciales, aplicado en las colonias americanas, con el fin de regular las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, entre sus pobladores; complementado asimismo por el Derecho Castellano y el Derecho Indígena, siempre y cuando éste no contrariara los intereses de la corona.

Si descartamos de esta definición al derecho castellano y al derecho indígena; nos resta, entonces, pasar al estudio de las disposiciones reales emitidas por los soberanos españoles, para sus dominios ultramarinos.

Azzolini (1993), sostiene que la necesidad de creación de este tipo de disposiciones, se justifica así:

“Las Indias Occidentales quedaron incorporadas a la Corona de Castilla por lo que fue el derecho castellano el que reguló los primeros momentos de la conquista. Sin embargo, el Nuevo Mundo, de contenido tan vasto y complejo, requirió de normas específicas que fueron dictando el rey, el Consejo de Indias y las propias autoridades locales con aprobación del monarca, lo que dio lugar al nacimiento de las Leyes de Indias.” (p. 22)

No obstante, el proceso de creación de estas disposiciones fue lento, entre tanto en materia criminal, fueron usadas supletoriamente las leyes de Castilla; esto en palabras de Liszt (1926, p. 302):

“Las leyes de Castilla rigen como derecho supletorio en lo penal (Ley 66, título 15, libro II, con referencia a la 2ª, Título 1º). ¿Qué importa si en ellas hay algún defecto, como la esclavitud, propio de la época?. La enorme sinceridad de una ferviente aspiración al bien cubrirá piadosamente sus vergüenzas.”

Las leyes de indias, cuya producción exorbitante hacia el continente americano, calificada por Margadant (1994, p. 54) como la cascada de normas de derecho indiano; tuvo, a lo largo de la colonia, múltiples tentativas de recopilación en un solo cuerpo de normas.

Tentativas que, en excelente resumen, que abarca las recopilaciones hasta antes de la de 1680, apunta Carrancá y Trujillo (1999, p. 115):

“La de Juan de Ovando (de fecha ignorada), el Cedulaario de Puga (1525-1563), las leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar Océano, por Alonso de Zorita (1570), la Recopilación de Encinas (1596), la Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias (sin fecha), el libro de Cédulas y Provisiones del Rey (1541-1621), los Nueve Libros de Diego de Zorrilla (1605), los Sumarios de Rodrigo de Aguilar (1628), la Recopilación de Cédulas (1589-1632), el proyecto de Solórzano (1618-1621), el de León Pinelo (1636), los trabajos conjuntos de

ambos (1654), el proyecto de Ximénez Payagua (1665), los Sumarios de Cédulas, Órdenes y Provisiones Reales de Montemayor (1628-1667).”

Este recuento cronológico es de utilidad, como referente de la pretendida intención sistematizadora del derecho indiano, por parte de la corona española, pero la doctrina indica que la recopilación impresa más consultada durante la colonia, fue la de 1680, cuya mejor cualidad radicó en su obligatoriedad.

La recopilación de 1680 incluye en su título VIII, con 28 leyes, la materia penal: “Se denomina „De los delitos y penas y su aplicación.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 116)

De manera complementaria a estas Leyes de Indias, consultadas como referente legal, fueron tradicionalmente utilizados los Autos Acordados de Montemayor y Beleña.

“Con respecto a México, ulteriormente se dictaron y subsistieron con las Leyes de Indias, entre otras, los „Sumarios de las Cédulas, órdenes y provisiones reales que se han despachado por su Majestad para la Nueva España y otras partes, especialmente desde el año de 1628 hasta el año de 1677’. Don Eusebio Ventura Beleña continuó algunas de las partes de estos „sumarios’ de Montemayor, los que además reimprimió parcialmente en 1787. La colección se conoce con el nombre de Autos Acordados de Montemayor y Beleña.” (Márquez Piñeiro, 1991, p. 58)

Ahora bien, es conveniente precisar que estas Leyes de Indias poseyeron un contenido predominantemente de derecho público, en tanto que las relaciones privadas se regían y sancionaban de acuerdo con el derecho castellano previamente analizado.

Debe apuntarse también que las Leyes de Indias, están recopiladas, impresas y divididas en nueve volúmenes en que consta la gobernación y administración de tierras que pertenecieron a la corona española y que tuvieron vigencia por más de trescientos años; con la aclaración pertinente de que fueron emitidas por la misma autoridad, pero destinadas a territorios y poblaciones tan diversas como los virreinos de la Nueva España y del Perú, por ejemplo.

Liszt (1926), las califica así, en su contexto histórico: “Leyes de Indias (1525, 1536, 1571, 1596, 1628, 1680). Preciosos ejemplares de legislación paternal, previsor y solícita, las Leyes de Indias son el directo precedente de la Política Social.” (p. 301)

En cuanto al orden de preferencia para ser aplicada la profusa legislación indiana, el maestro Carrancá y Trujillo (1999, p. 118) indica que se tuvieron preferentemente las Siete Partidas (1255) y la Novísima Recopilación (1805), sobre las primeras detalla:

“En cuanto a las Siete Partidas, de esencia predominante aunque no exclusivamente romana y canónica, es la Setena la dedicada preferentemente, aunque no en total, a la materia penal. Se compone de XXIV títulos dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces; a las traiciones, retos, lides y acciones deshonorosas; a las infamias, falsedades y deshonoras; a los homicidios, violencias, desafíos, treguas; a los robos, hurtos, daños; a los timos y engaños; a los adulterios, violaciones, estupro, corrupciones y sodomías; a los reos de truhanería, herejía, blasfemia o suicidio y a los judíos y moros. Los títs. XXX y XXXI se refieren a los tormentos y a las penas, siendo notable la ley 8 del último citado, que autoriza a imponer la pena „según albedrío del jugador’, como también asienta la ley 3, tí. XX: „e después de que los jugadores ouieren catado acusiosamente estas cosas sobredichas, pueden crecer, menguar o toller la

pena, según entendieren que es guisado, e lo deuen facer'; estableciéndose antes diferentes penas según la condición social de los reos y las circunstancias de tiempo y lugar de ejecución del delito.”

Asimismo, el autor antes citado describe en referencia a la Novísima Recopilación, que: “Es su Lib. XII el dedicado a los delitos y a las penas y a los juicios criminales. Se compone de XLIII títs., faltos todos ellos de método y sistema, que comprenden confusamente la materia penal y procesal.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 119)

El predominio de las Siete Partidas como fuente legal durante la Colonia, muestra el gran atraso y estancamiento del derecho penal, en virtud de que se juzgaba bajo los principios de una obra jurídica que fue la más importante del medioevo y datada de 1256 a 1263.

Para Margadant (1994), la legislación indiana analizada hasta aquí:

“Produjo un derecho desconfiado y plagado de trámites burocráticos. Además tuvo un carácter altamente casuístico, y se caracterizó por un tono moralista e incluso social, no muy compatible con el intento con que muchos españoles habían ido a las indias Occidentales, de modo que la práctica y el derecho formal se divorciaban frecuentemente.” (p. 54)

En la Nueva España coexistieron, paralelamente a las muchas instituciones que incidieron en materia penal, las denominadas Ordenanzas; que son el conjunto de preceptos referentes a una materia, comunidad, tropas, etcétera, e invariablemente surtían sus efectos sobre cierto sector de la sociedad.

Las Ordenanzas de Gremios, dictadas en el lapso de 1524 a 1769, consideraban meras infracciones por violaciones a lo dispuesto en ellas y sus sanciones (que no penas) se reducían a multas, azotes e impedimentos para trabajar de acuerdo al oficio al que se dedicara el infractor.

Las que si pueden considerarse como parte del derecho penal durante la colonia, son las relativas a las Ordenanzas de Minería; dentro de éstas, que datan del año 1738, encontramos algunos ejemplos de sanción y procedimiento, que el maestro Carrancá y Trujillo (1999) resume así:

“Se sanciona en ellas el hurto de metales y se le equipara el hecho de que el barretero ‚extraviase la labor dexando respaldado el metal o lo ocultare de otra manera maliciosamente’. Para conocer de esos hurtos o de los de cosas pertenecientes a las minas y haciendas de beneficio se concedía jurisdicción al Tribunal y a las diputaciones, siempre que los casos fueren leves, pues de lo contrario, procediendo ‚la imposición de pena ordinaria, mutilación de miembro u otra que sea corporis afflictiva’ sólo les correspondía formar la sumaria y remitirla en seguida a la Sala del Crimen de la Audiencia.” (p. 117)

Por último, en lo relativo a la organización de la clase castrense, Reynoso Dávila (1992) nos informa:

“La ordenanza para el establecimiento de instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España fue sancionada por Carlos III por la Ley de 4 de diciembre de 1786. Se ocupa de la jurisdicción de los intendentes en los ramos de justicia, policía, hacienda y guerra. No contiene materia penal.” (p. 104)

Como hemos podido observar, la legislación penal colonial tuvo su forma de expresión formal en el casuismo, propio de la época; como

característica principal tuvo la confusión de materias adjetivas con las sustantivas, otorgando normas de previsión en las que intercalaba conjuntamente la definición del delito con las reglas probatorias aplicables.

2.2.3 Estructura judicial de la Nueva España

Durante el virreinato de la Nueva España, la justicia penal fue ejercida por instituciones que administraban de manera concomitante su función política y administrativa, en atención a que la fuerza política de la monarquía radicaba en su habilidad para mantener la jurisdicción real; consecuentemente, la función judicial se confundía con la función política en la mente de la sociedad, pero sobre todo se confundía en sus instituciones.

Así, por ejemplo, el virrey fue el magistrado principal en la Nueva España, al menos formalmente, a pesar de que sus funciones políticas eran de mayor importancia que la función judicial su salario era considerado un gasto judicial.

Considerando además la distancia física que separaba al rey de su dominios ultramarinos, se produjo un fenómeno de yuxtaposición de las funciones políticas y las judiciales, también en materia penal, encomendadas al virrey y a los demás delegados de la Metrópoli.

Dentro de lo que podemos llamar justicia ordinaria de la Nueva España, encontramos que ésta estaba sujeta a múltiples fueros; asimismo coexistían los tribunales especiales, según la materia de la controversia o las partes que intervinieron en el litigio; pero esta justicia penal, ordinaria o especial, no se impartía con independencia del Rey, antes bien se hacía en su nombre y los encargados de administrarla recibían instrucciones de éste.

En el virreinato de la Nueva España, los tribunales ordinarios fueron: el Real y Supremo Consejo de Indias, la Real Audiencia, los Alcaldes Mayores o Corregidores, el Cabildo Español e Indígena, y los Alcaldes Ordinarios.

Algunos ejemplos de los tribunales especiales fueron: el Juzgado General de Indios, el Tribunal de la Acordada, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición; entre muchos otros que operaron para las materias administrativa, fiscal, eclesiástica y monacal.

Por tanto, en concordancia con los objetivos del presente trabajo, centraremos nuestro análisis en los tribunales ordinarios y tribunales especiales que contuvieron materia penal.

El Real y Supremo Consejo de Indias, según Haring (1990, p. 159): “Era la autoridad legislativa y administrativa más alta para el imperio americano después del rey. Sus agentes políticos y judiciales más importantes en América después del rey eran los Virreyes, los capitanes generales y las audiencias.”

En cuanto a que el virrey supervisaba la justicia, de acuerdo a Margadant (1994) la intervención del virrey en materia judicial fue muy limitada, porque no obstante presidía la audiencia de México, si ésta fungía como tribunal el virrey no podía votar.

No cabe duda que entre todos los funcionarios, los de mayor jerarquía fueron los virreyes, sin embargo la influencia que alcanzaron la audiencia y sus oidores, prevaleció sobre aquéllos durante toda la fase virreinal:

“La cantidad de oidores creció con el transcurso del tiempo, estableciéndose una división de funcionarios subordinados (fiscales, cancilleres, alguaciles, un capellán, relatores, escribanos, etcétera). En materia penal, los casos más importantes se presentaron directamente ante la audiencia; en otros casos era tribunal de apelación. Además la audiencia decidía en relación con los recursos de fuerza de sentencias eclesiásticas. De ella dependían también diversos juzgados especiales (de la bula de la Santa Cruzada; de Bienes Difuntos, etcétera); además se encargaba de la vigilancia de los tribunales inferiores. No siempre dictaba la última palabra: a veces hubo apelación de sus sentencias ante el Consejo de Indias.” Margadant (1994, p. 69)

En cuanto a la Real Audiencia en la capital de la Nueva España, sus funcionarios en materia penal, fueron los siguientes:

“Los ministros menores (alcaldes del crimen) y abogados de la audiencia (fiscales) también ejercían considerable poder y autoridad. Los ministros menores fallaban los casos penales de la ciudad de México y atendían además los casos penales de apelación de las muchas ciudades y poblados del reino de la Nueva España. También era su deber hacer una ronda de vigilancia por la noches, como altos funcionarios policiacos. El abogado de asuntos penales (fiscal del crimen) representaba a la corona en los juicios penales, y como abogado protector de los indios (fiscal protector de indios) representaba las querellas indígenas en la Corte General de Indios.” (Arnold, 1991, p. 97)

Por debajo del virrey y de la audiencia, los funcionarios menores fueron, en las provincias, como jefe administrativo y también judicial, el gobernador; mientras que en las ciudades o distritos, lo fueron los alcaldes mayores o corregidores.

La clara diferenciación entre estos últimos se torna difícil, puesto que sus atribuciones se parecen mucho; según Gibson (1984): “La jerarquía fue

establecida a fines de la década de 1520 y en la década de 1530. Fue el organismo a través del cual se expresaron las órdenes reales.” (p. 286)

Para hablar del cabildo español e indígena, cabe mencionar que durante la Conquista de México, con los españoles llegaron también su cultura y su forma de organización política; de este modo, la génesis del municipio en México la encontramos en la fundación del ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz, por Cortés y sus adelantados.

Dentro de las primeras células políticas para la organización colonial, encontramos que: “El cabildo de tales arcaicas comunidades, compuesto de regidores que a su vez elegían a uno o más alcaldes, representaban el poder legislativo y judicial; para la seguridad pública y la ejecución de las sentencias penales había alguaciles.” (Margadant, 1994, p. 70)

Por una especie de mutación sui géneris, se fueron diversificando las funciones del cabildo colonial y ante esto, fue necesaria la creación de numerosos empleos, con carácter vitalicio y heredable, adjudicados en pública subasta entre aquellos que calificaron para aspirar a su adquisición, lo que se denominó venta de oficios.

Entre estos empleos del cabildo se ubica al de los alcaldes ordinarios, cuya función primordial era la de administrar justicia (civil y penal) de primera instancia; Margadant (1994. p. 72) en una concisa descripción, en cuanto a estas funciones precisas, dice: “Los cabildos mismos eran como pequeñas audiencias: les correspondían funciones judiciales, administrativas y legislativas („ordenanzas de cabildos’). Su función judicial era más bien de apelación, correspondiendo la primera instancia a los alcaldes ordinarios.”

La organización de la justicia en los cabildos españoles, dentro de las poblaciones urbanas, fue trasladándose hacia el campo, en donde generalmente se tuvieron los asentamientos humanos indígenas.

