



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ARAGON "
SEMINARIO DE DERECHO PUBLICO

EXISTENCIA DE LA PENA CAPITAL EN MEXICO



ENEP ARAGON

3-60

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN MANUEL OLVERA MEJIA

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Der-585

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

DEPARTMENT OF CHEMISTRY

LABORATORY OF ORGANIC CHEMISTRY

CHICAGO, ILLINOIS

RECEIVED

APR 15 1958

FROM

DR. ROBERT H. WOODRUFF

TO

DR. J. H. GOLD

RE

RESEARCH REPORT

NO. 10

1958

CHICAGO, ILLINOIS

U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE

WASHINGTON, D.C.

A mi madre, familia
y amigos.

A la Licenciada María Antonieta
Landeros Camarena.

A María Dolores Marcela
Gil Mendoza.

INDICE .

	Pág.
Introducción	I
CAPITULO I. Antecedentes Históricos de las Penas.	
1).- En la Antigüedad	2
2).- Edad Media	17
3).- Renacimiento	19
4).- México Prehispánico	26
5).- México Colonial	31
6).- México Independiente	34
CAPITULO II. Teoría de la Pena.	
1).- Noción de pena	40
2).- Diversas corrientes sobre su fundamento	44
3).- Fines de la pena	63
4).- Distinción y clasificación de las penas y medidas de seguridad	67
5).- Individualización de la pena	70
CAPITULO III. Teoría de la Pena Capital.	
1).- Concepto	80
2).- Corrientes que la justifican	82
3).- Corrientes abolicionistas	87
4).- Reflexiones fundamentales	103

CAPITULO IV. Actualidad de la Pena de Muerte en México.

1).- Constitucionalidad	107
2).- Su derogación de los códigos penales de las entidades federativas	123
3).- Fuero Castrense	132
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFIA	175

I N T R O D U C C I O N .

"LA PENA DE MUERTE, PROBLEMA ETICO Y JURIDICO".

"La población mexicana recibirá con agrado la reimplantación de la pena de muerte, pues se detendrá la ola de violencia que se registra actualmente en el país, afirmó el doctor Ignacio Burgoa Orihuela, director del Seminario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.

En cambio, el doctor Rafael Preciado Hernández, director del Seminario de Filosofía del Derecho, rechazó la implantación de la pena máxima. Dijo que si se establece quedará demostrada la incapacidad del Estado mexicano para hacer efectivas las sanciones penales en delitos graves, a pesar de contar con todos los medios y el monopolio de la fuerza pública.

El doctor Burgoa Orihuela señaló que la pena de muerte debe situarse en dos planos: teórico y práctico. Teóricamente, dijo, no debe implantarse, sino pretender la rehabilitación del delincuente, pero como prácticamente en México no existe esa rehabilitación, se hace necesaria la implantación de la pena máxima. A los delincuentes que reinciden en cometer delitos graves, debe aplicárseles la pena máxima para bien de la sociedad, 'como se retira de un frutero una fruta podrida'. Por su parte, el doctor Preciado Hernández indicó que de aplicarse en México no disminuirían -

los delitos, pues históricamente está demostrado que cuando se establece la pena máxima para castigar delitos que se consideran graves el número de éstos aumenta considerablemente, pero cuando es abolida, paradójicamente disminuyen.

Consideró que la pena de muerte no es "injusta", pero señaló que esta sanción penal no es la adecuada para castigar a los culpables de delitos graves.

A su vez, el doctor Raúl Carrancá y Rivas, director del Seminario de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, señaló que el problema de la pena de muerte es, en estos momentos, de la mayor importancia para México. De nueva cuanta se han escuchado múltiples voces reclamando su restauración en el Código Penal.

Indicó el catedrático que la base de esta inquietud se halla en un hecho lamentable, triste y dramático: el secuestro y posterior homicidio de un niño de aproximadamente 11 años de edad.

Un escritor como Salvador Elizondo, al defender la pena capital, reconoce que su actitud es más emocional que intelectual, pues dice que si él se encontrara en una situación similar clamaría por esa terrible sentencia.

Dijo el doctor Carrancá y Rivas que no es posible analizar el asunto en el laboratorio de los grandes proble-

mas jurídicos y defender la pena capital, y aseguró que la sed de venganza, la rabia, el coraje humano, son fenómenos irracionales propios de nuestra naturaleza, y es indebido - consagrarlos como instituciones jurídicas en el Código Penal.

Argumentaciones favorables y contrarias
a la pena de muerte.

El doctor Carrancá y Rivas, quien también es miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, explicó que a través de los años continuamente se han suscitado polémicas públicas en cuanto a restablecer o no la pena de muerte en México; de estas controversias han surgido diversas argumentaciones en pro y en contra.

Según sus partidarios, la pena de muerte es lícita y necesaria en toda sociedad civil, fundándose esta conclusión en los siguientes asertos:

a) La autoridad política tiene el deber de imponer la pena de muerte cuando ella sea necesaria para bien de la comunidad, a fin de evitar otros crímenes. Constituye, por ello, una forma de legítima defensa.

b) Ello se entiende siempre que la pena de muerte no sea sustituible por otra u otras penas cuya ejemplaridad baste para salvaguardar el orden en la vida civil. Pero ninguna otra pena es tan ejemplar y así es como no puede ser -

sustituida; es necesaria.

c) Siendo la sociedad la unión de los hombres para la defensa del bien común, debe contar con todos los medios requeridos para su conservación y mejoramiento; dicha pena es lícita.

d) Los crímenes más graves hieren la conciencia de la sociedad y justifican, por ello, la pena de muerte. La experiencia prueba esta conclusión, ya que los crímenes atroces causan una reacción en la conciencia social que pide el sacrificio de los criminales.

La opinión contraria, a la cual se adhirió el doctor Carrancá y Rivas, se sintetiza así: la pena de muerte no es lícita ni necesaria en las sociedades civiles. Tal conclusión se funda en que:

a) Para que fuera lícita habría que admitir que la facultad para aplicarla hubiera sido concedida al Estado por los ciudadanos en virtud de un pacto, fundado en el derecho de cada ciudadano a disponer de su propia vida, lo cual es inaceptable.

b) Su necesidad no está probada, ya que hay otros medios para impedir que los criminales sigan dañando a la sociedad y por lo tanto es inútil.

c) No constituye escarmiento para el que ha delinquido, pues con privarlo de la vida se hace imposible toda

corrección, y tampoco constituye ejemplo para los que no -- han delinquido, pues, a pesar de ella, siguen cometiendo de-
litos. Los reos que la han sufrido han sido testigos de eje-
cuciones anteriores, además de que la conducta criminal se
da, cualquiera sea la pena con que se la retribuya o amena-
ce.

d) Por aplicarse sobre el pobre, el desvalido, el
que carece de medios económicos para cuidar de su proceso -
penal conforme a la mejor técnica y habilidad de sus defen-
sores, la pena de muerte es radicalmente injusta por desi-
gual.

e) Por no permitir la reparación a que dan lugar
los errores judiciales y la malicia humana que falsea la --
prueba, esto es, por ser irreparable, es ilícita, pues la -
supresión de la vida humana requeriría, cuando menos, una -
justicia perfecta y, por ello, fuera del poder humano.

f) Hay numerosas legislaciones en el mundo que --
han abolido la pena de muerte y las sociedades regidas por
ellas no han perecido; luego, tal pena no es imprescindible.

g) La eliminación del criminal por medio de la pe-
na de muerte a nadie beneficia salvo al verdugo, que gana -
por ello un estipendio; si el criminal trabaja para resar--
cir los daños que ha causado a los deudos de su víctima y,
además, a la sociedad, por las erogaciones que le ocasiona,

todos se beneficiarían con la pervivencia de aquél.

h) La conducta del criminal obedece a factores -- causales varios: antropológicos, físicos y sociales. La pena de muerte suprime al hombre y, con él, los factores antropológicos del delito, pero deja intactos los otros factores que siguen influyendo en la conducta de los individuos. Luego, la pena de muerte no es un medio adecuado para combatir las conductas criminales, o sea para prevenir el delito.

i) No constituye la pena de muerte una especie de legítima defensa de la sociedad; pues la legítima defensa -- se ejercita para evitar el daño que inminentemente amenaza, y en este caso el daño ha quedado consumado, de modo que, -- no tratándose de evitarlo, lo que se hace es reaccionar después de producido, esto es, vengarse. Luego, tal pena no está justificada.

j) Si no se justifica la venganza, podría decirse que tal pena es curativa; pero ello tampoco es posible, -- pues al privar de la vida se hace imposible toda curación.

k) Por lo mismo que los hombres no están facultados para disponer de la vida de otros hombres, el Estado, -- al privar de la vida a un hombre, que no deja de serlo aunque sea un criminal, ello reflexiona largamente a través de sus órganos judiciales, prepara a través de sus órganos ejecutivos y consume a través del verdugo. El homicidio que co

mete resulta por ello más grave que el que castiga, lo que representa también la más grave ejemplaridad negativa para una sociedad humana.

1) Las leyes tienen una función política finalista, que consiste en elevar el nivel cultural de la sociedad y fortalecer los lazos de solidaridad entre sus miembros. - Por medio de la pena de muerte se enseña a privar de la vida humana y se estimulan los instintos primarios y antisociales, que están muy lejos de haber desaparecido de los hombres.

Finalmente, el doctor Preciado Hernández dijo que la Constitución mexicana no prohíbe la pena de muerte, pues da la posibilidad de que las legislaturas de los estados - puedan imponer la pena capital cuando el delito se comete - con premeditación y ventaja.

Sin embargo, reiteró que el Estado mexicano en ningún caso debe quitar la vida a un ser humano, por mucho daño que le haga a la sociedad" (editorial publicado en la GACETA UNAM, Quinta Época, Vol. II, No. 4, el 13 de enero - de 1983; páginas 9 y 29).

El tema de la pena capital en México, comprende - actualmente una relevancia especial, pues ciertas opiniones consideran de una forma casuística, que los incrementos de número y calidad en las conductas delictivas que hoy existen, pueden ser reducidos a través del castigo último.

La editorial citada con antelación, muestra los - distintos puntos de vista, teóricos y prácticos, de algunos contemporáneos juristas mexicanos. Sin embargo, en nuestra tesis nos ocuparemos de los principios doctrinarios que en la materia se sostienen, aunque muchos de ellos están fundamentados en la observación de casos específicos y de algunos generales.

Cabe mencionar que la breve investigación que - continúa, fue iniciada antes de que la sanción suprema recobrara el interés de nuestros días; con la misma no se pretenden agotar los amplios y cuantiosos estudios que sobre - este punto se presentan, sino exponer sucintamente las circunstancias de su problemática jurídica, social y moral, y tomando partido, defender nuestra posición argumentista.

No olvidemos que antes de sustentar una aserción, se requiere reflexionar sobre los conocimientos de causas y consecuencias que en una disyuntiva concurren; y, si se llegare a deliberar a nivel legislativo la pena total, quien -

está facultado para reformar una norma jurídica, deberá profundizar acerca de las conveniencias y contrariedades que - su decisión puede ocasionar; todo ello, para evitar que al legislador se le estime como pernicioso, gravoso e inútil.

CAPITULO I.

Antecedentes Históricos de las Penas.

- 1).- En la antigüedad.**
- 2).- Edad media.**
- 3).- Renacimiento.**
- 4).- México prehispánico.**
- 5).- México colonial.**
- 6).- México independiente.**

CAPITULO I .

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS PENAS .

1).- EN LA ANTIGÜEDAD.

China.- En este territorio oriental, la naturaleza de las penas es eminentemente sagrada. Se tiene la creencia que a la pena le sigue un castigo de ultratumba. En sus principios es aplicable la ley del talión, y en sustitución de ésta, en casos de imposibilidad, se imponía en forma simbólica las sanciones del "Libro de las Cinco Penas", las que al decir de Luis Jiménez de Asúa eran: amputación de la nariz, amputación de las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones en los ojos o la muerte. En tiempos del emperador Seinü, además de la ley del talión se aplica la venganza privada.

La pena de muerte es pública, sirviendo como escarmiento a los demás y como purificación espiritual del delincuente, llevándose a cabo por la horca, la decapitación, el descuartizamiento o el entierro en vida. A estas penas, se agregan en la segunda época la tonsura, adquiriéndose la modalidad de la exhibición de la cabeza del sentenciado a muerte, con fines intimidantes; no obstante la crueldad de estas penas, por fortuna se consideran algunos móviles en -

los delitos para atenuar la misma, aceptándose ciertas excusas absolutorias como: el miedo a un hombre poderoso, la venganza, la retribución de un favor, la presión del reo por causas de mujeres o por la afición al dinero, etc.⁽¹⁾

Persia.- En los tiempos pre-islámicos, la justicia se basa en la venganza y es regulada por la ley del talión. El pueblo musulmán caracteriza la pena por su crueldad, contando entre ellas la de muerte, ejecutada por: lapidación, crucifixión, descuartizamiento, decapitación o scaffismo, consistiendo este último en la presión del tronco humano con dos botes grandes para, acto seguido picar los ojos al reo y untarlo de miel con leche en la cabeza y extremidades, con lo que provocaban que las abundantes moscas del lugar, corroyeran el cuerpo poco a poco, hasta su muerte.⁽²⁾

Asiria.- El "Código del Rey Hammurabi" es el más antiguo de los códigos de oriente (2250 años antes de Cristo), - éste no tiene conceptos sagrados ni religiosos, aunque se atribuye al llamado dios del sol, presentando poco derecho procesal. La vendetta es casi desconocida y el talión se encuentra muy desarrollado; los castigos son crueles, la pena

¹ Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ed. Losada. - Buenos Aires. 1964. Pág. 268.

² Ibídem. Pág. 269.

máxima se ejecuta por sumersión o en la hoguera, existiendo como sanciones además: la mutilación, marca, deportación y penas pecuniarias. Para su aplicación se distingue: el dolo, la culpa y el caso fortuito; considerándose como atenuantes: la obcecación y la riña.

India.- El "Código o Libro del Manú" es, en materia penal, la ley más perfecta que legó el antiguo oriente (realizado entre los siglos XIII y V antes de Cristo), y de la que emana el derecho a castigar de Brahma al rey (Brahmán) como delegado. La idea de penar es elevada, aunque también de índole religiosa; el reo que cumple con la pena impuesta se asea de responsabilidad ante dios. Se conoció la culpa, el caso fortuito y se consideró la índole de los motivos - que impulsan a delinquir, aunque tales principios se quebrantaban por: la división de clases y castas y prejuicios religiosos. El Brahmán, conocedor de los libros sagrados, - se libraba de sufrir pena corporal, no obstante la naturaleza de la conducta realizada, pero la pecuniaria aumentaba - cuando era mayor la aptitud del delincuente de conocer las consecuencias de sus actos. En este cuerpo de leyes se desconocía completamente el talión. (3)

³ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 271.

Egipto.- Sólo se conocen fragmentos de lo contenido en antiquísimos libros, que establecen que el delito era una ofensa para los dioses. Por delegación divina, la pena se dictaba y aplicaba por los sacerdotes y tenía como fin aplacar la ira de sus deidades. Era mayormente panado el matar animales sacros y sagrados (buey apis y cocodrilo los primeros y gato, halcón e ibis los segundos). Eran delitos de lesa divinidad el atentar contra el faraón o su familia, las ofensas a ellos, la complicidad en los atentados, la desobediencia de órdenes reales, el perjurio y el homicidio. Se aplicaba el talión en una forma simbólica: al espía se le cortaba la lengua; al estuprador los órganos genitales, y a la adúltera la nariz; delitos los anteriores considerados como mayores, lo que permitía en ocasiones la pena capital; para delitos menos graves, las penas eran: la esclavitud, los trabajos públicos y en las minas.

Israel.- Las reglas penales se hallan principalmente en el Exodo, en el Levítico y en el Deuteronomio (naturalmente del Pentateuco). Las penas eran rígidas aunque se atenuaron posteriormente con el Talmud. También predomina el espíritu religioso y la delegación divina como facultad a castigar. Igualmente, el delito es ofensa a dios y los objetos de la pena son la intimidación y la expiación. Con esto se denota la adopción de fundamentos sociales y teológi-

cos que la tribu judía hizo de las culturas que la sometieron (Egipto, Asiria, Persia, Roma, etc.). El talión en el homicidio es absoluto (vida por vida). El reo se purificaba por ejercicios expiatorios; curiosamente el suelo donde se perpetraba el delito quedaba contaminado, por lo que los sacerdotes imploraban el perdón de dios para sanear de pecado el lugar. Algunas penas cambiaban con el paso del tiempo; - por ejemplo, el lapidar a la adúltera casada se modificó - por horca y fuego. Con respecto al famoso proceso que se - llevó de Jesús el Nazareno y que concluyó con su crucifixión,⁽⁴⁾ se considera que es inútil profundizar en su estudio técnico-jurídico, siendo un hecho sobre el que siempre han intervenido intereses de diversa índole (sociales, políticos, económicos) y no sólo religiosos o históricos, por lo que la veracidad de circunstancias tan pormenorizadas en la "Biblia" son dudables, siendo ilógico fundamentar un análisis en sucesos tan antiguos y discutibles.

Grecia.- En sus orígenes (época legendaria), la aplicación de las penas guardan una estrecha relación con la religión; la venganza de los delitos en las leyendas y tragedias se efectuaba más por seres mitológicos que por los humanos. Posteriormente, en la etapa histórica la pena

⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 272 y sig.

tiene bases morales y civiles, aunque sigue influenciada -- por la teología.

Al principio, la responsabilidad en los delitos - políticos o religiosos es colectiva; los traidores y tira-- nos eran muertos junto con toda su familia. A otros se les privaba colectivamente de sus derechos. Se aplicaba también la atimia colectiva, especie de exclusión de la sociedad, - por la que cualquiera podía matar a los sentenciados y apoderarse de sus bienes. Este tipo de sanciones desaparece en tre los siglos IV y V, lográndose con ello el carácter indi vidual de la pena. (5)

De las legislaciones penales sólo se tienen frag- mentos y recuerdos legados por filósofos, poetas y oradores. De ellas se sabe que no tenían en su mayoría ideas religio- sas, sino que se afirmaba y predominaba el concepto de Esta- do. Las penas se fundamentaban en la venganza e intimida--- ción y los delitos se distinguían según lesionaran los dere chos de todos o uno en particular. Para los primeros las - sanciones eran crueles y para los últimos eran más benignas. Atendiendo a la equidad, los jueces podían sancionar por he chos no previstos en la ley. Al abolir Solón la mayoría de las leyes draconianas se disminuye la severidad de los cas-

⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 275

tigos, estimando injusto penar con la muerte tanto al homicida, como al holgazán y al que robaba frutas o legumbres.

En Esparta las leyes conservaban un espíritu heroico y un sentido universalista. Se castigaba cruelmente al soldado cobarde en combate, se azotaba a los afeminados, se penaban a los célibes y se practicaba la eugenesia.

En el Derecho Helénico no existe una coordinación jurídica; es más bien una masa incoherente de pensamientos filosóficos, de interpretaciones oratorias y de leyes. Grecia es la transición entre las culturas orientales y occidentales, pero jurídicamente no tiene la relevancia de Roma, del Derecho Germano o del Derecho Canónico, aunque sí influye al Derecho Romano. En Grecia se libera el poder civil - del dominio teocrático de oriente, manifestándose penalmente en la humanización de las reacciones punitivas y, socialmente, en la conciencia individual del hombre, constituyéndose una base netamente teórica en la política y en el Derecho, con lo cual se fundamenta el conocimiento científico occidental. "...El pensamiento de Sócrates, de Platón y de Aristóteles acerca de estos problemas es, con mucho, históricamente más importante que la realidad del derecho griego..." (6)

⁶ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I. Editora Argentina. Buenos Aires. 1970. Pág. 49.

Roma.- Desde antes de fundar la urbe romana, el Derecho Penal tiene un carácter religioso; existen prohibiciones y expiaciones de naturaleza tabú. En esta cultura es relevante la autoridad total del "Pater", pudiendo castigar a sus subordinados hasta con la muerte. Entre algunas penas se presentan la confiscación del patrimonio, la expulsión de la paz (consistente en el abandono del condenado a la venganza libre, aplicable especialmente cuando se ofendía a una comunidad distinta del delincuente), la venganza privada (entendida no como acción privada) y la composición, previstas las dos últimas en la "Ley de las XII Tablas", y aplicables en los casos de encontrar in fraganti a la mujer adúltera, al ladrón nocturno, en el convenio de composición por mutilaciones y al principio en los llamados delitos privados. El homicidio es considerado como una infracción al orden jurídico público y no confían su castigo a la voluntad privada de los parientes de la víctima, residiendo en éste la más esencial distinción entre el Derecho Romano y el Germánico. (7)

En las mismas XII Tablas también se permite el faloión y no se conocía la tortura para lograr la confesión. Existe en primer lugar el carácter religioso-jurisdiccional

⁷ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 280.

del rey y subsecuentemente la jurisdicción familiar.

El Derecho Penal Romano desde sus comienzos se constituye como Derecho Público, aunque siempre hubo "crimina publica" y "delictiva privata", diferenciándose principalmente en lo jurisdiccional. Los primeros fueron aumentando; en sus inicios sólo eran "crimina publica" la "perduellio" (traición) y el "parricidium", habiendo para éstos una pena pública consistente en la ejecución del culpable ("supplicium"). Para los "delictiva privata" existía un pago obligatorio en dinero ("damnum"), por lo que eran compositionales; cuando se compensaba el delito de lesiones se le conocía como "poena", término que se fue generalizando para toda sanción punitiva. A los delitos públicos se agregaron el incendio doloso, el falso testimonio, la corrupción del juez, el robo flagrante, las reuniones nocturnas y la adivinación, aplicándose la "publica persecutio". Los romanos tutelan con esto el orden de la sociedad y del Estado, llamándola Paulo tutela de la "publica disciplina" (disciplina común).⁽⁸⁾

Al surgir la República, el principio "nullum crimen sine lege" no regía. Desde el año 200 antes de Cristo aproximadamente, se produce una notable atenuación en las

⁸ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 51.

penas. (9) Al continuar este período resaltan por su importancia ciertos recursos procesales, siendo uno de ellos la "provocatio ad populum", por la cual el condenado a muerte por un magistrado, se sometía a juicio del pueblo, presentando el juzgador los elementos en que basó su sentencia. A través de éste recurso y del exilio voluntario se evita la pena capital, quedando de hecho abolida en los últimos años de la era republicana. (10) La "provocatio" no podía ser interpuesta a las mujeres y a los no ciudadanos. En el último siglo de la República el recurso fue insuficiente y peligroso por adquirir matices de orden político. Por lo anterior cobró importancia la "accusatio" y aunque el proceso era público, la acción era de carácter popular; se tipificaron más delitos públicos: "crimen magestatis", "repetundae" (cohecho), "sacrilegium", "peculatis", "homicidium", "falsum", etc. Tales ilícitos eran juzgados por un tribunal-jurado -- ("questio perpetua"), teniendo su origen en el "crimen repetundae" y extendiéndose este procedimiento a los delitos comunes.

La "accusatio" se restringe en el Imperio, pues el magistrado funciona como instructor y juez por disposición

⁹ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 281.

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 281.

de la "cognitio extra ordinem", tornándose el proceso ofi- cioso e inquisitivo. En la etapa imperial vuelve a concen- trarse en la potestad del emperador el proceso penal, dele- gándola en ocasiones en el "Praefectus Urbis" en Roma, y en los gobernadores en provincia, subsistiendo con menor impor- tancia la jurisdicción del senado. Las penas no estaban ta- sadas y se aplicaban "ad exemplum legis".

El cuerpo de leyes que ejerce mayor relevancia - durante muchos siglos es el Digesto, donde se sistematiza - el "Corpus Iuris Civilis". En sus libros XLVII y XLVIII se contienen las reglas penales y se les denominaron justifica- damente los "libri terribiles", influyendo hasta en las ing- tituciones represivas de la Edad Media.

Como rasgos importantes del Derecho Penal Romano podemos considerar:

a) La afirmación del carácter público y social de su - derecho punitivo, no obstante la diferencia entre delitos - privados (a instancia de parte y sancionados por el Estado con una verdadera pena que no consistía solamente en el re- sarcimiento) y delitos públicos.

b) Amplio desarrollo doctrinario en la imputabilidad, en la culpabilidad y en sus causas que las excluyen (como - el error).

c) El dolo está diferenciado. La pena era para el he-

cho doloso ("poenitio"). El castigo tenía un fin intimidatorio y disciplinario, por lo que era aplicable a los menores y colectivamente a las personas en algunos casos. El hecho no doloso era un "casus"; no había propiamente culpa en el sentido de las leyes penales modernas.

d) El sistema de la tentativa no se desarrolló completamente, y

e) El sistema penal no consideró la prohibición de la analogía.⁽¹¹⁾

Derecho Penal Germánico.- Es notoria su objetividad. Se da la venganza de la sangre (contra ella influyó mayormente el Derecho Canónico a través de la tregua divina). El estado de "faida" es la extensión de la venganza a toda la estirpe del transgresor, la cual se puede llevar a cabo de familia a familia. En las formas penales primitivas existe relación entre las prohibiciones penales y las de naturaleza religiosa.⁽¹²⁾ Al evolucionar los principios vindicativos y consolidarse el poder público, como reacción social - se presenta la pérdida de la paz, por la que el infractor - era privado de protección colectiva y abandonado a las represalias del ofendido.

