

## EL CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO

RAÚL F. CÁRDENAS

1). A la caída del Segundo Imperio, nace en nuestro país la urgencia, por una parte, de acoger la obra codificadora que los países modernos habían implantado, a partir de la genial reforma legislativa de Napoleón, y por la otra, el fomentar la investigación científica de sus juristas.

Revoluciones, asonadas, cuartelazos, guerras intestinas y extranjeras, inseguridad en el campo y las ciudades, conforman el marco en que hubieran de transcurrir los primeros decenios de nuestra vida independiente, marco, desde luego, poco propicio para la meditación y el estudio.

El fragor de la batalla, la pasión política, la desunión, el caciquismo, las ambiciones internacionales que desmembraron nuestro territorio y nos llevaron a extrañas aventuras continentales, impidieron nuestra evolución como Estado moderno y el ajustarnos a los patrones vigentes de los países civilizados.

Nuestra labor jurídica quedó limitada a la promulgación de variadas constituciones, que nos llevaron del centralismo al federalismo y viceversa, a unas cuantas leyes criminales de excepción, disposiciones urgidas por compromisos políticos, como las Leyes de Reforma, Desamortización, etc., y algunos curiosos códigos promulgados en los Estados, como el Penal de Veracruz de 1833 y el Código Civil del Estado Libre de Oaxaca, expedido por varios gobernadores durante los años de 1828 y 1829.

A la caída del Segundo Imperio, el gobierno del Licenciado Don Benito Juárez se preocupó por atender de inmediato la reforma legislativa del país y reanudar la obra codificadora que, iniciada en 1862, quedó trunca por nuestra aventura imperial.

En efecto, nos dice Don Antonio Martínez de Castro, el Gobierno de la República nombró con fecha 6 de octubre de 1862, una comisión "a fin de que formara un proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. Esa comisión se dedicó asiduamente a desempeñar su encargo y había ya comenzado el Libro Primero, cuando tuvo que suspender sus trabajos con motivo de la invasión extranjera. Insistiendo el gobierno en su noble empeño de que tenga la Nación códigos propios, en 28 de septiembre de 1868 encomendó a la comisión actual que formara un proyecto, teniendo a la vista el Libro Primero ya citado".

Fruto de los trabajos de esta comisión, integrada primero en 1862 por

los señores Licenciados Don Antonio Martínez de Castro, Urbano Fonseca, Manuel María de Zamacona, José María Herrera y Zavala, Carlos María Saavedra y Ezequiel Montes, y en 1868 por Don Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Eulalio Ortega e Indalecio Sánchez Gavito, fue nuestro primer Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California y para toda la República respecto a delitos cometidos en contra de la Federación o cuyo conocimiento esté sometido a la justicia federal, expedido por el Presidente Juárez con fecha 7 de diciembre de 1871.

Con anterioridad al Código Penal, se expidió un Código Civil de fecha 13 de diciembre de 1870, obra de la comisión integrada por los eminentes juristas Don Mariano Yáñez, Don José María Laragua, Don Isidro Montiel y Don Rafael Dondé.

En el año de 1872 se expidió, muerto ya el Presidente Juárez, por el Presidente interino Don Sebastián Lerdo de Tejada, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de Baja California; en el año de 1880 el Presidente Porfirio Díaz promulgó los Códigos de Procedimientos Penales y de Procedimientos Civiles, que deroga al de 1872; en el año de 1884 el Presidente González expide un Código Postal, un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, el Código de Comercio, un nuevo Código de Procedimientos Civiles, que deroga al de 1880, el Código de Minas y varias reformas al Código Penal.

Prácticamente la obra codificadora de nuestro México independiente termina en 1884, aun cuando los textos legales sean objeto de reformas y adiciones, y se expidan otros códigos y leyes, como el de Justicia Militar de 1893, las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y las Ordenanzas de la Armada, etc. En el año de 1884, por tanto, nuestro país cuenta, como todos los países civilizados y modernos del orbe, con sus ordenamientos jurídicos fundamentales.

La obra codificadora, cuya importancia fue extraordinaria para la vida institucional de nuestro país, sirvió a su vez de base para la reorganización de la enseñanza del Derecho sobre bases sólidas o sea, los textos mismos de la ley y sus distintas ramas, agrupadas en los diversos códigos expedidos no sólo por la Federación, sino por los Gobiernos de los Estados, que siguiendo el ejemplo de la primera, expidieron también sus códigos penales, civiles y procesales.

Estos textos, inspiraron la enseñanza del Derecho, pues con su promulgación se responde a las ideas rectoras de la época, en que los exégetas proclamaban la necesidad de ajustarse al texto de la ley y buscar en sus palabras, la intención del legislador, pilar para el estudio del derecho.

De los juristas franceses, que tanta influencia tuvieron sobre nosotros, Demolombe afirmaba: "mi divisa, mi profesión de fe es ésta, ¡los textos ante todo! Yo enseño un curso del Código de Napoleón: mi finalidad

es interpretarlo, explicar el mismo código, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria".

Y como él, Pothier, Aubruy, Geny, etc., hacían hincapié en la necesidad de que los juristas se ajustaran al texto de la ley y buscaran en su interpretación la intención del legislador.

Nuestras Escuelas de Derecho del siglo XIX conformaron sus Planes de Estudio con visos aún medioevales; así por ejemplo, la Escuela de Leyes de San Ildefonso, nacida al amparo del Reglamento de 23 de octubre de 1833, que organizó la instrucción Pública para el Distrito Federal, quedó planeada de la siguiente manera:

1. 1a. y 2a. de Latinidad.
2. Una de Etica.
3. Una de Derecho Natural y de Gentes.
4. Una de Derecho Político Constitucional.
5. Una de Derecho Canónico.
6. Una de Derecho Romano.
7. 1a. y 2a. de Derecho Patrio; y
8. Una de Retórica.

Los Planes se mejoran en los años de 42, 43, 69, pero no había de ser sino hasta 1902 que se diera al estudio del Derecho un enfoque moderno.

Al fundarse la Escuela Libre de Derecho, se tomó el Plan de Estudios que para la carrera de Abogado y para los especialistas en Ciencias Jurídicas y Sociales, se publicó por Decreto de 19 de enero de 1907, habida cuenta que dicho Plan fue posiblemente formulado por Don Luis Méndez, con la colaboración de Don Pablo y Don Miguel Macedo, maestros fundadores de la Escuela, Plan de Estudios que se distribuyó en cinco años, correspondiendo a cada curso las siguientes materias:

#### PRIMER AÑO

- Principios de Sociología (3 clases por semana).
- Primer Curso de Economía Política (6 clases por semana).
- Primer Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).

#### SEGUNDO AÑO

- Segundo Curso de Economía Política (6 clases por semana).
- Segundo Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).
- Primer Curso de Procedimientos Civiles (3 clases por semana).

#### TERCER AÑO

- Tercer Curso de Derecho Civil (6 clases por semana).

Segundo Curso de Procedimientos Civiles (6 clases por semana).  
 Primer Curso de Derecho Penal y de Procedimientos Penales (4 clases por semana).

#### CUARTO AÑO

Derecho Mercantil (5 clases a la semana).  
 Tercer Curso de Procedimientos Civiles (3 clases por semana).  
 Segundo Curso de Derecho Penal y de Procedimientos Penales (4 clases a la semana).

#### QUINTO AÑO

Derecho Constitucional (6 clases por semana).  
 Derecho Administrativo (6 clases por semana).  
 Curso Práctico de Casos Selectos (2 clases por semana).  
 Síntesis del Derecho (2 clases por semana).

Estas cátedras fueron servidas, al fundarse la Escuela, por los más eminentes juristas de nuestro país, que gracias a la criticada paz porfiriana, habían logrado una sólida formación profesional, destacando en su profesión, como lo hicieron otros muchos profesionales en distintas ramas del saber.

A varios de estos eminentes juristas, me tocó en suerte conocer en la Escuela; otros en lo personal, y muchos más por sus obras. Los que traté personalmente, los que conocí en sus despachos, en los tribunales, de las bibliotecas que de algunos conocí y que se legaron a la Escuela, de los alegatos y estudios que leí, me quedó un recuerdo extraordinario de ese grupo de profesionales del Derecho; su señorío y calidad humana fueron ejemplares.

2). Cuando nuestra Escuela se fundó, ya que me ha tocado investigar la evolución de nuestro Derecho Penal en los 65 años de vida que tenemos, estaba vigente el Código Penal de 1871, y trabajaba una comisión encargada de reformarlo.

Fue este Código el primero que se enseñó recién fundada nuestra Escuela, y al estudiarlo, se estudiaban también las doctrinas que lo habían inspirado, doctrinas que se conocen con el nombre de Escuela Clásica; Martínez de Castro y sus compañeros de comisión, acogieron como modelos para la redacción de nuestro primer Código, el Penal francés, el español de 1848, el de Baviera de 1813 y el portugués, y aun cuando la comisión contó con otros textos más, que en el transcurso de los años reunió tesoneramente Martínez de Castro, según testimonio del mismo, en la interesante correspondencia que intercambiaba con el Duque de Regla, correspondencia publicada por Don Javier Piña y Palacios, fueron

los textos mencionados, según se desprende de la Exposición de Motivos del Código en cuestión, los que inspiraron la obra de nuestros autores del Código de 1871, y se confirma además en las Actas que conservamos de los trabajos de la Comisión.

En la primera sesión de esta Comisión, celebrada el día 8 de octubre de 1868, se tomó, entre otros, el acuerdo de entregar a los abogados Lafragua y Ortega, una copia de los artículos discutidos por la Primera Comisión que actuó, hasta el año de 1863, y se hizo hincapié en el interés del Presidente Juárez de reformar la legislación penal entonces vigente, fijándose las bases para el desarrollo de los trabajos de dicha comisión.

En la primera reunión se enfatizó en que, los artículos discutidos, se habían inspirado en el código español, y expresamente se hizo constar en el acta respectiva, "que habiendo servido de texto a la anterior comisión para el orden de materias el código español de 1848, se acordaba se continuara con ese mismo código como texto para la formulación del mismo".

En la Exposición de Motivos que redactó Don Antonio Martínez de Castro, se hace referencia al estado en que nos encontrábamos en cuanto a la aplicación de la ley penal en el siglo XIX, y se destacaba la urgencia de la reforma de la misma; en esa Exposición se alude, además, a la doctrina a que se acogieron los miembros de la comisión, se mencionaron los Códigos consultados y se citaron los tratadistas que habían sido estudiados para la redacción de nuestro Código. Entre éstos, figuran, en primer término Ortolán, Montesquieu, Beneville, León Vidal, Chaveau et Halié, Toqueville, Rossi y otros más, y su cita pone de manifiesto cual fue el pensamiento que habían de seguir nuestros legisladores para la redacción del Código.

3). De acuerdo con la doctrina de dichos autores y los Códigos que se dice consultados, podemos afirmar que nuestro Código, es un Código de factura francamente liberal, heredero del iluminismo y enciclopedismo de fines del siglo XVIII, y no podía ser de otra suerte, por cuanto las nuevas corrientes filosóficas y sociales europeas, aún no habían tenido oportunidad de ser trasplantadas a nuestro medio intelectual.

Además, los códigos promulgados en Europa hasta el año de 1870, como el italiano y el español, no se apartaban aún de las doctrinas clásicas del Derecho Penal, pues la obra de Lombroso, y con ella el nacimiento del positivismo en Derecho Penal, no habían de hacer su aparición sino hasta 1876 con la publicación de su clásica obra intitulada "El Hombre Delincuente en Relación con la Antropología, la Jurisprudencia y la Psiquiatría".

"El desarrollo grandioso y fecundo de la filosofía experimental, afirma Ferri en su Sociología Criminal, en la segunda mitad del siglo XIX, particularmente en lo que concierne al estadio biológico y psicológico del hombre, considerado como uno de los innumerables anillos de la cadena

zoológica y al examen positivo de las sociedades humanas como organismos naturales", no había influido aún en la doctrina penal, que según el propio autor se apegaba al doctrinarismo metafísico, del que había de separarse el nuevo movimiento científico penal que, siguiendo el método experimental, se proponía por el estudio de la patología social en las manifestaciones de la criminalidad, hacer desaparecer, al decir de Ferri, ese contraste entre la teoría de los delitos y de las penas, y la realidad de los hechos cotidianos".