Como ya se ha dicho, el aniquilamiento de la población india, aunado a la dispersión de aquellos que voluntariamente se habían alejado de los centros de población refundados y españolados, produjo disposiciones que si bien fueron emitidas mucho antes de la Conquista de México, durante la fase insular de la Conquista, sirvieron de base para las llamadas Reducciones de Indios, que no eran otra cosa que la congregación forzosa de indios en nuevos centros de población, para hispanizarlos y cristianizarlos:

“Allí existían alcaldes indios, regidores indios, y algunos magistrados inferiores. Distrito por distrito, estas „reducciones de indios’ fueron vigiladas por funcionarios españoles, los „corregidores de indios’, que debían ser protectores de sus súbditos indios, pero que a menudo se convertían en instrumento de despojo y opresión.” (Margadant, 1994, p. 72)

Paralelamente a los cabildos indígenas, la oferta de justicia penal para los indios fue ampliada también, prácticamente desde el principio de la Conquista de México, mediante una legislación marcadamente tutelar promulgada por el Consejo de Indias, titulada Nuevas Leyes para el buen Tratamiento y Preservación de los Indios, en 1542: “El código se basaba en las premisas propuestas por Francisco de Vitoria, en dos conferencias pronunciadas en la Universidad de Salamanca en 1532, bajo el título De Indis et Jure Belli Relationes.” (Simpson, 1993, p. 68)

Pero en virtud de una coyuntura de carácter político, estas Nuevas Leyes no fueron puestas en vigor, ya que imponían la abolición de la

esclavitud; pero al cabo tuvieron su trascendencia, ya que don Antonio de Mendoza, el primer Virrey de la Nueva España, tratando de aliviar las demandas de la población india, concedía una audiencia semanal para escuchar sus querellas; proceder basado en aquellas Nuevas Leyes y que se hizo tradicional durante el resto del siglo XVI:

“Este modo de hacer justicia se estableció con tanta firmeza, y la presión de los asuntos indios era tan intensa, que en 1592 se fundó un tribunal especial para ocuparse de su administración, el Juzgado General de Indios, que durante doscientos treinta años sirvió de mediador entre las razas de la Nueva España.”
(Simpson, 1993, p. 70)

Los preceptos que rigieron la organización y mantenimiento de este Juzgado General de Indios, se consignaron en cédulas reales de 19 de abril de 1605 y 5 de octubre de 1606; respecto al funcionamiento de este tribunal, el maestro Margadant (1994) resume que:

“Este nuevo juzgado no excluía la competencia de los alcaldes mayores y corregidores: los indígenas estaban libres para optar entre estos órganos jurisdiccionales. Además desde 1591, la corona dispuso que a cada audiencia debía ser adscrito un ‘protector de indios’ (LI.6:6). Paralelamente, para aquellos litigios entre indios y españoles, que hubieran sido resueltos en primera instancia por corregidores o alcaldes mayores, hubo apelación ante la audiencia.” (p. 74)

Así las cosas, el Juzgado General de Indios subsistió desde su fundación hasta 1812, es decir, prácticamente durante toda la fase colonial española en México; fue suprimido en virtud de la publicación de la Constitución de Cádiz, del 30 de septiembre de 1812, pero fue reinstalado por el Virrey Calleja en 1814 (durante la suspensión de la Constitución de Cádiz),

por lo que permaneció en funciones hasta 1820, ante la inminente independencia novohispana de la Corona española.

Quizás el ejemplo más contundente de la especialidad de algunos tribunales durante el virreinato de la Nueva España, lo tengamos en el Tribunal de la Acordada, por haberse constituido como el caso de excepción dentro de la administración de justicia criminal, como se le llamó al derecho penal durante la colonia.

González de Cossío (1963), nos informa que este tribunal, tuvo su antecedente inmediato en la organización de la Santa Hermandad de la Acordada, con sede en el Ayuntamiento de la ciudad de Santiago de Querétaro, siguiendo el modelo español y surgió por la imperiosa necesidad de combatir la inseguridad en los caminos de la extensa provincia novohispana:

“La Santa Hermandad de la Acordada persiguió y castigó el crimen en los campos de la Nueva España durante más de dos siglos y medio; aunque sus funciones determináronse con más exactitud y se llevaron a cabo con mayor instancia en el siglo XVIII.” (, p. 129)

Esta hermandad funcionaba desde antes de manera espontánea y al tenor de la organización municipal, pero la Santa Hermandad de la Acordada se constituyó formalmente a partir del 27 de mayo de 1631.

La efectividad para dotar de seguridad a los caminos de su jurisdicción, por parte de la Santa Hermandad, pronto se vio apreciada por la Real Audiencia de México, ya que por un acuerdo de ésta, que data del año de 1710, se fundó el Tribunal de la Acordada; comenzando de inmediato sus

labores en caminos y despoblados, aún cuando la Cédula Real que aprobaba su creación formal llegó hasta 1722.

Debemos apuntar, antes de analizar la utilidad y trascendencia del Tribunal de la Acordada, que la Real Audiencia de México repudió haber tomado la iniciativa para la creación del tribunal de marras, en virtud de los serios problemas de jurisdicción que a la postre tendrían entre sí.

En claro esbozo de su naturaleza y funciones, el maestro Margadant (1994) nos dice que el fuero especial de la Acordada, se creó: “Para la represión de los salteadores, desde el 22 de mayo de 1722 el Tribunal de la Acordada, tribunal ambulatorio, independiente del virrey, que vigilaba por la seguridad en los caminos, procediendo mediante medidas sumarias y enérgicas contra los bandidos.” (p. 75)

Ciertamente, la Acordada tuvo una consigna muy clara: no importaba la casta o estrato social al que perteneciera el bandido, una vez aprehendido difícilmente escaparía; pues este tribunal ambulatorio, presidido por el juez y auxiliado por un escribano, sus comisarios, un sacerdote y el verdugo, se presentaban en las poblaciones, previo anuncio del clarín y el estandarte, realizaba juicio sumarísimo a los reos y su sentencia era ejecutada inmediatamente (aun la pena de muerte) por lo que el cadáver del delincuente, en su caso, era exhibido en el poblado para público escarmiento. Podemos decir que las atribuciones otorgadas al Tribunal de la Acordada, le convirtieron en el cuerpo judicial más poderoso del virreinato.

En este orden de ideas, las funciones para la impartición de justicia en el Virreinato de la Nueva España, se depositaron, paralelamente, en los tribunales ordinarios (con la Sala del Crimen como autoridad máxima) y en los

tribunales especiales (en este caso, el de la Acordada); sin que alguno de los dos tuviera jurisdicción exclusiva sobre las ofensas criminales, de acuerdo a MacLochlan, (1976, p. 143): “Legalmente, la Acordada tenía que determinar los delitos colocándolos de modo que cayeran dentro de la jurisdicción de que estaba investido el Tribunal, antes de iniciar un proceso.”

La materia principal sobre la que juzgó el Tribunal de la Acordada, fueron los delitos patrimoniales y los de sangre:

“El robo era una de los delitos mayores que perseguía la Acordada bajo la jurisdicción de la Hermandad. En algunos casos, las autoridades locales impugnaron la jurisdicción legal del Tribunal, incluso cuando el delito caía dentro de los perseguidos por la Acordada.” (MacLochlan, 1976, p. 154)

Dos factores influyeron definitivamente para la decadencia del Tribunal de la Acordada: la progresiva estabilidad en el control político-administrativo de las comunidades de la Nueva España y la obstrucción en su impartición de justicia por parte de las autoridades locales y la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México e inclusive en Guadalajara.

La institución que representó el Tribunal de la Acordada, durante cerca de doscientos años, fue suprimida al cambio de régimen que significó la Independencia de México.

Por último, abordaremos al Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, cuyos antecedentes ya hemos descrito en el capítulo precedente.

La creación de los tribunales de la inquisición en América, narra Medina (1987, p. 15):

“El monarca español no quiso dilatar por más tiempo conceder lo que sus católicos vasallos de América le pedían con tanta instancia, y como nada podía estar más en conformidad con sus propósitos que el establecimiento de los tribunales de la Inquisición en sus dominios de ultramar, apresuróse á dictar la real cédula, fecha 25 de Enero de 1569, que los creaba en México y Perú.”

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de la Nueva España, no tuvo un efecto tan nocivo para los indios mesoamericanos como lo tuvieron otras instituciones, tales como la encomienda o el repartimiento.

La actuación de este tribunal estuvo dirigida desde la Metrópoli, constituyéndose en el brazo político de la Corona, para reprimir a las minorías étnicas emigradas de Europa, así como a los individuos indeseables o peligrosos para los intereses políticos o económicos de la Corona española en América.

Azzolini (1993) señala como antecedente de la imposición de la inquisición en la Nueva España, a su implantación en España, desde el tiempo de los Reyes Católicos:

“La implantación de la Inquisición en España por parte de los Reyes Católicos, cuando la institución ya había declinado en el resto de Europa, se explica por la necesidad unificadora después de la Reconquista. La religión fue el instrumento para la consolidación del poder de la Corona.” (p. 26)

Como se ha dicho, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España, se constituyó en el brazo político para coadyuvar en la consolidación del Estado Español y posteriormente de sus dominios ultramarinos, en América; llegando a alcanzar una fuerza impensada. Simpson (1993, p. 190) lo describe así:

“La dificultad estaba en que el Santo Oficio, como parte de la maquinaria del gobierno, gozaba de poderes casi absolutos, y que las autoridades civiles ejercían muy escaso control sobre él, pues su más alto tribunal, el consejo Supremo de Madrid, sólo era responsable ante el monarca. El inquisidor y todo su personal, hasta el familiar más humilde, sólo estaban sometidos a la jurisdicción de la propia Inquisición, sistema que engreía a sus oficiales y los llevaba a cometer actos tiránicos sin impedimento alguno. Los familiares eran particularmente temidos, y ejercían como voluntarios sin sueldo. Vestidos con el uniforme protector de la Inquisición, ornado con la cruz verde, infestaban la sociedad entera. Inspiraban verdadero horror, pues bastaba su mera denuncia para que cualquier individuo pudiera ser arrastrado ante el tribunal y encarcelado, hecho que por sí mismo acarreaba las más calamitosas consecuencias para el buen nombre del inculpado, aún cuando nada peor le sucediera.”

En cuanto a la estructura del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en la Nueva España, Margadant (1994, p. 127) señala que: “Se componía de dos inquisidores y un acusador (fiscal); además, hubo delegados fuera de la ciudad de México. Su jurisdicción se extendía incluso a la Capitanía General de Guatemala, las Islas Barlovento y las Filipinas.”

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento de este tribunal, podemos decir que utilizó la tortura como método para la investigación de los delitos (pecados). Legalmente, la tortura estaba proscrita como castigo, pues se consideraba como medio de indagación; pero es de suponerse que esta distinción resultaba meramente académica para el acusado.

Respecto al tormento judicial, como un vestigio de las antiguas ordalías o juicios de Dios, se manifestó en la práctica del Santo Oficio en la Nueva España, Simpson (1993, p. 194) nos señala que: “Los métodos de tortura

variaban de un Santo Oficio a otro, pero los más comunes en la Nueva España eran el del agua y el torniquete.”

Se dice que el torniquete era un artefacto barato y eficaz; era una cuerda a la que se hacían nudos y después se enrollaba a brazos y piernas del interrogado, para retorcerla con un palo de modo que los nudos se hundieran en la carne; cinco vueltas de torniquete solían bastar para que la víctima soltara la lengua, pero si ésta se mostraba obstinada, se mojaba la cuerda, que se encogía, y, en consecuencia, intensificaba el dolor.

El torniquete, o la amenaza de aplicarlo, solían bastar para hacer “cantar” al testigo; pero en casos de extrema obstinación, el interrogado era atado al potro y se introducía en su garganta un embudo de cuero, a través del cual se vertía cierto número prescrito de jarros de agua fría.

Este tormento del agua era tan doloroso que pocos podían sufrirlo; pero de quienes lo resistían se decía que habían vencido el tormento y, en consecuencia, se les declaraba inocentes, a menos que la sospecha contra ellos fuera sostenida por otros testigos, como ocurría con frecuencia.

En el caso que el indiciado o el propio testigo se autoinculparan, solía imponerse la pena apropiada al delito, que iba desde usar el San Benito (túnica amarilla, realzada por una equis café y el gorro cónico) el servicio obligatorio en conventos y monasterios o inclusive la pena de muerte en la hoguera, pudiendo suavizarse ésta si, de último minuto, el reo se arrepentía pública y expresamente de los actos que motivaron la acusación (con lo que los aceptaba tácitamente) procediendo entonces el verdugo a ahorcarlo previamente a la incineración pública.

Pero las sentencias no cesaban en sus efectos con la ejecución pública del sentenciado, sino que se ampliaban hasta los familiares y descendientes de éste, por dos o tres generaciones, durante las cuales eran mal vistos y proscritos de los empleos públicos, cargando con el estigma social y el descrédito de haber sido parientes del condenado; lo que los convertía en verdaderos parias sociales. Un buen ejemplo de penas infamantes y trascendentales.

Dentro del procedimiento inquisitorial, observamos que al acusado nunca se le informaba de la naturaleza y causa de la acusación, mucho menos del delito; no se le proporcionaban el nombre de sus acusadores y por supuesto tampoco se le careaba con éstos; se le prohibía elegir libremente a su abogado defensor (so pena de vincular a éste con el delito o delitos materia del proceso) y las conversaciones entre ambos eran rigurosamente vigiladas; la incomunicación era común durante la indagatoria, pues en caso de no resultar contundente esta primera etapa, se sometía a tortura al acusado, interrogado simultáneamente en forma tan capciosa y en términos tan ambiguos que, a menos que fuese un individuo muy astuto, terminaba por admitir su culpabilidad, así como la de sus presuntos *cómplices*; está por demás señalar que el procedimiento carecía de recursos impugnatorios, por lo que podemos arribar a la conclusión de que la defensa era prácticamente nula. De acuerdo a Simpson (1993, p. 195)

“El procedimiento podía durar meses o años. Algunos procesos nunca llegaron a término, las más de las veces porque el acusado moría durante el tormento. En verdad, la pesada maquinaria del Santo Oficio era tan lenta que en su época de mayor actividad evacuaba un promedio de sólo treinta y cuatro procesos por año.”

Por otra parte, las conductas típicas más perseguidas por la Inquisición en la Nueva España, fueron: la blasfemia; la herejía (idolatría indígena, judaísmo, luteranismo y calvinismo); las que atentaban contra la moralidad sexual (adulterio, fornicación, sodomía, pederastía, bigamia, etcétera).

Según Margadant (1994) aunque se ha satanizado mucho al Santo Oficio, los efectos de su actuación no se hicieron sentir entre la gente común, más bien se redujeron a ir en contra de aquellos que se metían en política y carecía de algún pariente dentro de dicha institución:

“La reputación que tuvo la Inquisición novohispánica no era muy mala; en primer lugar, no molestaba a los indios, desde la indignación causada por la ejecución del cacique de Texcoco, procesado en 1539, por herejía; en segundo lugar, varios de sus jueces eran ejemplos de integridad; en tercer lugar, los heterodoxos religiosos tenían a menudo también sus ideas heterodoxas en materia política, de manera que „los de arriba’ vieron con buenos ojos la ayuda prestada por la Inquisición para conservar la Nueva España segura para sus privilegios.” (p. 127)

A pesar del alto valor de los servicios prestados a la corona española por la Inquisición, ésta se fue convirtiendo en una institución anacrónica. De acuerdo a Simpson (1993): “Las últimas chispas de su antiguo fuego ardieron en 1811 y 1815, cuando se juzgó a los dos curas insurgentes, Miguel Hidalgo y José María Morelos, acusados de traición, blasfemia, herejía y otros delitos.” (p. 197)

Finalmente, algunas de las características generales de la justicia penal colonial, son: Alto contenido casuístico de la ley penal; existió cierta confusión de materias sustantivas y adjetivas; no se distinguía entre los delitos dolosos;

hacía diferencia sobre la responsabilidad de autores, cómplices e instigadores; normas penales impregnadas de un contenido religioso, confundiendo al delito con el pecado, lo que produjo que ciertas conductas (como adulterio, bigamia, homicidio) pudieran ser juzgadas por tribunales civiles como por tribunales eclesiásticos; ni los tormentos ni la cárcel se impusieron como pena, pero formaban de la investigación de los delitos.

Al respecto, Azzolini (1993) sintetiza:

“Es posible concluir que si bien el sistema de justicia penal colonial fue burocrático, lento y en ocasiones inequitativo, también es cierto que examinaban detenidamente todas las circunstancias en que se había cometido el delito. El juez ejercía una especie de discreción salomónica para resolver cada caso particular.” (p. 25)

2.2.4 Don Manuel de Lardizábal y Uribe.

Enseguida abriremos un pequeño espacio para mencionar la obra de don Manuel de Lardizábal y Uribe, a quien se considera el primer penalista de la América española; y a quien se atribuye haber participado en la creación de un proyecto de código penal, cuya promulgación nunca ocurrió.