¹¹ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 53.

¹² Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 286.

Posteriormente se practica la composición y con ella se evita la venganza; se pagaba el daño ocasionado más algo extra como retribución al ofendido (lo que ya estaba tasado, según el deterioro) o su familia; debiéndose dar también otra cantidad al Estado para no perder la protección que le deba éste. (13)

Para el Derecho Germánico, lo que interesa es el daño hecho y no la situación subjetiva de quien la causó. Por lo mismo, la tentativa no fue punible y tampoco se consideraba si la conducta fuese dolosa o culposa. Todo ello al parecer, por las heredadas ideas primitivas de la responsabilidad objetiva.

Derecho Canónico.- El Derecho Romano pervivió a través del Canónico, adaptándose a las nuevas formas sociales y absorbió y transformó jurídicamente las instituciones características del derecho bárbaro, como la "faida", dando una variante a las formas privadas y vindicativas de la reacción. Con el Derecho Canónico se mantuvo y reafirmó la naturaleza pública del Derecho Penal Romano, presentando además aquél una evolución en cuanto a sus relaciones con el Estado, principiando en el seno del Imperio Romano hasta adquirir plenitud de poder y desarrollo entre los años 1073

¹³ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 59.

a 1216.⁽¹⁴⁾ El Derecho Canónico también avanza en su funcionabilidad, comenzando por ser de naturaleza disciplinaria específica (su jurisdicción era sólo eclesiástica) hasta convertirse en regulador de las relaciones civiles que poco o nada tenían que ver con la iglesia.

La evolución se dio por razones históricas y políticas, desde ser una incipiente secta religiosa rechazada por el Estado hasta convertirse en la religión oficial y exclusiva del mundo romano (a partir de Teodosio I, en el año 381 de la era vulgar), pasando por su tolerancia (por Constantino I), llegando inclusive a detentar sus dirigentes el poder totalitario del Sacro Imperio Romano. Por ello, las conductas que atacaban tal creencia teológica se consideraron figuras delictivas, sobrevalorándose las funciones y los principios eclesiásticos a través de la excesiva y amenazante protección represiva de los mismos.

En su origen únicamente al obispo se le juzgaba por un tribunal canónico, aunque esta circunstancia (la de ser clérigo) después pasó a ser en algunos casos excluyente de responsabilidad.⁽¹⁵⁾

Al aumentar los delitos contra las normas religio

¹⁴ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 54.

¹⁵ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 56.

sas, la competencia clerical también es mayor, pasando a la jurisdicción inquisidora los delincuentes laicos. Al ejercer la represión canónica en nombre de la divinidad y no reconocer el principio "nullum crimen sine lege", el poder del juzgador adquiere extensión e intensidad extraordinaria. En este período existe confusión entre lo inmoral y lo ilícito, por haber combinación de esas normas y porque las diferencias entre pecado y delito no era evidente (aunque sí doctrinaria). Se mantuvieron y desarrollaron los principios romanos de la imputabilidad y de la culpabilidad frente al rudo objetivismo de algunos pueblos bárbaros; pero dichos principios no fueron suficientemente fuertes como para evitar las penas trascendentales y sobre corporaciones. Notable es la influencia de la tregua de dios, la cual favoreció al reo, incurriendo quien la violara en sacrilegio, limitándose con ello la "faida" germana y por lo que se obligaba al ofendido o su familia a aceptar la composición. Dignamente la iglesia aplicaba la pena capital, toda vez que entregaba al acusado al poder secular y éste no tenía facultad de gracia para perdonar la vida del reo, so pena de incurrir quien la otorgara en las sanciones señaladas por el Derecho Canónico.

2).- EDAD MEDIA.

Durante el largo medievo, en Europa se mezclan entre sí los modelos jurídicos romanos, bárbaros y canónicos, y éstos con las leyes nacionales de cada país, dominando -- con esa transformación una inestabilidad en el Derecho Penal.

Los glosadores y postglosadores en Italia exami-- nan, ordenan, comentan y tratan de adaptar los principios -- de justicia romanos a su momento histórico. Ulteriormente -- y tomando como base las enseñanzas de los glosadores, en -- Alemania se busca el renacimiento del mismo Derecho Romano. Constituyen estas dos doctrinas la llamada Recepción, y son los instrumentos con los que se elaboran las legislaciones nacionales europeas.⁽¹⁶⁾

La venganza de la sangre ("faida") se prohíbe permanentemente por las treguas perpetuas, pero la composición subsiste. Rasgo característico de esta etapa es la dureza -- con la que se aplica la pena, sobre todo la capital, la -- cual iba precedida de terribles torturas físicas, de castigos contra el honor (como la picota) y trascendentales; peculiar es además la gran variedad de formas por las que se obtiene la confesión (reina de las pruebas para los juzgado

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 293.

res de aquella época). Son modos de ejecutar la pena de —
muerte: la rueda, el colgamiento, la crucifixión, la lapida
ción, la inmersión en agua, el fuego, la sepultura en vida,
el despeñamiento y el descuartizamiento.

3).- RENACIMIENTO.

En España e Italia (con base en los intereses económicos de sus gobernantes) se presenta un mayor desarrollo de los tribunales inquisitoriales.⁽¹⁷⁾ Es característico de esta época el empleo de la analogía y la extraordinaria crueldad de las penas, principalmente la de muerte, la que se aplicaba sobre todo a los acusados de herejía y brujería, asimismo a sus familiares. Basta narrar brevemente algunas formas de ejecutar al sentenciado y ciertos métodos de tortura para tener una idea del refinado sadismo de quienes dirigían los destinos de la cristiandad, salvajismo institucional sólo propio de mentes enfermas.

La denuncia podía ser realizada por cualquier persona y la investigación de los hechos era efectuada por los miembros del Santo Oficio, para lo que procedían a interpe-
lar al inculpado, colocándolo sobre una máquina de madera - con aspecto de mesa, la cual tenía una tabla acanalada al centro, sostenida por cuatro palos a manera de "piernas", - en medio de la que había un travesaño más prominente. Sobre este centro era colocado el reo de espaldas, de tal manera que piernas y cabeza quedaban hundidas; luego se ligaban -- los brazos y pies con tripas de gato que llevaban a cada ex

¹⁷ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 64.

tremo un palo curvo llamado garrotillo, una ligadura en la parte superior y carnosa y otras en los tobillos y muñecas. Se instaba después al procesado a decir verdad y al dar éstas respuestas no deseadas, se empezaban a apretar las ligaduras alternativamente. El cuerpo quedaba suspendido al tener sólo un punto de apoyo, con lo que el cuestionado empezaba a sufrir intensísimos dolores. En esta posición se tenía al sujeto durante horas; si perdía el conocimiento, era vuelto en sí utilizando agua fría, hasta que aceptaba, la mayor parte de las veces, haber cometido faltas en las que no había pensado siquiera. (18)

Una vez "confeso" el individuo, se entregaba al poder secular para su ejecución. Entre las formas de aplicar la pena capital figura el "Garrote Vil". Este instrumento consiste en una viga de aproximadamente cincuenta centímetros de diámetro que se clava firmemente en el suelo, en ésta se adosa una silla donde se sienta el reo, para después atarlo fuertemente a ella; luego se rodea el cuello de la persona con un instrumento de hierro que se cierra poco a poco a base de un tornillo, hasta ahogar al sentenciado y destrozar sus vértebras cervicales. También se usaba en algunos lugares, en vez de instrumento de hierro, una gruesa

18

Loera, Rubén. A Garrote Vil. Tormentos y Crueldades en España. Ed. Posada. México D.F. 1975. Págs. 58 y 59.

cuerda cuyas puntas se ataban fuertemente a sendos maderos, luego ambos extremos se iban retorciendo poco a poco, a espaldas del reo y sobre la viga, hasta lograr la compresión suficiente para que el infeliz se asfixiara. Al aplicar tan salvaje tormento, en ocasiones ocurría que la compresión lograda era tal, que los ojos de la víctima se salían de sus órbitas; otras veces se presentaba hemorragia en la nariz y oídos y, muchas otras veces, a pesar de que el verdugo que aplicaba la pena debía ser un experto en torniquetes, el resultado final fallaba y el desgraciado quedaba a medio morir, pero con todo el sistema nervioso dañado, siendo presa de intensísimos dolores. Al ocurrir continuamente ese resultado, se decidió para asegurar la muerte del condenado, después de aplicar el Garrote Vil, quemarlo en una pira de antemano preparada y así acallar con ello "las buenas conciencias" de los jueces y jurados que se presentaban a suplicio tan despreciable.

Otro tormento aplicado a los herejes era el siguiente: se les encerraba en una jaula de madera que se colgaba en una plaza pública, ataviados con calzones como único vestido. Por medio de un ingenioso mecanismo, la jaula se iba haciendo más reducida cada día, hasta lograr que quedaran en cuclillas y ya no se pudieran mover. Sólo pan y agua se les proporcionaba como alimento. Cuando al cabo de

cierto tiempo los sacaban de ahí, las articulaciones ya no les respondían y eran llevados a un lugar donde se reunía - el tribunal, arrastrándose; aquél era el último interrogatorio. Salían de ahí para ir de nuevo a la plaza pública donde se les aplicaba el Garrote Vil.⁽¹⁹⁾

"La Cruz" consistía en colocar al reo semidesnudo sobre unos tablones formando una equis; se le ataban los -- pies y manos a las orillas de las vigas con tripas de gato y, por medio de resortes metálicos se estiraban las extremidades alternativamente.

En el tormento de "La Gota de Agua", se ataba firmemente al reo de pies y manos y se introducía en una jaula metálica pequeña (en la que sólo cabía sentado en cuclillas) acto seguido se instalaba bajo una especie de gotera, cayendo el líquido sobre su cráneo tonsurado que hacía las veces de caja de resonancia. Al pasar el tiempo se producía una - alteración psíquica y nerviosa elevada, aunada al dolor de las ligaduras y a la cansadísima posición física.

En otras ocasiones se ataba al sujeto a una rueda de hierro y madera suficientemente ancha para que cupiera - el cuerpo. Por medio de un eje impulsado de una palanca manual, se le hacía girar, y al pasar por la parte baja exis-

¹⁹ Loera, Rubén. Ob. cit. Págs. 9, 10, 62 y 63.

tía leña ardiendo sobre el piso para, al mismo tiempo que se estiraran los músculos del cuerpo, producirle quemaduras. Este suplicio era conocido como "La Rueda".⁽²⁰⁾

La tortura de "La Viga" consistía en colgar al individuo de un pie y una mano con cadenas de vigas fuertes y gruesas, acomodadas en forma cuadrangular en la plaza pública, después de haberle inferido quemaduras con hierros candentes durante el interrogatorio. El sol, el polvo y la sed se encargaban de terminar por último con la vida del hereje.

"El Palo" estribaba en una especie de lanza de madera durísima, perfectamente tallada, cuya punta era de hierro. Gruesa la base y muy fina en su extremo. Después de -- los acostumbrados preámbulos y tormentos de los interrogatorios, al condenado se le introducía esta lanza por el ano -- hasta sacarla por la boca. La ejecución se hacía en la plaza pública.

Para aplicar "La Estrampada", se colgaba al reo -- de muerte de una viga, atado de las manos; se añadían a la cintura grandes pesas de hierro y otras más de los tobillos. El sujeto terminaba con los miembros descoyuntados por el -- enorme peso que soportaba y por la suspensión.

²⁰ Loera, Rubén. Ob. cit. Págs. 66, 73 y 74.

En "El Tormento del Agua", se amarraba al procesado de sus extremidades, se le colocaba contra una viga que daba contra los riñones con el fin de presionarle estos órganos, se le introducía un embudo en la boca y se le daba a beber agua contaminada.

Otras veces se sentaba al condenado en una silla de hierro totalmente desnudo, dicho artefacto tenía cientos de pequeños agujeritos; poco a poco se le daba vuelta a una rueda instalada en la parte trasera de la silla y empezaban a salir por las perforaciones unas puntas de hierro sumamente agudas, provocando con ésto hemorragias; además se colocaba un cacharro también metálico bajo el asiento, conteniendo carbón encendido y se atizaba el fuego, logrando que el calor se fuera extendiendo por conducción. A esta tortura se le denominó "La Silla de Hierro". (21)

Amén de aplicarle al acusado alguna de las penas señaladas, su patrimonio pasaba a manos de los inquisidores, correspondiendo una parte al denunciante.

No es aventurado atribuirle al poder religioso - del medievo, de la inquisición y de los pueblos antiguos - (Persia, China, Asiria, Egipto, etcétera) la excesiva cruel

²¹ Loera, Rubén. Ob. cit. Págs. 94, 95, 97, 98, 104 y 105.

dad de las sanciones; a mayor fuerza de la clase sacerdotal,
mayor brutalidad en la represión del individuo.

4).- MEXICO PREHISPANICO.

El Derecho Penal Precolombino fue suplantado desde la conquista por el Derecho Español, y con las leyes punitivas posteriores se reafirma tal substitución, por lo -- que la influencia de las normas indígenas en el derecho vigente es casi nula y sólo tiene aplicación en algunos grupos étnicos de nuestro país y bajo determinadas circunstancias. Se caracteriza por la excesiva severidad y crueldad de las penas, aunque las fuentes históricas consultadas por los principales tratadistas son cuestionables.

Pueblo Maya.- Para ellos, en el delito de adulterio, el sujeto activo varón era entregado al cónyuge ofendido, el que tenía la libertad de perdonarlo o matarlo; la infamia y vergüenza recibida era suficiente pena para la mu--jer.⁽²²⁾ A los homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas se les castigaba con la pena capital y con la esclavitud a quienes cometían el ilícito de robo.⁽²³⁾

Pueblo Tarasco.- El adulterio con la mujer del monarca se penaba con la muerte, la cual trascendía también

²² Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México D.F. 1977. Pág. 113.

²³ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México D.F. 1978. Pág. 40.

a la familia, además de la confiscación de bienes. Cuando -- un familiar del Calzontzi llevaba vida escandalosa se le -- aplicaba asimismo la pena capital, la que alcanzaba a su -- servidumbre, sanción que se aunaba a la confiscación. Al -- que cometía el delito de violación, se le rompía la boca -- hasta las orejas y posteriormente se le empalaba, y por último, a quien robaba por primera vez se le perdonaba, pero si reincidía se le hacía despeñar. (24)

Pueblo Tlaxcalteca.- Se conocía la pena de pérdida de la libertad y la de muerte se aplicaba: a quienes faltaran el respeto a sus padres; al que causara daño a la comunidad; al que traicionara al rey; al que en guerra usara las insignias reales; al que maltratara a un embajador, guerrero o ministro del rey; a los jueces que castigaban injustamente o dieran informe falso al rey de sus funciones; al que en guerra dejara de combatir sin orden fundada, abandonara la bandera o desobedeciera a su superior; a los adúlteros; al que matara a su cónyuge aunque la sorprendiera en adulterio; a los incestuosos; a quienes utilizaran vestidos impropios de su sexo; al que robaba joyas de oro y, a quienes dilapidaban la herencia de sus padres. (25)

²⁴ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 41.

²⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 113.

Imperio Azteca.- El delito de adulterio sólo se castigaba cuando el ofendido sorprendía in fraganti a los adúlteros, cuando una vez realizada la acusación por el marido se comprobaban los hechos y cuando los miembros de la comunidad denunciaban el delito; siendo penado con la muerte, la cual se ejecutaba por lapidación o estrangulamiento. La misma sanción se aplicaba al cónyuge agraviado que mataba a uno o ambos adúlteros, aunque los descubriera en el momento del injusto y a los proxenetas.

El Códice Mendocino señala que a los menores de doce años y mayores de siete se les pinchaba el cuerpo con púas de maguey; que se les hacía aspirar el humo de pimientos asados o que se les ataba desnudos al suelo de pies y manos, dándoles una ración y media de tortilla al día, ésto con el fin de que no se acostumbraran a comer con exceso.

Por lo que respecta a otros delitos, el ladrón era arrastrado por la calle y después ahorcado; al homicida se le decapitaba; al alcohólico si era noble se le ahorcaba y en caso de ser plebeyo, cuando se le detenía por primera vez perdía su libertad y a la segunda se le aplicaba la pena capital; igual sanción se le dictaba al historiador que consignaba hechos falsos,⁽²⁶⁾ al que hacía peligrar la es-

²⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Págs. 111, 112 y 113.

tabilidad del gobierno o del monarca, a los homosexuales y a los que injuriaran, amenazaran o golpearan a sus padres - (para estos últimos, sus descendientes no podían heredar). Al que traicionara al soberano se le descuartizaba en vida, se le confiscaban sus bienes, se le demolía su casa y sus hijos pasaban a ser esclavos. La pena de muerte también se aplicaba incinerando vivo al infractor, empalándolo, machacándole la cabeza o por garrote. Otras sanciones consistían en: destierro (con lo que existía una especie de pérdida de la paz), infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y -- destitución de empleo, arresto, prisión, corporales y pecuniarias. (27)

Algunos de estos castigos son enunciados por Fray Andrés de Alcóbiz en su "Recopilación de Leyes de las Indias de la Nueva España, Anáhuac o México", y al respecto -- señala que "...todo esto sobredicho es verdad porque yo las saqué de un libro de sus pinturas, a donde por pinturas están escritas estas leyes, en un libro muy auténtico y porque es verdad lo firmé de mi nombre..." Tal afirmación es citada por Raúl Carrancá y Trujillo (28) y por Luis Jiménez de Asúa, (29) y la toman como cierta, sin considerar que la

²⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Págs. 42 y 43.

²⁸ Ob. cit. Pág. 113.

²⁹ Ob. cit. Pág. 915.

mayoría de los escritos hechos por los historiadores peninsulares están influenciados por una necesidad de los conquistadores, la de justificar ante el mundo la imposición de sistemas sociales represivos, para con ello lograr beneficios a la corona española, por lo que es dudable la excesiva crueldad y severidad de las penas y acontecimientos -- que los cronistas refieren.

Los aztecas conocían la distinción de los delitos dolosos y culposos (al homicida intencional los castigaban con la muerte, al culposo con esclavitud e indemnización); algunas excusas absolutorias (una era el ser ladrón menor -- de diez años); ciertas excluyentes de responsabilidad (robar maíz por hambre);⁽³⁰⁾ circunstancias atenuantes y agravantes de la pena; la acumulación de sanciones; la reincidencia; el indulto y, además la amnistía.⁽³¹⁾

³⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 111.

³¹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 43.

5).- MEXICO COLONIAL.

En términos generales puede afirmarse que las instituciones jurídicas españolas fueron trasplantadas para aplicarse en territorio americano: "...la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y azotes, todo por procedimientos sumarios 'excusados de tiempo y proceso'...", (32) gozando el juzgador de libertad para imponer las penas.

Entre las leyes que en materia penal eran aplicables a las colonias americanas se encuentran: la de Juan de Ovando; el Cedulaario de Puga; las Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano, por Alonso de Zorita; la Recopilación de Encinas; la Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias; el Libro de Cédulas y Provisiones del Rey; los Nueve Libros de Diego de Zorrilla; los Sumarios de Rodrigo de Aguilar; la Recopilación de Cédulas; el Proyecto de Solórzano; el de León Pinelo; los trabajos conjuntos de ambos; el Proyecto de Ximénez Payagua; los Sumarios de Cédulas; las Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor; -

³² Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 44.

la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias -- (completada con los Autos Acordados); el Cedulaario de Ayala; el Proyecto de Código Indiano;⁽³³⁾ la Legislación de Castilla (Leyes de Toro); el Fuero Real; las Ordenanzas Reales -- de Castilla; las de Bilbao; la Nueva y Novísima Recopila---ción; otras ordenanzas dictadas para la colonia (la de Minería, la de Intendentes y la de Gremios),⁽³⁴⁾ así como las Siete Partidas. El empleo de este conjunto normativo trae -- como consecuencia una confusión en el sistema represivo y -- con ello el abuso judicial del derecho.

Entre los tormentos y penas utilizados en la Nueva España se cuentan: las quemaduras en distintas partes -- del cuerpo; los azotes (que variaban de 50 a 400); la amputación de miembros; el arrastrar vivo al delincuente por caballos; la "Tortura del Agua"; la de marca en la cara; el -- presidio; los trabajos forzados; las galeras; el arresto; -- el confinamiento;⁽³⁵⁾ la expulsión de la tierra (para vagabundos y gitanos); las multas y el castigo total, ejecutándose éste por descuartizamiento, horca, decapitación, Garrote Vil, arcabuceo o en la pira. Las sanciones también eran infamantes, pues se ejecutaban en Picota Pública y eran im-

³³ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Págs. 115 y 118.

³⁴ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 44.

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 973 y sigs.

puestas tanto a mujeres como a hombres, siendo principalmente castigados los delitos de herejía y hechicería. Luis Jiménez de Asúa señala la excesiva represión cometida en el - Nuevo Reino de Granada (Colombia) por parte del Oidor Alonso de Salazar (Inquisidor y juez), quien desnarigó y desorejó a más de dos mil personas. (36)

Por lo que respecta a las penas pecuniarias, éstas eran divididas para beneficio del fisco, de la caja municipal, del denunciante y del juez. (37)

Especial interés reviste el Derecho de Asilo, el cual se daba tanto por parte del clero como en la casa de los blancos, aunque al parecer sólo era posible otorgarlo a españoles y criollos, siendo en ocasiones violado por altas autoridades. (38)

³⁶ Ob. cit. Pág. 987.

³⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 118.

³⁸ Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit. Pág. 996 y siguientes.

6).- MEXICO INDEPENDIENTE.

El Estado Mexicano en crisis por la inestabilidad política reinante, dispuso para enfrentar tal problemática que continuaran vigentes las leyes que rigieron durante la época colonial. Se presentan posteriormente incipientes rasgos de humanismo para algunas penas, aunque se prodiga el máximo castigo para combatir a los enemigos políticos de la nación. En términos generales, las pocas instituciones humanitarias creadas por algunas leyes no se realizaron, excepto una, la primera, decretada por Hidalgo y Morelos, la abolición de la esclavitud en México.⁽³⁹⁾

Después de algunos proyectos fallidos, nace el Código Penal de 1871, y en él la sanción tiene un carácter — aflictivo y retributivo, organizándose la privación de la libertad bajo un sistema celular; tales cualidades distintivas se desprenden de los artículos del 130 al 134 de dicho cuerpo de leyes, al expresar que: "...Artículo 130.— Los condenados a prisión la sufrirán cada uno en aposento separado y con incomunicación de día y de noche, absoluta o parcial, con arreglo a los cuatro artículos siguientes...Artículo 131.— Si la incomunicación fuere absoluta, no se permitirá a los reos comunicarse sino son algún sacerdote o mi—

³⁹ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 45.

nistro del culto, con el director del establecimiento y sus dependientes y con los médicos del mismo. También se les -- permitirá la comunicación con alguna otra persona, cuando -- éste sea absolutamente preciso...Artículo 132.- Si la incomunicación fuere parcial, sólo se privará a los reos de comunicarse con los otros presos; y en los días y horas que -- el reglamento determine, se le podrá permitir la comunica-- ción con su familia, con los miembros de la junta protectora de presos y con otras personas de fuera capaces de ins-- truirlos en su religión y en lo moral, a juicio de la junta de vigilancia del establecimiento...Artículo 133.- Lo prevenido en el artículo anterior no obstará para que los reos -- reciban en común la instrucción que debe dárseles, cuando -- no sea posible hacerlo con cada uno en particular...Artículo 134.- La incomunicación absoluta no podrá decretarse sino para agravar la pena que se imponga al reo cuando aqué-- lla no se creyere castigo bastante. Esa agravación no podrá bajar de veinte días ni exceder de cuatro meses. Lo preveni-- do en este artículo no se opone a que se aplique la incomu-- nicación como medida disciplinaria, en los casos y por el -- tiempo que permitan los reglamentos de las prisiones..." -- Otra característica fundamental avanzada para su tiempo fue el permitir la libertad preparatoria del infractor que com-- purga una condena, al manifestarse en el artículo 98 que se

entiende como tal "...la que, con calidad de revocable y - con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por buena conducta se hacen acreedores esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarles después una libertad definitiva..." La libertad preparatoria marca un emiente progreso en las normas penales del mundo, y su importancia radica en que sirve como instrumento para que el reo se readapte físicamente al mundo social del que fue separado.