El positivismo, auspiciado por Spencer en Inglaterra, Comte en Francia, Ardigò en Italia y Wunet en Alemania, se extendió al estudio moral y psicológico del hombre, y facilitó el intento de emplear el método experimental en la ciencia penal y la aplicación del positivismo en nuestra disciplina, lo que se llevó con una fuerza tal, que sus seguidores trataron no sólo de innovar e introducir reformas en nuestra disciplina, sino avasallar, destruir el pasado y sentar nuevas bases para la aplicación de la ciencia criminal, lo que obligó a los clásicos a formular en su contra la acusación de nihilismo, acusación a la que responde el propio Ferri, sosteniendo que sus acusadores "no percibían que su propósito era sólo renovar y vivificar, por la comprobación de los estudios experimentales, la parte cierta e imperecedera del derecho criminal, compensando por medio de este inestimable beneficio la pérdida del follaje y de las ramas que la Metafísica había disecado".

Nuestro Código Penal nace apenas unos años antes de que se desatara en nuestra disciplina una de las más violentas luchas de escuelas, cuyos rescoldos no se han apagado aún, a pesar de los años transcurridos, y de que la lucha política, haya venido a reemplazar, en parte, esta lucha de escuelas.

El Código Penal de Martínez de Castro, como se le llama en nuestro medio jurídico, fue, por razón de tiempo, el primero que estudiaron, como señalé, los alumnos fundadores de nuestra Escuela, y los primeros catedráticos encargados de su estudio, lo fueron, el eximio Don Miguel Macedo y Don Demetrio Sodi, el más completo comentador de dicho ordenamiento legal.

Para Don Demetrio, el Código de 71 no reúne las excelencias que se le atribuyen, pues a pesar, dice, de haberse reconocido como una obra perfecta, que estaba prohibido tocar y que se ensalzaba en todos los tonos, las opiniones recogidas por la Comisión encargada de su reforma, integrada en 1903, puso en evidencia sus derechos y la urgencia de su reforma radical, pues no es "el momento intocable y perfecto", como lo sostenían sus partidarios.

No obstante la opinión negativa del maestro Sodi y reconociendo que como obra tiene defectos, y muchos de ellos fueron producto de su época, pues como sostiene el Licenciado Almaraz, autor del Código Penal de 1929, en el mismo se copiaron hasta en sus faltas de redacción, preceptos

del Código Penal español de 1870 (se equivocó Almaraz, pues el código que sirvió de modelo al de 71, fue el español de 1848), nuestro código tiene méritos, aciertos y adelantos para su época, que iremos destacando al hacer su crítica.

"Si las leyes hay que juzgarlas lo mismo por la doctrina que las inspira, que por sus resultados efectivos al aplicarse, nos dice el maestro Don José Angel Ceniceros (que sustituyó en su cátedra a Don Miguel S. Macedo y del que fuera, sin duda, su discípulo predilecto), el Código conocido por Martínez de Castro, por haber sido este ilustre jurisconsulto el más destacado de sus autores, resiste el agua fuerte de la crítica histórica, porque se inspiró en las doctrinas más sólidas y científicas de su época, y porque su vigencia, que se prolonga hasta el año de 1929, le permitió afianzarse con hondas raíces en la jurisprudencia y en la realidad de la vida jurídica de México".

4). Si nuestro Código de 71 se ajustó, como es evidente, a los postulados de la Escuela Clásica, interesa precisar éstos, para contrastarlos con nuestro ordenamiento penal y apuntar después, sus peculiaridades y adelantos.

Resumiendo las varias teorías penales que se engloban en la común denominación de Escuela Clásica, podemos destacar los siguientes supuestos fundamentales, que la diferencia de las demás Escuelas Penales:

a). Imputabilidad moral, basada en el libre albedrío. Para Carrara, en el que se resumen y sintetizan las teorías clásicas en su más completa y elaborada construcción, "la teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste a su vez lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios de libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y no se modifican con el variar de tiempos, pueblos y costumbres".

"Yo no me ocupo, agrega en nota del primer capítulo de su célebre Programa, en cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina de libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y como asentada sobre esta base la ciencia criminal".

b). El delito como ente jurídico. El maestro de Pisa sostiene que el delito no es un simple hecho, sino un ente jurídico, que tiene su origen en la naturaleza de la sociedad civil; es una idea de relación, de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. El delito es una disonancia armónica".

En el Prefacio a la Quinta Edición de su Programa, reitera esta tesis en frases llenas de contenido humano y universal, "el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Pero el derecho es congénito al hombre, porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que aquélla pudiera cumplir sus deberes en la vida terrena; por lo tanto, el derecho debe tener vida y criterios preexistentes a los pareceres

de los legisladores humanos, criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de los legisladores y de las utilidades ávidamente codiciadas por ellos. Así, como primer postulado, la ciencia del derecho criminal viene a manifestarse como un orden de razón que emana de la ley jurídica, preexistente a todas las leyes humanas y que obliga a los mismos legisladores.

c). Nadie puede ser castigado por una acción no prevista por la ley, ni sancionada con una pena. Para Carrara, el derecho es libertad, de aquí que "la ciencia criminal bien entendida, es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los demás y ayudarlo a liberarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones". Para Carrara y los clásicos, con las naturales variaciones que el propio autor señala, el delito civil es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos.

En desacuerdo con opiniones de Franck y Pesina, afirma Carrara, "nuestra definición conserva su última condición, esto es, la prohibición de la ley del Estado. Esta prohibición podrá ser buena o mala, justa o injusta, pero no obstante permanecerá siempre como hecho jurídico, al que debe someterse tanto el Estado como el particular".

Este postulado se puede resumir en el apotegma formulado por Fueyebach, "nullum crimen nulla poena sine lege", y se desprende tanto de lo expresado por Beccaria en su obra del Tratado de las Penas, del discurso de Lardizábal, nuestro eminente jurista, de las obras de los autores franceses, herederos del iluminismo y de la ilustración del Siglo XIX, y de la Declaración de los Derechos del Hombre, postulado que ha sido tan debatido en los últimos años, no sólo en el campo de las pugnas entre Escuelas, sino en el más amplio y angustioso de la política, y de las excepciones penales de los países de dictadura.

d). El juez no tiene facultad de apreciación, sino que las penas deben aplicarse por igual a todos los que delinquen. En su afán de proteger al hombre frente a la arbitrariedad del Estado, los clásicos acogieron este postulado, aclamándolo como fundamento del Derecho Penal Liberal y democrático.

Beccaria critica la facultad de Juez para apartarse de la letra de la ley, al ejemplo de los jueces, de los regímenes absolutistas. Para Beccaria, los jueces carecen de autoridad para interpretar las leyes penales, que deben aplicarse estrictamente sin tener en cuenta el rango o la condición del delincuente; el Juez no es legislador; el desorden que nazca de la observación rigurosa, de la letra de una ley penal, no debe compararse con los desórdenes que nazcan de su interpretación, reitera Beccaria y agrega, "cuando un Código fija las leyes que deben observarse a la letra, no deja al juez otra tarea más que la de examinar los actos de los ciudadanos y juzgarlos conformes o disconformes con la ley escrita: cuando la norma de lo justo o de lo injusto que debe dirigir las acciones tanto

del ciudadano ignorante, como del sabio, no es asunto de controversia, sino de hecho, entonces los súbditos no están sujetos a los pequeños tiranos de muchos, tanto más crueles como menor es la distancia entre el que las sufre y el que ha de sufrir, y más fatales que la tiranía de uno solo y la crueldad de un déspota es proporcionada no a su fuerza, sino los obstáculos que encuentra.

Otro gran clásico, Pesina, afirma al respecto:

e). La pena como tutela jurídica. La pena tiene el carácter de expiación por el hecho realizado; delito y pena deben marchar íntimamente unidos. Si el delito tiene para los clásicos, su esencia en la violación del derecho, la pena tiene su justificación en la necesidad de reprimir dicha violación y "como la pena justificada en esta forma no es sino una emancipación del derecho, síguese de ello que la pena misma no puede tener sus criterios mesuradores en el arbitrio del legislador, sino que debe someterse a los criterios jurídicos impostergables que regulan su cualidad y cantidad en proporción al daño sufrido por el derecho o al peligro corrido por él".

Desde el punto de vista de la función de la pena, si bien los criterios de los clásicos se dividen, en el fondo de todas sus opiniones, persiste como postulado el reputar como tutela jurídica, a la pena.

A esta diferencia de criterios vamos a referirnos, al hacer mención de la doctrina acogida en nuestro Código de 71.

f). Aplicación del método lógico abstracto. Desde el punto de vista teórico, los partidarios de la Escuela Clásica siguen en sus investigaciones el método deductivo, partiendo de principios que consideran fundamentales e inmutables.

Al decir de Bettiol, es característica de los Clásicos su método de trabajo, por cuanto tomando como punto de partida criterios de razón, desdeñan el dato fáctico, postura explicable sólo por la aceptación de premisas jusnaturalistas, "así es, al decir de Bettiol, como encontramos en los Clásicos una mentalidad antihistórica, que se traduce aún en aquellos que parten de premisas contractualistas, pues el contrato está sobre la historia y fuera de ella. Constituye una mera hipótesis de trabajo, premisa fundamental para toda deducción lógica. Las premisas racionalistas han colocado así a los Clásicos en un plano de indagación, en el cual la vida concreta no se refleja o se refleja sólo muy débilmente". Esta mentalidad antihistórica, si bien no apartaba a los Clásicos de su matriz ética, terminaba siempre, al decir de Bettiol, por considerar al delito como un ente jurídico, abstracto, como una elaboración apriorística de la razón, como una categoría lógica abstracta, o sea como una entidad sin asidero a la vida, sin concreción y vuelta a la realidad. "Por ello, sostiene, es preciso advertir que el fundamento gnoxeológico de la Escuela Clásica debe en última instancia buscarse en la crítica kantiana, en ese sistema filosófico que, contra el empirismo dominante hasta los albo-

res del siglo XIX, ha creído reivindicar la autonomía y la forma apriorística de la razón humana". No obstante, es indudable que la Escuela Clásica logró una construcción lógica perfecta, fundada, como sostiene Zimmerl, "en conceptos elaborados, selectos, refinados y ordenados entre sí de modo impecable, aun cuando para obtenerlos violenten la realidad jurídica, pues las premisas de que parten, no siempre son ciertas, sino constituyen con frecuencia un frondoso conjunto de principios encontrados".

Nuestro Código Penal de 1871, el magnífico código clásico, a pesar de sus defectos, que empezamos a estudiar en las cátedras del Primero y Segundo Cursos de Derecho Penal, impartidas a través de 65 años de vida, por juristas tan eminentes como Macedo, Sodi, Ceniceros, González de la Vega, Pardo Aspe, Abarca, Moreno, Gómez Mont, Vela, Alba, Mendoza Iglesias, etc., sigue en lo fundamental los postulados que hemos enunciado.

5). Así, en el artículo 4o. define el delito como la "infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda", definición criticada, mas sin embargo, no menos técnica y precisa que la que se da en los Códigos de 29 y 31, pero que expresa en esencia dos de los postulados fundamentales de la Escuela Clásica: 1o. El delito es un ente jurídico; y 2. Este ente, presupone el libre albedrío del autor.

Concordancias de este artículo las encuentra Don José María Lozano en el artículo 1o. del Código español reformado de 1850 (1848), reiterado en el artículo 1o. del Código Penal español de 1870, en el Código Penal francés de 1810, en el Código Penal de Baviera de 1813 y en el Código Penal portugués.

El Magistrado Lozano, fiel al pensamiento de su época, comenta el artículo, haciendo expresa referencia al libre albedrío y a la naturaleza jurídica de la infracción, acciones y omisiones voluntarias que caen bajo la competencia de la ley penal, "voluntario, dice, es lo que depende de nuestra voluntad, lo que está en nuestro arbitrio hacer o dejar de hacer, de manera que cuando decimos que una infracción es voluntaria, queremos expresar que ha estado en el arbitrio del agente ejecutarla o no", y agrega "el hombre que voluntariamente se decide a ejecutar una acción, ha sentado en su espíritu la intención de ejecutarla y en su conciencia la libertad necesaria para obrar o no en el sentido de su pensamiento o intención".