Acerca de Lardizábal Carrancá y Trujillo (1999, p. 119) menciona: “Durante el reinado de Carlos III tocó a su Consejero, el mexicano don Miguel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), formular un Proyecto de Código Penal, primero en el mundo, que por desgracia no llegó a ser promulgado.”

Con el cargo de Alcalde del Crimen e Hijosdalgo de la Real Chansillería de Granada, Lardizábal colaboró en la redacción de un proyecto de Código

Penal para España, sobre el particular, Blasco y Fernández de Moreda (1957) narra que:

“Por real oficio, datado en 1776, se encargó a don Manuel de Lardizábal que formase un extracto puntual y circunstanciado de todas las leyes penales que se habían publicado, en los principales Cuerpos del Derecho Patrio, desde la dominación de los godos hasta entonces. Lardizábal desempeñó puntualmente el mandato, concluyó y presentó su trabajo, y el Consejo mandó pasara a la Sala de Alcaldes para su examen y corrección. Lo expuesto, ha dado motivo a ciertos escritores para afirmar que don Manuel de Lardizábal llegó a redactar un proyecto de Código penal –que fuera el primero de los conocidos-, habiéndose hablado incluso del número de libros en que se dividía y de la materia que cada uno de ellos abarcaba.” (p. 27)

No obstante, ese trabajo preparatorio de investigación del proyecto de código penal español, sirvió de base para la elaboración de la Novísima Recopilación, publicada hacia 1805.

Asimismo, don Manuel de Lardizábal y Uribe (1782/1982) siguiendo el pensamiento de Beccaria, elaboró un *Discurso sobre las penas*, como muchos otros en toda la Europa Ilustrada de aquella época:

“La figura principal de los penalistas españoles de la Ilustración fue don Manuel de Lardizábal y Uribe. Acepta la tesis del contrato social, pero trata de conciliarla con sus creencias cristianas. Admite el principio de legalidad de los delitos y de las penas y rechaza el arbitrio judicial. La influencia de Lardizábal en el Código Penal de 1822 fue muy escasa. Ha triunfado ya entonces la revolución liberal y el pensamiento de Lardizábal, característico de la Ilustración resulta demasiado moderado. Políticamente está marginado, además, por haberse significado en favor del principio de la monarquía absoluta.” (Cerezo Mir, 1976, p. 75)

Lardizábal se manifestó a favor del principio de la monarquía absoluta, en un tiempo de gran controversia al respecto; aunque Blasco y Fernández de Moreda (1957), señala que:

“La muerte, piadosa, va a ahorrarle la obligación de plantearse en conciencia el dilema de optar –como si pudiera tratarse de dos términos antagónicos- entre su condición de mexicano y la de español, cuando México, lograda su independencia, rompe los últimos lazos que le sometían a la Metrópoli.” (p. 31)

CAPÍTULO 3

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE

México nació a la vida independiente, después que sus clases sociales se enfrascaron en una revolución fratricida, colofón para trescientos años de coloniaje; lapso en el que las diferencias entre criollos ilustrados, peninsulares poderosos e indígenas subyugados, se ahondaron.

Sería el grito de Dolores el detonador de la revolución por la independencia, aún cuando sus antecedentes inmediatos los encontramos en diversos motines y sublevaciones del siglo XVIII; y a partir de esta revolución, vendrían cambios trascendentales para la construcción del país durante los siguientes cien años.

Vista con el rigor del análisis histórico, la falta de organización y la dispersión de las fuerzas emancipadoras de la América mexicana, contaron a lo largo de la guerra de Independencia con las mejores aliadas para lograr la victoria: la coyuntura política y la buena fortuna.

En ese contexto, es importante abordar los antecedentes legislativos sobre el cuerpo del delito en esta etapa, porque a partir de la independencia de México, se empieza a conformar un sistema legal sin influencia del imperio español, pero influidos invariablemente por las diferentes escuelas penales.

3.1 La forja de una nación.

Algunos de los factores que influyeron para que diera inicio la guerra de independencia en la Nueva España, de acuerdo a Margadant (1994) son los siguientes:

“La abdicación de Carlos IV a favor de su hijo Fernando VII (1808); el rapto de éste por Napoleón Bonaparte y los arreglos de renuncia forzada a favor de José Bonaparte (“Pepe Botella”); los conceptos ideológicos de la Ilustración, difundidos entre los criollos novohispanos; la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1781); la adopción de las ideas emanadas de la Revolución Francesa (1789-1799); el monopolio del poder político de la Nueva España por parte de los españoles (peninsulares) en perjuicio de los intereses de los criollos; el impulso de la idea libertaria por parte de masones, judíos y los antiguos jesuitas, inclusive; hasta la obra del naturalista y geógrafo alemán Alexander Von Humbolt, en la que potenciaba desmesuradamente los recursos naturales y la riqueza biológica de la Nueva España.” (p. 142)

El movimiento independentista continuó su lucha en forma intermitente y un tanto desarticulada; de hecho la Independencia de México sobrevino en un momento en que la insurrección había sido prácticamente exterminada y mediante la intervención de Agustín de Iturbide, quien obtuvo para sí el honor de ser el primer jefe de gobierno del México independiente, primero como presidente de la regencia y luego como emperador.

Previo a la llegada del último virrey, don Juan de O’Donojú, Iturbide había proclamado la emancipación del Imperio Mexicano a través del llamado Plan de Iguala; luego, firmaría con O’Donojú los Tratados de Córdoba, que para el Ejército Trigarante constituían el reconocimiento legal de la Corona Española de la independencia mexicana, aún cuando el virrey los signara sin la autorización del gobierno que representaba.

A grandes rasgos, las actuaciones de O’Donojú e Iturbide, sobre este hecho en particular, Anna (1991) los sintetiza así:

“O’Donojú, creía que estaba salvando al rico reino de la Nueva España para la dinastía de los Borbones de España. Desde la perspectiva de Iturbide, el tratado con el supremo jefe político español ponía fin a la larga revolución intestina mediante un acuerdo diplomático en lugar de continuar la guerra civil.” (p. 13)

De lo anterior, se desprende que la forja de la nación mexicana, al menos en el terreno de las leyes, comienza precisamente con la firma de los Tratados de Córdoba:

“Decretada la Independencia a partir del Acta de 28 de septiembre de 1821, publicada el 6 de octubre del mismo año, regían en México como disposiciones propias, los preceptos del Plan de Iguala, del Tratado de Córdoba y, en parte, la Constitución de Cádiz, así como el resto de las leyes que nos regían y siguieron rigiendo, en parte también, eran las vigentes en ese momento en España y las expedidas para las llamadas Indias Occidentales.” (Cárdenas, 1985, p. 317)

A partir de entonces y durante los primeros años, la materia penal fue soslayada del ejercicio legislativo, en virtud de ser prioritaria la elaboración de normas políticas y administrativas que nos dotaran de la estructura indispensable para soportar las instituciones jurídicas y judiciales que atendieran la materia criminal, como se le llamaba entonces.

Sobre este aspecto, Roa Barcena, en su Manual Razonado de Práctica Criminal y Médico-Legal Forense Mexicana (1860, citado por García Ramírez, 1998, p.3) explica:

“El orden de aplicación de leyes era el siguiente: Disposiciones de los Congresos Mexicanos; Decretos de las Cortes de España: Cédulas y Órdenes posteriores a la Edición de la Novísima Recopilación; Fuero Real y Siete Partidas. En los estados se atendía, primero a lo estipulado por sus propias legislaturas.”

No fue sino hasta el Segundo Congreso Constituyente, el 4 de octubre de 1824, con las reyertas políticas en su apogeo, luego de meses de trabajo y la lección aprendida sobre los errores del Primer Congreso Constituyente, que se dictaron unas Reglas Generales en materia de administración de justicia, a las que deberían sujetarse los Estados integrantes de la Federación y sus Territorios; por lo que a este trabajo interesa, en los siguientes términos:

“145. En cada uno de los Estados de la Federación se prestará entera fe y crédito á los actos, registros y procedimientos de los jueces y demás autoridades de los otros Estados. El congreso general uniformará las leyes, según las que deberán probarse dichos actos, registros y procedimientos.

150. Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente.

151. Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas.”
(Cárdenas, 1985, p. 333)

La Constitución Política de 1824, no gozó de una larga vigencia, gracias a la inestabilidad política, porque de acuerdo a Anna (1991, p. 252): “Los primeros 50 años posteriores a la independencia estuvieron marcados por un conflicto político persistente.”

Es decir que durante medio siglo, desde la Constitución de 1824 y hasta la pacificación porfirista de 1876, los mexicanos fueron incapaces de dotarse por sí mismos de una estabilidad política mediante la legalidad. No obstante, las legislaturas locales se encargaron de dar el primer paso en la construcción de leyes en materia penal; García Ramírez (1990, p. 10) anota: “El primer proyecto penal de la etapa soberana fue el Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México, de 1831. (...) Por decreto del 28 de abril de 1835, se expidió el Código Penal de Veracruz.”

Del primer proyecto penal mexiquense no llegó a promulgarse; mientras que el Código Penal veracruzano, fue ratificado posteriormente y permaneció en vigor hasta ser abrogado por el Código Penal Corona.

Ahora bien, para Colín Sánchez (1998) de entre las Siete Leyes Constitucionales de 1836, en el capítulo titulado “Previsiones Generales sobre la Administración de justicia en lo Civil y en lo Criminal”, se decretó lo siguiente:

“Para proceder a la prisión se requiere: I. Que proceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal. II. Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal.” (p. 56)

Cabe mencionar, que mientras continuaba la convulsión política y social en la incipiente nación, se crearon posteriormente las Bases orgánicas de la república mexicana, de 1843, en las que de acuerdo al propio autor (Colín Sánchez, 1998, p. 56) se exigió para las aprehensiones un mandato judicial y se restringió la detención de personas, para autoridad política, a treinta días y respecto a los jueces, de cinco, para declarar al inculpado “bien preso”.

De esta forma llegamos a mediados del siglo XIX, que es cuando se aprecia la configuración formal del juicio criminal, dividido en dos partes: la sumaria, especie de juicio informativo; y la plenaria, proceso parecido al ordinario civil.

En esa época, el propósito fundamental del juicio criminal fue probar la existencia del delito y se acuña desde entonces el concepto de cuerpo del delito; como lo señala Rodríguez de San Miguel (1850/1978):

“La existencia del delito es, por decirlo así, la base de todo procedimiento criminal; en tales términos, que aun cuando uno confesare haberlo cometido, sería nulo o vano su aserto, si no se comprobase legítimamente la existencia del mismo. Consistiendo, pues, dicho cuerpo del delito en la efectiva o material ejecución de un hecho criminal.” (p. 428)

A partir del derrocamiento y exilio de Antonio López de Santa Anna, las disputas políticas que antes se resolvían por medio de las armas, comenzaron a dirimirse en un campo de batalla diferente, el intelectual:

“El dictador se enfrentaba a algo que no sabía controlar ni entender: una guerra de ideas, una revuelta contra el concepto estúpido, sofocante y retrógrado de que el destino de un pueblo podía ser dirigido para siempre por un puñado de hombres resueltos y armados.” (Simpson, 1993, p. 254)

Los liberales vencieron en la lucha de ideas, arribó al poder un grupo de políticos e intelectuales, encabezados por Benito Juárez García, que prepararían el camino para una gran reforma legislativa, monumental y sin precedentes; pero como preludio a las Leyes de Reforma, surge la primera Constitución Política que dota de una estructura firme a la vida política nacional y presenta el marco legal indispensable para la creación de leyes que atendieran a las urgentes necesidades de orden y seguridad jurídica.

De acuerdo con Cárdenas (1985, p. 336): “En los esquemas de nuestra formación, se dan otros proyectos de Constituciones, como los de 15 de mayo y 16 de junio de 1856, hasta llegar a nuestra Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857.”

La Constitución Política de 1857, es la piedra angular sobre la cual se edificó al derecho penal en México, porque dentro de esta constitución

federalista, se establecieron el principio de irretroactividad de la ley penal y el dogma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, que significa que no hay delito, ni pena, sin ley: “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado; sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicables a él.” (Colín Sánchez, 1998, p. 57)

Aunque ya se tenían estos principios en la Constitución, las pugnas intestinas entre las facciones liberales, durante el periodo comprendido entre las Leyes de Reforma y la Restauración de la República, dificultaban la expedición de códigos; sin embargo, se integraron comisiones para su redacción.

La comisión nombrada para la elaboración de un Código Penal, estuvo integrada por don Urbano Fonseca, don Antonio Martínez de Castro, Manuel M. Zamacona, José María Herrera y Carlos María Zapata, en el año de 1861.

Por desgracia, esta comisión quedó desintegrada luego de los graves conflictos internacionales sufridos por cuestiones de índole económica que, con el auxilio del Partido Conservador, culminó en la implantación del Segundo Imperio, encabezado por el Archiduque Maximiliano de Austria, perteneciente a la Casa de los Habsburgo europeos.

En esta etapa, según García Ramírez (1990): “Se previó la redacción de un código penal, encomendado a Teodosio Lares, Urbano Fonseca y Juan B. Herrera. Se ordenó la traducción y se quiso la vigencia de los códigos franceses de instrucción criminal y penal, de 1865 y 1866.” (p. 10)

Las pretensiones imperiales no cristalizaron y el llamado Código Lares, lo mismo que los códigos franceses, no fueron puestos en vigor.

Maximiliano I se entregó a las fuerzas liberales en la ciudad de Querétaro, una vez que las tropas francesas que resguardaban el imperio habían sido retiradas por Napoleón III; con ello, Juárez, quien contó con el apoyo del gobierno estadounidense de Abraham Lincoln, concretamente para forzar la retirada de las tropas francesas, ganó la contienda al imperialismo francés y restauró la República.

Durante este periodo México tuvo la que quizás haya sido su más auténtica vida republicana; se abandona la concordancia legislativa que había experimentado la joven nación hasta entonces. Esto, queda de manifiesto, por lo que a este trabajo interesa, cuando las Legislaturas Locales, en ejercicio de su soberanía, crearon y promulgaron sus códigos penales estatales:

“El Estado de Veracruz fue el primero en el país que a partir de entonces llegó a poner en vigor sus códigos propios Civil, Penal y de Procedimientos, el 5 de mayo de 1869; obra jurídica de la más alta importancia sin duda, cualesquiera que fueran sus defectos técnicos, y en la que se reveló la personalidad del licenciado don Fernando J. Corona, su principal realizador. De esta suerte quedó rota la unidad legislativa en que hasta entonces había vivido la nación mexicana.” (Carrancá y Trujillo, 1999, p. 123)

Asimismo, por lo que respecta a nuestra investigación, entre los llamados Códigos Corona, el correspondiente a la materia penal, poseyó las siguientes características:

“El Código Penal Corona se distribuyó en tres libros: el primero se dedicaba a los delitos y a las penas en general; el segundo, a los delitos contra la sociedad, y el tercero, a los delitos contra los particulares y las propiedades. Quedaron consagrados los principios de irretroactividad penal (artículo 3), y *nullum crimen nulla poena sine lege* (artículos 3 y 4).” (García Ramírez, 1990, p. 11)

Además, señalamos al Código Penal Corona, porque al decir de Zaffaroni, citado por Azzolini (1993, p. 31): “Este Código es más acorde a la ideología de la Constitución de 1857 que el propio Código Federal de 1871.”

Es así que, a partir del último tercio del siglo XIX, se adoptaron en México, los principios del derecho penal humanitario y científico, representados por la adopción de la Escuela Clásica, cuyas características hemos tratado ampliamente en el capítulo precedente; esta característica dogmática en los códigos, aunada a la supresión de fueros y otras leyes reformistas consagradas por el Constituyente de 1857, señalan denodadamente la intención de romper los vínculos persistentes con la legislación colonial española.

Se puede concluir que la forja de una nación, la mexicana, se dio a lo largo de dos tercios del siglo XIX, transcurriendo entre periodos sangrientos de convulsión social y política, pero que no impidieron consolidar al derecho penal en México.