En el Código de 1871 las penas y medidas de seguridad se encuentran expresadas en el artículo 92, el cual dice que éstas son: "...I.- Pérdida a favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto ú objetos de él; II.- Extrañamiento; III.- Apercibimiento; IV.- Multa; V.- Arresto menor; VI.- Arresto mayor; VII.- Reclusión en establecimiento de corrección penal; VIII.- Prisión ordinaria en penitenciaría; IX.- Prisión ordinaria; X.- Muerte; XI.- Suspensión de algún derecho civil, de familia o político; XII.- Inhabilitación para ejercer algún derecho civil, de familia o político; XIII.- Suspensión de empleo o cargo; XIV.- Destitución del empleo, cargo ú honor; XV.- Inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos ú honores; XVI.- Inhabilitación para toda clase de empleos, cargos ú honores; XVII.- Suspensión en el ejerci-

cio de una profesión, que exija título expedido por alguna autoridad o corporación autorizada para ello; XVIII.- Inhabilitación para ejercer una profesión; y XIX.- Destierro - del lugar, Distrito o Estado de la residencia..." Como podrá observarse, aún se preve la pena de muerte y algunas -- otras medidas hoy inusitadas, lo cual no deja de ser reprochable por considerarse injustas e inhumanas.

Por otra parte, al entrar en vigor el Código Penal de 1929, se presentan un gran número de errores. Así tenemos que el arbitrio judicial se encuentra restringido, lo que no permite la valoración total que el órgano resolutor debiera hacer del delito y sus circunstancias, redundando - en una imposición incorrecta de la pena por ser fría y matemática. Tal afirmación se desprende de la lectura de los artículos 161, 194 y 195 que a la letra dicen: "...Artículo 161.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando éste como un síntoma de la temibilidad del delincuente...Artículo 194.- Dentro del máximo y el mínimo que este Código establece como sanción para cada delito, los jueces aplicarán la que a su juicio proceda, en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes que en cada caso comprueben...Artículo 195.- Cuando concurren - circunstancias agravantes y atenuantes, se aumentará o dis-

minuirá la sanción señalada en la ley según que predomine - el valor de las primeras o de las segundas..."

Otro desacierto consiste en el origen de la naturaleza jurídica de la reparación del daño, pues el artículo 319 indica que "...La reparación del daño proviene del delito, se exigirá de oficio por el Ministerio Público en todo caso..." y por su parte el artículo 320 señala que - "...No obstante lo impuesto en el artículo anterior, los herederos del ofendido y éste, podrán ejercitar por sí o por apoderado las acciones correspondientes, cesando en este caso la obligación que al Ministerio Público impone el artículo anterior, aunque no su intervención..." De lo anterior se desprende que el pedir la reparación del daño es de naturaleza pública y privada, pero se mezclan y confunden ambas, lo que es contradictorio. Además, algunas novedades como - las granjas y navíos escuelas (artículos 123 y 124), por estimarse costosas para el Erario, se pueden calificar de - irrealizables.

CAPITULO II.

Teoría de la Pena.

- 1).- Noción de pena.
- 2).- Diversas corrientes sobre su fundamento.
- 3).- Fines de la pena.
- 4).- Distinción y clasificación de las penas
y medidas de seguridad.
- 5).- Individualización de la pena.

C A P I T U L O I I .

T E O R I A D E L A P E N A .

1).- NOCION DE PENNA.

La pena. He aquí una idea sobre la que se han suscitado grandes controversias. A lo largo de la historia, la pena ha sido el medio por el cual el poder público (y en ocasiones el privado) ha tenido a bien el soslayar un don jurídico del individuo que delinque o que le es antagónico, a través de sus instituciones represivas (jueces, fiscales, verdugos, etcétera). Modernamente, la pena ha pasado a ser de un elemento netamente de venganza, a un instrumento con el que ha sido posible el conservar la estabilidad social, pero —por qué no decirlo— que se ha utilizado con exceso.

El concepto pena ha sido objeto de múltiples definiciones. Para Fernando Castellanos Tena es "...el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico... —y para Constancio Bernaldo de Quirós, citado por el mismo Fernando Castellanos Tena es—
...la reacción social jurídicamente organizada contra el delito..."⁽⁴⁰⁾ Para Raúl Carrancá y Trujillo es "... un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido

⁴⁰ Ob. cit. Págs. 305 y 306.

una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto... —para Edmundo Mezger, referido por el propio tratadista anterior es— ...retribución, ...una privación de bienes jurídicos — que recae sobre el autor (del ilícito) con arreglo al acto culpable; imposición de un mal adecuado al acto..."⁽⁴¹⁾ Para Sebastián Soler es "...un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo — fin es evitar los delitos..."⁽⁴²⁾ Para Franz Von Liszt es "...el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la preprobación social con respecto — al acto y al autor..."⁽⁴³⁾ Para Ignacio Villalobos es — "...un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico..."⁽⁴⁴⁾ y, para Eugenio Cuello Calón es "...el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal..."⁽⁴⁵⁾

⁴¹ Ob. cit. Págs. 629 y 630.

⁴² Derecho Penal Argentino. Tomo II. Ed. Argentina. Buenos Aires. 1970. Pág. 342.

⁴³ Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Reus. Madrid. 1929. Pág. 197.

⁴⁴ Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México D.F. 1960. Pág. 506.

⁴⁵ Derecho Penal. Parte General. Ed. Porrúa. México D.F. 1953. Pág. 579.

Como se puede observar, Fernando Castellanos Tena, Edmundo Mezger, Sebastián Soler, Franz Von Liszt, Ignacio Villalobos y Eugenio Cuello Calón coinciden en que la pena es un castigo, un mal o un deterioro contra el inculpado. - El castigo para tales autores tiene diversas causas inmediatas: para Fernando Castellanos Tena y para Ignacio Villalobos es la misma ley, a efecto de mantener con ello el orden jurídico establecido; para Edmundo Mezger y para Sebastián Soler se impone como retribución, agregando este último que su fin es el evitar la comisión de nuevos delitos; para --- Franz Von Liszt se aplica en base a la reprobación social - que se tiene del acto y, para Eugenio Cuello Calón simplemente se impone al culpable de una conducta delictiva.

Constancio Barnaldo de Quirós no toma a la pena - como un mal, sino que de una forma dialéctica, la considera como la antítesis de la conducta y el delito, la cual debe ser legal (la pena).

Por su parte, Raúl Carrancá y Trujillo tampoco estima a la pena como un castigo propiamente dicho, sino como una medida readaptadora, originada por una anormalidad que el sujeto tiene en lo social, acreditada por el hecho injusto.

De lo antes escrito, podemos concluir que los autores señalados toman a la pena bajo dos alternativas: como

castigo y como medio para lograr otros fines.

Por nuestra parte estimamos que el concepto pena lleva implícito el castigar al que resulte penalmente responsable, pero el castigo no es el único objetivo de la pena, ya que también tenemos la readaptación del delincuente como base principal para evitar su reincidencia, amén de intentar la previsión de los delitos. Es por ello que consideramos a la pena como la reacción legal que el Estado tiene -- contra quien demuestre un peligro antisocial, llevada a cabo a través de tratamientos rehabilitantes adecuados para -- cada caso concreto, y que tiene como último fin, si no la -- eliminación, sí la disminución de los delitos; sirviendo -- además la misma pena como elemento preventivo de la crimi- nalidad, a través de la intimidación que con ella se causa a la generalidad, con lo que se conserva el orden jurídico ne- cesario para lograr el desarrollo social del individuo.

2).- DIVERSAS CORRIENTES SOBRE SU FUNDAMENTO.

Instintivamente, la humanidad ha estimado siempre que la pena (como castigo) es el medio que responde a la -- justicia y tiende a reprimir la conducta; justicia que va -- de acuerdo a una disciplina familiar, escolar o social y -- que observa objetivos concretos. Sin embargo, para la doctrina jurídica la justificación de la pena presenta dos hipótesis antagónicas: a) la pena tiene un fin específico, -- se aplica "quia peccatum est" (a quien está en pecado); y b) se estima a la pena casuísticamente, como un medio para la consecución de ciertos fines, se impone "ne peccetur" -- (para que nadie peque). Supuestos que originan una tercera tesis, ecléctica, que no se conforma con darle a la pena -- una sólo característica; a éstas corrientes se les conoce, -- respectivamente, como Teorías Absolutas, Teorías Relativas y Mixtas.

Las generalidades sobre las teorías antes enunciadas forman grupos completos que procuran diferenciar y singularizar con especialidad cada una de las divisiones; así pueden sintetizarse, los agrupamientos conforme al cuadro -- que se inserta a continuación.

TEORIAS ABSOLUTAS.

- a) Teoría de la Reparación.
- b) Teoría de la Retribución Divina.
- c) Teoría de la Retribución Moral.
- d) Teoría de la Retribución Jurídica.

TEORIAS RELATIVAS.

- a) Teoría Contractualista.
- b) Teoría del Escarmiento.
- c) Teoría de la Prevención Mediante la Coacción Psíquica.
- d) Teoría de la Defensa Indirecta de Romagnosi.
- e) Teoría Correccionalista.
- f) Teoría Positivista.

TEORIAS MIXTAS.

- a) Teoría de Carrara.
- b) Teoría de Merkel.
- c) Teoría de Binding.

TEORIAS ABSOLUTAS.

Para ellas, la pena se aplica como exigencia de la justicia absoluta (si el bien merece el bien, el mal merece el mal); y el delito puede ser reparado o retribuido; "...la expiación o retribución da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito

cometido..."⁽⁴⁶⁾ La pena, además, es una consecuencia necesaria e ineludible del ilícito.

a) Teoría de la Reparación.- Para esta corriente, el dolor que causa la pena expía y purifica la voluntad inmoral que originó el crimen, destruyendo la verdadera fuente del mal. La doctrina reparacionista solamente considera la inmoralidad del acto, nunca el hecho exterior.

b) Teoría de la Retribución Divina.- Para sus seguidores (entre ellos Stahl), la pena es el medio por el cual el Estado vence la voluntad que motivó al delito y que se sobrepuso a la ley suprema de la que emana el mismo Estado, como exteriorización terrenal de un orden querido por Dios.⁽⁴⁷⁾

c) Teoría de la Retribución Moral.- Emmanuel -- Kant es su principal exponente. Para él, la violación de la ley moral es digna de pena, en base a la idea de nuestra razón práctica y "...el derecho tiene la tarea de fijar las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno pueda armonizarse con el arbitrio de otro y de asegurar la libertad de la persona humana..."⁽⁴⁸⁾ Por lo anterior, el sancionado -

⁴⁶ Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit. Pág. 581.

⁴⁷ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 321.

⁴⁸ Larroyo, Francisco. Introducción a la Filosofía de la Cultura. Ed. Porrúa. México D.F. 1971. Pág. 483.

está obligado a reconocer que el mal que sufre es merecido, y para ello es necesario que en toda pena exista justicia. La norma será inmoral cuando el vicio deje de estar penado. La pena no se puede imponer como medio para lograr otro bien, sino que se debe aplicar al sujeto sólo porque ha delinquido; "...la dignidad del ser humano exige que el delincuente sea considerado como persona, libre y responsable, esto es, como punible y no como instrumento para procurar finalidades diferentes de la que se orienta hacia la justicia..."⁽⁴⁹⁾ Para el filósofo de Königsberg, "...la retribución por medio de la ley del talión es expresión de igualdad y la igualdad es el principio mismo de la justicia..."⁽⁵⁰⁾

d) Teoría de la Retribución Jurídica.- Su expositor más importante es Federico Hegel. Estima que el derecho, "...encargado de proteger a las personas..."⁽⁵¹⁾ tiene una necesidad absoluta: la realización de la libertad del espíritu como única realidad. Por otra parte, el delito es la aparente destrucción del derecho (aparente negación), pero a través de la pena se demuestra la indestrucción del mismo; "...la conducta del delincuente es necesariamente contradictoria, pues el sujeto con su delito, afirma la propia liber

⁴⁹ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 322.

⁵⁰ Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 656.

⁵¹ Larroyo, Francisco. Ob. cit. Pág. 511.

tad y niega la existencia de ella en los otros, como voluntad posible... -el infractor al intentar la destrucción -del derecho, mediante la violenta negación de las facultades concedidas a otros, erige la violencia en ley, y a ella sucumbe, con lo que se observa lo irracional e irreal de su conducta- ...la pena es una especie de retorción de la propia negación del derecho que el delincuente intentara...es como si quisiera la pena..."(52) La misma, aparece entonces, como una negación de la negación del derecho.

TEORIAS RELATIVAS.

Este sistema, también conocido como de la prevención, "...aspira, como su nombre lo indica, a prevenir la comisión de nuevos delitos..."(53) No toma a la pena como un fin, sino "...como un medio necesario para asegurar la vida social..."(54) Se justifica no por ella misma, sino -para conseguir la seguridad social. La pena no se explica -por la idea de justicia, pues lo que la hace justa es su necesidad social, es decir, para defender a la sociedad.

a) Teoría Contractualista.- Naturalmente, esta -doctrina corresponde a Juan Jacobo Rousseau. Para él y sus

52 Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 324.

53 Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit. Pág. 581.

54 Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 306.

seguidores (como Beccaria), el orden social es un derecho - sagrado que sirve de base a todos los demás y está fundado en convenciones, siendo el fin del pacto social la conservación de sus contratantes, y para alcanzarlo "...cada hombre no debe ser sólo objeto, sino también sujeto de poder..."⁽⁵⁵⁾

El delincuente es un traidor al pacto, por lo que se condena al enemigo (no al ciudadano), cuando éste es culpable. Para Rousseau no existe infractor que pueda ser inútil, y - la pena capital sólo podrá aplicarse cuando la conservación del individuo ponga en peligro a la comunidad. La necesidad constriñe a los hombres a asociarse, cediendo parte de su - libertad individual; la suma de estas mínimas proporciones forman el derecho a castigar, y su fundamento y límite es - la necesidad de conservar la seguridad social. La pena es - la "...reacción defensiva para la conservación del pacto - social, ya que el delito coloca al reo fuera de la protección del orden social..."⁽⁵⁶⁾

b) Teoría del Escarmiento.- Se puede considerar como el espíritu de la antigua penalidad. La aplicación del castigo hasta antes de Beccaria tenía como fin el inspirar temor en el pueblo, utilizando al sentenciado como medio pa

⁵⁵ Larroyo, Francisco. Ob.cit. Pág. 465.

⁵⁶ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 326.

ra el escarmiento; "...es un tipo de reacción ciega y temerosa que vemos esporádicamente renacer en el seno de poderes tiránicos, para los cuales el terror es un instrumento de gobierno..."⁽⁵⁷⁾ Lo que se busca con ello no es la disminución de la delincuencia, sino la supresión del delito y, como al aplicarse la primera pena, ésta no fue suficiente para la eliminación del motivo, las siguientes son más crueles.

c) Teoría de la Prevención Mediante la Coacción Psíquica.- Este sistema se debe a Feuerbach y señala que el interés fundamental del Estado es el que no sucedan violaciones al derecho (fin específico); para ello, el mismo Estado tiene la facultad de coacción, pero ésta no debe ser física, sino que debe dirigirse a la causa anterior del hecho y además que pueda funcionar en todo delito, esto es, en la psique, sobre la cual radica la fuerza que lleva al sujeto a delinquir.⁽⁵⁸⁾ Tales impulsos se pueden contrarrestar cuando los individuos estén conscientes que a su conducta ilícita le seguirá fatalmente un mal mayor que el derivado de la insatisfacción del impulso de cometer el delito. Con ello es factible limitar, en el hombre, su libre

⁵⁷ Soler, Sebastián. Ob.cit. Pág. 326.

⁵⁸ Ibídem. Pág. 327.

capacidad de conducirse. Por lo anterior, Feuerbach está - considerado como uno de los precursores de la corriente que toma a la pena como medio para obtener la defensa de la sociedad.⁽⁵⁹⁾

d) Teoría de la Defensa Indirecta de Romagnosi.- Este autor en su "Genesi del Diritto Penale", niega que - el fundamento del Derecho Penal se encuentre en el contrato social enunciado por Rousseau, Beccaria y otros, y lo -- afirma en el imperio de la necesidad. Para Romagnosi, el - Derecho Penal es una defensa indirecta que debe ejercitarse a través de la punición de los ilícitos pasados, para así - conjurar el peligro de los pretéritos, pues el delito es - "...contrario al derecho de los hombres a conservar su felicidad..."⁽⁶⁰⁾ La sanción en sí, debe dirigirse al mecanis--mo psíquico del sujeto, inspirándole terror con la previ--sión de un sufrimiento inevitable. La dimensión de la pena depende de la magnitud del impulso al que se debe oponer. - Por lo tanto, "...ante las fuerzas que impelen al delito - (spinta criminosa) la pena representa una fuerza repelente (contro spinta)..."⁽⁶¹⁾

⁵⁹ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Ed. Porrúa. México D.F. - 1981. Págs. 247 y 248.

⁶⁰ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 52.

⁶¹ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 329.

e) Teoría Correccionalista.- Es Roeder su representante principal. "...Para el correccionalismo de Roeder, la pena busca la corrección del pecado..."⁽⁶²⁾ La sanción misma no es un mal; su objeto no es el inspirar terror ni amenazar, sino reformar al delincuente. Trata que de éste se haga un hombre capacitado para cumplir con el mínimo de buena conducta que permita su participación en la vida social, anulándole las tendencias que lo llevaron a cometer el ilícito, todo ello a través del correctivo. El español Dorado Monteros amplía este pensamiento y manifiesta que el tratamiento aplicado en la delincuencia de menores se debe seguir también para los adultos.⁽⁶³⁾

f) Teoría Positivista.- En esta escuela, el fundamento de la justicia humana está en su necesidad biológica. El delito es considerado como un ataque a la sociedad y ella para defenderse o autoconservarse tiene la facultad de imponer una pena, la que está regida por leyes naturales.⁽⁶⁴⁾ La sanción no opera como retribución, sino como medio protector de la comunidad, y su objeto es el que el infractor no reincida, "...importa más la prevención que la represión de los delitos y, por lo tanto, las medidas de

⁶² Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 629.

⁶³ Citado por: Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 330.

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 331.

seguridad importan más que las penas mismas...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..."⁽⁶⁵⁾ Para el positivismo, el ilícito nace de aspectos patológicos o antisociales de la conducta humana.

TEORIAS MIXTAS.

Los eclécticos tratan de conciliar la justicia absoluta con la finalidad. Para Rossi, la suma del orden moral y social es la justicia absoluta, la cual "...desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social..."⁽⁶⁶⁾ Para Eugenio Cuello Calón: "...La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente al de la prevención del delito. Pero orientada hacia ese rumbo no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, porque la realización de la justicia es un fin socialmente útil. Por esto aun cuando la pena haya de tender, de modo preponderante, a una finalidad preventiva, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y

⁶⁵ Villalobos, Ignacio. Ob. cit. Pág. 40.

⁶⁶ Citado por: Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 306.

ennoblece..."⁽⁶⁷⁾ En estas corrientes, la sanción es necesaria por su causa (el ilícito) y útil por su consecuencia (su prevención o disminución).

a) Teoría de Carrara.- Para él, el orden social y, en general, el mundo tiene su origen en la creación divina, la cual se encuentra regida por una norma que denomina "ley suprema del orden". Esta tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica. El gobierno universal del hombre se subordina a la ley moral y física, toda vez que el sujeto debe tender a ordenar la libertad de su espíritu a través de su ejercicio exterior. La ley jurídica vincula al hombre como ser corporal y espiritual, es decir, en su cuerpo y necesidades; ella es una ley natural porque corresponde a la naturaleza, la doble condición del humano. La ley jurídica natural otorga facultades a los individuos y estos gozan del medio para tutelarlas. - Para lograrlo tienen a la coacción externa, la que se funda en la ley suprema del orden. De esta forma, la autoridad es legítima, porque el derecho necesita ser protegido, pero no bajo el principio de defensa social, pues la sociedad es un instrumento de la ley moral. La tutela jurídica como estatuto del Derecho Penal se debe entender en abstracto para evitar su eventual negación, pues al considerarse en concreto,

⁶⁷ Ob. cit. Pág. 582.

su objetivo sería la eliminación del delito en la sociedad, pero éso es imposible porque el hombre infringe las leyes - por naturaleza. Por otra parte, la pena tiende a tranquilizar a los individuos de la comunidad para mantener su confianza en el imperio de la ley; la misma pena no se funda exclusivamente en la justicia, porque la llevaría nada más hacia la esfera espiritual del humano; tampoco se basa en la sola idea de defensa, porque con ello se justifica la tiranía de la razón del Estado. La pena en manos del hombre tiene como fundamento la necesidad de defender al derecho en general. "...La pena, con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del derecho sino violación del mismo..."⁽⁶⁸⁾ La justicia de la ley es necesaria aunque no absoluta, pues al aplicarla un sujeto, la justicia sería falible, por lo que sólo tiene fines humanos. "...El hombre es, a un tiempo, súbdito y conservador de la ley moral..."⁽⁶⁹⁾

b) Teoría de Merkel.- Este autor estima que al no ser suficientes las medidas reparatorias, la pena es necesaria para asegurar en la personas el fundamento psicológico de la soberanía normativa. La pena es motivada por la

⁶⁸ Casteilianos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 55.

⁶⁹ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 334.

importancia valorativa que se acuerda social y éticamente - al acto que se vincula, y tiene su fin en la contribución - del fortalecimiento que da al deber protegido, pero que se infringió; con ello se obstaculiza en parte y debilita a -- las fuerzas antagónicas que la conducta ilícita pudiera tener. La pena sí funciona como una retribución, por ser la - reacción de un hecho dirigida contra su autor, de la cual - se espera compensar el detrimento ocasionado. De lo antes - expuesto se desprende que la retribución es una condición - de la pena. No existe beligerancia entre esa condición y el fin de la sanción, ni tampoco entre retribución y preven-- ción; todo esto conforma su unidad, por lo que la rivali-- dad entre las teorías absolutas y relativas es infundada. - "...Las teorías absolutas descuidan los efectos y las conse-- cuencias del delito, en cuanto éstas afectan intereses del presente y del porvenir. Las teorías relativas desconocen - que la causa de la pena está siempre en la ilicitud, así co-- mo el pago tiene causa en una deuda anterior..."(70)

c) Teoría de Binding.- Con él, la pena debe ser un mal para el infractor, pero no se impone vindicativamen-- te, porque su fin no es sanear sino herir al delincuente, - pues el daño ocasionado no es reparable toda vez que al ser el delito un fragmento de historia, debe estimarse como ocu

⁷⁰ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 335.

rrido. Para el Estado, la pena es el arma con la cual se afirma el Derecho, y al ser un mal, desde el punto de vista del delincuente (no de la norma), el correctivo no se debe aplicar cuando para el sujeto se juzgue superflua. La sanción no es un medio reparatorio, porque nunca restablece el estado existente anterior al hecho. El Estado tiene la facultad y la obligación de imponer las penas como único salvaguarda de la paz social y, para éste también (en la práctica) es un mal, pues su imposición le representa sacrificios. Por todo éso, el Estado solamente deberá castigar cuando el mal de no imponerlo sea mayor que el de la punición, y su obligación de aplicar penas surge cuando la inviolabilidad de la ley se encuentra en contradicción con la aceptación de la conducta realizada, o cuando la reiterada falta de punición debilite el imperio de la norma jurídica, peligrando su resistencia. Binding llega "...a desconocer la importancia verdadera y humana del principio nullum crimen sine lege, pues para él la ley penal no tiene el sentido de fijar la línea de conducta a los súbditos, sino que responde a la necesidad que el Estado experimenta de transformar su deber penal en una obligación clara y específicamente establecida..."⁽⁷¹⁾

⁷¹ Citado por: Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 337.

Si bien las teorías justificadoras de la pena pueden ser enfocadas desde múltiples perspectivas, no es dable aceptar en su totalidad a una sola de ellas, pues es posible atribuirle a cada una ciertas limitantes y críticas, como son: a) las teorías reparacionistas identifican a la moral con el Derecho, lo cual lleva a la pena a un campo estrictamente inmaterial e individualista; b) la teoría de la retribución divina es sumamente contradictoria, pues faculta al hombre para que juzgue a sus semejantes y ese acto sólo corresponde a las deidades, según los principios teológicos de las distintas religiones; c) la teoría de la retribución moral, se opone a la razón, pues el talión nunca será perfecto; d) la retribución jurídica de Hegel, olvida que es imposible lograr la libertad total del espíritu, y mayormente lo es el garantizarla a través de la pena; e) los contractualistas abandonan en nombre de la sociedad al infractor, sin considerarlo como parte de la misma; f) la teoría del escarmiento, además de excederse en su crueldad, no acepta la inextinción del delito; g) la teoría de la defensa indirecta propicia que se abuse del reo a través de las penas excesivas para infundir temor en la sociedad, como lo procura Romagnosi; h) la teoría correccionalista omite la prevención de los delitos en la comunidad; i) las conductas ilícitas no nacen de factores patológicos, como -

lo señalan los positivistas; j) Carrara, al desarrollar la teoría de la retribución divina, subordina el interés del Estado al poder de una deidad o del derecho natural; k) al aceptar la teoría de Binding, se estaría facultando al juzgador y al gobernante para infringir la subordinación del poder público a la ley, perdiéndose el beneficio y la protección de las libertades humanas al violarse la garantía de legalidad jurídica: "nullum crimen, sine lege", y l) las teorías de Feuerbach (de la coacción psíquica) y de Merkel, descuidan las causas sociales del injusto.