Para Pacheco, comentarista del Código Penal español de 1870:

"17. Tercera, voluntaria. La voluntad humana, y el libre albedrío que constituye su naturaleza, son los fundamentos de la justicia penal: sin esa voluntad que obra, sin esa voluntad que la inspira y la caracteriza, la penalidad sería el más horrible de todos los absurdos.

No cabe idea de expiación, cuando no ha habido demérito de la obra, y no hay demérito cuando hubo ciega necesidad. No cabe idea de intimidación, cuando no puede impedirse con ésta que se obre de cierto modo; y no puede ponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni elección para seguir perfectamente el uno. Sin la voluntad, sin la libertad, el mundo y las leyes son inconcebibles.

18. Declárase, pues, un grande y fecundo principio, toda vez que se dice que la acción u omisión penada por la ley ha de ser voluntaria. Reconócese los fundamentos morales de la penalidad; sácase el ánimo de la estrecha y mezquina materialidad de los puros hechos, para elevarlo a la eminente región de las razones y de las causas. El hecho aislado, el hecho sin la voluntad, lo mismo puede ser una desgracia que un crimen: también un peñasco que se cae puede matar a un hombre, y un terremoto puede abismar una ciudad. No es el mal material sólo lo que constituye la necesidad de la pena; porque el hombre se resigna a la desgracia, y su conciencia no pide ni la expiación ni la intimidación contra quien no puede sentir la moralidad del castigo. La voluntad, pues, es la base del delinquir, porque es la necesaria condición de éste. La voluntad es el espíritu, sin el cual el crimen no fuera más que un caos.

19. Pero es necesario decir más sobre esta palabra voluntaria, porque indudablemente hay más de una idea comprendida en ella. La voluntad es un principio muy complejo, una expresión en la que podemos entender y concebir diferentes nociones.

20. Voluntario, en el párrafo a que estamos aludiendo, significa, antes que todo, libre. Ya lo hemos indicado así, y pensamos que no se nos contradirá. La acción que no es libre, la acción que no ha sido resuelta espontáneamente por el que la ejecuta, la acción que le ha sido impuesta por una fuerza de que no ha podido libertarse, no es, de seguro, una acción voluntaria. La coacción y la violencia materiales embargan y extinguen la voluntad. El que obra de esta suerte, no hace lo que quiere hacer; no es un agente, es un instrumento; no es un hombre, es una cosa. Sobre ello no cabe dificultad alguna.

21. ¿Sucede lo mismo con la coacción y la violencia morales? También puede suceder, también puede llegar ese caso: también esa violencia o esa coacción pueden extinguir lo que hay de humano y de responsable en el hombre, extinguiendo lo que hay en él de espontáneo y libre. Ni decimos que esto sucederá con cualquier

violencia, ni examinamos aquí cómo han de ser las circunstancias para que llegue. No investigamos ahora cuales sean las que pueden eximir de responsabilidad, o lo que es lo propio, las que justifiquen la acción a que condujeran, arrancándola el carácter de delito. Aquí sólo fijamos bases, establecemos principios, enunciados axiomas. No hay acción punible cuando la voluntad, esto es, la libertad, no ha concurrido a ella.

22. Lo propio decimos cuando no ocurre la inteligencia. Si voluntad es libertad, también es razón o entendimiento. El que carece de éste, o de un modo constante o de un modo accidental, no tiene voluntad, no es responsable de sus actos. La falta de la razón extingue la humanidad en el hombre. El estúpido y el delirante no cometen hechos voluntarios. Para que haya éstos, necesitase la plenitud de lo que nos constituye, y lo que a nosotros constituye, lo que caracteriza nuestra especie, es la inteligencia con la libertad.

23. Al consignar esta segunda palabra, inteligencia, como uno de los sinónimos de la voluntad, o más bien como una de las ideas en que ésta se descompone, volvemos a repetir lo que de la libertad acaba de decirse en los anteriores párrafos. Tampoco vamos a examinar en estos momentos mayores o menores perturbaciones del sentido para eximir de la responsabilidad de las propias obras; tampoco vamos a suscitar las gravísimas dificultades del delirio de la pasión, y de las monomanías. Todo eso vendrá después, y se examinará en los lugares oportunos. Ahora sólo fijamos la base, ahora sólo decimos: no hay voluntad en el que no es inteligente.

24. Por último: puede haber libertad, puede haber inteligencia, y, sin embargo, no haber todavía voluntad, porque no haya intención".

De estos principios y de la aceptación sin reserva de los postulados de los Clásicos y teniendo presentes los códigos de Francia, Baviera, España y Portugal, así como las doctrinas de Ortolán, Rossi, Chaveau et Helié y a los filósofos del iluminismo y la ilustración, Martínez de Castro y sus compañeros de Comisión, van conformando nuestro primer Código, preocupados por la idea de que para que una legislación penal sea buena, es preciso que esté redactada con suma claridad y precisión; que sean breves sus preceptos y estén al alcance de todos; que las penas que establezca sean proporcionadas a los delitos y que no se peque por excesiva blandura o demasiada dureza.

Ajustados a estas ideas rectoras y acordes a la técnica jurídica entonces vigente, al Código Penal lo dividen en cuatro Libros: en el Primero se definen los conceptos generales relativos a los delitos, faltas, delincuen-

tes y penas; el Segundo, a la responsabilidad civil en materia criminal: el Tercero, a los delitos en particular, y el Cuarto, a las faltas.

El viejo maestro Ortolán, sostiene que la teoría fundamental del Derecho Penal, y esta teoría fue la que inspiró al Código Penal de 1810, deberá entenderse desde tres puntos de vista; el primero relacionado con el derecho de castigar; el segundo, con las reglas comunes sobre los hechos punibles y los castigos, los grados diversos y la correlación necesaria de unos y otros, así como sobre la naturaleza, la existencia y la extinción de los mismos, todo ello considerado de manera general, sin entrar aún a los detalles en particular, o sea la denominada Parte General del Derecho Penal; y la tercera, relacionada con los hechos punibles en particular, clasificados metódicamente con los caracteres que los distinguen y los castigos que les deben ser aplicados, o sea la llamada Parte Especial del Derecho Penal.

6). Nuestro Código Penal siguió la técnica de los códigos entonces vigentes, aun cuando agregó un Libro más, el relacionado con la responsabilidad civil en materia criminal, y agrupó en un Primer Libro, las reglas generales relacionadas al delito y la pena, y en los otros dos precisó los delitos en particular, clasificados de acuerdo con el criterio entonces aceptado y expuesto por Carrera en su Programa, de la objetividad jurídica, o sea el fundado en la diversidad del derecho agredido y violado y el de las faltas.

Hemos de referirnos a cada uno de estos Libros, señalando las semejanzas recogidas de los Códigos en que se inspiraron y las innovaciones, algunas de ellas por cierto nobles, que por desgracia no se aceptaron en los códigos que les sucedieron.

En el Capítulo Primero, del Título Primero, del Libro Primero, nuestro Código enuncia las reglas generales sobre delitos y faltas, y da la definición de unos y otros.

Delito es, de acuerdo con dicho Ordenamiento, como lo apuntamos ya, la infracción voluntaria de una ley penal y falta la infracción de los reglamentos o bandos de policía y buen gobierno.

Los delitos a su vez los divide en intencionales y de culpa, haciendo uso de una terminología más técnica, que la empleada por nuestro Código vigente, que se refiere a delitos intencionales o no intencionales, o de imprudencia, términos obsoletos, abandonados por las modernas legislaciones.

Entre las disposiciones peculiares de nuestro Código, o relevantes por su importancia, podemos señalar además, entre otras, la presunción de intencionalidad que se recoge en el artículo 9 del citado Ordenamiento, y las reglas que se mencionan en el artículo 10, en el sentido de que dicha presunción no se destruye, aun cuando se pruebe que el acusado:

1. No se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar el daño que resultó, si ésta fue consecuencia nece-

saria y notoria del hecho que constituyó el delito; si el reo había previsto esa consecuencia, o ella es efecto ordinario del hecho u omisión, y está al alcance del común de las gentes, y si resolvió quebrantar la ley, fuera cual fuere el resultado;

2. Que ignoraba la ley.

3. Que creía que ésta era injusta o moralmente lícito violarla.

4. Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; que obró de consentimiento del ofendido, excepto en el caso del artículo 261.

Este artículo se inspiró en los numerales 33 y 39 de los viejos códigos de Portugal y Baviera, y aun cuando nuestros primeros comentaristas del Código, Lozano, Medina y Ormaechea, y el propio Sodi, no encuentran mayor crítica al precepto en cuestión, y en el proyecto de Código Penal elaborado como resultado de los trabajos de la Comisión norbrada en 1903 para la revisión del Código, con pequeñas modificaciones, se acepta dicho precepto, los comentaristas del Código de 31, entre otros Jiménez de Asúa, no deja de formular serios reparos y de considerarlo como uno de los preceptos más engorrosos y desatinados de la legislación mexicana, sobre todo en base a las reformas que introdujo el Código de 29, aceptadas sin reparo en 31, y que se refieren a que la presunción de intencionalidad no se destruye, aun cuando el imputado pruebe que previó o pudo prever esa consecuencia, de donde se concluye, en opinión del maestro Don Ricardo Abarca, que a partir del Código de 29, nuestro Código no acepta en puridad interpretativa, la culpa o imprudencia.

7). Los autores del Código de 71, destacan por su parte la importancia de dos preceptos, el contenido, en el artículo 8, que dispone que todo acusado será tenido como inocente, mientras no se pruebe que cometió el delito que se le imputa, y que él lo perpetró, y el enfoque que se da a los delitos culpados en los artículos 14 a 16.

En la Exposición de Motivos de Código de 71, Martínez de Castro nos dice:

“LIBRO PRIMERO. Reglas Generales. Bajo este título se exponen algunas reglas generales sobre delitos y faltas que no necesitan explicación, si se exceptúan las dos contenidas en los artículos 8 y 14.

En aquél se dice: Que todo acusado se presume inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió. Esta declaración tiene dos objetos: uno de ellos es que, durante el proceso, traten los jueces a los acusados con las consideraciones que se deben tener al desgraciado que, siendo tal vez inocente, ha perdido su libertad por engañosas apariencias.

Pero al hacer esa declaración se ha tenido también otra mira más

trascendental, a saber: que en el Código criminal de Procedimientos se den reglas más justas y equitativas que las vigentes, para otorgar la libertad bajo caución. En efecto, actualmente basta, para reducir a prisión a una persona, que haya indicio de que es reo de un delito que tiene señalada pena corporal, aun cuando sea la de unos cuantos días de arresto. Y si bien es verdad que la detención preventiva es una necesidad social, ya para hacer cesar el temor y el escándalo causados por un delito, ya para facilitar y abreviar la averiguación de éste, y ya, en fin, para que se pueda hacer efectivo el castigo del culpable, evitando su ocultación o su fuga; es también inconcuso que cuando faltan esos requisitos no puede haber justicia en sepultar en la prisión a una persona por un delito leve, en arrancar a un hombre honrado de su hogar doméstico, ni en llenar de luto y desolación a una familia, tratándose de una persona de notorio arraigo, tal vez inocente, y que no inspira temor alguno de que quiera sustraerse el castigo, en caso de resultar culpable.

Hacerlo así, conformarse con ponerla en libertad al cabo de algún tiempo, después de reducirla a la miseria, y sin concederle la más mínima indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado, es una cosa horrible; y apenas puede concebirse cómo ha durado hasta hoy sistema semejante, teniendo como tenemos instituciones en alto grado democráticas, y cuando en ellas se ha procurado rodear de garantías la libertad individual. Es, por lo mismo, preciso y urgente reformar la legislación sobre este punto, estableciendo reglas equitativas que concilien el interés de la sociedad con la libertad de los ciudadanos, como se ha hecho en Inglaterra, en los Estados Unidos y en Bélgica”.

En verdad, la disposición contenida en el artículo 8 del Código de Martínez de Castro, revela la tendencia humanista de sus autores y sus ideas generosas, inspiradas en principios tan caros, como lo fueron la defensa de la libertad, que después de los excesos que alcanzó en el siglo XIX, en perjuicio de los más y de los débiles, que hace decir a Lacordaire, que entre el fuerte y el débil, la libertad es la que oprime y la ley la que libera, ha sido en los regímenes dictatoriales y totalitarios del Siglo XIX, la primera víctima.