3.2 El Código Martínez de Castro (1871).

Una vez restaurada la República, hacia el año de 1867, el Presidente Juárez encomendó al licenciado don Antonio Martínez de Castro la reorganización de la Comisión Redactora del Código Penal; esta comisión ya trabajaba en la redacción del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la República en materia federal, desde el 6 de octubre de 1862, del que realizaron el proyecto del Libro I, cuando sus trabajos fueron interrumpidos por la revuelta militar contra el Segundo Imperio.

Durante una época netamente juarista, los frutos de la actividad legislativa en México fueron profusos y diversos, desde la República Restaurada hasta la promulgación del primer Código Penal Federal, de 1871; destacándose en el interludio, la puesta en vigor de los códigos penales veracruzano y oaxaqueño.

La comisión redactora de ese primer Código Penal Federal, estuvo compuesta por Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortíz de Montellano y Manuel M. de Zamacona, con el cargo de Presidente el primero de los nombrados y con el de vocales los restantes. Juntos iniciaron los trabajos de redacción al punto donde los había dejado la comisión predecesora, en tanto se consolidaba poco a poco la pacificación del país:

“Los trabajos se llevaron adelante y, favorecidos por la promulgación del Código español de 1870, que se adoptó como patrón, el 7 de diciembre de 1871 fue terminado y aprobado el Código que había de regir en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California, sobre los delitos del fuero común, y en toda la República sobre los delitos contra la Federación. Entró en vigor el 1º de abril de 1872.” (Villalobos, 1975, p. 114)

A este instrumento legal se le conoce como Código Martínez de Castro, debido a la exposición de motivos, suscrita por Antonio Martínez de Castro el 15 de marzo de 1871; y se le considera como el primer código penal mexicano moderno, porque se adhiere a una postura codificadora que recién se difundía por el mundo y que adoptó las orientaciones de la Escuela Clásica.

En cuanto al aspecto dogmático del Código Penal de 1871, el maestro Carrancá (1999) señala que:

“Se guió por Ortolán para la parte general (Libros I y II) y por Chauveau y Hélie para la especial (Libro III). Responde así, el c.p. 1871, a su época: clasicismo penal con acusados retoques de correccionalismo. La fundamentación clásica del código se percibe claramente. Conjugaba la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (art. 34 fr. I).” (p. 124)

Por su parte, Díaz Aranda (2000) sintetiza:

“Dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo de delito culposo son iguales, pues a ese nivel sólo se analizan la acción, la causalidad y el resultado. Es en la culpabilidad, entonces, donde se analizaba si se trataba, utilizando la terminología de la época, de un delito intencional o de uno imprudente.” (p. 9)

Por lo que concierne a nuestra investigación, de acuerdo a García Ramírez (1990) en el código de marras se establecieron algunas garantías de legalidad, entre las que destacan:

“Presunción de inocencia del acusado, mientras no se pruebe que cometió el delito (artículo 8); la aplicación de las penas corresponde exclusivamente a la autoridad judicial (artículo 180), que no puede aumentarlas, disminuirlas, agravarlas, atenuarlas o añadirles alguna circunstancia, salvo autorización o prevención de la ley (artículo 181).” (p. 12)

La presunción de inocencia, confirma que el Código Martínez de Castro inscribió al derecho penal en México hacia un franco humanismo; y, respecto a la fuerte taxativa al arbitrio judicial, en la que subyace el dogma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, es una institución que permanece en la legislación subsecuente, hasta su adopción por el Código Penal de 1931.

El Código Penal de 1871 que analizamos, definió al delito como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda (artículo 4); se hizo distinción entre los delitos intencionales y los de culpa (artículo 6); también se determinó la presunción legal de dolo, en sus artículos 9 y 10.

Las normas sustantivas del Código Martínez de Castro, requerían para su aplicación de la legislación procesal correspondiente, misma que contenía la figura del cuerpo del delito, aunque sin definir expresamente; al respecto Colín Sánchez (1998) explica:

“Expedido el código mencionado, era necesaria una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, y después de muchas vicisitudes, se pronunció el primer Código de Procedimientos Penales en el medio mexicano, el de 1880. De sus disposiciones, se advierte la tendencia marcada hacia un sistema mixto de enjuiciamiento: cuerpo del delito, búsqueda y aportación de pruebas.” (p. 59)

Por otra parte, este código concordaba con otras corrientes del pensamiento en material penal, como lo señala Azzolini (1993):

“El Código de 1871 se enmarca en el positivismo filosófico de corte Spenceriano imperante en el México de la época. Era el instrumento de „orden’ necesario, dado que la realidad de la sociedad mexicana no estaba todavía apta para las libertades de la Constitución de 1857.” (33)

Cabe resaltar que, a pesar de haberse promulgado el Código Penal de 1871 bajo la advertencia del presidente de la comisión redactora, de tratarse de un ordenamiento meramente provisional, haciendo hincapié, incluso, que aun el simple transcurso del tiempo vuelve inadecuada una ley, al variar la situación del pueblo para el que se dictó, el código en comento disfrutó de una

prolongada vigencia, hasta ser abrogado por el diverso Código Penal de 1929.

En otras palabras, la vigencia del código Martínez de Castro, ocurrió simultáneamente a la dictadura militar de las postrimerías del siglo XIX y los albores del XX (1876 – 1911), es decir, con el porfiriato.

Sin embargo, este régimen contó con un sistema de gobierno tan severo y un orden punitivo tan sanguinario, concebidos por el dictador, que hubiesen escandalizado al propio Dracón.

Cabe mencionar que con Porfirio Díaz, germinó en México una nueva clase social y política: los gobernadores y los hacendados, que en muchos casos eran una misma persona; éstos convirtieron al campo mexicano en una especie de estados *cuasi* feudales, con la complacencia del dictador, al grado de creerse dueños perpetuos de vidas y haciendas, utilizando métodos consuetudinarios para aplicar su propio derecho punitivo, y contraviniendo en consecuencia todo orden de derecho, incluido el Código Martínez de Castro.

Un buen ejemplo de esta justicia penal porfirista, es la irrefutable existencia de los perennes cacicazgos locales, de gobernadores tan longevos como el propio Díaz; Krauze (1987, p. 32) cita algunos: el Coronel Próspero Cahuatzi, gobernó Tlaxcala durante todo el porfiriato; el General Aristeo Mercado en Michoacán, por más de 25 años; el General Bernardo Reyes en Nuevo León por casi 25 años; los Generales Francisco Cañedo en Sinaloa, Abraham Bandala en Tabasco y Pedro Rodríguez en Hidalgo, gobernaron, respectivamente, durante más de 20 años.

Coexistiendo con un código penal de vanguardia, nos informa Krauze (1987) que el México rural durante el porfiriato fue burdamente pacificado, ante cualquier brote de inconformidad, mediante un cuerpo de hombres armados hasta los dientes, instituido en tiempos de Juárez y consolidado en el porfiriato: los rurales; reclutados eventualmente entre los propios bandoleros y temidos, porque tenían licencia del régimen para matar: “Fue un cuerpo tristemente célebre (enterrar a un prisionero hasta el cuello y pasarle encima el caballo era castigo común)” (p. 33).

Ahora bien, desde el punto de vista formal, el régimen de Porfirio Díaz se asentó sobre la base filosófica y social del positivismo, corriente del pensamiento introducida por José María Luis Mora, siendo su portavoz más notable Gabino Barreda: “Emancipación científica, emancipación religiosa, emancipación política, había dicho Barreda, halagando a los viejos jacobinos y tendiéndoles un puente agradable sobre lo pasado.” (Valadés, 1987, p. 390).

Hacia la última década del siglo XIX, el afrancesamiento del régimen resultaba evidente: “Desde la década de 1890, los ‘científicos’ alrededor del dictador (su ‘caballada’), inspirados en el positivismo de Augusto Comte empezaron a dar un nuevo sabor cultural, muy europeizado, al porfirismo.” (Margadant, 1994, p. 186).

Un nuevo código de procedimientos penales sustituyó al de 1880, el seis de junio de 1894, y éste sí, en su artículo 104, determinó que todos los delitos que no tuvieran señalada una prueba especial, se justificarían con la comprobación de todos los elementos que lo constituyen, según la clasificación que de ellos hiciera el código penal (Bermúdez Molina, 1996).

No obstante, el orden del positivismo no fue suficiente para alcanzar la continuidad del régimen; fueron la ausencia de una justicia social y la falta de una verdadera justicia penal (entre otros factores), los que llevaron de la agitación social a la disidencia política, y de ésta a la revolución social, a la guerra civil.

La efervescencia política subió de tono y detonó la primera revolución social del siglo XX; entre tanto, el derecho penal en México, iba a la zaga de la dinámica social, parafraseando a don Luis Chico Goerne, citado por Carrancá y Trujillo (1999, p. 127), andaba apoyándose en muletas.

3.3 El proyecto de reformas de 1912.

La Revolución Mexicana iniciada en 1910, atravesó por tres estadios o periodos, a saber: destructivo, reformista y de consolidación.

Bajo esta premisa, apuntemos que el proyecto de reformas para el código penal de 1912 careció de la trascendencia que se esperaba cuando se creó la comisión redactora respectiva, en virtud de que nuestro país se encontraba en plena lucha fratricida; es decir, en vísperas de la etapa destructiva de la Revolución Mexicana.

No obstante, este proyecto posee algunos otros aspectos que deben ser tomados en cuenta por la sistemática histórica que hemos planteado, y de los que hablaremos enseguida.

Así, en medio de la convulsión revolucionaria, al borde de la anarquía, se presentó un proyecto de reformas al Código Martínez de Castro, publicado

en 1912; aún cuando la comisión revisora fue designada al efecto desde 1903 por el propio Porfirio Díaz, en la cúspide de la dictadura.

Para su publicación, en su amplia exposición de motivos, don Miguel S. Macedo, citado por Carrancá y Trujillo (1999), el presidente de dicha comisión, expresó que ésta:

“Tomó como base de su labor respetar los principios generales del código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones, cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente –tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vicios que han podido notarse en el texto del código, por más que no afecten sus sistema.” (p.125)

Este fragmento, expresa en síntesis la labor revisora que se ostenta con modestia, hermosa desde el punto de vista meramente formal, pero lejana de la convulsionada realidad del México de principios del siglo XX.

Jiménez de Azúa, citado por Reynoso Dávila (1986) acerca del proyecto opina: “El proyecto es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político-criminal bastante certero, revelado por medidas asegurativas eficaces” (p. 116).

Resaltemos el tino del omnisciente patriarca Ejecutivo, al ordenar los trabajos de revisión del Código Martínez de Castro, cuyo resultado no atestiguó, gracias al destierro forzado en el que finalmente murió.

En otras palabras, los trabajos de revisión del Código Penal de 1871, ocurrieron entre tumultos y cuartelazos: desde el Plan de San Luís y hasta el de Guadalupe; los consabidos Planes para justificar sublevaciones al poder legítimo o de facto que cambió de cuando en cuando entre las facciones en disputa por dirigir los destinos de la nación.

Así pues, sometido a una revisión que no fue integral o de fondo, el Código Martínez de Castro de 1871 mantuvo su vigencia.

3.4 El Código Penal de 1929.

Resulta incuestionable que los ideales que animaron la revolución mexicana, cristalizaron con el Congreso Constituyente celebrado en la ciudad de Santiago de Querétaro entre 1916 y 1917; a cuyo término, el 5 de febrero de 1917, se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor.

Sobre el nacimiento de la vida institucional mexicana, Meyer (2003) opina:

“Al iniciarse el régimen político mexicano del siglo XX, la legitimidad del sistema de autoridad residió en el triunfo revolucionario y en la aceptación, explícita o tácita, por parte de la mayoría de la población del proyecto de país de las nuevas élites: un México más justo, integrado, democrático, independiente y nacionalista, enmarcado por un verdadero estado de derecho. Al menos eso era lo que implicaba la Constitución de 1917.” (p. 21)

Respecto al tema de nuestra investigación, de acuerdo a Urosa Ramírez (2004):

“En México comenzó a conformarse la noción de Cuerpo del Delito sobre bases garantistas y fue hasta la Constitución de 1917 en que por primera vez aparece en el artículo 19 como una de las condiciones de fondo para el dictado de un auto de formal prisión.” (p. 107)

El texto original del primer párrafo del artículo 19 en mención, por lo que a esta investigación interesa, fue del tenor literal siguiente:

“Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder el término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa; los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito, y hacer probable la responsabilidad del acusado.” (Tena Ramírez, 1980, p. 823)

No obstante que la comprobación del cuerpo del delito para el dictado del auto de formal prisión, ya se encontraba elevada a rango constitucional, habría que esperar el restablecimiento de la paz pública para la elaboración de y promulgación de la legislación secundaria correspondiente.

Al respecto, Pavón Vasconcelos (1999), precisa:

“De nueva cuenta, a partir de 1925 se designa por el Sr. Presidente de la República, una nueva comisión que en 1926 queda definitivamente integrada por José Almaraz, Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño y Manuel Ramos Estrada, misma que concluyó sus trabajos, y el Presidente Emilio Portes Gil, en uso de sus facultades extraordinarias concedidas por el congreso, por Decreto de 9 de febrero de 1929, dando vida legal, el 30 de septiembre del mismo año, al Código Penal de 1929, conocido como Código Almaraz, el cual consta de 1228 artículos, sin contar los transitorios, que se agrupan en tres libros precedidos de un título preliminar, los

que se ocupan de: Principios Generales; Reglas sobre Responsabilidades y Sanciones (primero); De la Reparación del daño (segundo), y De los Tipos legales de los Delitos (tercero).” (p. 78)

El contenido dogmático del Código fue expuesto por el licenciado Luís Chico Goerne, en una serie de conferencias, realizadas el 15 de diciembre de 1929, de Reynoso Dávila (1992, p. 116), extraemos este fragmento:

“Se trataba de convertir en norma a la vida mexicana y no encerrarla en un molde preformado. No interesan los actos sino los hombres y por eso era una obra referente al delincuente, ya que éste es el tema central de la ciencia penal, pues desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción sobre el criminal, la única justa y la única científica.”

Objeto de múltiples críticas, al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal y Territorios Federales, conocido comúnmente como Código Almaraz, se le presentó atribuyéndole una inclinación positivista, aunque en realidad no se apartó radicalmente del Código Martínez de Castro.

Sin contar propiamente con una exposición de motivos, la elaborada por el licenciado Almaraz, se publicó con posterioridad a la derogación del código; al respecto Meza Fonseca (1999, p. 288) señala:

“José Almaraz, expuso que: “Las diferentes escuelas informan, como es natural, los Códigos penales, de acuerdo con la doctrina que profesan sus autores. El Código penal mexicano de 1871, decía, está fundado en los principios de justicia absoluta y de la utilidad social, al decir de sus redactores y pertenece a la Escuela Clásica.”, en relación al Código de 1929, agregó Almaraz que “La comisión acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva. Esta

Escuela basa el ius puniendo en la reacción del grupo social que se defiende y considera al delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales.”

Respecto al Código de Almaraz, Malo Camacho opina:

“Aun cuando fue el primer ordenamiento penal del periodo posrevolucionario, no recibió la ideología de esta última, y propuso un ordenamiento jurídico penal, bastante casuista, influido por el positivismo criminológico, que intentaba depuradamente llevar a la práctica el pensamiento y las enseñanzas de Ferri y Garófalo, perdiendo de vista que el marco histórico, con su contenido de filosofía social y político, era completamente distinto.” (2000, p. 162)

Sobre otras críticas, Carrancá y Trujillo (1999, p. 128) apunta: “Muy al contrario del c.p. 1871, el de 1929 padece de graves deficiencias de redacción y estructura, de constantes reenvíos, de duplicidad de conceptos y hasta de contradicciones flagrantes, todo lo cual dificultó su aplicación práctica.”