Por otra parte, la pena no debe considerarse aisladamente, como un fenómeno fatalista, pues existe una interrelación directa e inmediata con el Derecho, con la sociedad y con el individuo mismo. El Derecho tiene su origen en la necesidad que constriñe a los hombres para asociarse, por ello se requiere que cada uno ceda parte de sus libertades, las que al conjuntarse, conforman la facultad de la ley para anteponerse a los intereses del sujeto en particular; ésto con el fin primordial de proteger a la comunidad y coadyuvar en su progreso. En el establecimiento de las normas, a las cuales los integrantes de la sociedad han de someterse, es imprescindible que se señalen las abstenciones que la generalidad debe guardar, pero a sabiendas de que tales prohibiciones no pueden ser efectivas para elimi-

nar en su totalidad las conductas negativas (hechos que dañan a los sujetos y al Estado mismo), sino que deben estimarse como factor en la disminución de los actos injustos. Para que las prohibiciones sean observadas, es preciso que se penalicen. La sanción jurídica aparece entonces como el elemento a través del cual el Derecho reafirma su poder sobre el individuo, defendiendo, conservando e incrementando la calidad elemental de la sociedad.

Para que la pena cumpla con su cometido, es indispensable que se prevenga la comisión de conductas ilícitas, y ésto se logra con la amenaza de un mal que deberá estar en la mente del sujeto; ese mal no habrá de ser mayor y ni siquiera igual, en lo físico, que el daño ocasionado, pero sí suficiente como para que el individuo le tema; conjugándose en la pena, padecimientos materiales y psicológicos no excesivos, sino sólo los adecuadamente necesarios, con lo que se estará manteniendo la seguridad en la ley y previniendo la comisión de nuevos ilícitos, para proteger los bienes jurídicos que la sociedad requiere.

No hay que olvidar que la pena es un mal, porque implica la privación temporal o la limitación de algunos derechos; pero la misma también debe rehabilitar al reo, no solamente para evitar su reincidencia, sino además para hacerlo productivo a la vida social.

Sin embargo, para la imposición correcta de la -- sanción, es menester atender a las causas que impulsaron al sujeto a delinquir, siendo éstas: su personalidad y la so-- ciedad misma.

El hombre desde que nace es un mundo de posibili-- dades; de su formación depende que la sociedad lo estime co-- mo ejemplar o insignificante. Es por ello que el Estado de-- be proveer al individuo de los mejores medios educativos, -- morales y económicos que estén a su alcance, para que con -- la articulación de tales elementos, pueda tener conciencia social. Pero en un lugar donde las garantías sociales y las oportunidades de buena formación personal, no son para las mayorías; donde es patente el ejemplo del gobernante corrup-- to; donde por los medios de difusión se promueve el consu-- mismo como principal satisfactor del espíritu, y, donde los valores morales y el beneficio social pasan a segundo térmi-- no, se puede considerar que quienes dirigen los destinos ge-- nerales del pueblo son un factor en el incremento de la de-- lincuencia, pues éstos toleran y hasta promueven la mala -- formación educativa de sus subordinados, amén de participar activamente en el desequilibrio total del Estado, abusando de la confianza depositada y del poder conferido. Por lo -- expuesto en este párrafo, se puede afirmar que el factor -- económico del reo debe ir íntimamente ligado al tipo de san

ción impuesta, pues no es aceptable tratar por igual a los desiguales, y éso se debe analizar en la individualización de la pena. Por desgracia en nuestro medio, el freno de la delincuencia es el castigo que posiblemente se le inflija - al que resulte penalmente responsable del ilícito, mas no - el reconocimiento que debiera tener la generalidad de la interacción que existe entre el individuo y el Estado, para - que la sociedad forme al sujeto y, por lo mismo, que éste - se encuentra constreñido a ver por el bien de aquélla.

El delito es un acto jurídico y moralmente antisocial, en el cual incide el sujeto y el medio. La pena busca, a través de la justicia, reafirmar el poder del Derecho, para conservar, proteger y desarrollar a la sociedad, pero ésto no se debe entender de una manera absoluta, pues se -- caería en el extremo de aceptar la eliminación de uno o varios sujetos en beneficio de la comunidad y, dicha facultad a nadie pertenece.

3).- FINES DE LA PENA.

La pena jurídicamente considerada, funciona en general como consecuencia directa e inmediata del delito, pero tiene un destino o fin mediato. Para algunos este fin mediato o último es el cumplimiento de la voluntad divina a la que hay que subordinarse; para otros es el principio de justicia absoluta el que se debe atender; para otro grupo es el curar al reo, buscando su no reincidencia, y para la mayoría, la pena tiene como último propósito el proteger a la sociedad, el cual es un objetivo positivamente humano. - Fernando Castellanos Tena señala correctamente que la pena para que logre la defensa social debe buscar fines inmediatos, siendo éstos: el ser intimidante, ejemplar, correctiva, eliminatoria y justa.

Considera que es intimidante porque, a través del temor que la generalidad tiene de ella, se consigue el motivo capaz de prevenir o reducir el delito; que es ejemplar, para que advierta el sujeto la existencia de una amenaza -- efectiva y real; que la pena es correctiva, con la finalidad readaptante del infractor, previniendo con ello su reincidencia, por medio de tratamientos educativos, curativos o reformadores, consiguiéndose la reflexión sobre el ilícito que la ocasiona; que será eliminatoria de la vida social: -

a) temporalmente, mientras se obtiene la enmienda del penado al suprimirse su peligrosidad, y b) su separación perpetua, cuando se trata de incorregibles; por último, que será justa, porque en caso de no serlo, no se conseguiría la paz pública al dejarse insatisfechos los requerimientos de los individuos, de las familias y de la sociedad ofendidos por el hecho delictuoso, pues con la justicia se evitan conductas vindicativas motivadas por la falta de castigo.⁽⁷²⁾

Si bien, son aceptables en su mayoría los fines inmediatos expuestos por este autor, se estima que la pena, no debe eliminar definitivamente de la comunidad al reo incorregible, aunque se trate de casos excepcionales.

El aceptar la pena de muerte también es sostenido por Ignacio Villalobos al agregar que para la consecución de esos fines inmediatos (los mismos que señala Fernando Castellanos Tena), la pena necesita ser: aflictiva, porque al darse una respuesta agradable o indiferente en el reo, éste le perdería temor a la pena; legal, porque es el medio a través del cual se da a conocer, produciendo el efecto buscado; cierta, porque al haber posibilidad de eludirla el sujeto no percibiría la seguridad de la amenaza como consecuencia; pública, para que conozcan los individuos la

⁷² Ob. cit. Pág. 307.

realidad del sistema penal; curativa, para los reos que la necesiten; educativa, para todos los responsables de los delitos; de adaptación, para conseguir la prevención de futuras infracciones; humana, considerando al delincuente como persona; igual, contra lo que afecte al infractor; suficiente, lo idóneamente necesario; remisible, para estimarlas concluidas en caso de haberse impuesto erróneamente o al llenar sus fines; personales, para que únicamente se aplique al responsable; reparable, para hacer posible una restitución total en caso de error; variada, para escoger entre ellas las apropiadas, y también elástica, para individualizarla adecuadamente respecto a su duración o cantidad. (73)

Fernando Castellanos Tena es uno de los seguidores de la tesis abolicionista de la sanción suprema, lo que nos lleva a concebir que dicho castigo no debe existir. Sin embargo, al situarse en los fines inmediatos de la pena, acepta la eliminación perpetua del reo con ciertas peculiaridades que al parecer lo hacen inadaptable a la sociedad, lo que refleja una detención ilimitada o una destrucción, segregando al sujeto de toda vida en común, de donde se infiere la muerte social o física del infractor. Con lo anterior,

⁷³ Ob. cit. Pág. 509.

este tratadista se opone a los criterios sostenidos en defensa de la abolición del último suplicio.

Por otra parte, observamos que si los fines inmediatos descritos se cumplen, no opera la remisibilidad en el sentido que le da Ignacio Villalobos, porque consistiendo uno de ellos en ser correctiva, no existe circunstancia que conlleve perdón, pues el fin correctivo contiene implícita la reformación; además, cuando se demuestra que el individuo no es responsable del ilícito imputado (supuesto -- que se deduce al señalar que la remisibilidad de las sanciones debe funcionar para darlas por concluidas cuando se compruebe que fueron impuestas por error), tampoco ocasiona -- perdón de la conducta ilícita, pues ésta no se dio, lo que sitúa a la remisión únicamente en los casos de amnistía, de indulto por gracia y cuando una ley quita al acto realizado el carácter de delito que otra norma anterior le otorgaba.

4).- DISTINCION Y CLASIFICACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

El Artículo 24 del actual Código Penal para el -- Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para Toda la República en Materia de Fuero Federal, enumera sin establecer diferencia, las penas y medidas de seguridad, y señala que las mismas son:

- 1.- Prisión.
- 2.- (Derogada).
- 3.- Reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- Pérdida de los instrumentos del delito.
- 8.- Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.- Publicación especial de sentencia.

- 15.- Vigilancia de la policía.
 - 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
 - 17.- Medidas tutelares para menores.
- Y las demás que fijen las leyes.

Por otra parte, los técnicos del derecho no conservan un criterio uniforme sobre la distinción entre pena y medida de seguridad; ambas son consideradas como sanciones. Sin embargo, consideramos que la diferencia básica radica en que la pena acarrea un propósito expiatorio y retributivo, y la medida de seguridad intenta evitar la comisión de nuevos ilícitos: propiamente deben estimarse como penas la prisión y la multa, y como medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, ya que en la actualidad han sido prohibidas otras penas, como lo son los azotes, la mutilación, la marca y algunas otras.

Ignacio Villalobos expresa acertadamente que no se deben confundir las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia. Las primeras recaen sobre un individuo específico en cada caso, el cual -- por haber delinquirido hace suponer una temibilidad particular que requiere un apercibimiento, una caución de no ofender, una vigilancia especial o un tratamiento curativo si es cierta anormalidad lo que lo hace peligroso. Por el contrario, las segundas son actividades del Estado adoptadas para

toda la población del territorio y que a veces tienen una finalidad propia, ajena al Derecho Penal, pero que pueden redundar en la disminución de las conductas delictivas, como la educación pública, el alumbrado nocturno, la organización de la justicia y la asistencia social. (74)

Por otra parte, es posible clasificar a las penas de acuerdo a su fin preponderante y respecto al bien jurídico afectado. Por el fin que persiguen, se clasifican en: intimidatorias, para sujetos no corrompidos; correctivas, para individuos con tendencias delictuosas, pero susceptibles de ser regenerados socialmente, y eliminatorias, para inadaptables peligrosos (bajo una reclusión especial).

Atendiendo al bien jurídico afectado, se pueden clasificar en: contra la vida, como la pena capital (aún prevista por el Código de Justicia Militar); corporales, como azotes, marcas y mutilaciones (formalmente vedadas); contra la libertad, como la prisión, el confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado; pecuniarias, como la privación de ciertos bienes patrimoniales (multa y reparación del daño) y, contra determinados derechos, como la destitución de funciones y la pérdida o suspensión de la patria potestad o de la tutela. (75)

⁷⁴ Ob. cit. Pág. 512.

⁷⁵ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 308.

5).- INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

Siempre se buscó que la pena se aplique en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito. Cuando sólo se consideraba el daño causado se utiliza el talión como medio correspondiente entre hecho y castigo, y al tomarse en cuenta únicamente la subjetividad que motiva la acción injusta del individuo, trata de adaptarse a la temibilidad o a la peligrosidad del agente. En la actualidad se combinan estos dos fundamentos y se agrega la personalidad del sujeto, pues se intenta individualizar la sanción de acuerdo a la materialidad del acto y a lo subjetivo de su causa, lo que conlleva la satisfacción del fin último de las penas: "proteger a la sociedad".

Siendo los monarcas, a quienes en un principio se les confió esa individualización, de su absolutismo dependía la dimensión de la justicia. Ulteriormente es facultad otorgada a los jueces, pero su arbitrio excesivo se emplea equivocadamente para beneficio de quienes detentan el poder económico, convirtiendo a la individualización de las penas en incorrecta e ineficaz para los fines de la misma.

Con el desarrollo del Derecho Penal, el arbitrio del juzgador disminuye, aumenta o se limita. Así, en México durante la vigencia del ordenamiento punitivo de 1871, se -

fijan las penas en base a una temibilidad, vista en tres --
 términos: mínimo, medio y máximo, atendiendo a las ate---
 nuantes o agravantes catalogadas que se acreditaban en el -
 proceso; por ello la sanción es meramente una ecuación ma-
 temática, y "...el juez un autómatas que pronunciaba la so-
 lución..."(76) "...La legislación de 1929 adoptó el mismo
 sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuen-
 ta para la fijación concreta de la pena, agravantes y ate---
 nuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magni---
 tud del delito y sus modalidades, así como de conformidad -
 con las condiciones peculiares del delincuente..."(77) En
 la presente ley sustantiva de la materia, se adopta el méto-
 do de imponer sanciones de naturaleza específica para cada
 delito, y en cuanto a su medida se establece un mínimo y un
 máximo entre los cuales puede moverse el arbitrio del juez,
 siguiendo los lineamientos de los artículos 51 y 52 del C6-
 digo Penal, que permiten el establecimiento concreto del --
 grado de peligrosidad del sujeto, ya que dichos preceptos -
 establecen respectivamente: "...Dentro de los límites fija-
 dos por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las san-
 ciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta --

⁷⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 764.

⁷⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 310.

las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente...En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1º La naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2º La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3º Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad. El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso..." Preceptos, que como podrá verse, establecen análisis de la gravedad y naturaleza del delito y de la personalidad del sujeto, lo que hace posible la existencia de los fines de la pena.

En los casos de delitos cometidos por imprudencia o culpa, para una perfecta individualización de las penas - que lleven el cumplimiento de los fines de éstas, además de lo anterior, el sentenciador deberá considerar lo dispuesto

70

por el artículo 60 del Código Penal, que establece la observancia de ciertas circunstancias como: "...I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó; - II. Si para ello bastaba una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia; III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos..."

Dentro del arbitrio judicial empleado en la individualización de las penas y como derivaciones en la aplicación de las mismas, se hallan las facultades del órgano resolutor de conmutar el cumplimiento de una condena de prisión por una multa, y el cambio de las penas privativa de libertad y pecuniaria por una garantía económica, con las que se pretende asegurar la readaptación del acusado; ambos dones jurídicos con base en el buen comportamiento del reo. Al primero se le conoce como substitución o conmutación de la pena privativa de libertad, y al segundo se le llama condena condicional; siendo que estos beneficios o derechos establecidos en favor del sentenciado, funcionan únicamente para delitos con pena privativa de libertad cuyos volúmenes

o cantidades podríamos considerar como mínimos, puesto que en la substitución de la pena de prisión se habla de una --privación máxima de un año, mientras que en la condena condicional de una sanción que no exceda de dos años. Derechos que sólo operan en favor del sentenciado cuando éste reúne los requisitos establecidos, en el primer caso por el artículo 74 y en el segundo por el artículo 90, ambos del Código Penal, precisando el primero de los mencionados que: --

"...Los jueces podrán sustituir a su prudente arbitrio, en favor del delincuente primario, la pena de prisión no mayor de un año por la de multa. En tal caso deberá expresar los motivos de su decisión, tomando en cuenta las circunstan---cias personales del condenado y los móviles de su conducta, así como las circunstancias del hecho punible..." y, fijando como requisitos el segundo de los mencionados, los si---guientes: "...I. El juez o tribunal, en su caso, ...suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren estas siguientes condicio---nes: a) Que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de dos años; b) Que sea la primera vez que el sen---tenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del he---cho punible; y c) Que por sus antecedentes personales o mo---do honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades

y móviles del delito, se presume que el sentenciado no volverá a delinquir..."

Con todo ésto, la individualización judicial proporciona la vigencia de los objetivos de la pena, así como mayores garantías de acierto en su aplicación compatibles con nuestro sistema jurídico-social, gracias al arbitrio restringido del juez que la ley consagra.

Por su parte, el Procedimiento Penal no tiene como último objetivo la individualización de la pena; sino -- que éste, al funcionar como instrumento para materializar -- las hipótesis normativas, busca la misma meta que la ley -- sustantiva: la protección de la sociedad.

Para Raúl Carrancá y Trujillo, la individualización judicial es "...la capacidad jurisdiccional responsable (el jurado popular es irresponsable) para valorar la -- personalidad peligrosa del delincuente..."⁽⁷⁸⁾

Es meneste señalar que la individualización que realiza el órgano resolutor, no es una capacidad (entendida como facultad), sino una acción; por lo que debemos comprenderla como el acto que efectúa el juzgador, en el que atendiendo a las necesidades sociales, valora la personal peli-

⁷⁸ Ob. cit. Pág. 768.

grosidad del delincuente, imponiéndole una sanción por la conducta ilícita ejecutada. Es una necesidad que se origina de su naturaleza normativa y que intenta cumplir con el último objetivo del Derecho.

La individualización de la pena "...ofrece, según Saleilles, tres fases: la legal, la judicial y la administrativa..."⁽⁷⁹⁾ La primera marca límites entre los cuales puede moverse el que resuelve, según lo considere (como ya se expresó); su penalidad se condiciona a las agravantes o atenuantes señaladas, y al dolo, culpa, dolo eventual y grados de participación que estén acreditados; no es propiamente una individualización, pues la ley sólo reconoce de especies llamadas delitos. La fase judicial es la que realiza lógicamente el juzgador, al indicar en la sentencia la pena que le corresponde al infractor; en ella es donde se ejerce el arbitrio para la fijación del correctivo, atendiendo los datos que ministra el estudio de cada caso concreto. Por último, la fase administrativa es conferida al ejecutivo, al que le corresponde vigilar y determinar la forma y cumplimiento de la sanción, así como otorgar la libertad preparatoria al reo (artículo 84), si es que ha observado buen comportamiento, se presume que está socialmen-

⁷⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 765.

te readaptado y repare el daño causado (si le es posible), además de haber cubierto las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma si es por delitos imprudenciales. En caso contrario podrá decretar su retención: "...Artículo 89.- La retención se hará efectiva cuando, a juicio del Ejecutivo, el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo, incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal..."

Finalmente, es conveniente señalar algunas generalidades sobre la pena indeterminada. Ciertos seguidores de la teoría correccionalista (como Dorado Monteros), expresan que "...todas las penas, mientras su naturaleza lo permita, deben ser indeterminadas y la indeterminación no debe reservarse tan sólo para ciertas categorías de delincuentes, sino que deben aplicarse a todos sin distinción..."⁽⁸⁰⁾ Para este sistema, es en la fase administrativa donde se debe decidir cuándo se ha realizado la enmienda del reo, toda vez que se le sanciona solamente como medida para sujetarlo a un régimen de trabajo y educación por el tiempo que se quiera para lograr el fin propuesto; con ello el juzgador -

⁸⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 766.

exclusivamente está facultado a dictar condenas indeterminadas. (81)

En el Derecho Penal Mexicano no se admite la imposición de la pena indeterminada por el juez; de acuerdo a lo que establece nuestra Constitución Política, y sólo es dable al Ejecutivo prolongar o aminorar la pena privativa de libertad fijada por el órgano resolutor, dentro de los límites marcados en la misma sentencia y de conformidad con la norma.

⁸¹ Villalobos, Ignacio. Ob. cit. Pág. 516.

CAPITULO III.

Teoría de la Pena Capital.

- 1).- Concepto.
- 2).- Corrientes que la justifican.
- 3).- Corrientes abolicionistas.
- 4).- Reflexiones fundamentales.

C A P I T U L O I I I .

T E O R I A D E L A P E N A C A P I T A L .

1).- CONCEPTO.

Independientemente de la corriente por la que pugnen los autores que en este inciso se citarán, es pertinente señalar los conceptos que sobre la pena capital presentan.

Así tenemos que Ignacio Villalobos dice que es -
"...la privación de la vida o supresión radical de los delinquentes que se considera que son incorregibles y altamente peligrosos..."⁽⁸²⁾ Sin embargo, esta idea dista de ser la correcta para tener una noción técnico-jurídica de lo que es la pena capital, toda vez que presenta un objetivismo dirigido: el de calificar al sujeto, acto que no le corresponde al estudioso del derecho sino a sus auxiliares -- (como lo es el criminólogo); además adolece de incompleta, pues no toma en cuenta el aspecto formal que debe caracterizar todo concepto penal. Es por ésto que nos parece más -- aproximada la idea de Juan Carlos Smith al expresar que --
"...La pena de muerte es la sanción jurídica capital, la -- más rigurosa de todas, consistente en quitar la vida a un -

⁸² Ob. cit. Pág. 520.

condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye..."⁽⁸³⁾ ya que en ella se exponen el medio y los efectos formales - necesarios, a lo cual sólo es dable agregar la causa natural: sanción originada por una conducta delictiva estimada como grave.

Si bien el castigo supremo está considerado como una pena legal, no basta para que se justifique su aplicación en una sociedad que se estime actualmente progresista. Los distintos estudios y estadísticas que sobre la materia existen demuestran que la sanción última no es indispensable para conservar la integridad del Estado, y por ello el suplicio máximo es innecesario, toda vez que no cumple con los objetivos específicos de la pena, pues ni es intimidante, ni ejemplar, ni correctiva, ni justa, y sólo elimina definitivamente al sujeto como un efecto vindicativo, es decir, inhumano.

⁸³ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXII. Ed. Ancafo. Buenos Aires. - 1973. Pág. 973.

2).- CORRIENTES QUE LA JUSTIFICAN.

En la antigüedad no se crearon controversias doctrinari sobre si era la pena de muerte lícita y necesaria, pues los juristas y sus precursores únicamente tenían interés en razonar lo que para ellos era su imprescindible aplicación. Para Platón era admisible y justificable el estimarla como un medio político para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo y pernicioso, y dice "...En cuanto aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir, y se castigará con la muerte aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible. Es lo mejor que puede hacerse por ellos y por el Estado..."⁽⁸⁴⁾ siendo el fundamento platónico más filosófico que jurídico, pues considera al delincuente incorregible como un enfermo anímico incurable* y por serlo constituye el germen de aberraciones y perturbaciones de otros individuos. De tal forma, la vida no es para esta especie de hombres una situación ideal y ventajosa, por lo cual la muerte es el único recurso que existe para solucionar socialmente el problema.

Para Séneca, distinguido exponente de la doctrina ecléctica del estoicismo, quien se caracterizaba por su sen

⁸⁴ Diálogos. Ed. Porrúa. México D.F. 1975. Pág. 439.

tido práctico al "...enseñar a vivir y a morir..."⁽⁸⁵⁾ la fundamentación de la pena capital se traslada del campo meramente filosófico al plano psicobiológico, ya que los delinquentes son considerados por él como la resultante de un conjunto de anomalías mentales y biológicas, cuya extirpación solamente es posible obtener a través de la muerte. Este argumento es seguido con posterioridad por Rafael Garófalo respecto a la máxima pena "...de la que era ferviente partidario, y que defiende en un opúsculo llamado 'contra la corriente'..."⁽⁸⁶⁾

Para Santo Tomás de Aquino el imponer tal sanción tiene fundamentos jurídicos, filosóficos y teológicos, ya que todo poder correctivo y sancionatorio deriva de dios, dueño de la vida y de la muerte, quien lo delega a la sociedad de los hombres; por ello el poder público está facultado, como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas, con el objeto de defender la salud de la sociedad y curar sus males. De la misma forma que es lícito y conveniente amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, -

⁸⁵ Larroyo, Francisco. Introducción a la Filosofía de la Cultura. Ed. - Porrúa. México D.F. 1971. Pág. 311.