8). Por lo que toca a la culpa, y siguiendo patrones de la época, que aún persisten en el Código vigente, Martínez de Castro sostiene lo siguiente:

“La mayor parte de los Códigos Penales admiten los mismos tres

grados de culpa que se admitían en derecho civil; esto es, grave leve y levisima; pero el Código de Baviera de 1813 hizo la novedad de desechar el tercero de esos grados, apoyándose en que en derecho penal importa no fijar sino líneas de demarcación simples y perceptibles para todas las inteligencias, y no todas pueden percibir entre la culpa grave y la leve el término medio de la levisima, porque es imposible marcar sus signos característicos, que dependen de un hecho psicológico muy delicado. A la comisión le pareció exacto este raciocinio, y a ejemplo de los ilustrados autores del último proyecto de Código Penal de Portugal, adoptó, en esta parte, el sistema del Código de Baviera, que además tiene la ventaja de estar en armonía con el Código civil del Distrito".

En relación a los delitos internacionales, Martínez de Castro, inspirado en el Código Español de 1848, distingue cuatro grados: 1. Conato; 2. Delito intentado; 3. Delito frustrado; y 4. Delito consumado.

El delito intentado, que según los legisladores de 71, es una novedad, por cuanto constituye una hipótesis intermedia entre el conato y el delito frustrado, se define en el artículo 25 como "el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean".

"El fundamento de esta innovación es, se dice en la Exposición de Motivos, que además de que no puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se intenta ejecutar, no es justo aplicar la misma pena a quien se le frustra la ejecución de un delito posible, que al que intenta vanamente cometer un delito irrealizable".

"Acaso pareciera injusto que en este último caso se imponga una pena por ligera que sea: pero la Comisión ha opinado lo contrario, creyendo que se intenta un delito para su ejecución, hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no puede quedar sin castigo".

Esta disposición del Código de 71, duramente criticada por el maestro Sodi, destaca el espíritu renovador que lo inspira y la preocupación de proteger no sólo al ciudadano contra la arbitrariedad del Estado, sino a la colectividad contra los actos antisociales de sus miembros.

En esta y otras disposiciones que iremos comentando, se aprecia un adelanto en los conceptos de los legisladores del 71, respecto a las ideas dominantes en su tiempo y la aceptación anticipada de doctrinas, como la de la peligrosidad, que Martínez de Castro ya intuía y expresaba en el articulado del Código.

La tesis de Martínez de Castro, en el sentido de penar el delito imposible, es discutible; la doctrina moderna y las distintas legislaciones se

dividen, unas la aceptan y otras la rechazan, pero lo importante es señalar como Martínez de Castro y los miembros de la Comisión, se adelantaron a su tiempo y expresaron ideas y criterios no contenidos en las legislaciones vigentes en la época en que se expidió nuestro Código y que se discutieron o aceptaron en épocas posteriores.

Cierto que el problema de la punición del delito imposible se discutía ya, en teoría, entre los tratamientos europeos, pero en ninguno de los Códigos que sirvieron de antecedente al nuestro, se apunta una solución tan firme, como la que apuntan nuestros legisladores, que piensan, como había de hacerlo en el transcurso de los años, uno de los más destacados positivistas, Garofalo, cuya opinión hemos de presentar a continuación, que cuando "se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que no puede quedar sin castigo".

Cierto que Von Buri al formular en 1862 su teoría subjetiva de la tentativa y al rechazar en principio cualquier limitación objetiva a la misma, sostenía que es idónea toda acción, y por tanto punible, la llamada acción de tentativa, cuando de acuerdo con la postura subjetiva del autor podía ser eficaz para realizar su propósito.

Esta opinión de Von Buri, fue conformada en función de su teoría de la equivalencia de las condiciones, cuya fuerza y hegemonía debía dominar durante años las concepciones del Derecho Penal. "En la tentativa, nos dice Núñez Barbero, a juicio de Von Buri, no se puede hacer referencia a la noción de peligro; el peligro implica una relación de causalidad entre la acción y el resultado, que la tentativa como hipótesis normativa y realidad fenoménica excluye. Y ni siquiera se puede hacer referencia, por esta razón, al problema de la idoneidad del medio, porque también este implica una relación de causalidad que la tentativa, con la falta de producción del resultado, excluye igualmente. Si el acto fuese verdaderamente idóneo, nos encontraremos frente a un delito consumado y no frente a un delito intentado".

Consideramos poco creíble que Martínez de Castro o sus compañeros de Comisión, conocieran la opinión de Von Buri, y desde luego la posterior teoría subjetiva de Garraud, que se inclina por la punibilidad del delito imposible, pero es indudable que conocieron tanto el criterio de Ortolán, como el de Chauveau et Helié, que como todos los clásicos, con excepción de Filangieri, seguían la teoría objetiva de la tentativa y negaban que se pudiera sancionar el delito imposible.

Para Ortolán, en el caso de la imposibilidad absoluta, insuperable de la existencia de un delito cualquiera, a pesar de los actos ejecutados por el agente, no es posible sostener que pueda darse o tentativa o frustración o efecto acabado; "no hay, dice, sino el simulacro de un delito, que la justicia humana no puede castigar como realidad de ese delito o como tentativa"; sin embargo, Martínez de Castro se aparta de los objetivistas

y se acerca al criterio de los subjetivistas y del que había de dominar posteriormente entre los positivistas, que se muestran partidarios de la punibilidad del delito imposible, como lo precisara el Código Federal Suizo.

Entre los positivistas, Garofalo y Ferri, por ejemplo, sostienen esa punibilidad, siempre que el hecho revele peligrosidad en el agente; "desde el momento que no existe daño —sostiene Garofalo— no es posible castigar más que la voluntad, por tanto, poco importa que ésta se haya servido de un medio que no ofrecía posibilidades de éxito".

La razón por la cual debe sancionarse al agente, es la perversidad que su acto revele; "la cuestión de la tentativa con medios insuficientes —continúa afirmando Garofalo— no es tal desde el momento en que la medida de la penalidad está en la perversidad criminal. Si en la tentativa es bastante para revelar al delincuente, lo mismo que lo hubiera revelado la realización del delito, no hay diferencia entre una y otra, sean o no suficientes los medios. Lo que hay que investigar primero, es si la voluntad se ha manifestado en forma indudable y después, si esta voluntad es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción, no reclama represión alguna de la sociedad".

Y en confirmación de su tesis, agrega, "en efecto, la elección de los medios puede acusar la alta de energía o la torpeza del agente se imagina que se puede envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o disparando un arma a distancia inverosímil. En estos casos no habría delito, no a causa de la insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito, este individuo no tiene más que veleidades de delito: pero el hecho es inofensivo, en este caso y la represión penal, por tanto, sería absurda".

La tesis de Martínez de Castro se acerca, pues, más a la opinión de los positivistas que a la de los subjetivistas, e inclusive a cierto grupo de objetivistas que distinguen, como lo hace Ortolán, entre la imposibilidad absoluta y la relativa, que más que imposibilidad propiamente dicha, reúne las características de la tentativa propiamente dicha, como lo apunta la doctrina.

Martínez de Castro funda la punibilidad del delito imposible, no en la exteriorización de la voluntad criminal contraria a la norma, como lo expresan los subjetivistas, sino en la perversidad del agente, como lo afirman, con posteridad, los positivistas, si bien éstos consideran que si el hecho no es revelador de peligrosidad, no debe ser objeto de sanción.

9). También Martínez de Castro, anticipándose a su época, en el artículo 43 dispone que, "cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este capítulo (o sea el de las circunstancias atenuantes) y que iguale o exceda en importancia a las de las clases tercera o cuarta, así también cuando concurren dos o más semejantes a los de la primera y segunda, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración, pero el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará

de estos con justificación al gobierno a fin de que se conmute o rechace la pena si lo creyere conveniente".

Esta disposición tiene como antecedente al artículo 9 del Código Penal Español de 1850, sólo que en este Código, como en el de 1870 de dicho país, se consideran circunstancias atenuantes en las fracciones VII y VIII, las siguientes: la de obrar por motivos tan poderosos que materialmente hayan producido arrebatos y obcecación; VIII, y última, cualquiera otra circunstancia de igual calidad y análoga a las anteriores.

En la Exposición de Motivos, Martínez de Castro considera que las únicas circunstancias atenuantes que debe tener en cuenta el Juez, son las específicamente mencionadas en el Código, pero que si otras circunstancias no previstas en el mismo acompañan al delito, éste debe entenderse consumado o intentado, y la pena disminuirse o conmutarse únicamente a propuesta del tribunal sentenciador, por el Ejecutivo.

Esta idea la encontramos formando parte de la nueva política criminal, atentos los criterios de la Escuela Positiva, en códigos de los países socialistas, como el Soviético, que en el artículo 7o. del promulgado Código de 1960, en que se aceptan los lineamientos de los códigos accidentales, tan vituperados en los primeros años de la dictadura del proletariado, y se sostiene, que no se consideran como infracciones, las acciones u omisiones que si bien se comporten como tales, de acuerdo con los tipos previstos en la Parte Especial, no constituyen daño social en razón de su poca importancia. También en el Código Penal alemán, de 1975, con base en otros fundamentos, se autoriza en ciertos casos no aplicar sentencia alguna.

El maestro Macedo se muestra partidario de lo expresado en el Código de 71 en relación al precepto que estamos comentando, y lo acepta sin reparos en la revisión que le hizo al Código, tal como se desprende de las actas de la Comisión que trabajó de 1903 a 1912 para reformarlo, salvo pequeñas modificaciones de estilo, como el cambio de la palabra, poco afortunada de gobierno, por ejecutivo, y otras de poca importancia.

Sin embargo, el Código de 29, inspirado en la doctrina positiva, ni consideró el delito intentado o imposible, ni la disposición contenida en el artículo 43 que estamos comentando.

10). Entre las innovaciones que encontramos igualmente en el Código de 71, mencionaremos en primer término la pena relativamente indeterminada que acogieron los miembros de la Comisión que lo redactó.

El maestro Ceniceros hace hincapié en las innovaciones del Código de 71, al aceptar, dice, con original elaboración la pena relativamente indeterminada, "gracias, en cita de Belloni, al sistema de la retención por medio de la cual las penas privativas de la libertad de más de dos años, podían aumentarse hasta un cuarto de su duración, cuando el condenado diese motivo para ello por su conducta, con la correspondiente libertad

preparatoria o liberación condicional y por las medidas preventivas aplicables judicialmente post-delictum".

A reserva de volver sobre este tema, al estudiar las generosas ideas que inspiraron a los legisladores de 71 en cuanto a la aplicación de la pena de prisión, es oportuno recalcar que salvo en el Código de Portugal de 1852, no existía en los Códigos de su época disposición parecida.

En el artículo 1521 del Código de Portugal, se dispone que "todo condenado a prisión o degradación de segunda o tercera clase que transcurrido el tiempo marcado en la sentencia no mostrase que se ha mejorado, tendrá un suplemento de pena que será de un tercio más de aquel tiempo y podrá ser doble en los casos de reincidencia". Unico. La detención suplementaria se pronunciará por el Juez de Primera Instancia del lugar del establecimiento penal, a instancias del Ministerio Público y en audiencia del Jefe y capellán del establecimiento y del condenado".

También por lo que se refiere a la libertad preparatoria o libertad condicional, como se denomina en otros códigos, el Código de Portugal, de donde se tomó por cierto la denominación de libertad preparatoria de nuestra legislación, en el artículo 156 dispone lo siguiente: "al condenado que hubiera sufrido la mitad de las penas de prisión o confinamiento de segunda o tercera clase (o las dos tercias partes siendo reincidente) podrá concederse la libertad preparatoria con los requisitos siguientes:

Unico. La misma concesión y con las propias condiciones podrá hacerse a los condenados a prisión o confinamiento de primera que hubiera sufrido, por lo menos diez años de su pena o doce si fueren reincidentes".