La manifiesta oposición a la escuela clásica, el empecinamiento por imponer un contenido dogmático afiliado a la escuela positivista y todas deficiencias que se le imputaron, explican la necesidad de sustituir al Código Almaraz, que estuvo en vigor sólo año y medio.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1929, que articuló al Código Almaraz, corrió la misma suerte que éste, pues no gozó de amplia vigencia; Colín Sánchez (1998) lo describe así: “La falta de congruencia, su inoperancia y muchos defectos que contenía dicha legislación dieron lugar a que fuera sustituida, el 27 de agosto de 1931, por el Código de Procedimientos Penales, vigente en el Distrito Federal.” (p. 60)

Sirva, a manera de colofón, la crítica de Meza Fonseca (1999): “En México, nuestros penalistas no discutían dogmática, estaban enfrascados en una lucha sin cuartel tratando algunos de hacer prevalecer las ideas de la Escuela Clásica y otros, los de la Escuela Positiva.” (p. 288)

CAPÍTULO 4

ESTUDIO SOBRE LA INVOLUCIÓN DOGMÁTICA EN LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO EN EL DISTRITO FEDERAL

Los antecedentes procesales del vocablo *cuero del delito* se encuentran en el derecho inquisitorial italiano del siglo XII. Sobre el particular Urosa Ramírez (2004) expone:

“En aquella época en gran parte de Italia se castigaba severamente a las personas por faltas previstas en el derecho canónico, ante la mínima sospecha. En estas condiciones, comenzó tímidamente a concebirse la idea de exigir después de la denuncia (*denuntiatio*, *notificatio*) algún indicio, evidencia o vestigio que enlazara al individuo con su falta, para poder formular cargos, adquiriendo una importancia notable la inspección judicial, principalmente tratándose de homicidios, con la finalidad de patentizar la existencia del cadáver y su estado, extendiéndose dicha práctica a la inspección en todos los casos en que el juez pudiera esperar que le suministrase elementos de convicción; empezando así a constituirse en incipiente garantía y como el antecedente más remoto de lo que posteriormente sería conocido como *corpus delicti*.” (p. 4)

Se atribuye a Farinaccio en 1581 el uso por primera vez del vocablo *corpus delicti*; no obstante, el procedimiento italo-canónico fue el vehículo en el que este concepto llegó a Inglaterra, algunos Estados del Imperio Alemán durante los siglos XIV y XV, hasta el sur de Francia y España, donde tuvo especial arraigo en el procedimiento inquisitorial.

Agotado el procedimiento inquisitorial, por abusos de orden eclesiástico, y con la influencia de las ideas de la Ilustración, surge incipiente el sistema acusatorio: “Fue así como el *corpus delicti* fue cristalizando en vestigios materiales –la sangre, el arma homicida, el cuerpo de la víctima–, que relacionan al indiciado con su falta.” (Urosa Ramírez, 2004, p. 9)

En Alemania, el *corpus delicti* tuvo un gran desarrollo bajo su equivalente germano: el *Tatbestand*, reconocido como la conducta objetiva sancionada en el párrafo 133 de la Ordenanza Criminal prusiana de 1805.

Feurebach, citado por Bustos Ramírez (1994, p. 105) “Se refirió en 1818 al cuerpo del delito en su obra *Tatbestand des Verbrechen o corpus delicti*, aludiendo a todos los aspectos que después serían desglosados por el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.”

Hacia la mitad del siglo XIX, Bentham definió al cuerpo del delito como “El estado de la cosa que ha sido objeto del delito.” (1809/1971, p. 297). Recordemos que durante el siglo XIX se asoció la noción del *corpus delicti* con los vestigios materiales del hecho delictivo, es decir, con la exteriorización material y aparición física del delito.

Posteriormente, con la difusión de la teoría del tipo penal de Ernst Beling en 1906: “De acuerdo a su concepción original, el tipo penal sólo describe en abstracto los elementos materiales necesarios que caracterizan a cada especie de delito.” (Luna Castro, 2003, p. 7)

Sobre este punto cabe aclarar que, no obstante pertenecer al derecho penal sustantivo, con la teoría del tipo penal de Beling, se tuvieron importantes repercusiones en el ámbito procesal, porque modificó la forma de concebir el cuerpo del delito, incluso ya como garantía basada en el principio *nullum crimen sine lege*.

Ya para principios del siglo XX, Framarino dei Malatesta (1912/1988) define que el cuerpo del delito “Consiste en los medios materiales inmediatos

y en los efectos materiales inmediatos a la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya sea accidentalmente, ya sea por razones inherentes a la esencia del hecho del delito.” (p. 410)

Hacia mediados del siglo XX, Manzini (1952, p. 499) relaciona al cuerpo del delito con los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito, la cosa sobre la que se cometió, las huellas dejadas por el delito o el delincuente, la cosa cuya detención, fabricación o venta, o cuya portación o uso constituyen el delito, los productos del delito, o cualquier otra cosa en relación a la cual se había ejercido la actividad delictuosa o que haya sufrido las consecuencias del delito.

De lo anterior, se desprende la estrecha relación entre los conceptos de cuerpo del delito y tipo penal.

No obstante, en México, la tendencia para justificar la existencia del cuerpo del delito con aspectos puramente materiales que conforman la descripción legal permaneció arraigado durante décadas en la legislación procesal.

El Código de Procedimientos Penales de 1880, tenía al cuerpo del delito como la base del procedimiento y ordenaba reglas especiales para la comprobación del mismo, aunque sin definirlo, no obstante de estas reglas especiales se puede inferir un concepto objetivo de éste similar a la de un hecho que ha dejado huellas o vestigios, según se desprende de sus artículos 121 y 157. (Bermúdez Molina, 1996).

Asimismo, Colín Sánchez (1998) describe:

“En el Código de Procedimientos Penales de 1894, se indicaba: “Todos los delitos que por este código no tengan señalada una prueba especial, se justificarán comprobando todos los elementos que lo constituyen, según la clasificación que de ellos haga el Código Penal.” Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito.” (p. 376)

Finalmente, después del rotundo fracaso de la legislación adjetiva y sustantiva penal de 1929, que ya hemos analizado, al ser promulgado el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, el 29 de agosto de 1931, se dispuso en su artículo 122 que el cuerpo del delito se justificaba por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.

De ahí que, después del cambio de denominación, en 1974, por el de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el mencionado artículo 122 ha sufrido diferentes adiciones y reformas, que produjeron lo que he denominado involución dogmática respecto a la comprobación del cuerpo del delito.

4.1 Relación entre la dogmática y la justicia penal.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (1994) la palabra dogmática posee, por lo que al presente estudio interesa, el siguiente significado:

“dogmático, ca. (Del lat. *dogmaticus*, y este del gr. *δογματικός*). adj. Der. Dicho de un método expositivo: En las obras jurídicas, que se atiene a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos. Se usa en contraposición a exegético.” (p. 545)

Para Santiago Nino (1974, p. 33) la dogmática es la descripción del derecho desde el punto de vista científico, lo que permite su aplicación para dar soluciones adecuadas a los casos concretos.

Asimismo, desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, tenemos que:

“La Dogmática Jurídica, es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con la descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo.” (Alexy, 1998, p. 246)

De las anteriores definiciones, en una primera aproximación, se desprende que la dogmática jurídica se nos presenta como una ciencia que se encarga de la descripción de las normas jurídicas, a fin de desarrollar sus conceptos y permitir su adecuada aplicación a los casos concretos.

En forma más específica, definiendo la dogmática jurídico penal, de acuerdo a Porte Petit (1999) tenemos que:

“La dogmática jurídico penal, también conocida como ciencia del derecho penal en sentido estricto, es la penetración del espíritu de las normas a través de su interpretación, su integración y su coordinación, para llegar a la precisión del canon que sirve para la exacta valoración de los hechos que se verifican en la sociedad. Es considerada como la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman el seno del ordenamiento jurídico positivo: el Derecho Penal.” (p. 27)

Resulta oportuno destacar que el nacimiento de la dogmática jurídica penal se dio a partir de las investigaciones realizadas por el ius-penalista alemán Franz von Liszt sobre el Código Penal alemán de 1871:

“Liszt recoge las ideas de las Escuelas Clásica y Positiva aplicando el método naturalístico, en boga a fines del siglo XIX, se aboca al estudio del Código Penal Alemán de 1871, para desprender de dicho código la estructura del delito, naciendo así la dogmática jurídico penal, es decir el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley.” (Orellana Wiarco, 1998, p. 9)

Sobre este aspecto, García Jiménez (2003) precisa que: “En esta vertiente la dogmática ha sido estimada como conjunto de principios y conocimientos que tienen como objeto el contenido de las normas jurídico penales, integradoras del propio derecho penal.” (p. 265)

Con lo que este autor se acerca a la definición de esta rama del derecho público interno, relativa al delito, las penas y las medidas de seguridad; al referirse al contenido de las normas jurídico-penales:

“Comprende tanto al precepto como a la sanción, que en su caso se ha tomado en cuenta por el legislador para la salvaguarda y protección de los bienes jurídicos, es decir, bajo este concepto, se abarca el conjunto de elementos tanto objetivos como subjetivos y normativos, necesarios para la tutela de los bienes jurídicos de mayor valor en la colectividad.” (García Jiménez, 2003, p. 265)

También conviene precisar que en la doctrina se ha considerado que el objeto de la escuela dogmática radica en calificar y sistematizar las diversas situaciones normativas hipotéticas, por que no explica ni comprende, ni orienta los fenómenos del mundo, físicos o humanos, sino que hace una calificación normativa; por lo que tiende a integrar los conceptos jurídicos, con

la finalidad de obtener principios generales y abstractos denominados dogmas jurídicos, generales o particulares, de acuerdo a la rama del derecho de que se trate.

Respecto a la finalidad específica de la dogmática jurídica, Zuleta Puceiro (1980) considera que: “Es necesario precisar que la dogmática, pretende una finalidad específica que consiste en la construcción de un sistema conceptual capaz de dar razón rigurosa de la totalidad de la experiencia jurídica, elaborándolo a partir del contenido de las normas positivas.” (p. 43)

En este orden de ideas el sistema de normas, a partir de los principios generales o dogmas, deben corresponder a éstos y articular un sistema jurídico penal congruente y coherente que responda a la salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales y que a su vez constituya garantía de seguridad jurídica.

Ahora bien, el Doctor Aguilar López (1997) define que: “Nuestro sistema de justicia penal parte del dogma “nullum crimen, nulla poena, sine lege”, que significa que no hay delito, ni pena, sin ley.”(p. 227)

Este dogma se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyo párrafo tercero establece:

“Artículo 14.- En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

De donde se obtiene que, conforme al espíritu del legislador, la expresión de „ley exactamente aplicable’, a que se refiere, no es otra cosa que el tipo penal, pero entendido no como algo puramente objetivo, sino como el conjunto de la descripción legal de la conducta; así como la noción de cuerpo del delito, sin cuya integración el Estado no tiene posibilidad de procurar ni administrar justicia penal.

Sobre este mismo aspecto, García Jiménez (2003) precisa que:

“En el ámbito del derecho penal, la dogmática adquiere gran trascendencia por el principio de estricta aplicación del derecho que rige en esta materia, ampliamente conocido y que se resume en los apotegmas “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*”, es decir que no hay delito sin ley ni tampoco existe pena sin ley previa. Es por estos dos apotegmas en donde se edifica toda la necesidad de una construcción dogmática en el derecho penal, en virtud de los principios, método empleado y finalidades que la misma persigue.” (p. 280)

Es indudable que las disposiciones constitucionales son la base para la construcción de las normas de previsión en materia penal; esto es así atendiendo a la concepción piramidal en el orden jerárquico de las leyes, lo que Kelsen (1990, p. 232) denomina como la construcción escalonada del orden jurídico, en donde una norma cualquiera posee validez en tanto ha sido elaborada en la forma prescrita por otra norma:

“La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas.”

De tal suerte, las normas de previsión en materia penal vienen a ser normas reglamentarias de los principios rectores, dentro de los límites precisos, establecidos por la Carta Magna.

Por lo que respecta al objeto central de nuestra investigación, es pertinente acotar que la dogmática jurídico penal no sólo estudia a los delitos propiamente dichos, entendidos como normas que prevén conductas o hechos que protegen o tutelan bienes jurídicos esenciales para una colectividad humana, señalando una sanción; sino que también estudia algunas otras de carácter procesal cuya función es reglamentar los aspectos generales aplicables a todo delito en particular.

Tal es el caso del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que en su párrafo segundo previene la forma en que se tendrá por acreditado el cuerpo del delito de que se trate, en concordancia con el citado artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De ahí que la relación inmediata entre la dogmática y la justicia penal, radica en que la primera nos provee de la sistemática para obtener el dogma subyacente en las normas penales, a fin de conocer el sistema y aplicar el método que permita solucionar diversos problemas de interpretación y aplicación de la ley.

Finalmente, conviene precisar que la dogmática jurídico-penal en este capítulo es considerada como la reconstrucción del derecho sobre base científica, que se sustenta a su vez en principios generales comprobables; es decir, reconfigurar el fenómeno jurídico para hacerlo más adecuado a su

peculiar vigencia histórica, pues representa el contraste entre la norma jurídica y la vida de la colectividad; tal cual ha sido el método de investigación a lo largo de este trabajo, en el que hemos expuesto la mutación del derecho penal en su estructura interna, estudiando los orígenes de las mutaciones, sus factores históricos y sus consecuencias.

4.2 Legislación penal de 1931.

La etapa de consolidación de la Revolución mexicana, abarcaría desde el inicio de la década de los veinte y hasta 1935, con el término del maximato; como lo narra Meyer (2003):

“En la práctica, el derecho a ejercer el poder nunca se dejó al azar del voto; la competencia real no tuvo lugar entre la Revolución y sus adversarios, sino exclusivamente entre las fracciones de la elite revolucionaria. Los resultados oficiales favorecieron sistemáticamente a quienes permanecieron en el partido hegemónico y, dentro de éste, a quienes contaron con el apoyo del general Plutarco Elías Calles hasta 1935 y del presidente en turno a partir de entonces, pues la maquinaria del partido y del gobierno se volcaba de manera irrestricta en su favor.” (p. 21)

En ese contexto, para el inicio de la tercera década del siglo XX, en México se gozaba de una paz pública relativa, pero nos encontramos todavía con medidas extraordinarias en materia penal; por ejemplo, el Decreto que faculta al Ejecutivo Federal para expedir los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público y sus conexas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1931.

La comisión redactora del Código Penal de 1931, fue integrada por Alfonso Teja Zabre (presidente de la comisión), Luís Garrido, Ernesto Garza, José Ángel Cenicerros, José López Lira y Carlos Ángeles.

Dicho código, no tuvo una exposición de motivos, propiamente dicha, pero ha servido como tal un documento elaborado por Alfonso Teja Zabre, que expuso en el Congreso Jurídico Nacional reunido en la Ciudad de México, en mayo de 1931 para su aprobación.

La orientación ecléctica de la nueva legislación punitiva, se extrae de una parte del discurso, en el que Teja Zabre, citado por Malo Camacho (2000) afirmó: “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable.” (p. 289)

Para deslindarse de la ideología seguida por la legislación de 1929, la de 1931, se orienta a la *Terza Scuola* o neopositivismo (positivismo italiano) en una mezcla de la escuela clásica y del positivismo.

En relación al delito y la finalidad de la pena, Teja Zabre, citado por Malo Camacho (2000) indicó:

“El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples: es una resultante de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada; pero fundamentalmente, por la necesidad de conservación del orden social.” (p. 289)

El Decreto del Presidente Pascual Ortíz Rubio, en uso de las facultades extraordinarias, por virtud del cual se promulgó el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común, y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, fue publicado en la Sección Tercera del Diario Oficial de la Federación, el viernes 14 de agosto de 1931 y entró en vigor el 17 del mismo año.

Dentro del código adjetivo penal en mención, se definió al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7) y se consagró la presunción legal de intencionalidad delictuosa (artículo 9).

Es importante resaltar esta presunción legal de intencionalidad delictuosa, porque, desde el punto de vista dogmático nos indica la teoría del delito a la que se encuentra adherida esa legislación.