⁸⁶ Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Ed. Porrúa. México D.F. - 1981. Pág. 221.

lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la sanción máxima para salvar el resto de la sociedad.⁽⁸⁷⁾

Para Samuel Puffendorf el supremo castigo es un instrumento de represión necesario; manifiesta que no hay contradicción entre el principio del pacto social y la institución de esta pena, ya que un cuerpo social formado y organizado por medio de la unión de muchos hombres, tiene -- una organización, una voluntad y un conjunto de necesidades distintas y superiores al de los sujetos que lo integran, -- siendo admisible que en función de las necesidades sociales se tenga que sacrificar en ocasiones la vida de uno de ellos, para defender la vida y seguridad de todos.⁽⁸⁸⁾

Actualmente son expuestos variados argumentos para justificar la aplicación de la pena capital. Así, para algunos es lícita, insubstituible y retributiva: lícita, porque la sociedad utiliza el castigo máximo como medio requerido para conservar y mejorar a los individuos que la integran; insubstituible, como escarmiento para salvaguardar el orden de la vida civil, y retributiva, porque los crímenes atroces motivan una reacción en la conciencia de la socie--

⁸⁷ Summa Teológica. Tomo III. Ed. Católica. Madrid. 1978. Págs. 448 y 449.

³⁸ Smith, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 976.

dad que pide el sacrificio de los criminales.⁽⁸⁹⁾

Para otros es necesaria, porque a través de su -- ejemplaridad se deriva una tremenda fuerza inhibitoria, lográndose así el orden y seguridad sociales, amén de evitar sufrimientos físicos y espirituales al inadaptado implicado en una prisión perpetua.⁽⁹⁰⁾

Ignacio Villalobos señala además que se puede considerar justa, eliminatoria y selectiva: justa, porque es -- un medio de legítima defensa que la sociedad emplea para -- bien de ella; eliminatoria para sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando dentro de las cárceles, es vano intentar su corrección, y selectiva en forma artificial, porque previene la reproducción de seres extremadamente nocivos e inadaptables (principio eugenésico) que representan un seguro peligro para la sociedad, por lo que -- "...puede calificarse de benéfica y justa..."⁽⁹¹⁾

Si bien el castigo supremo tiene su origen en un fenómeno de automorfismo, los razonamientos hasta ahora expuestos son propios de ideas absolutistas, autocráticas, de las que derivaron históricamente la amplitud aplicativa de

⁸⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 646.

⁹⁰ Smith, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 977.

⁹¹ Ob. cit. Págs. 522 y 524.

dicha sanción, su difusión extraordinaria y la opulencia de sus formas; fundamentándose con ello la defensa social por el terr , causa de una pandestrucción que aspira a suprimir no sólo al reo, sino toda huella o prolongación suya, - una vez extinguida su vida meterial. Tratan de arrasar con la persona y su recuerdo, intentan aniquilar el pasado, el presente y el porvenir.

3).- CORRIENTES ABOLICIONISTAS.

Doctrinariamente es César Bonessana, Marqués de - Beccaria, quien inicia la corriente abolicionista del castigo total. Con su Obra titulada "De los Delitos y de las Penas" causa una de las controversias intelectuales más grandes que haya tenido la Criminología, y por ende el Derecho Penal.

La vida y situación legal del siglo XVIII es similar para todos los países de Europa, y es magistralmente resumida por Beccaria en el prólogo de su obra: "...Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, recopiladas por orden de un príncipe que hace doce siglos reinaba - en Constantinopla -Justiniano I-, mixturadas después con - ritos longobardos, y envueltas en farragosos volúmenes de - privados y oscuros intérpretes, forman aquella tradición - de opiniones que en gran parte de Europa tienen todavía el nombre de leyes; y es cosa tan común como funesta ver en - nuestros días que una opinión de Carpzovio -famoso por su extremado rigorismo judicial, se dice que en su vida dictó más de veinte mil sentencias de muerte-, un uso antiguo se ñalado por Claro -consejero de Felipe II-, un tormento su gerido con iracunda complacencia por Farinaccio -procura-- dor fiscal del papa Paulo V, cargo que desempeñó con gran -

rigor—, sean las leyes obedecidas con seguridad y satisfacción de aquellos que para regir las vidas y fortunas de los hombres deberían obrar llenos de temor y desconfianza... — Beccaria acepta el principio del Contrato Social de Rousseau y dice que fue — ...la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que la defiendan. El agregado de todas estas porciones de libertad posibles forman el derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia: hecho y no derecho... — Con respecto a la pena capital, cuestiona sobre si verdaderamente es útil y justa en los gobiernos bien organizados al interrogarse — ...¿Qué derecho pueden atribuirse éstos para despedazar a sus semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía de las leyes. ¿Son éstas más que una suma de cortas porciones de libertad de cada uno, que representan la voluntad general como agregado de las particulares? ¿Quién es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? ¿Cómo puede decirse que en el más corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes? Y si fue así hecho este sacrificio, ¿cómo se concuerda tal principio con el otro en que se afirma

que el hombre no es dueño de matarse? Debía de serlo si es que pudo dar a otro, o a la sociedad entera, este dominio..."(92)

Para Beccaria ningún poder terreno ni ultraterreno puede conceder a un hombre el derecho de matar a un semejante, pues la publicidad a veces terrorífica de una ejecución no produce las saludables consecuencias que desde un punto de vista político pueden perseguirse con la institución de la máxima sanción. Incluso, la vanidad o el fanatismo de muchos criminales se transforma en una especie de fuerza moral que hace que éstos se conduzcan heroicamente frente al patíbulo y adopten actitudes de serenidad y valentía que generalizan la confusión cuando no suscitan la admiración de los espectadores. El marqués admite, sin embargo, dos excepciones al principio abolicionista que sostiene: la primera es el caso relativo al peligro que implica para la estabilidad de un gobierno constituido, la vida de un hombre que ejerce una profunda influencia política; la segunda es cuando la eliminación de un peligroso delincuente sea el único freno que pueda oponerse al crimen organizado. Cabe mencionar que el mismo Beccaria —según Ignacio Villalobos—

⁹² De los Delitos y de las Penas. Con el Comentario de Voltaire. Trad. por Juan Antonio de las Casas. Ed. Alianza. Madrid. 1930. Págs. 21, 29 y 74.

siendo consejero de José II, votó por la institución de la pena total para el delito de conspiración contra el poder del monarca. (93)

Por su parte, Voltaire expresa que "...un hombre ahorcado no sirve para nada, y que los suplicios inventados por el bien de la sociedad deben ser útiles para ésta. Es evidente que veinte ladrones vigorosos, condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas, son útiles al Estado por sus suplicios, y que su muerte es únicamente útil para el verdugo, que se paga para que mate en público... - agregando- ...Obligad a los hombres a trabajar y haréis que sean honrados..." (94) Es evidente en Voltaire el espíritu práctico que lo caracterizó, sumándose con ello a las teorías supresoras de castigo supremo.

Modernamente abundan los argumentos que repudian la sanción capital. Al respecto Raúl Carrancá y Trujillo dice que no es lícita ni necesaria, porque:

"...a) Para que fuera lícita habría que admitir que la facultad de aplicarla hubiera sido concedida al Estado por los ciudadanos a virtud de un pacto entre ambos, fundado en el derecho de cada ciudadano a disponer de su propia

⁹³ Ob. cit. Pág. 524.

⁹⁴ Beccaria, César. Ob. cit. Pág. 133.

vida: lo que es inaceptable.

b) Su necesidad no está probada ya que hay otros medios de impedir que los criminales sigan dañando a la sociedad, por lo que es inútil.

c) No constituye escarmiento para el que ha delinquido, pues con privarlo de la vida se hace imposible toda corrección; y tampoco constituye ejemplo para los que no -- han delinquido, pues, a pesar de ella, siguen cometiéndose delitos y los reos que la han sufrido han sido testigos de ejecuciones anteriores, además de que la conducta criminal se da cualquiera que sea la pena con que se la retribuya o amenace.

d) Por aplicarse sobre el pobre, el desvalido, el que carece de medios económicos para cuidar de su proceso penal conforme a la mejor técnica, habilidad y capacidad de su defensor, la pena de muerte es radicalmente injusta, por desigual no obstante tratarse de iguales.

e) Por no permitir la reparación a que dieran lugar los errores judiciales y la malicia humana que falsea -- la prueba, esto es, por ser irreparable, es ilícita; pues -- la supresión de la vida humana requeriría, cuando menos, -- una justicia perfecta y, por ello, fuera del poder humano.

f) Hay muchas legislaciones en el mundo que han -- abolido la pena de muerte y las sociedades regidas por ellas

no han perecido, luego tal pena no es imprescindible.

g) La eliminación del criminal, por medio de la pena de muerte, a nadie beneficia salvo al verdugo, que gana por ello un estipendio; si el criminal trabaja para resarcir los daños que ha causado a los deudos de su víctima y, además, a la sociedad, por las erogaciones que ocasiona, todos se beneficiarían con la pervivencia de aquél.

h) La conducta del criminal obedece a factores -- causales varios: antropológicos, físicos y sociales. La pena de muerte suprime al hombre y, con él, los factores antropológicos del delito; pero dejan intactos los otros factores que, así, siguen influyendo en la conducta de los individuos. Luego la pena de muerte no es un medio adecuado -- para combatir las conductas criminales o sea para prevenir el delito.

i) No constituye la pena de muerte una especie de legítima defensa de la sociedad; pues la legítima defensa se ejercita en evitación del daño que inminentemente amenaza, y en el caso el daño ha quedado consumado, por lo que, -- no tratándose de evitarlo, lo que se hace es reaccionar después de él, esto es, vengarse. Luego tal pena no está justificada.

j) Si no se justifica la venganza, podría decirse que tal pena es curativa; pero ello tampoco es posible, pues

al privar de la vida se hace imposible toda curación.

k) Por lo mismo que los hombres no están facultados para disponer de la vida de otros hombres, el Estado al privar de la vida a un hombre, que no deja de serlo aunque sea un criminal, desborda el límite de su poder. Para ello reflexiona largamente a través de sus órganos judiciales, prepara a través de sus órganos ejecutivos y consuma a través del verdugo. El homicidio que comete resulta por ello más grave que el que castiga, lo que representa también la más grave ejemplaridad negativa para una sociedad humana.

l) Las leyes tienen una función política finalista, que consiste en elevar el nivel cultural de la sociedad y fortalecer los lazos de solidaridad entre sus miembros. Por medio de la pena de muerte se enseña a privar de la vida humana y se estimulan los instintos primarios y antisociales, que están muy lejos de haber desaparecido de los hombres..."(95)

A los anteriores argumentos es de agregarse el criterio de Mario Ruiz Funes, al expresar que "...La aplicación de la pena de muerte no cesa en su crueldad cuando se extingue la vida del delincuente contra quien se pronuncia: pretende, también, causarle un daño moral, que sobrevi-

⁹⁵ Ob. cit. Págs. 646 y 647.

va a su mera vida física, que deshonne su memoria y el recuerdo que pueda quedar de él en la conciencia colectiva. - Además de inflingirle la muerte, se le castiga con la infamia..."(96)

Son admisibles los raciocinios expuestos por Carrancá y Trujillo, pues en realidad y como ya lo había manifestado Beccaria, el hombre dentro de su porción de libertad que cede para constituir un Estado, no está incluida la de, llegado el caso, hacerlo morir; y el sujeto en correlación a ello no puede disponer de su propia existencia, es decir, dentro del contrato social no se puede aceptar la inclusión de destruir el bien supremo de los contratantes, como lo es la vida, y en el caso de que el Estado imponga una sanción total, estará rebasando el límite de sus facultades (abuso de poder), siendo ésto una fuerte ejemplaridad negativa para la colectividad.

La supuesta necesidad de imponer la última pena a individuos que realizan actos que denotan marcado salvajismo y que contaminan delictivamente el medio en que se les ubique (criterio sustentado por Ignacio Villalobos),⁽⁹⁷⁾ - tampoco es aceptable, pues si bien tales conductas antiso-

⁹⁶ Actualidad de la Venganza. Ed. Losada. Buenos Aires. 1944. Pág. 102.

⁹⁷ Ob. cit. Págs. 525 y 536.

ciales son del todo execrables, también lo es que la sociedad no está en lo moral capacitada para responder a ellas - automórficamente, porque siendo así se tendría como principio jurídico valedero el talional, pero como la función última del Estado es mantener la seguridad social de sus integrantes, ésta no se llevaría a cabo, ya que elimina y no re habilita al individuo que hipotéticamente le puede ser útil. La misma seguridad social es posible conseguirla a través - de otros medios, como lo son las penas privativas de libertad o en su defecto, la aplicación de una medida de seguridad; de lo que se desprende que la pena de muerte es superflua, opinión sostenida por Franz Von Liszt en su "Tratado de Derecho Penal", Tomo III de la Editorial Reus, publicado en Madrid en el año de 1929; página 241.

Refiriéndonos a la ejemplaridad de esta sanción, el mismo Carrancá y Trujillo manifiesta que al decir de Jes check, Strahl, Roxin, Recaséns Siches y Reckless, no hay Estado en el mundo en el que la supresión del castigo máximo haya producido un aumento en los delitos contra la vida, ni que la reintroducción de tal suplicio haya originado una -- disminución en esas conductas punibles. (98)

Sobre el mismo argumento, Castellanos Tena dice -

⁹⁸ Ob. cit. Pág. 670.

que "...Revela la práctica que no sirve de ejemplo para -- quienes no han delinquido, pues en los lugares donde existe, sigue delinquiéndose...Además, es bien sabido que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones..."(99) Sebastián Soler también ostenta este postulado al manifestar que "...no es exacto afirmar que la introducción de la pena de muerte disminuye la criminalidad, ni que en estados abolicionistas la criminalidad sea menor que en los demás. Las variaciones en la criminalidad no son explicables por su relación con la severidad de las penas. La cuestión es mucho más compleja. En realidad, debe observarse que quienes propugnan la pena de muerte por la supuesta función intimidante, no verifican su hecho, sino que opinan según su parecer, dando por establecido una especie de necesidad genérica y latente que autorizaría al Estado a -- destruir a un individuo..."(100)

La ejemplaridad de la pena de muerte no cumple -- con los fines que sus justificadores señalan; por el contrario, tiene un efecto reversible al propuesto. Tal afirmación es sustentada por Albert Camus, Arthur Koestler y Jean Bloch-Michel, los que indican que "...no está probado que

⁹⁹ Ob. cit. Pág. 319.

¹⁰⁰ Ob. cit. Pág. 364.

la pena de muerte haya hecho retroceder a un solo asesino -- decidido a serlo; por lo que es evidente que no produce ningún efecto, excepto el de la fascinación de millares de criminales que la buscan como objeto..."⁽¹⁰¹⁾ A esta tesis es de agregarse la opinión de Mario Ruiz Funes, quien en una forma más concreta sostiene que "...También el criminal, - de acuerdo con la interpretación psicoanalítica...va muchas veces al crimen por un sentimiento de culpabilidad. Alexander y Staub observan que el deseo de punición es uno de los móviles que impulsan al acto criminal. En su opinión, mu---chos homicidios, verosímiles la mayor parte, son realizados con la esperanza de alcanzar la pena de muerte. Esta pena - de muerte atrae más que intimida. Una mezcla de sadismo y - masoquismo es el placer del homicida de jugarse la cabeza. La posibilidad de un fin sangriento figura entre los móvi---les instintivos del crimen. La pena de muerte, más bien que un motivo de espanto o de horror, ha sido una de las razo---nes del acto criminal. La vanidad de los delincuentes en---cuentra en este desenlace teatral de sus pobres vidas una - verdadera satisfacción interior..."⁽¹⁰²⁾

La pena de muerte en nuestro país era injusta e -

¹⁰¹ Reflexiones sobre la Guillotina. Ed. Emecé. Buenos Aires. 1960. -- Pág. 119.

¹⁰² Ob. cit. Págs. 171 y 172.

inmoral, porque en México el contingente de criminales que estaban amenazados de esta condena judicial, derivada de nuestros códigos penales, se componía en su generalidad -- "...de hombres económica y culturalmente inferiorizados; -- los demás delincuentes, por su condición económica o social superior, no llegan jamás a sufrir proceso y menos llegarían a sufrir la irreparable pena; pero además el delincuente de estas otras clases sociales delinque contra la propiedad y sólo por raras excepciones, contra la vida e integridad personales, y aun en estos casos su delito es pasional y no tendría jamás como consecuencia la pena de muerte. Por lo tanto esta pena se aplicaría casi exclusivamente a hombres humildes de nuestro pueblo; hombres que son delincuentes porque son víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado y la sociedad, víctimas de la incultura, desigualdad y miseria económica, de la deformación moral de los hogares en que se han desarrollado, mal alimentados y tarados por la herencia alcohólica y degenerados por la depauperación. El Estado y la sociedad entera -- son los principales culpables de ésto, y en vez de la escuela, de la solidaridad social que los adapte a una vida humana y digna de la elevación de su nivel económico que borre para siempre su inferioridad ancestral, el Estado optará -- lindamente por suprimirlos. Una vez más habrá que recordar

que las sociedades tienen los criminales que se merecen..."(103)

A esas ideas, las específicamente expuestas como causales para incidir en la delincuencia, cabe agragar la - falta de conciencia social que en nuestro medio priva; conciencia social que no se puede identificar con la solidaridad, pues ésta es la unión de algunos o de todos los sectores económicos de una nación para obtener un fin en especial (como puede ser la defensa de su soberanía o el rechazo de una medida adoptada por sus dirigentes); conciencia social comprendida como la que el individuo tiene de que ha sido producto de la sociedad, en el pasado y en el presente, y que por ello está obligado intrínsecamente a conducirse - por el bienestar de la misma. Conciencia social, como ya expresamos, ausente en nuestro pueblo, y por lo cual se observa una mayor criminalidad. ¿Acaso hay justicia cuando el - Estado elimina a un hombre que realizó una conducta por causas que aquél provocó?

La pena capital es irreparable en caso de error - judicial. La relación que guarda este argumento con el principio de inviolabilidad de la persona es patente, pues cuando procede el indulto necesario ya no es posible corregir - la injusticia cometida. La fuerza innegable del razonamien-

103 Carrancá y Trujillo, Raúl Ob. cit. Pág. 644.

to no deriva del error judicial, posible en todo caso, sino de suponer que en el castigo supremo la irreparabilidad es de naturaleza especial y distinta.

La sanción total no es un medio adecuado para combatir las conductas criminales, pues de una forma retributiva constituye una manera arcaica de venganza privada que únicamente frente al individuo impone el efecto de su conducta, pero olvida que es consecuencia de la unión de dos factores antropológicos: el físico y el social. La destrucción se aplica al sujeto, pero se descuida uno de los factores causales de su acto, por lo que la retribución es inoperante. En México se han presentado muchos pronunciamientos cuartelarios, y a pesar que de su fracaso se fusilaban a los dirigentes del mismo, no por ello cesaron los movimientos armados, pero si desde tiempo atrás ya no los sufrimos, eso tiene su causa en otros factores, "...económicos y políticos principalmente, esto es, sociales, mas no a la ejemplaridad de los fracasos..."(104)

"...Son...las sociedades enfermas las que usan este remedio drástico, que es sólo un tratamiento de los síntomas, abandonando toda preocupación por la etiología de la enfermedad. La pena de muerte no sana. Es un factor que ---

104 Carrancá y Trujillo. Raúl. Ob. cit. Pág. 644.

coadyuva a sostener la enfermedad y a agravarla. Nunca se ha remediado nada con ella. Su cronicidad es paralela a la cronicidad del delito. La pena de muerte no ha sido jamás un factor de prevención ni un remedio para las epidemias criminales..."⁽¹⁰⁵⁾ Si uno de los fines inmediatos de la pena en general es el readaptar al sujeto para hacerlo útil a la vida social, ¿qué curación puede ser posible después de la eliminación? Con el castigo último ya no es factible intentar modelar la personalidad del sujeto con el fin de apartarle del delito; no es realizable el reestructurar la personalidad dañina, hacerlo apto y productivo en su núcleo social.

"...Hay instituciones...que han sido aplicadas por casi todos los pueblos en ciertas épocas de la historia. Tal ocurre, por ejemplo, con la esclavitud y el tormento. Durante mucho tiempo no surgió duda alguna con respecto a su legitimidad. Después han sido condenadas por la ciencia y eliminadas por la civilización. Cuando la ciencia ha decaído y la civilización ha retrocedido a formas de vida elementales e instintivas que parecían superadas, algunas de esas instituciones resurgen, como ocurre con el tormento

105 Ruiz Funes, Mario. Ob. cit. Pág. 172.

en ciertos países..."⁽¹⁰⁶⁾ Si bien en la República Mexicana ya no se preve el castigo total para los delitos del fuero común y federal, los argumentos hasta ahora expuestos los podemos considerar axiológicamente válidos para no permitir su futura reimplantación en los códigos penales de nuestra sociedad.

¹⁰⁶ Ruiz Funes, Mario. Ob. cit. Pág. 100.

4).- REFLEXIONES FUNDAMENTALES.

"...El problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano. Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro. Si se observa en el fondo de los grandes argumentos abolicionistas de Beccaria o de Carrara se encuentra la idea religiosa de que ningún poder humano y por lo tanto, tampoco el Estado, puede asumir decisiones sobre la vida de un hombre, que está solamente en manos de Dios. Siendo así, la consideración del problema debe mantenerse en aquel plano, despojándolo de ciertos artificios engañosos, como la adopción de procedimientos ingeniosos para matar mediante la acción de verdugos. La interposición de un ejecutor especialista comporta una verdadera deformación, pues si se siente que el acto personal de inferir la muerte a un semejante indefenso y en frío es una profanación, ese acto no mejora moralmente al ser ejecutado por medio de otra persona: lo que moralmente se puede mandar a otro que haga es lo que moralmente puede uno mismo hacer. Matar en aquellas condiciones es un acto de fuerza: el Estado, como organización de la fuerza lo 'puede' ejecutar y lo ejecuta sin remordimientos, porque las personas colectivas no los tienen. Los que pueden captar el contenido ético y humano de esa sentencia son los hombres, y la historia muestra en ellos un sen-

timiento creciente de rechazo..."(107)

Ahora bien, en el mismo orden de ideas se estima conveniente analizar someramente el sentido metafísico de la pena de muerte, para de ello concluir si es posible rechazar su aplicación (como efecto) en una civilización jurídicamente aceptable.

Si la muerte es la destrucción de la existencia humana, naturalmente necesitamos saber qué es ésta. La vida es, ontológicamente, la más absoluta y radical realidad; es más que un organismo, es la dimensión de la psique en la limitada condición del cuerpo. Es un mundo de sentidos donde la idea se desarrolla y perpetúa; es un incesante deber y hacer, es un constante crear valores para proyectarlos al futuro y desarrollar con ellos nuevos esquemas de vida (evolución).

Frente a la vida misma como tesis, se presenta su cesación definitiva como ineludible antítesis; también radical realidad. Si la existencia del hombre es todo un mundo de realidades y posibilidades, ¿será digno de la sociedad extinguirla a su voluntad? ¿será aceptable que el Estado delegue en un individuo la "capacidad" de romper con el -

¹⁰⁷ Soler, Sebastián. Ob. cit. Pág. 366.

equilibrio dinámico de la sociedad, de eliminar por deseo - del facultado a un integrante de la comunidad a la que pertenecen el que castiga y el que muere? ¿será nuestra voluntad que algunos sujetos sean aptos para destruir en otros - el máximo bien que se reclama y exige para sí? Lógicamente, no podemos responder de manera afirmativa alguna de estas - cuestiones, porque no hay fundamento racional con el que se justifique que la sociedad destruya lo que la misma valora, tutela y defiende como el supremo bien: la existencia.

CAPITULO IV.

Actualidad de la Pena de Muerte en México.

- 1).- Constitucionalidad.
- 2).- Su derogación en los códigos penales
de las entidades federativas.
- 3).- Fuero castrense.

CAPITULO IV.

ACTUALIDAD DE LA PENA DE MUERTE EN MEXICO.

1).- CONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución General de la República, en el artículo 22, no impone como obligatoria la penalidad de muerte para los delitos que enumera; admite la posibilidad formal de que las leyes ordinarias (federales, comunes o especiales), señalen o no dicha pena privativa de la vida en los casos previstos: "...Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y --trascendentales. No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la --responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al --salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos gra

ves del orden militar..."

Es importante señalar que la prohibición de imponer el último castigo para delitos políticos obedece a que "...Los gobiernos de México hicieron uso immoderado de la pena de muerte para combatir a sus enemigos políticos..."⁽¹⁰⁸⁾

En la doctrina Penal Mexicana, el delito político se presenta cuando "...La acción delictuosa produce o pretende producir una alteración en el orden estatal bajo diversas formas, tendientes a derrocar a un régimen gubernamental determinado o, al menos, engendrar una oposición violenta contra una decisión autoritaria o a exigir de la misma manera la observancia de un derecho siempre bajo la tendencia general de oponerse a las autoridades constituidas..."⁽¹⁰⁹⁾ Nuestro Código Penal en su artículo 144 conceptúa como delitos políticos a la rebelión, la sedición, el motín y a la conspiración para cometerlos.