Nuestro Código de 71, en los artículos 71 a 76, que forma parte del Título Tercero, Capítulo Primero, denominado "Reglas Generales Sobre las Penas", regula tanto la retención como la libertad preparatoria, en los siguientes términos:

"Art. 71. La pena de prisión ordinaria y la de reclusión en establecimiento de corrección penal, siempre que ésta exceda de diez y ocho meses, se entienden impuestas con calidad de retención por una cuarta parte más de tiempo, y así se expresará en la sentencia".

"Art. 72. La retención se hará efectiva cuando el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar, o incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones de los reglamentos de la prisión".

Art. 73. La declaración de hallarse un reo en el caso de retención, la hará sumariamente el tribunal que pronuncie la condenación irrevocable, con audiencia del reo y vista del informe que el encar-

gado de la prisión debe rendir sobre la conducta del condenado, acompañando un testimonio de las constancias que sobre esto haya en el libro de registro".

"Art. 74. A los reos condenados a prisión y que hayan tenido buena conducta durante el tiempo necesario para pasar sucesivamente por los tres períodos que establece el artículo 130, se les dispensará condicionalmente el tiempo restante y se les otorgará una libertad preparatoria.

Los sentenciados a reclusión en establecimiento de corrección penal, por más de diez y ocho meses, podrán obtener libertad preparatoria cuando hayan tenido buena conducta continua durante un tiempo igual a la mitad del que deba durar la pena".

"Art. 75. Al condenado a prisión extraordinaria no se le otorgará la libertad preparatoria, sino cuando haya tenido buena conducta continua por un tiempo igual a dos tercios de su pena".

"Art. 76. Los requisitos de la libertad preparatoria se explican en los arts. 98 a 105".

La retención y la libertad preparatoria o condicional, no son en verdad una novedad de nuestro código, pues tanto una como otra la tomaron del código portugués de 1852; sin embargo, el mérito de nuestro código es que su aceptación se hizo en función del sistema penitenciario que establecieron, sistema que si bien en la práctica no se cumplió por falta de elementos, responde a una de las más humanas y profundas conquistas de nuestro código.

11). Es también mérito de los legisladores de 71, la inclusión en su articulado de medidas relativas a los menores infractores, sordomudos y enfermos mentales.

De acuerdo con el sistema seguido por la escuela clásica, la responsabilidad, fundada en el libre albedrío, excluía de toda pena a los inimpugnables, si éstos habían obrado sin conocimiento y voluntad.

En el Capítulo II del Título Segundo, Libro Primero, denominado "Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", nuestro código dispone en el artículo 34, lo siguiente:

"Art. 34. Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

1a. Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enaje-

nación mental que le quite la libertad, o le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho u omisión de que se le acusa.

Con los enajenados se procederá en los términos que expresa el artículo 165.

2a. Haber duda fundada, a juicio de facultativos, de si tiene expeditas sus facultades mentales el acusado que, padeciendo locura intermitente, viole alguna ley penal durante una intermitencia;

3a. La embriaguez completa que priva enteramente de la razón, si no es habitual, ni el acusado ha cometido antes una infracción punible estando ebrio; pero ni aún entonces queda libre de la pena señalada a la embriaguez, ni de la responsabilidad civil.

Faltando los dos requisitos mencionados, habrá delito de culpa con arreglo a la frac. 4a. del art. 11.

4a. La decrepitud, cuando por ella se ha perdido enteramente la razón;

5a. Ser menor de nueve años;

6a. Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En el caso de esta infracción y de la anterior, se procederá como previenen los arts. 157 a 159, 161 y

7a. Ser sordomudo de nacimiento o desde antes de cumplir cinco años, sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se procede contra él.

Esta circunstancia, así como las anteriores, se averiguarán de oficio, y se hará declaración expresa de si han intervenido o no."

Sin duda, la denominación del capítulo y la redacción de las siete fracciones transcritas es pobre, en especial la referente a la embriaguez, si las juzgamos a la luz de los modernos descubrimientos científicos y la sistemática del Derecho Penal, pero su contenido no difiere sensiblemente de las disposiciones de los códigos que lo inspiraron y de los vigentes en esa época.

Así se desprende de los artículos 98 a 121 del Código de Baviera; 8o. del Código Español de 1850; 68 a 70 del Código Portugués de 1852; 64 a 668 del Código Francés, etc.

Sin embargo, las medidas de aseguramiento o reclusión preventiva fijadas en los artículos 137 a 1666 de nuestro código, son más humanas y efectivas que las mencionadas en los códigos a que nos hemos referido; desafortunadamente, como lo señalan los comentaristas de nuestro código de 71, no fue posible cumplir las disposiciones de la ley por falta de recursos para fundar los establecimientos adecuados propuestos en ella.

Respecto a los menores, por ejemplo, siguiendo al código de 71, la ley divide las edades en cuatro períodos:

1o. Menores de nueve años, que son irresponsables.

2o. Mayores de nueve años y menores de catorce, que son responsables, y a los cuales debe aplicárseles las penas que marcan los artículos 224 a 226 y el 197 del propio Código que fija, que en caso de pena de muerte, se computará para los efectos de fijar el mínimo de la sanción entre la mitad y los dos tercios de veinte años de prisión señalados a los adultos en caso de conmutación de dicha pena.

3o. Mayores de catorce y menores de dieciocho, que tienen en su contra la presunción *juris et jure* de haber obrado con discernimiento, aunque incompleto.

4o. Mayores de dieciocho y menores de veintiuno, que pueden alegar esa circunstancia como atenuante.

De cualquier manera, nuestro código adelantándose a su tiempo, consiguió dos disposiciones que honran a nuestros legisladores al disponer:

"Art. 159. El término de dicha reclusión (para menores) lo fijará el juez, procurando que sea bastante para que el acusado concluya su educación primaria, y no excederá de seis años", medida que puede revocarse para poner en libertad al menor si se acredita que puede volver al seno de su familia sin peligro para la sociedad por haber mejorado su conducta; y

Art. 161. Las diligencias de sustanciación que se hayan de practicar con el acusado menor de catorce años, se ejecutarán precisamente en el establecimiento de educación correccional y no en el juzgado".

No obstante, la falta de establecimientos correccionales impidió dar cumplimiento a las prevenciones de la ley. "Los jóvenes sentenciados, nos dice Don Demetrio Sodi, permanecen en Belén, en el departamento llamado de "Pericos", en el que se corrompen de un modo completo, existiendo, como prueba, menores de dieciocho años que cuentan con diez y más ingresos por diversos delitos. Debemos lamentar profundamente la carencia de establecimientos adecuados para la educación y castigo de los niños delincuentes".

Tampoco en relación a los locos y sordomudos, se contó con los centros de rehabilitación u hospitales que menciona el Código, y de hecho

no contamos a la fecha con un centro de educación y reclusión de sordomudos, los que permanecen en las cárceles en un estado de abandono inconcebible, víctimas de burlas y malos tratos por parte de reclusos y custodios.

Por lo que se refiere a los enajenados o locos, como los llaman nuestros códigos, es a partir de la reforma penal de 71 que contamos, inaugurado en 76, con el primer hospital para los Reclusorios del Distrito Federal, en el que se trata a los enfermos mentales, hospital que sustituyó al Anexo Psiquiátrico de Lecumberri, fundado por su director en aquel entonces, el General Martín del Campo, hombre bueno y empeñoso, que dirigió durante varios años, con decoro, esa cárcel, que mereció el título de Palacio Negro", por las iniquidades que en ella se cometieron.

12). Por lo que se refiere a la ebriedad, el Código de 71 no fue acertado, y las críticas que le formularon son justas y fundadas.

En efecto, el Código de 71 consideraba la ebriedad desde distintos puntos de vista: 1o. Como exculpante; 2o. Como delito de culpa, si es completa, existe el hábito de embriagarse y si ha delinquido con anterioridad en estado de ebriedad; 3o. Como atenuante de tercera clase si es accidental e involuntaria, si es incompleta y el delito de aquellos a que la ebriedad provoca; 4o. Como circunstancia calificativa, si se adquiere para cometer el delito; y 5o. Como delito especial, si se trata de un ebrio habitual que causa grave escándalo y cuando hubiere cometido con anterioridad un delito grave en estado de ebriedad (Arts. 923 y 924).

Resulta inaceptable, desde luego, que la ebriedad se considere en el Código de 71 como atenuante, y aún más, que el sujeto que hubiere delinquido en estado de ebriedad, resulte favorecido por este hecho, al aplicarle la pena de los delitos culposos, sobre todo teniendo en cuenta los dos requisitos que fija el Código: habitualidad y reincidencia.

Con razón, afirma Sodi, "no cabe duda de que ese mismo ebrio es menos culpable si, a pesar de su hábito vicioso, no ha delinquido antes; así como si delinquiró alguna vez bajo la influencia del alcohol, faltando el hábito de que nos ocupamos.

Nuestro Código, al exigir ambos requisitos, comete una injusticia y se expone a castigar con mayor pena al que aparece menos criminal y peligroso".

De cualquier suerte, es mérito indiscutible del Código de Martínez de Castro, haber distinguido en forma expresa lo referente a las penas, Capítulo II, del Título Tercero, del Libro Primero, de las que llamó Medidas Preventivas, adelantándose al Código Penal suizo del Profesor Stoos, que acoge por primera vez la distinción entre penas y medidas de seguridad.

13). Por lo que se refiere a las mal llamadas "Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", entre las cuales se incluye la legítima defensa, estado de necesidad, coacción, furtuito, cumplimiento de un de-

ber y ejercicio de un derecho, error fundado, obediencia jerárquica, sigue los lineamientos y acepta los defectos de los códigos en que se inspiró.

En los artículos 27 a 31 se fijan las reglas relacionadas con la acumulación y reincidencia; en el 27 define la acumulación en los siguientes términos:

"Art. 27. Hay acumulación: siempre que alguno es juzgado a la vez por varias faltas o delitos ejecutados en actos distintos, y si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita".

En el 28 acepta las teorías vigentes entonces, relacionadas respecto al delito continuado y al concurso ideal; en el 29, define la reincidencia punible en los siguientes términos: "Cuando comete uno o más delitos el que antes ha sido condenado en la República o fuera de ella por otro delito del mismo género, o procedente de la misma pasión o inclinación viciosa; si ha cumplido ya su condena o sido indultado de ella, y no ha transcurrido además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquella".

Este concepto de reincidencia se ajusta a lo expresado por Ortolán, que como ya vimos, sirvió de guía en la redacción del Código de 71, en el sentido de reconocer como reincidencia únicamente la reiteración de la misma inclinación criminal y la fijación de un plazo entre la primera condena y el nuevo delito. "Después de cierto tiempo, dice Ortolán, la influencia de la reincidencia, por lo menos en cuanto concierne a la culpabilidad absoluta, debe cesar".

Siguiendo el criterio expuesto por Ortolán, en la Exposición de Motivos, Martínez de Castro afirma lo siguiente: "La reincidencia, en sentir de Ortolán, no cambia los elementos de hecho del delito mismo; pero si tiene una gran parte en el elemento moral y otra no menor en el social, es decir, en la necesidad pública de la represión: y de ahí deduce que debe ejercer una influencia indudable sobre ésta, tanto bajo el punto de vista de la justicia, como bajo el de la utilidad social, que son los dos fundamentos del derecho de castigar".

14). Por lo que se refiere a la acumulación, el Código de 71 se apartó de sus modelos, y considerando exagerado el concurso material del jurídico que acoge el portugués, sigue el sistema mixto que menciona Bonnevill, que al decir de Martínez de Castro, consiste en aplicar la pena del delito más grave a los otros delitos, con las modificaciones que se introducen en los artículos 207 a 276, en los que se regula casuísticamente la aplicación de la pena en los casos de acumulación y reincidencia.

Del concurso ideal, aun cuando se reconoce tíbiamente, no se da ninguna regla específica para la aplicación de penas; el Licenciado Lozano, al comentar lo referente a la acumulación ideal, sostiene "que tampoco

se tendrá cosa de acumulación, el que se haya violado con un solo acto, por un solo hecho u omisión, diferentes leyes penales. Entonces no hay más que un solo delito y la multiplicidad de las leyes penales violadas sólo da origen a la cuestión de determinar cual de las penas que las diferentes leyes imponen deberá aplicarse al acusado: pero la pena será única, como fue único el delito".