Al respecto, Díaz Aranda (2000) opina: “En el texto original del Código Penal el elemento volitivo del dolo no importaba. Pues la intención del sujeto de causar el resultado se consideraba una presunción jure et de jure; es decir, no admitía prueba en contrario.” (p. 159)

Defecto que mantuvo este código durante más de cincuenta años. En este sentido Villalobos (1975) cuestionó: “Acostumbrados como estamos a oír elogios de esta Ley de 31, así como a ver que invariablemente son silenciados todos sus defectos, parece ya un desacato el aventurarse a decir una sola palabra en interés por la Legislación.” (p. 78)

Ahora bien, el instrumento procesal para articular las disposiciones sustantivas del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en

Materia de Fuero Común, y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal de 1931, fue el Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales, promulgado de acuerdo a las aludidas facultades extraordinarias del Presidente Pascual Ortíz Rubio, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1931.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, quedó redactado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 122.- El cuerpo de los delitos que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la comprobación de los elementos materiales de la infracción.”

Definición legal que se identifica con la teoría del tipo objetivo; es decir, contiene la garantía-tipo de seguridad jurídica en la que únicamente requiere de la comprobación de los elementos materiales que caracterizan a cada delito en particular.

Sin embargo, teniendo como herramienta la dogmática jurídico penal, la doctrina pugna por desentrañar otros elementos además de los puramente materiales dentro de ese concepto legal del cuerpo del delito.

De acuerdo a Franco Sodi (1942, p. 341) “Comprobar el cuerpo del delito es realizar la demostración de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley.”

Por otra parte, Jiménez Huerta (1956, p. 242) expuso que la expresión cuerpo del delito debe entenderse en tres sentidos, a saber:

“Unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; otras como el efecto material que los delitos de hecho dejan permanente después de su perpetración; y en una tercera y última acepción, como una huella o vestigio de naturaleza real que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada.”

Inclusive, respecto a la definición legal en estudio, Colín Sánchez (1998, p. 379) adhiriéndose a la tesis de Mezger, concluyó que:

“Existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta: a) A lo meramente objetivo; b) A lo objetivo y normativo; c) A lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien, d) A lo objetivo y subjetivo.”

No obstante, el contenido dogmático de la legislación penal del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, en específico la redacción del artículo 122 permaneció intacta durante cincuenta y tres años, a pesar de que la denominación cambió por la de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1974, pues la primera reforma desde su creación, ocurrió hasta el 4 de enero de 1984, de la cual hablaremos a continuación.

4.3 Primer avance con la reforma de 1984.

Al permanecer estática la forma de comprobación del cuerpo del delito en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, trajo como consecuencia que el derecho penal en el Distrito Federal se

encontrara rezagado desde el punto de vista teórico, porque continuaba adherida a corrientes fundadas en la causa efecto, es decir, en orientaciones naturalísticas que ya se consideraban superadas.

Sobre este contenido dogmático del cuerpo del delito, dentro de la doctrina anterior a la reforma en análisis, encontramos que González Blanco (1970, p. 103) señala:

“Por cuerpo del delito, debe entenderse al resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculpado, es decir, a los elementos materiales u objetivos que integran en cada caso el tipo descrito por la ley penal, con abstracción de aquellos que puedan catalogarse como subjetivos, porque éstos se refieren al problema de la culpabilidad.”

Adviértase que, al estimar contenidos en el elemento de la culpabilidad a los elementos subjetivos del injusto, considerando dentro del cuerpo del delito al movimiento corporal desprovisto de voluntad, nuestra legislación penal para el Distrito Federal se encontraba inmersa desde el punto de vista dogmático, a la teoría causalista del delito. En este sentido, de acuerdo con Luna Castro (2003):

“Puede decirse que la expresión cuerpo del delito había sido aceptada generalmente en nuestro país, basado en los criterios emanados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien de alguna manera le dio un sentido en términos generales, congruente con las estructuras penales de la totalidad de legislaciones penales del país, es decir tanto federales como locales, que eran, y muchas aún siguen siendo, de corte tradicional o causalista.” (p. 99)

Ahora bien, enseguida expondremos el adelanto legislativo que representó el periodo de reformas de 1984, tanto al Código Penal para el

Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal de 1931, estuvo influido por el neopositivismo italiano, al conservar, por ejemplo, el principio de la presunción de intencionalidad delictiva (artículo 9).

Sin embargo, con la reforma al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, se logró un cambio sustancial, porque se abandonó el principio de la presunción legal de la intencionalidad delictiva del sujeto y se adoptó el principio de presunción de inocencia, en los siguientes términos: “Artículo 9. Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.” (Díaz Aranda, 2000, p. 162)

Resaltamos este aspecto, porque representaba un avance importante, dado que los elementos subjetivos de los tipos penales que así lo requirieran, ya no se presuponían legalmente, sino que era menester acreditar su existencia, aun cuando fuera hasta el elemento de la culpabilidad. Así, en concordancia con el derecho sustantivo, el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, quedó redactado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 122.- El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la

conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este Código.”

Dentro del análisis a la reforma al artículo 122, De la Barreda Solórzano, citado por Sosa Ortiz (1999), opinó:

“El criterio de que el cuerpo del delito es lo externo o material del delito es absolutamente ineficaz para resolver los casos que se presentan en la práctica. ¿Cómo identificar, con ese criterio, un parricidio, un aborto honoris causa, un robo, un rapto, un incesto, un estupro? ¿Cómo distinguir un delito de lesiones de un delito de homicidio en grado de tentativa? Los elementos subjetivos y los elementos normativos son también necesarios para integrar el cuerpo del delito. El cuerpo del delito dependerá del contenido de cada tipo, y de éste no puede excluirse como elemento subjetivo de primera importancia, la voluntad dolosa o culposa, sin la cual no hay conducta típica.” (p. 3)

La reforma en estudio, representó un primer avance en cuanto a la dogmática jurídica penal del Distrito Federal, porque se abandona la idea predominantemente objetiva del cuerpo del delito, sustituyéndola por un contenido dogmático más propio del causalismo, que lo concibe como la mera descripción del aspecto objetivo del hecho y remite todo lo subjetivo hasta la culpabilidad.

Es decir, la adopción dogmática de una tendencia causalista, propuso como elementos esenciales del delito, el movimiento corporal exteriorizado como causa generadora de la conducta, que a su vez es causa del resultado producido, unidos por una relación de causa a efecto entre estos dos elementos, regida por criterios materialistas o naturalísticos, representando en la integración normativa del delito, con las dificultades e incongruencias que la doctrina ha hecho a esta teoría.

Se consideró que esa fórmula legislativa podía acoger los adelantos teóricos y doctrinales, pero en la década siguiente se concluyó que entre los elementos que integran la conducta, debía incluirse al dolo y a los elementos subjetivos y normativos del tipo penal, según se requiriera.

4.4 Evolución alcanzada con la reforma de 1993.

El letargo de la legislación penal en el Distrito Federal, este rezago teórico en cuanto a la comprobación del cuerpo del delito, fue corregido mediante una reforma monumental y sin precedentes al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada el 10 de enero de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, con una clara orientación hacia la teoría finalista, al exigir la acreditación de los elementos del tipo, como base del ejercicio de la acción penal; con lo que se produjo una evolución dogmática largamente esperada, que insertó la legislación procesal penal del Distrito Federal a la vanguardia científica.

Debe acotarse que la teoría de la acción finalista, fue creada durante el primer tercio del siglo XX y desarrollada primordialmente en Alemania, hacia 1920, siendo sus principales exponentes Alexander Graff Zu Dhona y Helmut von Weber, aunque posteriormente perfeccionada por Hans Welzel, a quien se atribuye su paternidad; esta teoría ubica al dolo y a la culpa dentro de la tipicidad del delito, y deja a la culpabilidad como el mero juicio de reproche que se hace al sujeto por el injusto penal cometido.

La reforma de 1993, ha sido calificada como monumental y sin precedentes, en atención a que se llevó a cabo desde la modificación de dos artículos, el 16 y el 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos; sustituyéndose la expresión *cuerpo del delito* por la de *elementos del tipo penal*, instaurándose de esta forma, por primera vez, en México la teoría de la acción final o finalismo.

El texto original de los artículos 16, segundo párrafo, y 19, primer párrafo, disponían textualmente:

“Artículo 16.- (...) No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.”

“Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán; el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.”

Ahora bien, dentro de la exposición de motivos para la iniciativa de la reforma constitucional aludida, presentada por Diputados Federales de la LV Legislatura, por lo que a este trabajo de investigación conviene, destacan los siguientes argumentos:

“Sociedad y gobierno deben contar para lograr la tranquilidad pública y la Seguridad Jurídica con normas claras y precisas. La iniciativa persigue estos objetivos. En la actualidad nuestro máximo ordenamiento consagra estos derechos, pero nadie niega que los mismos pueden ser perfeccionados; esto es una labor que el Constituyente Permanente debe concretar. Con las reformas

que se proponen, de ser aprobadas, se logrará dar mayor énfasis y precisión a los principios contenidos en los artículos 16, 19, 20 y 119 de nuestra Carta Magna, ampliándose esa reforma por motivo de coherencia constitucional.

Art. 16.- Conforme lo señala la propia exposición de motivos de la iniciativa, en el artículo 16 constitucional se busca con mejorada técnica jurídica, otorgar mayor claridad y precisión a este precepto, por lo que se propone darle una estructura distinta comprendiendo once párrafos, dos más de los previstos originalmente.

PRIMER PÁRRAFO.- (...)

SEGUNDO PÁRRAFO.- Se refiere a las órdenes de aprehensión dictadas por autoridad judicial, señalándose las siguientes aportaciones:

a) (...)

f) Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán existir “datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del indiciado.”

Con lo anterior se quiere superar la ambigüedad del texto vigente que no señala con claridad la obligación de probar el hecho penalmente relevante, ya que la mención de pruebas se refiere sólo al aspecto de la presunta responsabilidad.

Además, en consonancia con lo que se propone para el artículo 19, se busca equiparar a la orden de aprehensión los elementos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión.

Por lo que, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar los conceptos que en lo procesal se vinculen de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, para que ambas ramas jurídicas actúen como brazos articulados de una misma política criminal del estado mexicano y no como teorías disociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal.

En este tenor de ideas, se culmina en la Constitución el esfuerzo de muchas décadas por estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política criminal mexicana.

Art. 19. La reforma a dicho artículo fue propuesta en la iniciativa que se comenta, ante la observación de los representantes del Senado de la República y de algunos miembros de estas Comisiones Unidas, por lo que se observó la necesidad de su reforma por motivos de coherencia lo cual se sustenta en las siguientes razones:

a) (...)

b) La necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez par fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalece la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso además de la probable responsabilidad del inculpado.” (Sosa Ortiz, 1999, p. 37)

Aprobado el proyecto de decreto por la Cámara de Diputados, se trasladó para efectos constitucionales al Senado de la República, y una vez aprobado por las legislaturas de las Entidades Federativas para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 135 constitucional, se publicó la reforma en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de septiembre de 1993.

Los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedaron redactados, en lo conducente:

“Artículo 16.- (...) No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho

determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.”

“Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.”

Esta reforma constitucional penal de 1993 provocó posiciones encontradas en la doctrina, mismas que se acentuaron con la posterior reforma a la legislación secundaria y la práctica forense; pues para los promotores del concepto de los elementos del tipo, éste poseía una noción unívoca, clara y perfectamente definida; mientras que para sus detractores, el concepto de cuerpo del delito era una figura plurívoca, controvertida y sujeta a interpretaciones, cuestionando que la expresión elementos del tipo penal correspondía al derecho sustantivo y que encerraba un concepto que se encontraba todavía sujeto a debate académico.

Al analizar la evolución alcanzada con la reforma constitucional de 1993 en estudio, Ojeda Bohórquez (2003) apunta: “Se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido, que en consecuencia resultaba más garantista para el inculpado.” (p. 36)

De acuerdo con el sentido de la reforma constitucional de 1993, Aguilar López (1997) precisa que:

“La expresión semántica “elementos del tipo penal”, debe entenderse como de mayor amplitud a la del “cuerpo del delito”, pues esta última únicamente se refería al exigir la comprobación de los elementos descriptivos, consecuentemente a sus elementos objetivos; en tanto, la nueva expresión abarca a una mayor seguridad jurídica, pues regula no tan sólo a los objetivos, sino también a los subjetivos y normativos, que en su conjunto son aquellas características con las cuales se construyen tipos penales.” (p. 229)

De lo anterior, se obtiene que la voluntad del legislador para producir esta reforma constitucional, fue la de superar la ambigüedad y confusión del concepto cuerpo del delito, además de clarificar los requisitos que debían tomarse en cuenta para fundar y motivar una orden de aprehensión, o bien, un auto de formal prisión, dotando de mayor fuerza a la garantía de seguridad jurídica del inculpado.

En concordancia, Sosa Ortiz (1999) nos explica:

“En este entendido consideramos que la intención del constituyente permanente no fue la de hacer sólo una simple sustitución terminológica, ni la de „articular el derecho sustantivo con el derecho adjetivo’ sino que su objetivo primordial fue el de que se abandonara definitivamente la expresión „cuerpo del delito’ que se mostraba reacia a ampliar su contenido, y sustituirla por la noción con la que infructuosamente ya se había pretendido identificar: „tipo penal del delito’ pero también que posteriormente en la legislación secundaria se definiesen claramente sus elementos como finalmente aconteció mediante la modificación a los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales Penales Federal y para el Distrito Federal respectivamente.” (p. 56)

En ese contexto, por lo que respecta al presente trabajo de investigación, en la legislación secundaria, específicamente el artículo 122 del

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, llevada a cabo en 1994, se reguló la expresión “elementos del tipo penal”.

Del dictamen de la Cámara de Diputados, respecto al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se argumentó:

“En el contenido de dicho artículo se enlistan los elementos del tipo penal entre los que destacan tanto los de carácter objetivo como los de índole subjetiva, tanto los descriptivos como los normativos; los que son comunes a todo tipo penal y los que se requieren según exigencias del tipo en particular. Este nuevo contenido, que sin duda es de una gran importancia práctica, que orienta en forma amplia la actividad del órgano estatal y ofrece determinantes criterios de interpretación, aparte de propiciar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, redundará en beneficio de una mejor aplicación de la ley. Se precisa, igualmente el mecanismo a seguir por el Ministerio Público y la autoridad judicial, para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, así como los datos que debe tomar en cuenta; lo que, sin duda, supera definitivamente al tradicional e inadecuado criterio que se sigue hasta ahora para la comprobación de la probable responsabilidad, dada la falta de claridad de la ley.” (Sosa Ortiz, 1999, p. 65)

Aprobado el Dictamen por la Cámara de Diputados con la única modificación al texto propuesto para el artículo 122 en donde se decía: “El Ministerio Público integrará los elementos del tipo penal”, por la expresión: “El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal”, pasó al Senado de la República donde se aprobó la reforma en el mismo sentido, trasladándose al Ejecutivo Federal para efectos constitucionales.

La reforma aludida, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en lo conducente:

“ARTÍCULO 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.”

En relación con el texto anterior del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el legislador de 1994 eliminó la noción de cuerpo del delito para sustituirla por la de elementos del tipo, con la evidente influencia dogmática del finalismo, ubicando en la noción de probable responsabilidad del indiciado, a la antijuridicidad y la culpabilidad.

Por otra parte, en congruencia con la reforma y el sistema antes reseñados, se reformaron, por lo que a nuestra investigación interesa, los artículos 8 y 9 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, ya que en éstos se

define la forma de realización del delito, así como la definición de dolo y culpa, en concordancia con el finalismo, en los términos siguientes:

“Artículo 8. Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.”

“Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico quiere o acepte la realización del hecho descrito por la ley y,

Obra culposamente el que produce el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación al deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Sobre este punto en particular, Díaz Aranda (2000) señala:

“Para aclarar debidamente cuáles son los elementos que integran al tipo penal y cuáles la probable responsabilidad el legislador de 1994, refleja sin lugar a dudas la incorporación de la estructura del sistema final de la acción. Así los elementos del tipo penal se conformaban con el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en este último se ubicó el dolo. Quedaban en la probable responsabilidad la antijuridicidad y la culpabilidad.” (p. 222)

Como hemos afirmado, con el parte aguas legislativo ocurrido en México a partir de la reforma constitucional y procesal llevada a cabo entre 1993 y 1994, se insertó en nuestra legislación penal al finalismo, teoría que ubica al dolo y la culpa en el tipo; substituyendo de nuestro sistema de justicia penal al causalismo, teoría que ubicaba al dolo y la culpa al nivel de culpabilidad.

Debemos destacar que con esta reestructuración legislativa, se pretendían importantes cambios, tendentes a dotar de una mayor seguridad

jurídica a los gobernados, al desglosar los elementos que integran el tipo penal, sobre bases dogmáticas contemporáneas. Sacando con ello al sistema de justicia penal en el Distrito Federal, del ostracismo en que había permanecido durante casi todo el siglo XX.

Además, desde el punto de vista de las garantías para el inculpado, al establecerse en la Constitución y en la ley mayores exigencias probatorias a los órganos del Estado, se dotaba a la ciudadanía de una mucho mejor y mayor seguridad jurídica; pues el texto del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecía de forma clara los elementos que eran constantes en todos los tipos penales y cuáles se deberían considerar de acuerdo con cada tipo en particular, como exigencia para que el Ministerio Público al momento de ejercer el monopolio de la acción penal.

Sobre la certeza seguridad jurídica lograda con la reforma legal en estudio, Díaz Aranda (2000, p. 188) opina:

“En efecto, con la reforma de 1994 se podía esperar una mayor certeza jurídica, pues tanto el Ministerio Público, el Juez y el abogado sabían en donde debían ubicar, entre otros elementos, al dolo y, en consecuencia, dónde hacer las argumentaciones tanto dogmáticas como probatorias referentes a éste. Así el Ministerio Público sabía en dónde debía ubicar en el Pliego de Consignación al dolo y lo mismo en sus conclusiones acusatorias dentro del proceso penal. Para el Juez también significaba la guía para determinar, tanto en el Auto de Formal Prisión como en la Sentencia, en dónde debía hacer referencia a las pruebas y argumentaciones referentes al dolo en que había sustentado su resolución. Asimismo, el abogado defensor sabía en dónde debía buscar todo lo referente al dolo y de la misma forma preparar sus contra argumentaciones y la defensa respectiva.”

En suma, con afán de crear tipos protectores de bienes jurídicos, el legislador se orientó por los principios de naturaleza finalista, donde la dogmática tuvo una tendencia en considerar como aspecto medular de la conducta, no a la voluntad incolora o desprovista de finalidad, sino a la finalidad misma del sujeto, quien dirige su acción al logro de ese fin y quien, con la elección de los medios y la capacidad de previsibilidad, debe responder de los resultados dañosos a título de dolo, reduciendo la existencia de la culpa sólo a aquellos casos en los que la legislación enuncie expresamente.

Sin embargo, este parte aguas legislativo que montaba al derecho penal del Distrito Federal sobre los rieles de la modernidad científica, tuvo breve vigencia, porque la Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizó una contrarreforma, con la cual se involucionó a la fórmula de comprobación del cuerpo del delito, queriendo fundarla, aparentemente, en la teoría causalista que se consideraba ya superada.

4.5 Involución dogmática de 1999 y 2005.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española (1994, p. 838) los términos involución e involucionar, significan:

“involución. (Del lat. *involutio*, *onis*, acción de envolver). 1. f. Acción y efecto de involucionar. 2. f. Detención y retroceso de una evolución biológica, política, cultural, económica, etc.”

“involucionar. 1. intr. Dicho de un proceso biológico, político, cultural, económico, etc.: retroceder (volver atrás).”

De esta definición obtenemos que el término involución aplicado a lo jurídico y más específicamente a la dogmática jurídica penal, implica el retroceso hacia una situación por la que ya se había pasado; no se trata de un retroceso físico, ni de una evocación, sino de traer al presente disposiciones cuya vigencia había cesado, con la finalidad de reproducir las condiciones concretas imperantes del tiempo anterior.

El fenómeno que estudiamos tuvo su génesis a partir de la confusión que siguió a la reforma constitucional de 1993 y la legal de 1994, por la nulidad en cuanto a la aplicación práctica del finalismo en nuestro sistema de justicia penal del Distrito Federal.

Ante esta circunstancia, el legislador echó abajo aquel avance legislativo, atribuyéndole confusión a los textos constitucionales y procesales modificados entre 1993 y 1994, y que debido a esa confusión, se había favorecido el incremento de la delincuencia y la impunidad.

En la exposición de motivos de la iniciativa de decreto por el que reforman diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, del 23 de marzo de 1999, entre las que se encuentra el artículo 122 de dicho código adjetivo, objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, se encuentran los prolegómenos de la reforma constitucional relativa, que son del tenor literal siguiente:

“El ocho de Marzo del presente año se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reforma, entre otros, los artículos 16 y 19 constitucionales. El Constituyente Permanente estimó necesario modificar los requisitos que exige nuestra Ley Fundamental para el libramiento de las órdenes de aprehensión y dictado de los autos de formal prisión en las causas penales.

El Ejecutivo Federal, propuso, a través de una iniciativa presentada ante la Cámara de Senadores como Cámara de origen el 9 de diciembre de 1997, la modificación de diversos textos constitucionales referidos a la materia penal; entre ellos, los artículos 16 y 19 citados.

En la exposición de motivos de aquella iniciativa quedó claro que “Es urgente generar las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad; desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó sustantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de órdenes de aprehensión. Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras Naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano. Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal –objetivos, subjetivos y normativos– así como la probable responsabilidad del indiciado. Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutora del delito y el derecho a la libertad de los gobernados.”

El Senado de la República, dada la trascendencia del cambio que se impulsaba, convocó a foros de discusión y estudio en los que juristas, académicos, instancias de procuración y administración de justicia, y ciudadanos interesados en el tema, revisaron con atención las implicaciones que dicha transformación constitucional conllevaba.

Con base en los citados foros y múltiples reuniones, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y Puntos Legislativos formularon en su dictamen cambios sustanciales a la propuesta del Ejecutivo Federal ya que se arribó a la conclusión de que era insuficiente exigir para el libramiento de las órdenes de aprehensión la mera “probabilidad” de los elementos del tipo como se planteaba en aquel documento, puesto que podría dar lugar a excesos que incrementarían el número de aprehensiones sólo por sospechas o suposiciones de la autoridad investigadora. Así, se consideró más apropiado

adoptar el término “cuerpo del delito” y su demostración como una de las exigencias sustanciales para el libramiento de una orden de aprehensión o el dictado de un autor de formal prisión, en sustitución del concepto “elementos del tipo” incorporado al texto constitucional a través de las reformas realizadas en el mes de septiembre de 1993.

El “cuerpo del delito” no es nuevo en nuestra tradición jurídica, como expresamente se reconoce en el dictamen del senado, ya que dicho concepto fue el que recogió el Constituyente originario de 1916-1917 y perduró hasta el año de 1993 en que por primera vez se reformaron los artículos 16 y 19 de la Constitución, en lo relativo a las exigencias para el libramiento de las órdenes de aprehensión o el dictado de los autos de formal procesamiento; concepto que también en su oportunidad había sido precisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer jurisprudencia en el sentido de que por cuerpo del delito debe entenderse “el conjunto de elementos objetivos y externos que configuran la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”; lo que a su vez recogió de nueva cuenta el Constituyente Permanente para reincorporarlo al texto fundamental.

Precisado el alcance y contenido de los anteriores conceptos, el Senado de la República en su sesión pública ordinaria de fecha 1 de octubre de 1998, con dispensa de segunda lectura del dictamen, aprobó en lo general y en lo particular el correspondiente proyecto de decreto, por 101 votos en pro del dictamen y ninguno en contra al ser votado en lo general.

Turnado el Proyecto de Decreto a la Honorable Cámara de Diputados en su calidad de revisora, se dictaminó favorablemente en sesión pública del 26 de octubre del mismo año, resultando igualmente aprobado el Proyecto.

Sometido a la consideración de las Legislaturas de los Estados y culminado el proceso legislativo, el Constituyente Permanente decretó reformar diversos artículos de la Constitución, entre ellos los artículos 16 y 19 para quedar como sigue:

Artículo 16 constitucional (...) “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley sancione como delito, sancionado cuando menos con pena privativa

de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

Artículo 19 constitucional: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.” (Asamblea de Representantes del Distrito Federal, 1999, p. 1)

En el proceso legislativo de enmiendas constitucionales descrito, se gestó la involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Cabe la crítica sobre esta reforma constitucional de 1998, porque si el constituyente permanente detectó lo que a su juicio eran errores con la adopción del finalismo en la legislación punitiva, bien pudo haber planteado una reforma a la legislación secundaria, incluso orientar la actividad punitiva del Estado por otros medios, como la jurisprudencia; pero de ninguna manera proceder con una contrarreforma constitucional regresiva hacia la concepción del cuerpo del delito de corte objetivo – materialista.

Ahora bien, debemos precisar que mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996, se otorgó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la facultad para legislar en materia penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; facultad que asumiría a partir del 1º de enero de 1999, conforme a lo establecido en el artículo undécimo transitorio del decreto aludido.

En vía de consecuencia, en concordancia con la reforma constitucional analizada, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, reformó el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 3 de Mayo de 1999, para quedar como sigue:

“ARTÍCULO 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios comprobatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.”

La comprobación del cuerpo del delito a partir del conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, pugna con el párrafo tercero del artículo transcrito, porque señala como requisito comprobatorio del cuerpo del delito a los elementos subjetivos o normativos, propios del finalismo.

Sobre este punto se presenta la crítica, porque el legislador al crear esta norma jurídica, se orientó no sólo por una tendencia doctrinal para la

comprobación del cuerpo del delito, sino que se apoyó en dos sistemáticas, justificando que esos principios le generan pleno convencimiento para el combate al delito, lo que provocó múltiples incongruencias por los postulados opuestos que sustentan.

Ahora bien, a la contrarreforma constitucional y legal de 1998 – 1999, se le lanzaron una multitud de críticas, pero de acuerdo al proyecto de investigación planteado, únicamente nos corresponde demostrar la involución dogmática ocurrida respecto a la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Para ello, es necesario confrontar el contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, con el párrafo segundo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1999.

Cuadro 4.1

<p>[1931] “ARTÍCULO 122.- El <u>cuerpo de los delitos</u> que no tenga señalada prueba especial, se justificará por la <u>comprobación</u> de los <u>elementos materiales</u> de la infracción.”</p>	<p>[1999] ARTÍCULO 122.- (...) El <u>cuerpo del delito</u> se tendrá por <u>comprobado</u> cuando se acredite el conjunto de los <u>elementos</u> objetivos o externos que constituyen la <u>materialidad</u> del hecho que la ley señale como delito.</p>
--	--

De la confrontación de ambos preceptos se desprende que, esencialmente, remiten a la comprobación del cuerpo del delito, a través de los elementos materiales del delito.

Lo que nos remite a la noción del tipo objetivo; es decir, se redujo la garantía-tipo de seguridad jurídica a la comprobación de los elementos materiales que caracterizan a cada delito en particular.

Con ello se demuestra la mutación del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1999, en su estructura interna, hacia el concepto puramente objetivo – materialista contenido en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, lo que determina que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, ocurrió una involución en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Esta tendencia involutiva, continuó con una reforma posterior al párrafo segundo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, dándole su redacción actual.

De la exposición de motivos de la Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (2005), por lo que a este trabajo de investigación interesa, extraemos los siguientes fragmentos:

“Con la finalidad de evitar el error judicial y la impunidad, y favorecer la correcta y expedita impartición de justicia, (...) en el mes de junio de 2004 el Magistrado licenciado Javier Raúl Ayala Casillas, integrante de la Séptima Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, entregó a la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de esta Asamblea Legislativa una propuesta suya para reformar y adicionar el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concretamente en materia de: la acreditación del cuerpo del

delito y la probable responsabilidad del indiciado; (...) Al respecto propone, a grandes rasgos, que: (...) b) ene. artículo 122 se establezca que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso; (...)” (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2005)

De lo transcrito, se desprende que los argumentos expuestos no nos permiten desentrañar la voluntad del legislador, para conocer por qué la nueva redacción propuesta para el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal evita el error judicial y la impunidad, y favorece la correcta y expedita impartición de justicia.

No obstante, la iniciativa fue aprobada en sus términos y mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 28 de enero de 2005, al artículo en estudio quedó redactado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar que no exista acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.”

De la misma forma que para la contrarreforma constitucional y legal de 1998–1999, demostraremos a continuación la involución dogmática ocurrida

respecto a la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal, ahora con al reforma legal de 2005.

En consecuencia, también confrontaremos el contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1984, con el párrafo segundo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 2005.

Cuadro 4.2

<p>[1984] “ARTÍCULO 122.- <u>El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. (...)</u>”</p>	<p>[2005] “ARTÍCULO 122.- (...) <u>El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.</u>”</p>
---	--

De la confrontación efectuada, se demuestra que el párrafo segundo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 2005, es prácticamente una transliteración del contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1984, produciéndose con ello lo que he calificado como una involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal.

Con la nueva redacción dada al párrafo segundo del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en 2005, pareciera que la intención del legislador fue la de regresar a la adopción de la teoría

causalista del delito, toda vez que en ese precepto se concibe al cuerpo del delito, como la mera descripción del aspecto objetivo del hecho.

De lo anterior, se pone de manifiesto esta nueva mutación del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en 2005, nuevamente en su estructura interna, pero en esta oportunidad, orientado bajo la apariencia del concepto de tipo objetivo más culpabilidad psicológica (subjetiva) propia del causalismo, contenido en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1984.

En otras palabras, corroboramos que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal prevista por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales involucionó en apariencia, según la voluntad del legislador, hacia la teoría causalista que se consideraba ya superada, lo que significaría retroceder décadas, auto marginándose de todos los adelantos que respecto a la teoría del delito se tienen en el mundo.

Asimismo, calificamos al fenómeno demostrado, como una involución dogmática jurídica penal, porque la expresión semántica “cuerpo del delito” es de menor amplitud y menor seguridad jurídica, frente a la de “los elementos del tipo penal”, que dotaba de una mayor seguridad jurídica al gobernado, pues en un solo artículo de la ley adjetiva, regulando los elementos descriptivos, que remiten a los elementos objetivos del tipo y además a los subjetivos y normativos.

De esta forma, quedan colmados tanto el objetivo como el propósito del proyecto de investigación presentado para la elaboración de este trabajo, con fines de titulación.

4.6 Perspectivas de desarrollo.

Al cuerpo del delito se le ha identificado de diferentes formas en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ya sea equiparándolo a los elementos del delito; al tipo sistemático de Beling; al concepto del causalismo clásico con un tipo objetivo más culpabilidad psicológica; al tipo complejo del finalismo que abarca aspectos subjetivos, con la garantía tipo inmersa dentro de la garantía de legalidad bajo el dogma *nullum crimen, nulla poena sine lege*; a reglas especiales de acreditación, o a los indicios, huellas y vestigios, que parecen reencarnar al añejo corpus delicti de Farinaccio; y con una aparente vuelta al causalismo.

Acoger más de una tendencia para la acreditación del cuerpo del delito, no sólo trae problemas de carácter metodológico y normativo, de interpretación y contenido, sino que en el momento de la aplicación de las normas y de las instituciones, se conjugan elementos diametralmente diferentes, en cuanto a su orientación, por ello, las legislaciones penales fundadas en diversas tendencias doctrinales creadoras del delito, sólo producen un efecto contrario al perseguido por el legislador, es decir, que en lugar de tutelar adecuadamente los bienes jurídicos, los mismos quedan desprotegidos, pues ante una incongruencia en la integración del delito se representa la imposibilidad de su existencia.