Pasemos ahora a analizar brevemente los casos en que la Constitución permite la aplicación de la pena capital en las leyes no castrenses.

¹⁰⁸ Abarca, Ricardo. *El Derecho Penal en México*. Ed. Jus. México D.F. Sin fecha. Pág. 399.

¹⁰⁹ Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Ed. Porrúa. México D.F. 1970. Pág. 668.

TRAIDOR A LA PATRIA EN GUERRA EXTRANJERA.

La traición constituye un atentado contra los intereses vitales de una nación, quebrantando la fidelidad o la lealtad, cometidos por sus propios naturales, ya lo sean por nacimiento o por naturalización y, a veces, con el concurso de extranjeros (recibiendo entonces la calificativa de traición impropia).

El Código Penal en su artículo 123 (Título I, "Delitos contra la seguridad de la Nación") expone varios casos que son punibles por considerarse como traiciones a la patria. Pero la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos habla del traidor a la patria en guerra extranjera; por lo que la traición debe tener lugar cuando exista contienda armada entre Estados, ya sea aérea, terrestre o marítima.

PARRICIDIO.

La generalidad de las legislaciones actuales reservan el concepto de parricidio para la muerte de los ascendientes, sistema en el que se incluye nuestro país. Formalmente, el Código Mexicano reglamenta al parricidio como un delito sui generis, destacado en capítulo especial, no obstante que este delito, doctrinalmente constituye un homicidio calificado y agravado de penalidad, en consideración a las ligas personales de parentesco entre la víctima y el

victimario.

Se da el nombre de parricidio, dice el artículo - 323 del Código Penal, al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.

HOMICIDIO CON ALEVOSIA, PREMEDITACION O VENTAJA.

El delito de homicidio de referencia consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, acompañada de circunstancias que agravan la pena. Este acto, está considerado como la infracción más grave, ya que como afirma Manzini, la vida es un bien de interés eminentemente social, público, y porque la esencia, la fuerza y la actividad del Estado residen primordialmente en la población, formada por la unión de todos; la muerte violenta inflingida injustamente a una unidad de esta suma, produce un daño público que debe ser prevenido y reprimido, aparte del mal individual en sí mismo, como hecho social dañoso. (110)

PREMEDITACION.- Gramaticalmente es una palabra -- compuesta, en la que el sustantivo meditación, indica juicio, análisis mental en que se pesan y miden los diversos -

110 González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ed. Porrúa. México D.F. 1973. Pág. 30.

aspectos, modalidades o consecuencias de un propósito o ideas. El prefijo pre (prae) indica anterioridad, que la meditación sea previa. Aplicada a los delitos, la premeditación es una circunstancia subjetiva, por lo que el agente resuelve, previa deliberación mental, previo pensamiento reflexivo, la comisión de un delito.

Nuestro Código Penal acepta la premeditación, en la segunda parte del artículo 315 cuando dice que hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer. La premeditación, circunstancia subjetiva, podrá conocerse judicialmente por sus manifestaciones externas, tales como: adquisición previa de armas o de instrumentos necesarios para la ejecución del delito; vigilancia hecha con rutina sobre la futura víctima; reunión anterior entre los partícipes; revelaciones hechas a terceras personas y otras causas.

También existe la premeditación indeterminada, que es aquella en que el sujeto activo, sin proponerse lastimar a persona cierta y conocida, con anticipación forma el designio deliberado de matar o lesionar a cualquier persona, por ejemplo, la primera que se encuentra en cierto lugar. (111)

¹¹¹ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. Pág. 67.

VENTAJA.-- El Código de 1871 la incluye como calificativa de lesiones y homicidio, sin que exista en otros países antecedentes inmediatos de la misma. Don Miguel S. -- Macedo, citado por González de la Vega, expresa que en este punto, nuestra legislación es exclusiva. Notoriamente, es -- manifestación de un espíritu caballeroso y de hidalguía, -- tradicional entre los españoles, y que es en el fondo el -- mismo que informa las disposiciones sobre alevosía. (112)

En el sentido vulgar, la ventaja es cualquier clase de superioridad (física, mental, por los instrumentos empleados, por la destreza) que una persona posee en forma absoluta o relativa respecto de otra. Nuestra legislación nos habla taxativamente de la ventaja en las cuatro fracciones del artículo 316 del Código Penal; pero el 317 la considera como calificativa cuando sea tal, que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofendido y aquél no obre en legítima defensa.

ALEVOSIA.-- Esta consiste, según el artículo 318 del Código Penal, en sorprender intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer. El sorprender de improviso a la víctima, generalmente

112 Ob. cit. Pág. 71.

impide que ésta se pueda defender. Así por ejemplo, el vigilar constantemente a una persona es un acto preparatorio -- del delito; por lo que esta primera clase de alevosía coe-- existe casi siempre con la premeditación. Del asecho, se deduce que el alevoso resolvió y reflexionó con anterioridad del delito. La alevosía de asechanza o de sorpresa imprevis ta puede suponer la premeditación; pero esta última puede - existir sin la anterior.

La segunda forma de alevosía es aquella en que se emplea cualquier otra clase de medios que no dan lugar a -- que se defienda el ofendido ni a resistir el mal que se le - quiere hacer. La calificativa ventaja no es sino una espe-- cie de esta segunda forma del aleve; porque la ventaja debe ser tal que el que la use no corra riesgo de ser herido ni muerto por el ofendido. Así por ejemplo, un individuo, por un arranque momentáneo, le dispara al ofendido, y éste, por estar de espaldas, no puede defenderse de la agresión.

Existe por último, una forma más alevosa, que es la traición. (artículo 319 del Código Penal), una hipercali-- ficativa, que viene a ser un grado más alto dentro de la -- alevosía, por la circunstancia de que el alevoso viole la - lealtad, fidelidad o seguridad que la víctima esperaba de - él, por sus promesas expresas o por sus relaciones persona-

les o familiares preexistentes. (113)

INCENDIARIO.

El incendio es fuego grande que abrasa edificios, mieses, árboles u otras propiedades, dice Escriche. El incendio puede ser causado por malicia, por culpa o por caso fortuito. Cuando es causado por culpa, negligencia, descuido o imprudencia, el culpable incurre en la obligación de pagar el daño. Cuando el incendio es causado por caso fortuito, por ejemplo, por un rayo, ninguna persona es responsable. El artículo 397 del código vigente, penaliza al incendiario como dañador de propiedad ajena en forma grave - cuando existe intención, lo que provoca pena agravada de - privación de libertad.

PLAGIO O SECUESTRO.

El delito de plagio que tipifica el artículo 366 del Código Penal para el Distrito Federal, es un tipo especial y calificado, en relación con el arresto o detención ilegal. Gramaticalmente la palabra secuestro, significa la acción de aprehender y retener a una persona exigiendo dinero por su rescate, dice Joaquín Escriche. (114) Y por --

¹¹³ González de la Vega, Francisco. Ob. cit. Pág. 75.

¹¹⁴ Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Librería de Rosa y Bouret. París. 1863. Págs. 845 y 1868.

rescate, se entiende el dinero que se pide o que se entrega para que la persona arbitrariamente detenida recobre la libertad. Es interesante el artículo 366 del Código Penal, que aunque no impone la pena capital, si nos auxilia para entender un poco más, referente al plagio.

Así por ejemplo, la fracción I establece la frase "...para obtener rescate..." quedando ya establecido que éste puede consistir en dinero, joyas, objetos de valor, documentos históricos de interés u otro bien.

La fracción II se refiere a los daños materiales o morales causados al plagiado en su persona, por las sevicias empleadas durante su detención arbitraria. Implican daños morales las amenazas graves; son daños materiales, el uso de maltrato o tormento.

La fracción III contempla este caso especial: si se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o causarle daño, a ella o a terceros, si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza. (115)

Aquí existe una pretensión del o de los sujetos activos para que la autoridad realice o deje de realizar un acto de cualquier naturaleza. Es una verdadera extorsión di

115 Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. La Tutela Penal del Honor y de la Libertad. Ed. Porrúa. México D.F. 1974. Pág. 141.

rigida a la autoridad, para que por ejemplo, ponga en libertad a ciertos presos o se retire de determinado lugar. Así, el destino del sujeto detenido se encuentra condicionado a la actitud que asuma la autoridad.

El artículo 366 del Código Penal en estudio, contiene en su fracción IV otra de las circunstancias que erigen en secuestro la privación ilegal de libertad. Así también se configura si la detención se hace en camino público o en paraje solitario. Se llaman caminos públicos, dice el artículo 165 del Código Penal del Distrito Federal, las vías de tránsito habitualmente destinadas al uso público, sea — quien fuere el propietario y cualquiera que sea el medio de locomoción que se permita y las dimensiones que tuviere; excluyendo los tramos que se hallan dentro de los límites de las poblaciones. Por paraje solitario, ha de entenderse cualquier sitio, lugar o estancia que en el momento de ejecutar se la detención estubiere deshabitado o deshabitado. (116)

De la fracción V del artículo 366 puede también originarse el tipo delictivo del secuestro. Esta mutación típica se produce cuando los que cometen el delito obran en grupo. Por grupo se puede entender: banda, cuadrilla o partida. Cosa curiosa es el silencio de la ley sobre el número de —

116 Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit. Pág. 142.

personas que se requieren para integrar el grupo. El maestro Jiménez Huerta propone que sean más de dos personas, ya que el término "pareja", dice, tiene una connotación gramatical y conceptual más restringida y distinta de la de "grupo". (117)

Por último, la fracción VI del artículo 366, establece que la detención arbitraria tiene el carácter de plagio o secuestro si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor. Hay que subrayar que la palabra "robo" no es aceptable en el lenguaje jurídico actual. Esta sólo se aplica a las cosas y no a las personas.

ASALTO.

El delito de asalto aparece con un común denominador: el uso de violencia sobre una persona en despoblado o en paraje solitario. Es por consiguiente, un delito lesivo de la libertad. Escriche define al salteador de caminos como aquel "...delincuente que sale a los caminos y roba a los pasajeros..." (118)

El Código Penal lo trata en los artículos 286 y 287 respectivamente. La conducta típica está constituida —

117 Ob. cit. Pág. 143.

118 Ob. cit. Pág. 1863.

por el uso de violencia sobre una persona (fuerza material o coacción psíquica sobre el asaltado). La tipicidad de la conducta en el delito está condicionada por una referencia al lugar, pues debe efectuarse en despoblado o en paraje solitario. Por despoblado se entiende el lugar desierto, yermo o desprovisto de edificaciones ocupadas y, por paraje solitario, como ya se expresó, el que se halla deshabitado y por qué no, sin tránsito.

PIRATERIA.

El delito de piratería tiene por escenario la extensión de los mares y constituye un atentado contra los -- bienes y las personas, ejecutado con barcos armados al efecto. Así, por ejemplo, la fracción I del artículo 146 del Código Penal establece que serán considerados piratas los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación o cometan depredaciones en ella o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo.

Actualmente han cobrado interés los casos de piratería aérea. La Convención de Ginebra de 1958, en su artículo 15 establece que la piratería consiste en cualquier acto de violencia ilegal, detención o cualquier acto de pillaje, cometidos con fines privados, por la tripulación o los pasajeros de un barco privado y dirigidos en alta mar contra --

otro barco o aeronave, o contra personas o propiedades a bordo de tal barco o en un lugar fuera de la jurisdicción de cualquier Estado. (119)

Por lo que hace a los principios y posibilidades que marca nuestra Ley Fundamental sobre la pena capital, se pueden hacer varios cuestionamientos axiológico-jurídicos. La primera controversia constitucional se encuentra en el mismo artículo 22, pues al prohibir las penas trascendentales, permite la de muerte. Esto se afirma, porque una pena trascendental supera el límite de lo común y trasciende de una persona culpable a sujetos que no son responsables de los ilícitos (como la familia del reo), lo que es contradictorio. ¿Cómo va a permitir y a prohibir una consecuencia normativa (sanción) al mismo tiempo?

Al respecto, José María Lozano expresa que la infamia en el último suplicio y otros, no importa "...a la calidad de trascendental de la pena, son consecuencias naturales de sus efectos que no han podido entrar en la previsión del legislador, so pena de dejar impunes los delitos y entregar la sociedad a la más espantosa anarquía..." (120)

119 De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México D.F. - 1978. Pág. 305.

120 Tratado de los Derechos del Hombre. Ed. Porrúa. México D.F. 1972. - Págs. 355 y 356.

Se considera que en la sanción total, si es posible prever los efectos infamantes de la pena, a través de su no aplicación, y por ello, el Estado no se ubicaría en una situación anárquica, pues lo que se elimina es lo excesivo del castigo, mas no la sanción misma.

El cuestionamiento se ahonda con el contenido del artículo 18 de la Ley Fundamental que dice: "...Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destina para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los reos de nacionalidad mexicana que se

encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso..."

Como podemos observar, el párrafo segundo alude a la organización del sistema penal, el cual debe corregir, educar y rehabilitar al reo a la vida social. Recordando lo expuesto en el capítulo que antecede, ¿cómo se va a corregir y a readaptar a un delincuente por medio de la sanción suprema? "...En suma, chocan y se enfrentan los textos de los artículos 18 y 22 constitucionales...es la doctrina penal (y en sentido objetivo el Código Penal) la encargada de recoger las posiciones teóricas de la materia. La Constitución establece reglas generales pero no reglas particulares. Lo que quiere decir que la oposición...entre los textos ---

constitucionales no ha de resolverse sino dándole preferencia al contenido y espíritu del artículo 18. Por lo que respecta al 22 se debe derogar..."(121)

Si hemos llegado a un nivel de cultura superior - al que se vivía en el México de 1917, justo es que no nos valgamos de medidas anacrónicas e innecesarias para hacer posible la convivencia y conservación del orden público. Si es discutible el justificar la aplicación de la pena de --- muerte en los tiempos antiguos, en la actualidad tal castigo parece absurdo, en base a la evolución misma; entonces, ¿por qué no avanzan en este sentido los medios de defensa social, que son uno de los factores primordiales para que un Estado sea digno de calificarse como civilizado y humano?

Es de suponerse que en el presente el legislador, por descuido y por sus excesivas labores, no ha estudiado este tema. Esperemos que prontamente lo haga y elimine de nuestra Constitución Política la pena capital, que aunque como posibilidad aún contempla.

121 Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. cit. Pág. 682.

2).- SU DEROGACION EN LOS CODIGOS PENALES
DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

No cabe duda que los legisladores de los Estados han seguido fielmente el ejemplo básico del Código Penal de 1931 al interpretar correctamente los principios punitivos de nuestra Constitución Política de 1917, pues le dan preferencia al artículo 18 de la Carta Magna y derogan la pena - capital de sus leyes represivas.

Así tenemos que los últimos Estados que derogan - el castigo supremo de sus normas punitivas son: Sonora, Oaxaca, Morelos, San Luis Potosí, Nuevo León y Sinaloa.

El Código Penal del Estado de Sonora mantenía dentro del Título Segundo (Sanciones y Medidas de Seguridad), en el artículo 20, fracción I, la existencia de la pena de muerte; el artículo 22 hablaba de limitar los sufrimientos del condenado y decía: "...La pena de muerte se reduce a - la simple privación de la vida y no se agravará con circuns - tancia alguna que aumente los sufrimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución..." Además, el artículo 254 preveía la sanción máxima para los delitos de homicidio calificado por asalto, plagio, premeditación, alevosía o traición y para el parricidio. Los dos primeros artículos mencionados fueron derogados por la Ley número 35 de

enero 27 de 1975 (Boletín Oficial de febrero 12 de 1975), y el tercero cambió la pena de muerte por la de 20 a 30 años de prisión.

El último suplicio era previsto por el Código Penal del Estado de Oaxaca en su artículo 22, y decía: "...Las penas y medidas de seguridad son: I.- Muerte..." El siguiente artículo se refería asimismo a limitar los sufrimientos del acusado y a la forma de ejecutar la sentencia, expresando que: "...La pena de muerte debe concretarse exclusivamente a la privación de la vida. No podrá agravarse con circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, ya sea antes o en el acto de verificarse la ejecución. Esta se llevará a cabo pasando al reo por las armas..." Tal castigo era aplicable para los autores de los delitos de homicidio calificado (artículo 292) y de parricidio (artículo 309). Sin embargo, por Decreto número 254 de abril 29 de 1971 (Periódico Oficial de julio 17 de 1971), la fracción I del artículo 22 y el artículo 23 fueron derogados; y por lo que se refiere a los artículos 292 y 309, la pena de muerte fue substituida por una privativa de libertad de 30 años.

El Código Penal del Estado de Morelos indicaba en su artículo 24 lo siguiente: "...Las penas o sanciones y medidas de seguridad se aplicarán por los delitos y los casos previstos en este Código, dentro de los límites señala-

dos en las disposiciones respectivas. Son las siguientes:

I.- Privación de la vida..." El artículo 25 se remitía también a limitar los sufrimientos del reo de muerte y manifestaba: "...La sanción de privación de la vida no podrá agravarse por circunstancia alguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el momento de verificarse la ejecución..." El artículo 306 imponía la pena de muerte por el delito de homicidio calificado, y la misma sanción era prevista por el artículo 322 por la comisión del delito de parricidio. El castigo máximo fue eliminado del Código Penal para el Estado de Morelos por Decreto número 58 de marzo 31 de 1970 (Periódico Oficial de abril 15 de 1970), quedando con ello derogada la fracción I del artículo 24 y el artículo 25, y reformados los artículos 306 y 322, para los cuales el último suplicio cambió por una pena privativa de libertad fluctuante entre 30 y 40 años.

El castigo capital era previsto por el Código Penal del Estado de San Luis Potosí en su artículo 27 y expresaba: "...Las penas para los castigos de los delincuentes son: ...VII.- Muerte..." Tal sanción era aplicable para los autores de los delitos de homicidio calificado (artículo 339) y de parricidio (artículo 343); pero afortunadamente por Decreto número 208 de junio 4 de 1968 (periódico Oficial de junio 6 de 1968) la fracción VII del artículo 27 --

fue derogada, y por lo que respecta a los artículos 339 y -343, la pena de muerte fue substituida por la de prisión oscilante entre 20 y 25 años.

El Estado de Nuevo León, en su Código Penal conservaba el castigo supremo. El inciso 5 del artículo 21 señalaba dentro de sus sanciones y medidas de seguridad la de muerte, y los artículos 310 y 314 ordenaban imponer respectivamente tal pena para quienes perpetraran los delitos de homicidio calificado y de parricidio, pero por Decreto número 55 de junio 10 de 1968 (Periódico Oficial de junio 15 de 1968) el inciso 5 del artículo 21 fue derogado y, el suplicio máximo estipulado en los artículos 310 y 314 fue substituido por la pena de 20 a 30 años de prisión.

Por lo que respecta al Código Penal vigente en el Estado de Sinaloa, su artículo 21 fue reformado por Decreto número 166 de mayo 21 de 1946 (Periódico Oficial de mayo 29 de 1946), y el cambio consistió en agregar entre las penas y medidas de seguridad la de muerte; pero por Decreto número 319 de agosto 3 de 1962 (Periódico Oficial de noviembre 25 de 1962), al reformar nuevamente este artículo, suprimió dicho castigo irreparable.

La contradicción existente entre los artículos 18 y 22 de nuestra Ley Fundamental (la cual ya se expuso en el

inciso que precede), ha sido bien resuelta al no preverse -- la imposición del último suplicio para los delitos perpetrados en materia de fuero común y federal, por lo que los desiderata de los pensadores que rechazan la pena de muerte, al menos en los códigos penales de la República, han sido cumplidos.

Baste agregar ahora, y como un ejemplo práctico -- de la superfluidad atribuible a la sanción máxima, el hecho sucedido dentro de una entidad federativa en los tiempos en que la imposición de esta pena era vigente dentro del Código Penal, a través de la narración que da el licenciado Ramón Prida en la Conferencia que con fecha agosto 26 de 1933, presentó en el Anfiteatro Simón Bolívar de la Escuela Nacional Preparatoria, mediante la cual expone su oposición a la reimpantación de la pena de muerte en el Código Penal Mexicano: "...Merced a una dictadura fuerte, pero benévola, la paz reinaba en el país, y la tranquilidad y seguridad eran un hecho. Esa seguridad se vio un tanto maltrecha un día -- que en la conducta que venía a la capital desde Taxco, fue asaltada en el Monte de las Cruces. Los asaltantes se batieron con los arrieros y el resultado fue: varios arrieros muertos, las mujeres violadas y veinte barras de plata robadas por los asaltantes. El Gobierno movió sus fuerzas y los asaltantes fueron capturados: poco más de una docena compa-

recieron ante el Jurado y diez hombres fueron condenados a muerte. Yo defendí a uno de esos asaltantes, a quien se le imputaba haber sido el segundo en jefe de la cuadrilla. Perdimos ante el Jurado, y la Sala del Crimen confirmó la sentencia de muerte. Ví personalmente al señor Presidente de la República...e imploré el indulto. El Presidente terminantemente me dijo que no indultaría a ninguno de los asaltantes. Al salir de aquella entrevista, pensé que no tenía más que un camino para salvar la vida — nada más la vida, porque jamás he sacrificado los intereses de la sociedad en aras de un triunfo oratorio o jurídico— a los condenados: alargar el proceso, para que no llegáramos a la hora de tener que solicitar el indulto, y me lancé por el camino tortuoso de la chicana...Chicaneé trece años...consiguiendo al cabo de ellos, que se les conmutara la pena de muerte en prisión por veinte años, y que mi defendido obtuviera su libertad preparatoria. Un incidente favoreció mis esfuerzos, para salvar la vida de aquellos hombres. Un día, 25 de agosto por cierto, hubo un motín en el interior de la cárcel de Belén y el Alcaide de la prisión con más valor que sensatez, bajó al patio donde estaban amotinados cuatrocientos o quinientos presos y comenzó a repartir bofetadas tratando de sofocar el escándalo a golpes de puño. Mi hombre, el asaltante a quien yo defendía, estaba trabajando en el oficio —

de zapatero que había aprendido en la cárcel, cuando se dio cuenta de lo que pasaba y dejando a un lado su herramienta, salió al patio y se puso a la espalda del jefe de la prisión a repartir bofetadas para impedir que el Alcaide fuera atacado por detrás. Otro preso le ayudó en la empresa y a poco el motín estaba sofocado, a trompadas. El Alcaide se dio cuenta de que debía quizá la vida a la pronta y decidida actitud de mi defendido y sofocado el motín destituyó como jefe de la galera al que había sido causa del escándalo y nombró en su lugar a mi defendido. Su buena conducta hizo que pronto ascendiera, y a los pocos meses, era el preso un verdadero funcionario en la cárcel con grandes prerrogativas y magníficas anotaciones en su hoja de servicio. Fácil fue por lo tanto obtener su libertad preparatoria al cumplir los dos tercios de su condena. Salió de la prisión aquel hombre y no volví a verlo sino años más tarde, cuando al caer el Gobierno del señor General Díaz, las turbas dirigidas o azuzadas por revolucionarios improvisados después del triunfo, gritaban por las calles 'mueran los científicos'. Yo pertenecía a aquel grupo de hombres (científicos)...El Ministro de Gobernación, buen amigo mío y condiscípulo, a quien fui a ver para preguntarle si podía yo vivir en mi país o debía, por falta de garantías, ausentarme, me dio toda clase de seguridades; pero inexperto en sus fun

ciones, ordenó que un piquete de gendarmes se situaran diariamente frente a mi despacho. La medida no tenía ningún objeto y nuevamente volví a verlo para suplicarle se retirara aquel alarde inútil de fuerza. Pero la cosa había llegado a oídos de aquel individuo a quien había salvado de la muerte, y una noche, cerca de las diez, un hombre llamó a la puerta de mi casa, pretendiendo hablarme a solas; con las precauciones que el caso requería lo hice pasar y me encontré con mi antiguo defendido, quien iba a ponerse a mis órdenes para cuidarme y arriesgar su vida, me dijo, antes que tocaran mi ropa. Trabajo tuve para convencerlo de que era inútil su sacrificio, y después de larga entrevista hicimos una honrosa transacción. Yo me iría al monte, a ponerme bajo su protección en el momento en que considerara que no tenía garantías en la ciudad o que podía correr riesgo mi vida. ¿Ese nombre que demostraba con hechos su gratitud, que había arriesgado su vida para defender al jefe de la prisión donde estaba encerrado, y que abandonaba sus intereses, su familia, para defender a quien no podía servirlo ya, quien para salvar su vida tendría tal vez que acogerse a la su hospitalidad y protección, habría sido justo que lo mataran?... ¿Era realmente un criminal o había delinquido porque las circunstancias lo habían obligado a cometer el acto delictuoso? ¿Quién había tenido razón, el Ministerio Público

que en nombre de la ley pedía su muerte, o yo que en nombre de la humanidad le había salvado la vida?...La contestación creo que está en todos los labios. Matar a aquel hombre habría sido inícuo..."(122)

122 Prida, Ramón. La Pena de Muerte. Ed. Cuadernos Criminalia. México D.F. 1946. Págs. 29 y sigs.

3).- FUERO CASTRENSE.