Solución simple que no responde a las modernas corrientes del derecho penal, y que siguen, por cierto en forma inexplicable, los códigos de 29 y 31, pues sus autores debían estar al tanto de las corrientes doctrinarias y opiniones en relación a los problemas del concurso, tanto real como ideal.

Aun cuando inspirado en la Escuela Clásica, que sostiene que la pena aplicable a los autores de un delito, debe ser igual, sin importar sus diferencias y distintas condiciones, Martínez de Castro reconoce que "por buena que se suponga una ley penal, pecará por demasiado severa en unos casos, y por muy benigna en otros, si no se deja a los jueces alguna libertad para aumentar o disminuir la pena dentro de ciertos límites fijados en la misma ley, en atención a las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que siguieron al delito y de las personas del delincuente, para proporcionar la pena a la gravedad de aquél".

No obstante esta declaración, que mucho dice de la capacidad y de la intuición de los legisladores de 71, no se otorgó a los jueces la posibilidad de aplicar su arbitrio; no había llegado aún el momento de aceptar este sistema, pero es mucho, dadas las condiciones de su época, que el código tenga en cuenta la necesidad de no aplicar en todos los casos la misma pena y al mismo delito, sino que destaque la necesidad de tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente.

Ante esta necesidad, se preguntan los legisladores si debe dejarse a los jueces en libertad para considerar las circunstancias atenuantes y agravantes, y responden negativamente, "porque entonces, dicen, se daría lugar a que aquellos disminuyeran o aumentaran las penas a su antojo y sin causa suficiente para hacerlo, o se viera, como se ha visto en Francia, el escandaloso absurdo de que declarasen los jurados por mayoría y aún por unanimidad, que habían circunstancias atenuantes, siendo así que cada jurado había tomado en consideración una circunstancia diversa y no había habido más de un solo voto para cada una de ellas" (Bonneville, Tomo X, págs. 83 y siguientes).

La desconfianza en los jueces y la necesidad de que los hechos fueran apreciados lo más justamente posible, llevó a nuestros legisladores a preconizar un sistema, causístico en extremo, en el que se recargan atenuantes y agravantes de primero a cuarto grado, circunstancias que el juez debía sumar y restar a la pena base para determinar la que de acuerdo con este sistema, debía imponer.

En estas condiciones, la función del juez quedó reducida a la de un

simple calculista, que sin visión de la vida, en busca tan sólo de una justicia abstracta, fuera de la realidad, se limitaba mediante simples operaciones aritméticas de suma y resta, a aumentar o disminuir la pena base siguiendo los patrones establecidos respecto a las distintas circunstancias agravantes y atenuantes.

Sin embargo, es mérito del legislador de 71, como lo señalamos ya, el que percibiera que no todas las circunstancias que enumeró, cubrían el amplio e infinito devenir del comportamiento humano, y estableció "que cuando haya en el delito alguna circunstancia atenuante no expresada en este capítulo y que iguale o exceda en importancia a las de las clases tercera o cuarta, así también cuando concurren dos o más semejantes a las de la primera y segunda clase, fallarán los jueces sin tomarlas en consideración; pero el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, informará de esto con justificación al gobierno, a fin de que conmute o reduzca la pena si lo creyere justo".

15). Por lo que se refiere a las personas que considera responsables de los delitos, si bien en la exposición de motivos se alude a que la Comisión sólo aceptó tres clases de delincuentes, autores, cómplices y encubridores, "porque aun cuando en alguno que otro código se hace una clasificación más numerosa", se ha creído conveniente la mencionada, "porque debe procurarse la sencillez en las leyes cuando de esto no resulte inconveniente"; lo cierto es, sin embargo, que es demasiado prolijo y abunda y repite conceptos al definir a los autores, cómplices y encubridores.

En el artículo 49, en siete fracciones, se refiere a los que considera autores de un delito; en el 50, define confusamente a los cómplices y en el 54, a los que considera encubridores, que divide en tres grupos o clases; los de la primera clase, que son los simples particulares que favorecen a los delincuentes, auxiliándoles para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él; procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o se descubra a los responsables de él; ocultando a éstos, si tiene costumbre de hacerlo, u otra promesa dada o recibida.

Los de segunda clase, que son los compradores de cosas robadas, o sea los comprendidos dentro del llamado actualmente delito de recepción y los funcionarios públicos que si la obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto para adquirir cosas robadas u ocultar a las delincuentes, y los de tercera clase, que son funcionarios que teniendo por su empleo o cargo, el deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin acuerdo previo con ellos.

Nuestra ley penal, al decir de Sodi, en materia de autoría y participación, se inspira en las ideas de Ortolán, admitiendo la distinción entre los autores materiales, los intelectuales y los auxiliares, para llegar a la regla penal teórica: "Contra los autores, ya sean intelectuales, ya sean materia-

les, la pena del delito. Contra los auxiliares la pena del delito con una rebaja”.

También y en relación a las teorías de autor y partícipe, a pesar de sus defectos, el Código de 71 se adelantó a las ideas de su tiempo; en efecto, en los artículos que comentamos, dice Sodi, se atiende a la mayor o menor temibilidad de los que concurren a delinquir y “se procura individualizar la pena al grado que muchas de las indicaciones de Sighele, para la formación de un Código Penal, inspirado en las ideas positivas, han sido adicionadas y reducidas a preceptos en nuestra ley penal. Por esta causa llama nuestro Código autores a los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución si se valen de medios eficaces para que otros los cometan.

Por eso son, entre nosotros, “autores los que ejecutan hechos que aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente, así como lo son igualmente los que debiendo por su empleo o cargo impedir o castigar un delito se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa o a procurarle impunidad en el caso de ser acusado”.

Sin embargo, por lo que se refiere al encubrimiento, Sodi no es tan categórico; en primer término, critica y con razón, el que se confunda a los encubridores con los receptadores y por cuanto al encubrimiento, los casos en que existen en la ley española (Código de 1850), “fueron desarticulados por nuestro Código, según se estimó que eran más o menos graves para formar las tres agrupaciones que establece. Casi fue copiado el artículo 14 español, para determinar en el nuestro quienes eran encubridores de primera clase, con la diferencia de que entre nosotros son encubridores de tercera clase los que, teniendo por su empleo o cargo el deber de impedir o de castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, auxiliándolos para que se aprovechen de las cosas que son objeto o efecto del delito o se aprovechan los encubridores o bien procuren impedir que el delito se averigüe o que se descubra a los responsables de él; y en el Código Penal extranjero se previene que son encubridores los que albergan, ocultan o proporcionan la fuga del culpable, si concurre la circunstancia de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor”.

16). Sin embargo, es en relación a la naturaleza y aplicación de las penas, que nuestro Código presenta los aspectos más novedosos y humanos para su tiempo.

En primer término, nuestro Código, si bien tímidamente, pero en forma precisa, distingue las penas, de las que denomina medidas preventivas, incorporadas a la legislación penal, bajo el nombre de medidas de seguridad, a partir del código suizo, obra del gran jurista Stoos.

Las penas las enumera en el artículo 92 y las medidas preventivas en el 94.

Entre las primeras, menciona las siguientes:

- I. Pérdida, a favor del Erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto u objeto 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 extraordinaria;
- 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 de determinado empleo, cargo u honor;
- XV. Inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos u honores;
- XVI. Inhabilitación para toda clase de empleos, cargos u honores;
- XVII. Suspensión en el ejército de una profesión, que exija título expedido por alguna autoridad, o corporación autorizadas para ello;
- XVIII. Inhabilitación para ejercer una profesión;
- XIX. Destierro del lugar, Distrito o Estado de la residencia.”

Entre las medidas preventivas, enumera las siguientes:

- I. Reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional;
- II. Reclusión preventiva en la escuela de sordomudos;
- III. Reclusión preventiva en un hospital;
- IV. Caución de no ofender;
- V. Protesta de buena conducta;
- VI. Amonestación;
- VII. Sujeción a la vigilancia de la autoridad política;
- VIII. Prohibición de ir a determinado lugar, Distrito o Estado, o de residir en ellos.”

Don José Angel Ceniceros, al comentar la carta que le envió el profesor Belloni, publicada en la Revista Criminalia y que mencionamos en líneas anteriores, nos dice que la introducción de las medidas de seguridad, se debe pues, en opinión de tan distinguido autor “al mexicano Mar-

tínez de Castro, pocas veces citado, primero que el suizo Stoos, frecuentemente mencionado a este respecto".

Las medidas preventivas, comenta don José María Lozano, y en esto radica la importancia de la innovación de Martínez de Castro, "no son penas, aunque algunas de ellas importan algún padecimiento. Se aplican no para castigar los delitos perpetrados, sino para prevenir su ejecución en casos determinados y especiales, o bien para poner a ciertas personas irresponsables por falta de capacidad, en la imposibilidad de ejecutar ciertos actos que aunque no punibles por razón de esa misma incapacidad, causan un daño o importan un peligro para la seguridad de todos. Tal es el carácter de esas medidas preventivas que lo son para casos determinados y no hay que confundirlas con las que en un orden general aconsejan los sanos principios de la ciencia legislativa para hacer menos frecuentes los delitos y para prevenirlos".

De las penas, vamos a ocuparnos, preferentemente de las de muerte y prisión, por la importancia de las mismas, aun cuando haremos mención a otras de las mencionadas en el artículo 92.

El Código de Martínez de Castro, en el Título Cuarto del Libro Primero, se refiere concretamente a cada una de las penas que enuncia en el artículo 92, definiéndolas y regulándolas, y en el Título Quinto a sus distintas formas de aplicación, de acuerdo con su naturaleza.

La Comisión fue partidaria de suprimir la pena de muerte de nuestro Código, y así en forma expresa lo acordó en la sesión de 11 de junio de 1869. "Propuso Lafragua que no figurase en el proyecto la pena de muerte ni los demás artículos relativos por estar en contra la mayoría de la Comisión, sino que tanto sobre éstos como sobre aquella formulase Martínez de Castro su voto particular. Martínez de Castro dijo que debería figurar en el proyecto informando al Ministerio y haciendo constar en las actas quienes votaban en pro y en contra de esos artículos".

La divergencia planteada sobre la abolición de la pena de muerte se acordó someterla a la consideración del Ministerio de Justicia y el tema volvió a tratarse en la sesión de 21 de septiembre de 1869. Dijo Ortega: "Se establece en uno de los artículos que la pena de muerte no debe ejecutarse en público; yo soy partidario de la abolición de la pena de muerte y en consecuencia me parece mal que se aplique de cualquier manera que se haga; pero el que se aplique en público tiene siquiera en su abono la tradición; mientras que el que se haga en secreto tiene en su contra al asemejarse al sistema inquisitorial. Martínez de Castro contestó. Consultado el Gobierno por el Secretario si había de conservarse o no la pena de muerte, contestó que estaba decidido a conservarla aun cuando toda la Comisión estuviera en contra por lo mismo la conveniencia o inconveniencia de conservar o no la pena de muerte no está sujeta a la calificación de la Comisión. Respecto al modo de aplicarlo, el que no se haga en público, no tiene los inconvenientes que indica O. de M., por-

que en los tiempos modernos no hay mejor medio de publicidad que la prensa; y en varios países de Europa ya no se aplica esta pena en público y los mejores criminalistas aconsejan que así se haga".

En la Exposición de Motivos del Código de 1871, Martínez de Castro hace expresa referencia a esta división de criterios y después de sostener la legitimidad de la pena de muerte y argumentar en su favor afirma que no piensan así "los demás miembros de la Comisión, quienes decididamente están por la inmediata abolición de dicha pena. Así es que no figuraría en nuestros proyectos, por ser yo el único que ha sostenido ser necesario conservarla todavía, a no haber manifestado el Supremo Gobierno, por conducto de ese Ministerio, que aceptaba mi opinión, la cual no difiere substancialmente de la de mis dignos compañeros. Como estos veo con horror el derramamiento de sangre humana y anhelo como ellos vivamente que desaparezcan de entre nosotros estos suplicios sangrientos; pero a mi juicio no ha llegado este suspirado día y todo lo que debemos hacer es trabajar empeñosamente para hacer innecesaria la pena capital".

Este feliz momento sería, para Martínez de Castro, aquel en que nuestro país contara con un adecuado sistema penitenciario "que es el único, sin duda con que pueden alcanzarse los dos grandes fines de la pena, el ejemplo y la corrección moral".