Esa incongruencia se actualiza, cuando el legislador se oriente para la conformación de la conducta por aquellos principios de corte causalista, fundados en la causa efecto, es decir, en orientaciones naturalísticas y en cambio para la conformación de la culpabilidad, se sienta convencido de seguir los principios finalistas; surge entonces la incongruencia sistemática

cuando el causalismo considera como elemento de la conducta a la voluntad desprovista de finalidad y naturalista, objetivista; en tanto que la culpabilidad finalista, tomará en cuenta la imputabilidad del sujeto, la exigibilidad y reprochabilidad, además de la motivación, que será el elemento para medir el grado de reprochabilidad.

Del mismo modo, surge la incongruencia si el legislador se orienta en la conformación de la acción, por principios de corte finalista, caracterizada por el señalamiento del fin, la elección de medios y la previsibilidad de consecuencia, así como la puesta en movimiento de los medios, la producción de tales consecuencias y el nexo causal; pero para la integración de la culpabilidad opta por fundarla en principios causalista normativista, en la que, en los elementos que integran la culpabilidad, se encuentra el dolo, la culpa y la reprochabilidad fundada en la exigibilidad.

Como hemos podido advertir, los elementos subjetivos de la acción, con determinado contenido según el finalismo, pugnan con los elementos subjetivos de la culpabilidad según el causalismo.

Esta incongruencia sistemática, tiene su repercusión en la impartición de la justicia penal, cuando a los aplicadores del derecho, con un criterio de corte finalista deben interpretar el contenido de las normas punitivas impregnadas de una dogmática de corte aparentemente causalista, y a la inversa, en detrimento de la aplicación del derecho y la protección de los bienes jurídicos.

Por tanto, a fin de evitar este tipo de involuciones dogmáticas en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal, derivadas de la

adopción del llamado eclecticismo y pragmatismo sistemático, sería pertinente acoger a plenitud una u otra tendencia doctrinal que alimente el espíritu del legislador, para la creación de un sistema coherente y congruente, que logre el equilibrio entre la protección adecuada de los bienes jurídicos y el respeto al dogma de aplicación estricta de la ley penal: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

CONCLUSIONES

Después de analizar históricamente la idea cultural y teórica del delito, se determinó que ésta ha tenido una evolución constante en el mundo, incluso la forma de comprobación del cuerpo del delito en la ciudad de México había venido evolucionando hasta 1993.

La comprobación del cuerpo del delito, prevista en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ha sufrido una involución dogmática mediante las reformas y supresiones hechas entre 1999 y 2005, en detrimento de la garantía de aplicación estricta de la ley penal y la adecuada protección de los bienes jurídicos.

Con estas reformas y supresiones hechas entre 1999 y 2005, pareciera que el legislador local del Distrito Federal quiso regresar a un sistema de justicia penal adherido a la teoría causalista del delito, pero sin llevar a cabo una adecuación sistemática coherente; dando como resultado un sistema ecléctico.

Para evitar lo que hemos denominado involución dogmática en la comprobación del cuerpo del delito en el Distrito Federal, sería pertinente acoger a plenitud una u otra tendencia doctrinal, para la creación de un sistema coherente y congruente, que logre el equilibrio entre la protección adecuada de los bienes jurídicos y el respeto al dogma de aplicación estricta de la ley penal: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES Y PUBLICACIONES OFICIALES

Asamblea de Representantes del Distrito Federal. (1999). *Iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*. México, D.F.: Autor.

Asamblea Legislativa del Distrito Federal. (2005). *Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*. México, D.F.: Autor.

Poder Ejecutivo Federal. (1931). *Código Penal Para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común, y para toda la Republica en materia de Fuero Federal*. México, D.F.: Autor.

Poder Ejecutivo Federal. (1931). *Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales*. México, D.F.: Autor.

Instituto Nacional de Ciencias Penales (1979). *Leyes penales mexicanas*. (Tomos I - IV). México: Autor.

DOCTRINA

Aguilar López, M.A. (1997). *Los elementos del tipo en relación a las últimas reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. 1, 225-236.

Alba, C. (1949). *Estudio comparado entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano*. México: Ediciones iniciales del Instituto Indigenista Interamericano.

Alexy, R. (1998). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, Trad.). Madrid, España: Centro de Estudios Nacionales.

Azzolini, A. y De la Barrera Solórzano, L. (1993). *El derecho penal mexicano ayer y hoy*. México: Instituto de Capacitación de la P.G.R.,

Beling, E. (1944). *Esquema del derecho penal y la doctrina del delito-tipo*. (S. Soler, Trad.). Buenos Aires: Depalma.

Bermúdez Molina, E.M. (1996). *Del cuerpo del delito a los elementos del tipo*. México: Procuraduría General de la República (P.G.R.).

Blasco y Fernández de Moreda, F. (1957). *Lardizábal: El primer penalista de la América Española*. México: Imprenta Universitaria (U.N.A.M.).

Bentham, J. (1809/1971). *Tratado de las pruebas judiciales*. (M. Osorio Florit, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América (E.J.E.A.).

Beccaria, C. (1764/1989). *De los delitos y de las penas*. México: Porrúa.

Bustos Ramírez, J. (1994). *Introducción al derecho penal*. (2ª ed.). Bogotá, Colombia: Themis.

Cárdenas, Raúl F. (1985). *El derecho penal en México: De la Independencia hasta la República Restaurada*. México: P.G.R.

Carrancá y Trujillo, R. (1999). *Derecho penal mexicano*. (20ª ed.). México: Porrúa.

Carrara, F. (1988). *Programa de derecho criminal*. (S. Soler, Trad.). (3ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

Castellanos Tena, F. (2001). *Lineamientos elementales de derecho penal*. (42ª ed.). México: Porrúa.

Cerezo Mir, J. (1976). *Curso de derecho penal español, parte general*. Madrid: Tecnos.

Colín Sánchez, G. (1998). *Derecho mexicano de procedimientos penales*. (17ª ed.). México: Porrúa.

Cuello Calón, E. (1975). *Derecho Penal I*. (3ª ed.). Barcelona, España: Bosch.

Díaz Aranda, E. (2000). *Dolo (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México)*. México: Porrúa.

Framarino dei Malatesta, N. (1912/1988). *Lógica de las pruebas en materia criminal*. (4ª ed.). (S. Carrejo y J. Guerrero, Trad.). Bogotá, Colombia: Themis.

Franco Sodi, F. (1942). *El cuerpo del delito y la teoría de la tipicidad*. *Criminalia*. VIII, 7, 389-393.

García Jiménez, A. (2003). *Dogmática penal en la legislación mexicana*. México: Porrúa.

García Ramírez, S. (1990). *Derecho penal*. México: I.I.J-U.N.A.M.

García Ramírez, S. (1998). *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal*. México: Mc. Graw Hill.

García Maynes, E. (1988). *Introducción al estudio del derecho*. (39ª ed.). México: Porrúa.

González Blanco, A. (1970). *El procedimiento penal mexicano*. México: Porrúa.

González de Cossío, F. (1963). *Apuntes para la historia del Jus Puniendi en México*. México: Larios.

González Reyna, S. (1997). *Manual de redacción e investigación documental*. (4ª ed.). México, D.F.: Trillas.

Herrendorf, D. (1990). *El estado actual de la teoría general del derecho*. México: Cárdenas editor y distribuidor.

Jiménez de Azúa, L. (1986) *La ley y el delito*. México: Hermes.

Jiménez Huerta, M. (1956). *Corpus delicti y tipo penal*. *Criminalia*. XXII, 5, 240-255.

Kelsen, H. (1990). *Teoría pura del derecho*. (R.J. Bermejo, Trad.). (2ª ed.). México: Universidad Nacional Autónoma de México (U.N.A.M.)

Lara Peinado, F. (1982). *Código de Hammurabi*. Madrid, España: Editorial Nacional.

Lardizábal y Uribe, M. (1982). *Discurso sobre las penas*. (1ª ed. facsimilar). México: Porrúa.

Liszt, F. (1926). *Tratado de derecho penal*. (Q. Saldaña, Trad.). (2ª ed.). Madrid: Reus, S.A.

Luna Castro, J. (2003). *El concepto de tipo penal en México*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Malo Camacho, G. (2000). *Derecho penal mexicano*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Manzini, V. (1952). *Tratado de derecho procesal penal*. (S. Sentís y M. Ayerra, Trad.). Buenos Aires, Argentina: E.J.E.A.

Margadant, G. (1994). *Introducción a la historia del derecho mexicano*. (11ª ed.). México: Esfinge.

Márquez Piñeiro, R. (1991). *Derecho penal, parte general*. (2ª ed.). México: Trillas.

Meza Fonseca, E. (1999). *Aplicación de la jurisprudencia en torno al cuerpo del delito*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. 5, 277-313.

Mezger, E. (1985). *Derecho penal, parte general*. (R.C. Nuñez, Trad.) Buenos Aires: Bibliográfica argentina.

Novoa Monreal, E. (1982). *Causalismo y finalismo en derecho penal*. Bogotá, Colombia: Themis.

Ojeda Bohórquez, R. (2003). *Cuerpo del delito, ¿en sentencia?*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. 16, 33-45.

Orellana Wiarco, O. (1998). *Teoría del delito. Sistemas Causalista y Finalista*. (6ª ed.). México: Porrúa.

Pavón Vasconcelos, F. (1993). *La causalidad en el delito*. (4ª ed.). México: Porrúa.

Pavón Vasconcelos, F. (1999). *Manual de derecho penal mexicano*. (14ª ed.). México: Porrúa.

Porte-Petit Candaudap, C. (1999). *Apuntamientos de la parte general del derecho penal*. (18ª ed.). México: Porrúa.

Reynoso Dávila, R. (1992). *Historia del derecho penal y nociones de criminología*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.

Rojas Caballero, A. (1996). *Visión panorámica de la historia del Derecho Mexicano*. México: Centro Universitario México (CUM). División de Estudios Superiores A.C.

Rodríguez de San Miguel, J. (1850/1978). *Curia Filípica Mexicana*. México: U.N.A.M.

Santiago Nino, C. (1974). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – U.N.A.M.

Sosa Ortiz, A. (1999). *Los elementos del tipo penal*. México: Porrúa.

Tena Ramírez, F. (1980). *Leyes fundamentales de México 1808-1979*. (9ª ed.). México: Porrúa.

Urosa Ramírez, G. (2004). *El cuerpo del delito y la responsabilidad penal*. (2ª ed.). México: Porrúa.

Villalobos, I. (1975). *Derecho penal mexicano, parte general*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. (E. Friker, trad.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Zaffaroni, R.E. (1991). *Manual de derecho penal, parte general*. Tijuana, México: Cárdenas Editor y Distribuidor.

Zuleta Puceiro, E. (1980). *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*. Valparaíso, Chile: Edeval.

OTRAS FUENTES

Academia de Investigación de la Universidad del Tepeyac. (2007). *Lineamientos para la presentación de los Trabajos de Investigación*. (Documento 1, octava versión). México: Universidad del Tepeyac.

Adams, R. (1992). *Los orígenes de la civilización maya*. (2ª ed.). (S. Mastrangelo, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica (F.C.E.)

Anna, T. (1991). *El imperio de Iturbide*. (A. Sandoval, Trad.). México: Alianza Editorial-CONACULTA.

Arnold, L. (1991). *Burocracia y burócratas en México, 1742-1835*. (Enrique Palos, Trad.). México: Grijalbo-CONACULTA.

Bonfil Batalla, G. (1990). *México profundo: Una civilización negada*. México: Grijalbo.

Brom, J. (1985). *Esbozo de historia universal*. (15ª ed.). México: Grijalbo.

Cohen, S. (1994). *Redacción sin dolor: aprenda a escribir con claridad y precisión*. México: Planeta.

Cortés, H. (1989). *Cartas de relación*. México: Concepto.

Chimalpahin (Quauhtlehuanitzin), D. (1950). *Diferentes historias originales de los reynos de Culhuacan, y México, y de otras provincias*. (E. Megin, Trad.) Hamburgo: Ernst Megin.

Departamento de Titulación de la Universidad del Tepeyac. (2004). *Manual de Titulación*. (Documento 12, segunda versión). México, D.F.: Universidad del Tepeyac.

Dieterich, H. (1986). *Lecturas sobre el desarrollo del pensamiento científico*. México: UAM-Ediciones de cultura popular.

Dieterich, H. (1997). *Nueva guía para la investigación científica*. México: Planeta.

García Córdoba, F. (2005). *La tesis y el trabajo de tesis*. México, D.F.: Limusa, S.A. de C.V.

Gibson, C. (1984). *Los aztecas bajo el dominio español*. (8ª ed.). México: Siglo XXI.

Haring, C.H. (1990). *El imperio español en América*. México: Alianza Editorial Mexicana-CONACULTA.

Herrendorf, D. Depende del dolor del cristal con que se mire. (1992, 19 de abril). *La Jornada Semanal*, p. 32-35.

Krauze, E. (1987). *Porfirio Díaz, místico de la autoridad*. México: F.C.E.

Krickeberg, W. (1993). *Las antiguas culturas mexicanas*. (S. Garst y J. Reuter, Trad.). (9ª reimp.) México: F.C.E.

León, N. (1903/1979). *Los tarascos: notas históricas, étnicas y antropológicas*. México: Editorial Innovación, S.A.

Mac Lochlan, C. (1976). *La justicia criminal del siglo XVIII en México: un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*. México: S.E.P.

Medina, J.T. (1987). *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*. (Edición facsimilar de la edición hecha por la imprenta Elzeviriana de Santiago de Chile el año de 1905) México: U.N.A.M.-Coordinación de Humanidades-Miguel Ángel Porrúa.

Mendieta Alatorre, A. *Tesis profesionales*. (17ª ed.). México, D.F.: Porrúa.

Meyer, L. (2003). *Una historia contemporánea de México: transformaciones y permanencias*. México: Océano.

Moreno, M. (1971). *La organización política y social de los aztecas*. México: INAH-SEP.

Morley, S. (1991). *La civilización Maya*. (A. Recinos, Trad.). (2ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Rousseau, J.J. (1987). *El contrato Social o principios de derecho político. y Discurso sobre el origen de la desigualdad*. (8ª ed.). México: Porrúa

Ruz Lhuillier, A. (1993). *El pueblo maya*. México: Salvat.

Simpson, L. B. (1993). *Muchos Méxicos*. México: F.C.E.

Soustelle, J. (1992). *La vida cotidiana de los aztecas en vísperas de la conquista*. México: F.C.E.

Thompson, E. (1992) *Grandeza y decadencia de los mayas*. (L.J. Zavala, Trad.). (3ª ed.). México: F.C.E.

Todorov, T. y Baudot, G. (1989). *Relatos aztecas de la conquista*. (G. Cuevas, Trad.). México: CONACULTA-Grijalbo.

Torquemada, Fray J. (1995). *Monarquía indiana*. (3ª ed.). México: U.N.A.M.

Tudela, J. y Corona Núñez, J. (1541). *Relación de las ceremonias y ritos, población y gobernación de los indios de la provincia de Mechuacán; hecha al illmo. Sr. Dn. Antonio de Mendoza Virrey y Gobernador de esta Nueva España*. Reproducción facsímil del Ms. c. IV 5 del Escorial.

Valadés, J.C. (1987). *El porfirismo: historia de un régimen*. (2ª ed.). México: U.N.A.M.

Villa Rojas, A. (1978). *Los elegidos de Dios: etnografía de los mayas de Quintana Roo*. México: Instituto Nacional Indigenista.

Zubizarreta, Armando F. (1989). *La aventura del trabajo intelectual*. (2ª ed.). México, D.F.: Addison-Wesley Iberoamericana.

DICCIONARIOS

Barrera Vázquez, A. (1980). *Diccionario Maya Cordemex. Maya-español, Español-maya*. Mérida, Yucatán, México: Ediciones Cordemex.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1993) *Diccionario Jurídico mexicano*. (6ª ed.). México: Porrúa-U.N.A.M.

Pimentel Álvarez, J. (1996). *Diccionario Latín-Español, Español-Latín*. México, D.F.: Porrúa, S.A.

Real Academia Española. (1994). *Diccionario de la Lengua Española*. (22ª ed.). Madrid, España: Espasa-Calpe, S.A.