Es evidente que en el Derecho Positivo Mexicano, el Derecho Marcial está considerado como una ley especializada o privativa, toda vez que no pertenece a las expedidas en razón de o para todos los ciudadanos. El fuero castrense se aparta de la regla general al principio de igualdad jurídica de los hombres ante la ley; y el mismo, como excepción, se encuentra elevado a rango constitucional por el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental, al decir que: "...Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán exceder su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda..."

Es importante saber el por qué la Carta Magna acepta esta excepción. Al respecto, la Comisión Redactora en la Asamblea Constituyente de 1917, el día 10 de enero de ese año, emitió un dictamen para el proyecto de este artículo, el cual expresaba lo siguiente: "...Lo que obliga a conservar la práctica de que los militares sean juzgados por militares y conforme a leyes especiales, es la naturaleza misma

de la institución del Ejército. Estando constituido éste para sostener las instituciones, urge rodearlo de todas las precauciones dirigidas a impedir su desmoralización y mantener la disciplina, que es su fuerza, porque un ejército no deja de ser el sostén de una nación, sino para convertirse en azote de la misma. La conservación de la disciplina militar impone la necesidad de castigos severos, rápidos, que produzcan una fuerte impresión colectiva; no pudiendo obtener este resultado de los tribunales ordinarios por la variedad de negocios que tienen que atender constantemente y por la impotencia a que se ven reducidos en ocasiones, por diversas causas, es fuerza instituir tribunales especiales que juzguen los delitos del orden militar, si se quieren obtener los fines indicados antes..."⁽¹²³⁾ De lo anterior tenemos que la existencia justificada del fuero militar como excepción al principio de igualdad jurídica es, fundamentalmente, la necesidad de conservar la disciplina y sus implicaciones en los miembros del Ejército, los cuales por mandato del pueblo sostienen las instituciones orgánicas del Estado, pero el mismo Ejército como mandatario, nunca podrá utilizar el poder delegado en él para convertirse

¹²³ Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. *Mexicano: Esta es tu Constitución*. Ed. por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. XLVII Legislatura. México D.F. 1969. Págs. 56 y 57.

en azote de la nación, lógicamente, al fungir como gobernante.

Refiriéndose al fuero de guerra como excepción, -- Raúl Carrancá y Trujillo expresa que su existencia jurídica se fundamenta en "...la necesidad de fortalecer severamente los resortes disciplinarios...-- agregando que--...el fuero de guerra no es un privilegio, sino...un orden de mayor exigencia..."(124)

Sin embargo, si el Derecho Penal militar ofrece -- características diversas al Derecho Penal común; si el prin cipal rasgo distintivo es la severidad de las conductas exi gidas y por ende de las penas, basada en la necesidad de -- disciplina; el problema es saber si tal necesidad es posi-- ble ejercerla justificadamente hasta el punto de poder ne-- garle la vida a un individuo. Jurídicamente, la pena de --- muerte es dable imponerla en materia de fuero castrense; -- así lo marca el Código de Justicia Militar en su Título Se-- gundo (De las penas y sus consecuencias), Capítulo I (Re-- glas generales sobre las penas), al expresar el artículo - 122 que "...Las penas son: ...Muerte..." La misma ley sus tantiva señala la imposición de la sanción materia de este breve estudio para numerosos delitos, siendo éstos:

¹²⁴ Ob. cit. Págs. 169 y 170.

"...Art. 203.- ...por Traición a la Patria...a --

quien:

I.- Induzca a una potencia extranjera a declarar la guerra a México, o se concierte con ella para el mismo fin;

II.- se pase al enemigo;

III.- se levante en armas para desmembrar el territorio nacional (sólo a los oficiales);

IV.- entregue al enemigo, la fuerza, barco, aeronave, o cualquiera otra unidad de combate, que tenga a sus órdenes, la plaza o puesto confiado a su cargo, la bandera, las provisiones de boca o de guerra, o le proporcione cualquier otro recurso o medios de ofensa o defensa;

V.- induzca a tropas mexicanas o que se hallen al servicio de México, para que se pasen a la fuerza enemiga, o reclute gente para el servicio del enemigo;

VI.- comunique al enemigo el estado o la situación de las tropas mexicanas...o que dé informe que pueda favorecer sus operaciones de guerra o perjudicar las del ejército nacional;

VII.- excite una revuelta entre las tropas o a bordo de un buque o aeronave al servicio de la nación al frente del enemigo;

VIII.- haga señales similares al frente del enemigo

u otras indicaciones propias o conducentes para inquietar - a las tropas nacionales, o para engañarlas, excitarlas a la fuga, causar su pérdida o la de los barcos o aeronaves o impedir la reunión de unas y otros, si estuvieran divididos;

IX.- entable o facilite con personas que estén al servicio del enemigo y sin autorización competente, relaciones verbales o por escrito, acerca de los asuntos concer---nientes a las operaciones de guerra...

X.- circule o haga circular dolosamente entre las tropas o tripulaciones, proclamas, manifiestos u otras pu--blicaciones del enemigo desfavorables a las fuerzas nacionales;

XI.- transmita al enemigo algún libro o apuntes de señales, las combinaciones de los toques u otros signos convencionales para comunicarse;

XII.- fatigue o canse intencionalmente a las tropas, tripulaciones, extravíe el rumbo de buques o aeronaves o imposibilite por cualquier medio a la tripulación o a las tropas para la maniobra, o al buque o aeronave para el combate;

XIII.- no ejecute, en todo o en parte, una orden del servicio o la modifique de propia autoridad para favorecer los designios del enemigo;

XIV.- malverse caudales o efectos del ejército en - campaña y con daño de las operaciones de guerra o de las --

tropas;

XV.- falsifique o altere un documento relativo al servicio militar, o haga a sabiendas uso de él, siempre que se emplee para causar perturbaciones o quebrantos en las -- operaciones de la guerra u ocasione la entrega de una plaza o puesto militar;

XVI.- dé a sus superiores noticias contrarias a lo que supiere acerca de las operaciones de guerra, o no les -- comunique los datos que tenga sobre dichas operaciones y de los proyectos o movimientos del enemigo;

XVII.- en campaña o en territorio declarado en estado de guerra o de sitio, inutilice de propósito caminos, -- vías ferreas, comunicaciones telegráficas o de otra clase y sus aparatos, o cause averías que interrumpan el servicio, destruya canales, puentes, obras de defensa, barcos, aeronaves, armas, municiones o cualquier otro material de guerra o víveres para el aprovisionamiento del ejército o intercep- te convoyes o correspondencia, o de cualquier otro modo entorpezca dolosamente las operaciones de las fuerzas naciona- les o facilite las del enemigo;

XVIII.- transmita falsamente al frente del enemigo, - órdenes, avisos o comunicaciones relativos al servicio de -- guerra o al especial de la marina o aviación, o deje de --- transmitirlos con entera exactitud, para favorecer los inte

reses o propósitos de aquél.

XIX.- sirva como guía o conductor para una empresa de guerra, o de piloto, práctico o de cualquiera otra manera en una naval o de aviación, contra las tropas de la República, o sus barcos de guerra o sus barcos o aeronaves, o - siendo guía o conductor de dichas tropas, las extravíe dolosamente o les cambie rumbo a los barcos o aeronaves nacionales, o procure por cualquier medio su pérdida;

XX.- ponga en libertad a los prisioneros de guerra o de cualquier otro modo proteja su fuga al frente del enemigo, en combate o durante la retirada;

XXI.- sea cómplice o encubridor de los espías o exploradores del enemigo, y

XXII.- esté de acuerdo con el gobierno o súbdito de una potencia extranjera, para ocasionar cualquier daño o -- perjuicio a la patria...

Art. 206.- Se castigará con la pena de muerte: a quien se introduzca en las plazas, fuertes o puestos militares o entre las tropas que operen en campaña, con el objeto de recoger noticias útiles al enemigo y comunicarlas a éste.

... Art. 208.- Se castigará con la pena de muerte al que sin motivo justificado:

I.- Ejecute actos de hostilidad contra fuerzas, - barcos, aeronaves, personas o bienes de una nación extranjera

ra, si por su actitud sobreviniese una declaración de guerra o se produjesen violencias o represalias;

II.- viole tregua, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, si por su conducta se reanudaran las hostilidades...(en los casos de las dos fracciones anteriores, se requiere una declaración de guerra o reanudación de hostilidades)...y

III.- prolongue las hostilidades o un bloqueo después de haber recibido el aviso oficial de la paz.

Art. 209.- Se castigará...al que, sin exigencia extrema de las operaciones de la guerra, incendie edificios, devaste sementeras, saquee pueblos o caseríos, ataque hospitales, ambulancias o asilos de beneficencia dados a conocer por los signos establecidos, o cuyo carácter pueda distinguirse a lo lejos de cualquier modo, o destruya bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte así como vías de comunicación. A los promovedores se les aplicará la pena de muerte.

Art. 210.- Se castigará con la pena de muerte a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o con

tribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro - acto de piratería...

Art. 213.- ...Si al apresar una embarcación cometieren innecesariamente homicidios, lesiones graves u otras violencias o dejaren a las personas sin medios para salvarse, se les aplicará la pena de muerte...

Art. 219.- Se castigará con la pena de muerte:

I.- Al que promueva o dirija una rebelión;

II.- a quien ejerza mando en una región o plaza -- que se adhiera a la rebelión;

III.- al que mandando una corporación utilice sus - fuerzas para rebelarse, y al jefe de una dependencia que emplee los elementos a su disposición para el mismo objeto, y

IV.- al oficial que utilice las fuerzas de su mando para rebelarse o adherirse a la rebelión cuando no se en cuentre en conexión inmediata con la corporación a que pertenezca...

Art. 237.- El que intencionalmente altere, cambie, destruya o modifique los diarios de bitácoras, navegación, - o desviación del compás o cronómetros o libros de cargo, es tudios científicos o relativos a una navegación, o que dé - un falso rumbo, u observaciones de situación distintas de - las verdaderas...y si se perdiere el buque, la pena será de muerte...

Art. 251.- Si el medio empleado para la destrucción o devastación (de lo perteneciente al ejército) hubiere sido el incendio o la explosión de una mina, y para ello se hubiere hecho uso de la fuerza armada, la pena será de muerte...

Art. 252.- Al que por medio de barrenos o abertura de una o más válvulas, produzca maliciosamente la pérdida total de un buque, se le aplicará la pena de muerte.

Art. 253.- El que, con intención dolosa, destruya o haga destruir frente al enemigo objetos necesarios para la defensa o el ataque, o para la navegación o maniobras de un buque, todo o parte del material de guerra, aeronaves, armas, municiones, víveres o efectos de campamento o del servicio de barco será castigado con la pena de muerte...

Art. 272.- Los que desertaren frente al enemigo, marchando a encontrarlo, esperándolo a la defensiva, bajo su persecución o durante la retirada, será castigado con la pena de muerte...

Art. 279.- El que cometa una violencia contra los individuos expresados (centinela, miembro de una guardia, vigilante, serviola, guardián o salvaguardia), será castigado:

I.- Con la pena de muerte si se hiciere uso de ar
mas...

Art. 282.- El que ocasione dolosamente una falsa alarma, o que en marcha o en campamento, guarnición, cuartel o dependencia del ejército cause dolosamente una confusión o desorden en la tropa o en las formaciones de los buques, o aeronaves, en las dotaciones o en la población donde las fuerzas estuvieren, será castigado:

...III.- con pena de muerte, estando frente al enemigo, si hubiere resultado daño a las tropas, embarcaciones o aeronaves...

Art. 285.- La insubordinación en servicio se castigará:

...IX.- con la pena capital cuando se causare la muerte del superior...

Art. 286.- La insubordinación fuera de servicio ...será castigada con la mitad de las penas que...se establecen, pero si la pena fuera la de muerte, se impondrá ésta...

Art. 290.- El que por violencia o amenaza intenta impedir la ejecución de una orden del servicio dada por un superior u obligar a éste a que la ejecute o a que la dé o se abstenga de darla...si el delito de que se trata en este artículo fuere cometido sobre las armas o delante de la bandera o tropa formada o durante zafarrancho de combate -- con armas, se impondrá la pena de muerte...

Art. 292.- Cuando la insubordinación consistiere - en vías de hecho o estuviere comprendida en el artículo 290, si se cometiere en marcha para atacar al enemigo, frente a él, esperando a la defensiva, bajo su persecución o durante la retirada se aplicará la pena de muerte...

Art. 299.- El que infiera alguna lesión a un inferior será castigado:

...VII.- con la pena de muerte si el homicidio fuere - calificado...

Art. 303.- La desobediencia en actos del servicio será castigada

...III.- cuando se efectúe frente al enemigo, marchando a encontrarlo, esperándolo a la defensiva, persiguiéndolo o durante la retirada, se impondrá la pena de muerte...

Art. 305.- Los que en grupo de cinco, por lo menos, o sin llegar a ese número cuando formen la mitad o más de una fuerza aislada, rehusen obedecer las órdenes de un superior, las resistan o recurran a vías de hecho para impedir las, serán castigados:

...II.- con la pena de muerte todos los promovedores, instigadores o cabecillas de la asonada, de cabos en adelante...si el delito se cometiere en campaña...

Art. 311.- Los oficiales que cometan el delito abandono (de servicio)...serán castigados:

...III.- ...si se cometiere frente al enemigo la pena será la de muerte.

Art. 312.- El abandono de puesto se castigará:

...II.- con la pena de muerte, cuando el comandante - de un puesto o buque, que habiendo recibido orden absoluta de defenderlo a toda costa, lo abandone o no haga la defensa que se le hubiere ordenado, y

III.- con la pena de muerte, cuando el militar abandone el puesto que tuviere señalado para defenderlo o para observar al enemigo.

Art. 313.- Los individuos de tropa que cometan el delito de abandono...serán castigados:

...III.- ...si se efectuare frente al enemigo, se impondrá la de muerte...

Art. 315.- El abandono de mando se castigará...con la pena de muerte si se efectuare frente al enemigo...

Art. 318.- El marino que abandone su buque, sin motivo legítimo para ello o sin permiso de sus superiores, será castigado:

...VI.- con la pena de muerte a los oficiales...si el abandono se comete cuando el buque esté varado o acosado -- por el enemigo y su comandante hubiese dispuesto salvarlo o defenderlo.

Art. 319.- El marino encargado de un buque o convoy, que lo abandone sin motivo poderoso ni justificado, sufrirá la pena:

I.- De muerte, si el escoltado fuere buque de la armada o convoy o buque mercante que transporte tropas, efectos militares, víveres, combustible, efectos, pertrechos de guerra o caudales del Estado y si por el abandono fueren -- apresados o destruidos por el enemigo, alguno o todos los buques...

Art. 321.- El marino encargado de la escolta de un buque o de la conducción de un convoy, que pudiendo defenderlo lo abandone, entregue o rinda al enemigo sufrirá la pena de muerte...

Art. 323.- El que indebidamente asuma o retenga un mando o comisión del servicio o ejerza funciones de éste que no le correspondan, será castigado:

...III.- con la pena de muerte si ocasionare perjuicio grave en el servicio, se cometiere este delito frente al -- enemigo, en marcha hacia él, esperándolo a la defensiva, bajo su persecución o durante la retirada...

Art. 338.- El que revele un asunto que se le hubiere confiado como del servicio, y que por su propia naturaleza o por circunstancias especiales deba tener el carác-

ter de reservado, o sobre el cual se le tuviere prevenido - reserva, o que encargado de llevar una orden por escrito u otra comunicaci3n recomendadas especialmente a su vigilancia, las extravíe por no haber cuidado escrupulosamente de ellas, o no las entregue a la persona a quien fueren dirigidas o no intentare destruirlas de cualquier modo y a cualquier costa cuando estuviere en peligro de caer prisionero o ser sorprendido, será castigado:

...II.- si el delito se hubiere efectuado en campaña y con este motivo hubiere resultado grave daño al Ejército, a una parte de él, a un buque o aeronave, con la pena de -- muerte...

Art. 359.- El centinela, vigilante, serviola o tope, que viendo que se aproxima el enemigo no dé la voz de alarma o no haga fuego, o se retire sin orden para ello, sufrirá la pena de muerte...

Art. 362.- Será castigado con pena de muerte:

I.- El comandante u oficial de guardia que deliberadamente perdiere su buque;

II.- el marino que causare daño en buque del Estado o a su servicio, con propósitos de ocasionar su pérdida o impedir la expedición a que estuviere destinado, estando el buque empeñado en combate, o en situación peligrosa para su seguridad...

...III.- el marino que rehusare situarse o permanecer en el punto que se le hubiere señalado en el combate o que se ocultare o volviera la espalda al enemigo durante aquél.

Art. 363.- Serán castigados...los marinos que faltando a la obediencia debida a sus jefes, incendiaren o destruyeren buques, edificios u otras propiedades. A los promovedores y al de mayor empleo o antigüedad de los del Cuerpo Militar, les será impuesta la pena de muerte.

Art. 364.- El comandante de buque subordinado o cualquier oficial que se separe maliciosamente con su embarcación del grupo, escuadra o división a que pertenezca, será castigado:

...IV.- con la pena de muerte cuando en los casos de estas dos últimas fracciones (en campaña de guerra o frente al enemigo), resultare algún daño al grupo, escuadra o división o a sus tripulantes, o si se ocasionare la pérdida del combate...

Art. 376.- Será castigado con la pena de muerte:

I.- El aviador que frente al enemigo, dolosamente destruya su aeronave, y

II.- el aviador que rehusare operar en la zona que se le hubiese señalado en el combate o que sin autorización se separe de aquélla, se ocultare o volviera la espalda al enemigo...

Art. 385.- Si de la infracción (por infringir alguno de los deberes militares que le corresponden) resultare la derrota de las tropas o la pérdida de un buque o aero nave estando en campaña, la pena será la de muerte.

Art. 386.- El prisionero que vuelva a tomar las armas en contra de la Nación, después de haberse comprometido bajo su palabra de honor a no hacerlo, y que en estas condiciones fuere capturado, sufrirá la pena de muerte. Se impondrá la misma pena al prisionero que habiéndose comprometido en idénticas circunstancias a guardar su prisión, se evada y sea después aprehendido, prestando servicios de armas en contra de la República...

Art. 397.- Será castigado con la pena de muerte:

I.- El que por cobardía sea el primero en huir en una acción de guerra, al frente del enemigo, marchando a en contralo o esperándolo a la defensiva;

II.- el que custodiando una bandera o estandarte, no lo defienda en el combate, hasta perder la vida si fuere necesario;

III.- el comandante de tropas o de un buque o fuerzas navales o aeronaves, que contraviniendo las disposiciones disciplinarias, se rinda o capitule, el primero en campo raso, y los segundos sin que sea como consecuencia de combate o bloqueo o antes de haber agotado los medios de de

fensa de que pudieren disponer...

...IV.- los subalternos que obliguen a sus superiores por medio de la fuerza a capitular. No servirá de excusa - al comandante de una plaza, fuerza, buque o aeronave, el haber sido violentado por sus subordinados para rendirse o capitular...

Art. 398.- El que convoque, en contravención a -- las prescripciones disciplinarias, a una junta para deliberar sobre la capitulación...si se celebrare la junta, y de ella resultare la rendición o capitulación, se aplicará la pena de muerte..."

Ahora bien, si jurídicamente es admisible imponer la pena de muerte en el fuero castrense, debemos preguntarnos: ¿acaso el hombre en vida no es un mundo de posibilidades entre las cuales se encuentra su enmienda? ¿acaso el hombre por el hecho de pertenecer a la milicia deja de ser hombre? ¿si el castigo capital se llega a imponer erróneamente a un militar, podrá repararse el desacierto? Naturalmente que no es aceptable contestar afirmativamente tales cuestionamientos, porque el hombre bajo cualquier circunstancia seguirá siendo un ser humano y porque el error es susceptible en toda verdad jurídica.

El licenciado Ramón Frida nos presenta otro caso

en donde la pena máxima fue injusta e inhumana: "...Francisco López era un soldado del 21 batallón. Un día, durante la limpieza de armas, de improviso dijo a sus compañeros: 'al primer...tal por cual que pase por esa puerta, lo mato, para que vean que soy muy hombre' ...y el primero que pasó instantes después fue el cabo de su compañía, asistente del General Jefe del cuerpo, quien llevaba a éste su desayuno, López tendió su arma y de un certero disparo mató al cabo de su compañía...Su indignación (del General) fue terrible y quería fusilar a aquel desgraciado inmediatamente. Se sujetó a proceso a López y ante el Consejo de Guerra que lo juzgó, López explicó su conducta. 'No es a mí, dijo, a quien deben fusilar, sino a mi General, que es el dueño de la tienda que existe en el cuartel y donde me vendieron el cigarro de mariguana que acababa de fumarle cuando hice esa barbaridad...Yo nunca había fumado mariguana, pero un compañero me incitó a fumarla, perdí la cabeza y maté a un hombre bueno, yo también lo soy y no habría matado a nadie, si no me hubieran vendido en el cuartel aquel maldito cigarro de mariguana'...Defendí a aquel hombre con valor y energía. Su razonamiento, para mí era impecable. El Consejo de Guerra lo condenó a muerte: insubordinación con vías de hecho (causando la muerte) al superior (artículo 285 fracción IX del Código de Justicia Militar). La ordenanza era inflexi-

ble, e inflexibles fueron los vocales del Consejo y los señores Magistrados del Tribunal Militar. Aquel infeliz debía pagar con su vida, el haber fumado un cigarro de mariguana que el jefe de su batallón le había vendido por conducto del sargento encargado de la cantina...No había remedio. - Tuve que acudir al tortuoso camino de la chicana y chicaneé para salvar la vida a aquel hombre diez y siete años...Tam- bién López fue un buen recluso, ...observó intachable conducta en la prisión y al conmutársele la pena de muerte por la extraordinaria de veinte años de prisión, hubo que mandarlo poner en libertad preparatoria en vista de esa buena conducta. Desgraciadamente la larga prisión había minado - aquella existencia; aquel hombre bueno, en la cárcel, había contraído la tuberculosis, producto de la higiene de nues- tras cárceles y Francisco López murió en el hospital, tres días después de haberle yo notificado que estaba en liber- tad. Sus últimas palabras fueron las que había pronunciado ante el Consejo de Guerra: 'No era a mí a quien debían ha- ber castigado, sino a mí General que me vendió el maldito - cigarro de mariguana'..."⁽¹²⁵⁾ Es lógico afirmar que el -- acusado Francisco López era socialmente readaptable, y por lo tanto innecesario el último suplicio.

¹²⁵ Ob. cit. Págs. 35 y sigs.

El Derecho Penal militar no cumple con los fines inmediatos del Derecho Penal en general, pues permite la imposición de la sanción suprema y con ello no busca la co---rrección del infractor, además de que con la ejecución de este castigo no se logra la ejemplaridad deseada en la pena: "...El General don Arnulfo Gómez, siendo Comandante Militar de la Plaza de México y jefe de las operaciones en el Valle, hizo fusilar previa una farsa de Consejo de Guerra al General Vizcaíno, porque pretendía cometer el delito de rebe---lión; meses después, el propio General Gómez se rebela contra el Gobierno. Salieron a perseguirlo los Generales don -Gonzalo Escobar y don Jesús Aguirre, quienes capturaron al Jefe rebelde y tras otro simulacro de juicio, lo fusilaron, lo que no evitó que meses después los dos Generales se rebe---laran contra el mismo Gobierno, y que capturado el General Aguirre, por las fuerzas que mandaba el General Acosta, fue ra fusilado, siempre tras un simulacro de Consejo de Guerra. ¿Qué impresión de intimidación habían tenido aquellos fusi---lamientos ordenados por los jefes que después se rebelaron? Ninguno. La muerte de los señores Vizcaíno y Gómez no influ yó en la conducta de los Generales Escobar y Aguirre..."(126)

Los objetivos específicos del Ejército Mexicano -

126 Prida, Ramón. Ob. cit. Págs. 44 y sig.

son: el mantener la estabilidad interna del Estado, y defender — en caso necesario — la autonomía de la Nación. De tal forma el Derecho Marcial tiene fines comunes a los que se buscan con la imposición de las penas, pues lo que se intenta con todo ello es proteger a la sociedad. El Derecho Penal común es el género, y el Derecho Penal militar — aunque de naturaleza distinta — es la especie; siendo así, ¿por que la especie omite cumplir con los fines específicos del género? ¿por qué el fuero castrense no permite que en todas sus sanciones la pena sea correctiva, como lo intenta — el Derecho Penal común?