Las condiciones en que se encontraba nuestro país cuando se expidió el Código, según sostiene con singular energía Martínez de Castro, no eran propicias para su abolición, pero aboga para que en lo futuro se logre, para que se limite su aplicación y se humanice su creciente ejecución. "Sea cual fuere el talento, nos dice convencido, de los hombres ilustres que defienden la subsistencia de la pena de muerte, no podrán luchar largo tiempo contra la irresistible fuerza de la civilización cristiana, que debe borrar de nuestros Códigos criminales, esa última huella del Talión. La causa de la abolición de la pena de muerte está ganada ya para el futuro y apoyándose en el progreso de la razón pública, en la dulcificación de las costumbres y en el desarrollo de la reforma penitenciaria, se libra de la temeridad de los impacientes".

Mientras tanto sugiere limitar su aplicación y hacerlo en la forma más humana posible; así en el artículo 143, se dispone que la pena de muerte se reduce a la simple privación de la vida y no podrá agravarse con circunstancia ninguna que aumente los padecimientos del reo, antes o en el acto de verificarse la ejecución y en el 144 se prohíbe su aplicación a las mujeres y a los varones que hayan cumplido setenta años.

Además, en el Libro que se refiere a los delitos en particular, se limitan los casos en que se aplicará la pena de muerte, que en leyes anteriores se prodigaba, y tan sólo en los supuestos más graves de robos con violencia (Art. 404), homicidio calificado (Art. 561), parricidio (Art. 5668), secuestro (Art. 619 fracción IV) y traición (Art. 1080 fracción I y Art. 1081).

En cuanto a la ejecución de la pena de muerte, en los artículos 248 a 251, se dispone que la pena de muerte no se ejecutará en lugar público, sino en la cárcel u otro lugar cerrado; en día no feriado, previa participación al público mediante carteles que se pondrán en lugares visibles y el otorgamiento de un plazo al penado que no exceda de tres días, ni sea menor de veinticuatro horas para que se le ministren los auxilios espirituales de su religión y pueda hacer sus disposiciones testamentarias.

17). Por lo que se refiere a la pena de prisión, los miembros de la Comisión le dan una importancia suma; esperan de ella todo y confían en su bondad; que lejos estaban de participar de las modernas y casi unánimes opiniones de lo que se ha dado en llamar "la crisis de la prisión".

Para Martínez de Castro y sus compañeros, la pena por excelencia es la pena de prisión, a la que atribuyen las cualidades de ser divisible, moral, revocable y en cierto modo reparable y que, como sostiene Ortolán, tiene como fin el de ser afflictivo, ejemplar y correccional.

"Lo más importante de todas estas circunstancias, dicen, son las tres últimas, pues con ellas se alcanza el fin único con que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. En efecto, por medio de la intimidación se alejará a todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, afirmará éste en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente".

¿Pero como alcanzar ese objeto? De acuerdo con las opiniones más humanas entonces vigentes, la pena no es tan solo castigo, sino que tiene como fin corregir, y consideran además, que para cumplir su fin y evitar el contagio carcelario, los reos deben permanecer aislados, en celdas individuales, de día y de noche, por lo menos en el primer período del cumplimiento de sus sentencias; de acuerdo con su conducta, obtener privilegios o sufrir privaciones, como se apunta en el sistema irlandés.

El trabajo es requisito obligado al que deben someterse los sentenciados, de acuerdo con los reglamentos de la prisión, con excepción de los reos políticos, que pueden elegir el trabajo que quisieren, siempre que no se oponga a ello, el reglamento del establecimiento en que se encuentren.

En los términos de los artículos 81 y 82, los sentenciados a prisión, deben dedicarse, en primer término, a las obras u ocupaciones que requiera la administración y si ésta no puede otorgarles trabajo, se les debe autorizar para vender sus productos a particulares u ocuparse de los trabajadores que estos les encomienden, en la inteligencia, según el párrafo final del artículo 82 de que "nunca se permitirá que empresario o contratista alguno tome por su cuenta los talleres de las prisiones, ni especule con el trabajo de los reos."

Respecto a la distribución del producto del trabajo de los reos, aun cuando se parte del discutido principio de que pertenece al Erario, se

reconoce que por mera gracia, se aplicará el total o una parte del mismo al reo, aun cuando se trate de obras hechas para la administración pública. Del importe que corresponde al reo, se reservará un por ciento como fondo de reserva, otro para auxilios de su familia y otro, que no se cubrirá en numerario, sino en objetos que lícitamente se le puedan dar "conforme a los reglamentos de las prisiones".

Quedan exceptuados de esta distribución los reos condenados a reclusión por delitos políticos, que tienen derecho a que se les aplique todo el producto de su trabajo y los condenados a arresto menor.

En cuanto a las reglas a que debe sujetarse la aplicación de la pena de prisión contenidas en el Capítulo VI del Título Cuarto, se previene, en primer lugar, que se ajustará a tres períodos; el primero, durante el cual cada reo la sufrirá en celda con incomunicación de día y de noche, incomunicación que será bien absoluta o parcial.

En el supuesto que se trate de la incomunicación absoluta, no se permitirá a los reos comunicarse sino con algún sacerdote o ministro de su culto, con el director del establecimiento y sus dependientes y con los médicos del mismo; excepcionalmente se les permitirá comunicación con otra persona cuando sea absolutamente preciso.

Si la incomunicación es parcial, el reo que en ningún caso podrá comunicarse con otros reos, tendrá derecho a la visita de sus familiares en los días y horas que le fije el reglamento, con los miembros de las juntas protectoras de presos y con otras personas que los puedan instruir en religión o moral, ajenas al establecimiento y a juicio de la junta de vigilancia del mismo.

El primer período tendrá una duración no menor de un sexto de la condena y en dicho período, no podrá hacerse cesar la incomunicación parcial ni para recibir instrucción común.

El segundo período que comprenderá un lapso igual a un tercio de la condena, permitirá al reo recibir instrucción en común y trabajar en talleres, pero en las noches debe permanecer incomunicado en su celda individual.

En el primero y segundo período, se podrá decretar por las autoridades carcelarias la incomunicación absoluta para agravar la pena, cuando aquella no se creyere castigo bastante. Esta agravación no podrá bajar de veinte días, ni exceder de cuatro meses.

Sin embargo, esta limitación no se opone a su aplicación como medida disciplinaria, en los casos y por el tiempo que permitan el reglamento de las prisiones.

En el artículo 136, el Código menciona un tercer período, en el que se intuye la posible creación de las cárceles abiertas o sin rejas, que hoy en día vienen en auxilio del tan debatido problema, cada vez más agudo, en torno a la crisis de las prisiones y rebela, como lo veremos en la cita de la exposición de motivos, el sentido humano de nuestros legisladores.

El artículo 136, dice a la letra:

"Art. 1366. Los reos que por su buena conducta deban salir ya del segundo período de la prisión y que hayan dado pruebas de arrepentimiento y enmienda suficientes, serán trasladados al departamento del tercer período, en donde permanecerán seis meses por lo menos.

En este último departamento no habrá ya incomunicación alguna; y si la conducta de los reos fuere tal que inspire plena confianza en su enmienda, se les podrá permitir que salgan a desempeñar alguna comisión que se les confiera o a buscar trabajo, entre tanto se les otorga la libertad preparatoria.

Si la pena fuere menor de dos años, los reos permanecerán, por lo menos, tres meses en el departamento del tercer período; y si fuere la de prisión extraordinaria, todo el tiempo que les faltare para completar el término que establece el artículo 75; pero sin que la permanencia en dicho departamento pueda ser menor de seis meses".

Los legisladores contemplan el supuesto de que los reos durante el cumplimiento de su sentencia cometieren un nuevo delito o una falta grave, en cuyo caso, la autoridad penitenciaria los debe regresar al período anterior, sin perjuicio de las penas que se le fijen por el nuevo delito o falta; por lo que toca a las mujeres, su pena la deberán sufrir en cárcel distinta o departamento separado de los hombres, sin ninguna comunicación con ellos.

La influencia de las corrientes correccionalistas de Roeder y la influencia del sistema irlandés, son evidentes y su filosofía humana y avanzada se expresan en la exposición de motivos, tan sentida, tan honda, que no resisto el transcribir algunos de sus párrafos más hermosos e idealistas y por lo tanto, más dolorosamente incumplidos desde su aplicación.

¿La corrección del reo, hoy readaptación, puede conseguirse con la pena de prisión? Sí, afirman nuestros legisladores, con tal que se cumpla con los requisitos a que ya nos hemos referido y durante su cumplimiento "se les ocupe constantemente en un trabajo honesto y lucrativo y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital para que tengan de qué subsistir cuando estén libres; que a los que carezcan de instrucción en un oficio o arte, se les dé, así como también en las primeras letras, en la moral y en la religión; y finalmente, que por un término suficiente de prueba, den a conocer la sinceridad de su arrepentimiento, para que no haya temor de que recaigan al volver a la sociedad. He ahí las medidas que aconsejan los criminalistas filósofos, y a las que el eminente Livingston inspiraron tal confianza, que se avanzó hasta decir:

"Yo creo firmemente que muchos de los condenados, cuando vuelven a la sociedad, serán miembros más dignos de ella, que otros que, por no haber cometido un delito de gravedad, no hayan incurrido en una pena semejante".

Para hacer más efectiva la pena de prisión, la Comisión, afirma Martínez de Castro, hizo más, aumentar según vimos la duración de la misma, al establecer la retención, si el reo no da muestras de arrepentimiento, o acortarla mediante la libertad preparatoria.

"Como a pesar de todas estas medidas, a cual más racional y filosófica, podría haber algún peligro en que, sin preparación alguna, se pusiera a los condenados en absoluta libertad, entregándolos de improviso a todas las seducciones, a todos los peligros del mundo después de muchos años de privaciones y encierro, la comisión ha cuidado de que los presos estén en comunicación constante con su familia y con otras personas capaces de moralizarlos con su ejemplo y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Además, ha fijado como período último de prueba una de seis meses, en que poniéndolos en completa comunicación y dándoles alguna libertad, no quede ya duda de que es verdadera y sólida su enmienda".

Con estas medidas espera la Comisión conseguir la corrección del criminal y llevarlo, como afirma Bonneville, por el camino del honor.

"Esas no son vanas ilusiones, porque el resultado feliz que la comisión se promete, no solamente lo hace esperar la sana razón, sino que lo tiene acreditado la experiencia; pues Inglaterra, Irlanda y Sajonia están cogiendo hace años copiosos frutos del sistema indicado, aunque no lo han planteado todavía con todos los requisitos convenientes; lo adoptó ya la ilustrada comisión que formó el proyecto último de Código Penal de Portugal, que es en el que mejor se aplican los principios de la ciencia; se ha propuesto su adopción en Italia; y no tardará mucho en generalizarse en todas las naciones civilizadas.

El que todavía dude de los asombrosos resultados que ha producido y está produciendo en las tres primeras de las naciones citadas, se desengañará leyendo los documentos intachables que, como prueba de aquéllos, presentan Bonneville y León Vidal, y lo que dice Simonet en su juicio crítico de la excelente obra que Van-der-Brugghen dejó escrita sobre el sistema penitenciario de Irlanda."

Respecto a la incomunicación a la que ya nos hemos referido, la funda en estos términos nuestro gran jurista:

“Los diversos sistemas penitenciarios que hay, son los siguientes: 1º, el de comunicación continua entre los presos; 2º, el de comunicación entre ellos, sólo durante el día; 3º, el de incomunicación absoluta o de aislamiento total; y 4º, el de separación constante de los presos entre sí y de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de su culto y con otras personas capaces de moralizarlos.

El último de estos cuatro sistemas, que es el que ha adoptado la comisión, salva todos los inconvenientes que se atribuyen a los otros tres: tiene en su apoyo la opinión de los más célebres criminalistas, y es, también, el que mereció la aceptación unánime del Congreso Penitenciario que se reunió en Francfort-sur-le-Mein y en Bruselas en 1846 y 1847, compuestos de hombres de diversas naciones, todos competentes en la materia, y entre los cuales se hallaba el gran jurisconsulto Mittermaier, a quien se ha considerado como el primer criminalista del siglo. Así lo acredita la primera de las declaraciones que dicho cuerpo hizo y que literalmente transcribe Ortolán en su inestimable obra ya citada.