Como observamos con anterioridad, y pensando utilitaristamente, la pena de muerte es infructuosa, porque el Estado al aniquilar a uno de sus miembros no puede aprovechar la potencialidad productiva del reo, siendo además indigno del mismo Estado el eliminar voluntariamente a uno de sus integrantes, por muy militar que sea y por diversa que se considere la naturaleza jurídica o el régimen normativo en el que se encuentre el soldado, toda vez que, la sociedad lo que tutela y valora como máximo bien, es la existencia humana. Asimismo, la protección de la sociedad no se ve reducida si la sanción capital es derogada; y sí en cambio, con la abolición de tal castigo, se pueden cumplir son los objetivos inmediatos de la pena, del Derecho y del hombre.

La aplicación de la justicia no es infalible, ya que en todo caso es susceptible el error judicial. Por ésta y otras causas el Derecho Penal común ha omitido la imposición de la pena capital; sin embargo, sí la preve el Derecho Penal militar, lo que significa que debemos atribuirle a este conjunto de normas y a las resoluciones que dictan los tribunales castrenses una absoluta y total perfección, y claro, éso es un absurdo, que debiera motivar el destierro de la pena de muerte en la ley militar, por considerarse: desproporcionada; carente de finalidades jurídicas y naturales e improductiva a la sociedad, la que tal vez, sufra más desequilibrio con su presencia, que con su ausencia.

CONCLUSIONES.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.- Dentro del acontecer histórico del antiguo mundo oriental, la aplicación de las penas como medio coactivo y represivo, no atendía a la conservación del orden social, sino que fue utilizado por los gobernantes, como instrumento, para mantenerse en el poder, lo cual da a la sanción jurídica la característica de ser extremadamente cruel. Sin embargo, cabe aclarar que en determinados pueblos, como India y China, para la imposición de los castigos se consideraron algunas circunstancias atenuantes y excluyentes de la responsabilidad penal, aunque las mismas no trascendieron a la esfera de la sanción normativa europea.

En la Héliade, que es base de la cultura romana y occidental, los sistemas represivos disminuyen en su violencia, ya que la participación ciudadana era notoria en la toma de decisiones sociales.

No obstante lo anterior, en Roma se observa un lamentable retroceso en las instituciones represivas, debido a causas que, como en los pueblos orientales, atendían a los intereses conservadores de determinados grupos dominantes.

Ulteriormente, en el derecho germánico se presenta un desarrollo de las figuras jurídico-penales, pues sus

principios rectores del delito y de la pena, como la imputabilidad, la punibilidad y la culpabilidad, han servido de fundamento para la estructuración de posteriores ordenamientos punitivos.

Por lo que hace al derecho canónico, medieval y renacentista, la pena recobra su calidad aflictiva y cruel, toda vez que ésta obedece a doctrinas teológicas que estiman a los delegados divinos como dirigentes de la vida social, lo cual trae como consecuencia que los conocimientos humanísticos sufran un repliegue general.

De lo antes expuesto se infiere que a mayor participación de las clases religiosas y antisociales, mayor es la atrocidad que envuelve a la sanción.

SEGUNDA.- En el México Precortesiano, la pena fue severa y trascendental, aunque las referencias históricas que se tienen sobre la brutalidad de los castigos, al parecer fueron hechas tendenciosamente, para justificar la imposición de represiones más rigurosas y violentas. La sanción entre los indígenas intentaba conservar adecuadamente el honor, el patrimonio y el comportamiento bélico, moral y social del sujeto. Conocían algunos principios normativos, como: el dolo, la culpa, ciertas excluyentes de responsabilidad y circunstancias agravantes y atenuantes del castigo,

la acumulación de sanciones, la reincidencia y otros; pero la influencia subsecuente de las penas que originalmente rigieron en el territorio es casi nula, ya que las mismas — y en general el derecho autóctono — fueron suplantadas por el conjunto normativo peninsular, y al ser éste tan amplio (por la cantidad de leyes, de ordenanzas y de recopilaciones aplicables), se presenta como secuela una confusión común en la ejecución de los medios punitivos. La sanción jurídica se vuelve inicua, en tratándose de las personas, pues para los no blancos existía un grave sistema intimidatorio, reinando así el abuso judicial del derecho.

Al empezar la etapa independiente de México, continúan utilizándose las leyes que rigieron durante la Colonia, ésto debido a la viviente crisis política del país. El castigo se ve un poco reducido en su crueldad, y la sentencia capital se emplea entre beligerantes enemigos políticos. Bajo estas condiciones y previa realización de proyectos inadecuados, surge el Código Penal de 1871, donde se estructura y confecciona la norma punitiva moderna. En él, las sanciones corporales desaparecen legalmente, teniendo la pena caracteres aflictivos y retributivos, no rehabilitantes, subsistiendo además, la de muerte. Esta regla coercitiva muestra buenos avances en algunas instituciones jurídicas y da la primicia mundial de la libertad preparatoria.

Por su parte, el Código Penal de 1929 contiene un gran número de errores, ya que el arbitrio judicial se encuentra demasiado restringido, lo que redundaría en una individualización de la sanción meramente fría y matemática; la naturaleza jurídica de algunas acciones son confusas, y comprende asimismo, novedades irrealizables por costosas.

TERCERA.- La pena, jurídicamente considerada, es la reacción legal que impone el Estado a quien demuestra un peligro antisocial; efecto en el que van implícitos el castigo, que funciona como instrumento intimidante, y la readaptación del delincuente, para hacerlo útil a la comunidad. Tiene, como uno de sus objetivos, la disminución de conductas ilícitas, con lo que se conserva el orden jurídico conveniente para alcanzar el desarrollo social de los hombres.

Los distintos conceptos de la pena se fundamentan según sea la corriente a la que pertenece el tratadista que la emite; dichas corrientes procuran justificar a la sanción en general y se dividen en tres grupos: teoría absoluta, relativa y mixta.

La teoría absoluta expresa que la pena funciona como exigencia de la justicia única y omnímoda, siendo la reacción efectiva del delito. Se comprende de dos disciplinas: una reparatoria y otra retribucionista. La primera

tiende a expiar la voluntad que motivó el ilícito; la segunda intenta que el castigo se anteponga a la norma violada, originándose ésta en lo divino, en la moral o en lo jurídico.

Para la teoría relativa, la pena debe ser ejecutada para prevenir el delito, y se utiliza como instrumento para defender a la sociedad. Esta doctrina contiene varios argumentos justificadores de la sanción, entre los cuales se encuentran: el contractualista, en donde el delincuente es un traidor al pacto social; el del escarmiento, cuyo fin es el inspirar temor en la comunidad para suprimir el delito; el de la coacción psíquica, en el cual la pena es la amenaza de un mal mayor que el del impulso a cometer el ilícito; el de la defensa indirecta, que busca conjurar el peligro de los crímenes futuros a través de la punición de los pretéritos; el correccionalista, en donde el fin de la sanción es reformar al infractor, y el positivista, para el cual el injusto nace de aspectos patológicos y el correctivo se aplica para que el criminal no reincida.

La teoría mixta considera que la pena es necesaria —porque la conducta antijurídica es su causa— y útil —porque la disminución del delito es su efecto—. Trata de conciliar el concepto de justicia absoluta con el de prevención. Para Carrara, la norma jurídica emana de dios, el

ilícito es una voluntad libre e inteligente que lesiona al derecho y la pena tutela a la justicia y a la sociedad. Para Merkel, la sanción es retribución y prevención, siendo necesaria para garantizar el fundamento psicológico de la soberanía normativa. Para Binding, el delito es un fragmento irreparable de la historia, y la pena, un mal que hiere al infractor, no aceptando el principio "nullum crimen sine lege".

CUARTA.- A cada una de las teorías justificadoras de la sanción jurídica es posible atribuirle alguna o algunas críticas, ya que: colocan a la pena en un plano in material e individualista; facultan a los hombres para realizar una actividad que sólo corresponde a las deidades, según los principios teológicos; olvidan que el talión nunca será perfecto como símbolo de justicia; omiten estimar que la libertad del espíritu no puede ser garantizada; abandonan al infractor como ente social; se exceden en su crueldad contra el reo, abusando de él, amén de no aceptar la in extinción del delito; omiten la prevención del ilícito; las infracciones penales no nacen de factores patológicos; subordinan el interés del Estado al poder del derecho natural o divino; violan la garantía de legalidad al infringir el principio "nullum crimen sine lege", o bien, porque descuidan las causas sociales del crimen.

La pena guarda una relación directa con el derecho, con la sociedad y con el individuo mismo. El derecho deriva del contrato social, y la comunidad para autoconservarse requiere que los integrantes de ella observen ciertas abstenciones penalizables, pero bajo la idea de que dichas prohibiciones únicamente servirán para que los delitos disminuyan.

La pena es un mal, porque implica la privación de derechos, y al funcionar también como amenaza en la mente de los sujetos, previene la comisión de nuevas infracciones. El daño que se inflige al condenado no debe ser mayor ni igual al que ocasionó, sino menor pero variado (material y psicológico).

Al imponer la pena, se deben tomar en cuenta los factores personales y sociales del infractor. La sanción se aplica en el nombre de la sociedad y si ésta se encuentra desorganizada y mal administrada, entonces la misma no puede tratar igualmente a una de sus víctimas que a otro que sí percibió mejores oportunidades para desarrollarse. No es aceptable castigar de una manera uniforme a los desiguales.

El delito es un acto antisocial en el que inciden el sujeto y el medio; con la pena se intenta reafirmar el imperio de la ley, pero no de una forma absoluta, porque im

plicaría una justicia perfecta, lo que es imposible. Con la sanción se pretende proteger, conservar y desarrollar a la sociedad.

QUINTA.- La pena tiene finalidades mediatas e inmediatas, siendo su objetivo último la defensa social. Los fines inmediatos de la pena son: el ser intimidante, para prevenir y reducir el número de conductas ilícitas; ejemplar, para que se advierta la existencia de una amenaza real y efectiva; correctiva, para que el condenado al ser readaptado no reincida; temporalmente eliminatoria, mientras se consigue la enmienda del reo, y justa, para evitar conductas vindicativas, buscando la paz pública al satisfacerse los requerimientos de todos los ofendidos con el injusto.

Para que la pena cumpla con sus finalidades inmediatas, necesita ser: aflictiva, para que cause temor en los sujetos; legal, para dar a conocer la hipótesis normativa y fundamentar la sanción; cierta, para que funcione como amenaza; pública, para hacer patente la consecuencia jurídica en el conglomerado; curativa para quienes lo necesitan; educativa para todos los sentenciados; readaptante, para prevenir reincidencias; humana, ya que el delincuente es parte de nuestra sociedad; igual contra lo que afecte al infractor; remisible, para que pueda operar la amnistía,

el indulto por gracia y el perdón, cuando una norma le quite a otra anterior el carácter de delito que a la conducta perpetrada se le atribuía; personal, aplicable sólo al responsable; reparable, en la ocasión de haberse impuesto erróneamente; variada, para escoger entre diversas las apropiadas, y además elástica, para individualizarla adecuadamente.

Por otra parte, los teóricos del derecho no tienen el criterio único sobre la distinción de las sanciones punitivas, es decir, entre pena y medida de seguridad. El propio Código Penal las enumera, sin establecer diferencia. Sin embargo, la diferencia radica en el propósito expiatorio y retributivo atribuible a la pena, no así a la medida de seguridad. Como ejemplos de la primera tenemos a la prisión y a la multa, y de la última, a los demás medios de que se puede valer el juzgador al condenar.

Asimismo, es posible clasificar a las sanciones de acuerdo al objetivo preponderante que persiguen y respecto al bien jurídico afectado. Por el fin que buscan, se dividen en: intimidatorias, correctivas y eliminatorias. Por el bien jurídico afectado, se dividen en: contra la vida, corporales, contra la libertad, pecuniarias y contra determinados derechos.

Por lo que hace a la individualización de la sanción, la podemos estimar como el acto que realiza el juzgador, en el que atendiendo a las necesidades sociales, valora la peligrosidad personal del acusado, imponiéndole penas y/o medidas de seguridad por la conducta ilícita ejecutada. Son obligaciones de quien resuelve el analizar, tanto la naturaleza y la gravedad del injusto, como la personalidad del sujeto; la medida de la sanción depende de ello, y la misma oscilará entre el mínimo y el máximo que se establece; esta facultad de arbitrio es concedida al juez. También es potestad del sentenciador el dictar la conmutación de la pena y la condena condicional, cuando ellas procedan. Así, la individualización judicial observa la vigencia de los objetivos de la pena, dándose garantías de menores errores en su aplicación.

Doctrinariamente, la individualización presenta tres fases: la legal, donde se marcan los límites entre los que se puede mover el arbitrio del juzgador; la judicial, donde se verifica el criterio del juez para fijar el correctivo, dependiendo de los datos que se ministran en cada caso concreto, y la administrativa, la que efectúa el ejecutivo para vigilar y determinar el cumplimiento de la condena, así como para otorgar la libertad preparatoria o decretar la retención del recluso.

No obstante lo anterior, algunos seguidores de la teoría correccionalista estiman que las penas pronunciadas por el juez deben ser indeterminadas, y que es en la fase administrativa donde se puede decidir cuándo se ha realizado la enmienda del reo, pues la sanción impuesta únicamente lo sujeta por cierto lapso a un régimen de trabajo y educación. En nuestro Derecho Penal, sólo le es posible al ejecutivo prolongar o aminorar la pena de prisión dentro de los límites marcados en la sentencia y de conformidad con la ley.

SEXTA.- La pena de muerte es la sanción jurídica capital; consiste en privar de la vida al acusado de una conducta delictiva estimada como grave, a través de los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye.

En la antigüedad, los pensadores exclusivamente se interesaron por justificar la aplicación de la sentencia suprema. Platón señala que sirve como medio para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo y pernicioso, pues el delincuente incorregible es un enfermo anímico incurable causante de aberraciones y perturbaciones en la comunidad. Séneca considera que el criminal es consecuencia de anomalías psicobiológicas, por lo cual es necesaria su aniquilación. Tomás de Aquino expresa que es tan lícito eliminar de

la sociedad a un infractor infame, como amputar un miembro putrefacto para salvar el resto del cuerpo. Puffendorf indica que es necesario, en ocasiones, sacrificar la existencia de un integrante de la comunidad para defender la vida y seguridad de todos.

En el presente son varios los razonamientos justificadores del castigo total. Se dice que es: lícito, porque la sociedad lo emplea para conservar y mejorar a sus integrantes; insubstituible, porque salvaguarda el orden civil con el escarmiento que genera; retributivo, porque la población pide, como reacción, el sacrificio de los sujetos que perpetran crímenes atroces; necesario, porque dispone de una gran fuerza inhibitoria y porque evita sufrimientos físicos y psicológicos al condenado a prisión perpetua; justo, porque es una especie de legítima defensa que la comunidad aplica para su beneficio; eliminatorio, para individuos excepcionalmente peligrosos, nocivos e incorregibles, y artificialmente selectivo, porque previene la reproducción de personas altamente dañinas e inadaptables.

SEPTIMA.- Doctrinariamente, los argumentos abolicionistas de la pena de muerte nacieron hace dos siglos; a pesar de ello, son lúcidos y cuantiosos, revelando los mismos que: su ejecución constituye un abuso de poder, porque no existe pacto entre los ciudadanos y el Estado que facul-

te a éste para extinguir la vida de los integrantes de la sociedad; su necesidad no está demostrada, pues se dispone de otros medios para disminuir la criminalidad; no opera el escarmiento contra el reo de muerte; no es positivamente ejemplar, porque aún con su vigencia sigue delinquiéndose y porque algunos que la han sufrido fueron testigos de ejecuciones pretéritas; es injusta, porque son los económicamente débiles sobre quienes se impone; es ilícita, porque de aplicarse erróneamente sería irreparable; es prescindible, porque los Estados abolicionistas no tienden a desaparecer ni se extinguen; es impráctica, porque no permite que el reo trabaje para resarcir los daños y las erogaciones ocasionadas; no es retributiva, porque su imposición sólo va contra el factor físico del delito, omitiendo combatir el social; no opera como legítima defensa, porque ésta se ejercita para evitar un daño, y con la consumación del crimen el deterioro ya ha sido producido; no es curativa ni readaptadora, porque al ser la existencia humana un mundo de posibilidades, con su extinción termina también toda probable enmienda del procesado; dispone de una ejemplaridad negativa, porque ciertos transgresores de las leyes buscan merecer la sentencia suprema como objeto; pretende infamar al reo, porque se intenta deshorrar su recuerdo en la conciencia colectiva; es infructuosa, porque el delito no va

ría con la severidad de las penas; es clásica en los gobiernos tiránicos, porque resurge cuando la ciencia y la civilización decaen, y además es deshonrosa para la comunidad, porque delega en algunos individuos la "capacidad" de asesinar y porque se aniquila en su nombre a uno de sus miembros.

Por lo tanto, es axiomático que no hay fundamento racional con el que se justifique que la sociedad destruya lo que la misma valora, tutela y defiende como supremo bien: la existencia.

OCTAVA.- Nuestra Carta Magna impide que el castigo máximo se inflija por delitos políticos, pero permite que las leyes ordinarias la puedan incluir en los casos de: traición a la Patria en guerra extranjera; parricidio; homicidio calificado con alevosía, premeditación o ventaja; incendio; plagio; asalto en camino; piratería y por ilícitos graves del orden militar.

Sin embargo, se presentan varias contradicciones dentro de la Ley Fundamental; toda vez que en su artículo 22 prohíbe las penas trascendentales y admite la de muerte, perteneciendo la segunda a las que sobrepasan la esfera personal de la sanción. Otra antinomia existe entre dicho precepto y el artículo 18 de la misma norma, pues el último señala que la organización del sistema penal se debe basar en

el trabajo, la capacitación para éste y en la educación, como medios para la readaptación social del delincuente; de tal suerte que no es posible cumplir con los principios del artículo 18 si se aplica el 22.

El Código Penal para el Distrito Federal al interpretar la Constitución, le da preferencia al contenido y espíritu de la disposición número 18, excluyendo el empleo de la pena capital, lo que es lógico, porque no se requiere el uso de medidas anacrónicas e innecesarias para la convivencia y conservación del orden social.

Por lo que respecta a los códigos penales de los Estados, siguen fielmente el ejemplo básico de la norma punitiva de 1931, pues suprimen de entre sus sanciones al castigo total. Las últimas entidades federativas que lo retiraron son: Sonora, en febrero 12 de 1975; Oaxaca, en julio 17 de 1971; Morelos, en abril 15 de 1970; Nuevo León, en junio 15 de 1968; San Luis Potosí, en junio 6 de 1968; y Sinaloa, en noviembre 25 de 1972. De esta forma, los desiderata de la corriente abolicionista, al menos en las leyes generales de México, han sido cumplidos.

NOVENA.- El Derecho Militar es una ley especializada o privativa, porque no es de las expedidas en razón de o para todos los ciudadanos. Como excepción, está elevada a

rango constitucional, pues la naturaleza de la institución requiere conservar la disciplina entre los integrantes del Ejército, y se dice que para ello se necesitan castigos severos, de fuerte impresión colectiva, para obtener tal fin.

Jurídicamente, es dable imponer la sentencia suprema en el fuero castrense. Los ilícitos cuya violación la ley sanciona con dicho castigo son: la traición a la Patria; los delitos contra el derecho de gentes; el espionaje; la rebelión; la destrucción dolosa de lo perteneciente al Ejército; la deserción; los insultos, amenazas o -violencias contra centinelas, guardia, tropa formada o salvaguardias; la falsa alarma; la insubordinación en servicio o fuera de él; el intentar con violencia la no ejecución de una orden, u obligar injustificadamente que se verifique; el abuso de autoridad; la desobediencia en actos del servicio; la asonada; el abandono de servicio o de puesto; el abandono de mando; el ejercicio de funciones que no correspondan; la revelación de asuntos que tengan el carácter de reservado; la no defensa del puesto que le corresponda al centinela, o cuando éste no dé la voz de alarma; la reincidencia en la toma de armas contra la Nación, cuando el ex-prisionero fuere recapturado; el auxiliar en la fuga de prisioneros; la cobardía en acción de guerra; la no defensa de bandera o estandarte, cuando al

reo se le haya asignado su custodia; el obligar a los superiores a capitular; la convocación a junta para deliberar sobre la capitulación; el apoderamiento de buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; la piratería; la pérdida deliberada de buque o aeronave, y la separación maliciosa de embarcación o aeronave, respecto al grupo, escuadra o división a la que pertenezca. Todos estos delitos dependen de las circunstancias de ejecución, de las consecuencias por la conducta y/o del grado o jerarquía del individuo que la realice.

Es de recordarse que el sujeto por el hecho de pertenecer a la milicia, no deja de ser humano, y si se dicta y ejecuta erróneamente la pena de muerte, no podrá repararse el desacierto.

Con la destrucción del infractor no se ha logrado la ejemplaridad deseada; en nuestro país se han rebelado, en varias ocasiones, algunos elementos de la milicia, no obstante que de su fracaso se fusilaba a los iniciadores, y no por ello cesaron estos delitos. Si de tiempo atrás ya no se practican, se debe a factores sociales, mas no a la ejemplaridad de los fiascos.

El Derecho Penal militar es una especie del género Derecho Penal común, pero aquél no intenta cumplir con todos los objetivos específicos de éste. Si se deroga la

sanción irreparable del Código de Justicia Militar, no se reducirá la protección que la sociedad requiere, y si en cambio, se cumplirán con los propósitos inmediatos del Derecho Penal común.

Teóricamente, debemos considerar al fuero castrense como absolutamente perfecto, toda vez que acepta el empleo del castigo máximo; pero ese atributo es absurdo, ya que la pena capital carece de finalidades jurídicas y naturales, es desproporcionada y además es inproductiva a la sociedad, siendo imprescindible su abolición también en este campo.

BIBLIOGRAFIA .

BIBLIOGRAFIA .

- Abarca, Ricardo. El Derecho Penal en México. Ed. Jus. México D.F. Sin fecha.
- Beccaria, César. De los Delitos y de las Penas. Con el Comentario de Voltaire. Traducido por Juan Antonio de las Casas. Ed. Alianza. Madrid. 1980.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. México D.F. 1970.
- Camus, Albert; Koes-
tler, Arthur y Bloch-
Michel, Jean. Reflexiones sobre la Guilloti-
na. Ed. Emecé. Buenos Aires.
1960.
- Carrancá y Trujillo,
Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte
General. Ed. Porrúa. México
D.F. 1977.
- Castellanos Tena, Fer-
nando. Lineamientos Elementales de De-
recho Penal. Ed. Porrúa. México
D.F. 1978.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General.
Ed. Porrúa. México D.F. 1953.

- Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legisla-
ción y Jurisprudencia. Ed. Li-
brería de Rosa y Bouret. París.
1863.
- González de la Vega, Derecho Penal Mexicano. Los De-
Francisco. litos. Ed. Porrúa. México D.F.
1973.
- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. To-
mo I. Ed. Losada. Buenos Aires.
1964.
- Jiménez Huerta, Maria- Derecho Penal Mexicano. Tomo
no. III. La Tutela Penal del Honor
y de la Libertad. Ed. Porrúa.
México D.F. 1974.
- Larroyo, Francisco. Introducción a la Filosofía de
la Cultura. Ed. Porrúa. México
D.F. 1971.
- Loera, Rubén. A Garrote Vil. Tormentos y Cruel-
dades en España. Ed. Posada. Mé-
xico D.F. 1975.

- Lozano, José María. Tratado de los Derechos del Hombre. Ed. Porrúa. México D.F. 1972.
- Platón. Diálogos. Ed. Porrúa. México D.F. 1975.
- Prida, Ramón. La Pena de Muerte. Ed. Cuadernos Criminalia. México D.F. 1946.
- Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. Mexicano: Esta es tu Constitución. Ed. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. XLVII Legislatura. México D.F. 1969.
- Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Ed. Porrúa. México D.F. 1981.
- Ruiz Funes. Mario. Actualidad de la Venganza. Ed. Losada. Buenos Aires. 1944.
- Smith, Juan Carlos y otros. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIII. Ed. Ancalo. Buenos Aires. 1973.

- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomos I y II. Ed. Argentina. Buenos Aires. 1970.
- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Ed. Porrúa. México D.F. 1960.
- Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ed. Reus. Madrid. 1929.

LEGISLACION.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Código Penal para el Distrito Federal de 1931.
- Código Penal para el Distrito Federal de 1929.
- Código Penal para el Distrito Federal de 1871.
- Códigos Penales de los Estados.
- Código de Justicia Militar.