La base de este sistema consiste en quitar a los presos toda comunicación moralmente peligrosa y en facilitarles todas las que tiendan a moralizarlos. Pues bien. ¿Puede darse mayor peligro de corrupción que el de estar en contacto con los criminales? Para Livingston ninguno le iguala, y así lo da en entender muy claramente en estas notables palabras: “El vicio es más contagioso que la enfermedad; muchos males del cuerpo no se comunican ni aun por el contacto; pero no hay un solo vicio de los que afectan el alma que no se pegue por la comunicación constante. Todavía sería menos irracional poner a un hombre en una casa apestanda para curarle un simple dolor de cabeza que encerrar para su corrección a un delincuente en una prisión montada bajo el sistema común”. Esto mismo había dicho cuarenta años antes nuestro sabio compatriota, el Sr. Lardizábal, en su precioso discurso sobre las penas”.

Finalmente, hace hincapié en la necesidad de procurar la formación moral del reo, para lo cual:

“...debe dárseles instrucción moral y religiosa, y ahora agregó que esto es absolutamente preciso, porque sin esa base no puede ser perfecto ningún sistema de prisiones. Tal es el sentir de autores muy respetables y del Congreso penitenciario ya mencionado.

Desechar esta opinión sería tan absurdo como no querer poner los medios para conseguir el fin a que se aspira, porque si se admite,

como es preciso admitir, que uno de los más importantes fines de las penas es la enmienda del penado, y que los Gobiernos deben procurar a toda costa conseguirlo, es inconcuso que no deben hacer a un lado el auxilio más poderoso que pueden tener en la instrucción moral y religiosa. Si ella es útil y eficaz en todas circunstancias, nunca lo es tanto como cuando se da a los presos, y a presos condenados a la soledad y al silencio. Abrumados con el peso de su desgracia, entregados a la contemplación de ella y atormentados con sus remordimientos, abren su corazón, naturalmente, a todo lo que puede proporcionarles un consuelo, a cuanto puede servir de lenitivo a sus pesares, y reciben la instrucción moral y religiosa como un bálsamo reparador, que devolviéndoles la tranquilidad y la esperanza, les hace tomar la resolución de abandonar para siempre la senda del crimen. No pocas veces quebrantarán estos laudables propósitos; mas no por eso deben despreciarse los medios de verlos realizados, pues aunque sólo se consiguiera la enmienda de unos cuantos culpables, siempre sería digno del legislador consagrar en un Código ese pensamiento tan noble y generoso”.

Desafortunadamente las ideas penitenciarias de Martínez de Castro no se consolidaron y razones de presupuesto y procesales impidieron su implantación.

18). A la vigencia del Código de 71 funcionaban en la Ciudad de México las cárceles conocidas con el nombre de cárcel de la Acordada, ubicada en las actuales calles de Humboldt, cuyas fallas y desorganización eran notorias; fallas y desorganización que persistió a pesar del nuevo código, en el que se expresaban ideas tan idealistas y humanas como las que hemos transcrito. Fue hasta el año de 1900, terminada e inaugurada la Penitenciaría del Distrito Federal, que se expidió el primer reglamento penitenciario, que se ajustó, pero sólo técnicamente, a las prevenciones del código, y que al decir de varios juristas, fue obra de don Miguel Macedo, con la colaboración de don Ricardo Guzmán.

Poco había de durar, sin embargo, la vigencia del reglamento, y la obra científica y técnica en la penitenciaría, pues las deficiencias presupuestales y la revolución, dieron al traste con todos los buenos propósitos de nuestros juristas.

Sobre el reglamento de la penitenciaría, hemos de volver con posterioridad, pues aun cuando durante la vida de nuestra Escuela no ha estado efectivamente en vigor, es un antecedente excepcional de nuestro penitenciarismo, tan ligado, en estos últimos años, a un desperdiciado y extraordinario jurista, que a su entusiasmo juvenil ha unido un profundo conocimiento y una gran visión de la vida del derecho en México; me refiero a Sergio García Ramírez, por el que tan profunda admiración y afecto profesó.

Pero además, poco valor podía tener el reglamento de 1900, si no se ha podido superar en los códigos procesales, la gran falla de nuestra justicia penal: la lentitud e indiferencia en los procesos para lograr una más expedita administración de justicia.

Vencer estos obstáculos fue el propósito de la reforma penal de 1971, pero es tanto el peso de la inercia, que a pesar de los años de vigencia de la reforma, no ha sido posible destruir la resistencia de los jueces, Ministerios Públicos y abogados para agilizar el procedimiento y hacer más breves los procesos.

El lograrlo, es requisito sine quanon para una buena administración penitenciaria que aspire a la corrección de los sentenciados, pues si los procesos tardan años, nos preguntamos ¿cómo es posible seguir un tratamiento adecuado para su readaptación?

El primer código procesal de 1880, señalaba un procedimiento dilatado, aun cuando, recomendaba, en el artículo 272, que la instrucción se practicara con toda la brevedad posible, procurando que a más tardar quedara concluida en el término de seis meses cuando se tratara de delitos de los que debía conocer el jurado; no obstante, justo es decirlo, los procesos penales de la época porfirista no sufrieron dilaciones a las que han sufrido apatía de la vigencia del Código de 1931, en que no son excepción los casos en que los procesos han durado y durante los cuales el reo ha permanecido detenido.

¿Qué tratamiento penitenciario, nos preguntamos, se puede seguir en estas condiciones, ¿Y si, como ha sucedido, se concede el amparo? ¿Y si se declara que la sentencia ya se ha compurgado? En verdad, uno de nuestros grandes males, acentuados con el tiempo, que impide además toda acción penitenciaria, es la incalificable tardanza en los procesos. ¿Valdría la pena preguntar cuánto tarda un Tribunal Unitario de la ciudad de México, en resolver una apelación? El Código de 1871, hace expresa mención en su articulado a otro tipo de penas y tanto en las actas de la Comisión, publicadas gracias al empeño del Licenciado Don Fernando Román Lugo, en edición facsimilar, como en la exposición de motivos de Martínez de Castro se hace alusión a ellas bajo el rubro de "observaciones sobre otras penas".

De estas observaciones destacamos la importancia que se le da a la pena de multa, y a la posibilidad de aplicar la sustitución y la conmutación de las penas.

Nuestros legisladores intuían la necesidad de acatar sus bondades inspirados en las legislaciones extranjeras.

Además, "siguiendo la misma idea filantrópica de evitar cuanto sea posible que los reos lleguen a entrar a las prisiones, se permite en ciertos y determinados casos substituir o conmutar la pena de arresto mayor o menor en amonestación extrañamiento, apercibimiento o multa o en caución de no ofender".

19). La Comisión insiste en la urgencia de separar a los menores de 18 años condenados a la pena de prisión, de los adultos y recomienda la creación de un establecimiento de corrección penal.

"Son tan palpables las ventajas que hay en no mezclar a los jóvenes delincuentes menores de diez y ocho años con los criminales mayores de esa edad, que sería de todo punto inútil cuanto dijera yo para recomendar la creación del establecimiento de corrección penal que consulta la comisión o para fundar las reglas que en el Proyecto se establecen".

20). En cuanto a las demás penas, cuya simple lectura, dicen, basta para comprender su alcance y sus ventajas, sólo una merece especial explicación, la expatriación, que ha desaparecido de los códigos modernos. Esta no es ejemplar "porque el pueblo no es testigo de los padecimientos de un desterrado; no es igual, porque si para algunos no importa muchas veces privación ni sufrimiento alguno, para otros es tan terrible, que preferirían mil veces una prisión perpetua en su patria, y tal vez sufrir la muerte. Persuadida la comisión de esta verdad, ha creído que no debe apelarse al destierro, sino en el raro evento de que sólo así pueda conservarse la tranquilidad pública, cuando se trate de traición o de rebelión. Pero aún para ese extremo, propone que no se lance del país, sino al cabecilla o autores principales del delito".

En el Título Quinto, del Libro Primero, se fijan las reglas para la aplicación de las penas, según se trate de delitos de culpa, consumados, intentados, frustrados; en los casos de reincidencia y acumulación; a los cómplices y encubridores; cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes; cuando se trate de menores de edad, etc., título que destaca la filiación a la Escuela Clásica. No obstante, en el Capítulo IX, al regular la ejecución de las penas, pone de relieve sus tendencias humanistas, como lo vimos ya, al referirnos a la pena de muerte.

Además, en el Capítulo I, se acogen principios cuya importancia es tal, que su aceptación transformó el derecho penal y cuyo rechazo, en nuestros días, nos ha llevado al llamado derecho penal de las dictaduras, que han ejemplarizado épocas de barbarie y crueldad en los países que los han sufrido.

El artículo 182 dispone:

"Art. 182. Se prohíbe imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, anterior a él y vigente cuando éste se cometa. Pero se exceptúan en favor del reo los casos siguientes:

I. Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulgaren una o más leyes que disminuyan la pena establecida en otra ley vigente al cometerse el

delito, o la sustituyan con otra menor; se aplicará la nueva ley si lo pidiere el reo;

II. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto una pena corporal que no sea la de muerte, se dictare una ley que, dejando subsistente la pena señalada al delito, sólo disminuya su duración; si el reo lo pidiere y se hallare en el caso de la nueva ley, se reducirá la pena impuesta, en la misma proporción en que estén el máximum de la señalada en la ley anterior y el de la señalada en la posterior;

III. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se haya impuesto la pena capital, se dictare una ley que varíe la pena; se procederá con arreglo a los arts. 241 y 242;

IV. Cuando una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior les daba; se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando, y aun a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas, y cesarán de derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en adelante."

Al interpretar esta norma, Martínez de Castro afirma:

"Es tan justo y necesario el principio que consigna nuestra Constitución, que la mayor parte de los Códigos penales modernos lo consignan también con más o menos claridad, considerándolo como una regla tutelar de los ciudadanos. El Código portugués de 1852 no se conformó con esto, y en su art. 18 estableció las dos reglas que contiene el 182 de nuestro Proyecto; y en el 8º del que presentó la comisión portuguesa en 1864 se prohibió la interpretación extensiva y restrictiva y que se imponga pena alguna que no sea la señalada expresamente por la ley.

Estos son los principios que rigen actualmente, debidos a los adelantos de la jurisprudencia criminal y que difieren mucho de lo establecido en la antigua legislación española, que prevenía que aun la pena de muerte se aplicara por equivalencia de razón, cuando la letra de las leyes no permitiera hacerlo, porque éstas se dictaban antes atendiendo únicamente al interés del Estado y hoy se atiende también al de los ciudadanos en particular".

En el artículo 183, se dispone:

"Art. 183. No se estimará vigente ninguna ley penal que no se haya aplicado en los diez años últimos; si durante ellos hubieren ocurrido más de cinco casos, y en ninguno de ellos se hubiere impuesto la pena señalada en dicha ley sino otra diversa".

Esta disposición, que tiene viejos antecedentes en las Partidas y Novísima Recopilación, y que se repite en la mayoría de los códigos modernos europeos, no fue incluido en las legislaciones penales de 1929 y 1931 a pesar de tener un gran valor práctico, pues si con el transcurso del tiempo, un tipo no es objeto de represión penal, está revelando que las condiciones sociales han cambiado y que las mismas circunstancias y costumbres hacen innecesario penar un hecho que ha perdido relevancia, o dicho en términos modernos, que la misma no requiere protección por cuanto el hecho no tutela ningún interés jurídico.

"Una prueba, dice Martínez de Castro, irrefragable de esta verdad es la ley 11, tít. II, lib. III de la Novísima Recopilación de Castilla en que expresamente se manda que se observen literalmente todas las leyes del reino, aunque se alegue que no están en uso; pues a pesar de ella no se ha podido evitar la inobservancia de la mayor parte de esas leyes que quiso conservar siempre en vigor. ¿Ni qué juez aplicaría hoy las penas que las antiguas leyes de España señalan a los delitos? ¿Quién por obedecer la ley recopilada castigaría a los llamados hechiceros, no hay con la pena capital que las leyes españolas imponen, pero ni con otra alguna, cuando nadie cree ya en la hechicería? ¿Quién estimará justo hacer efectiva una ley penal publicada muchos años antes de que naciera la actual generación, que no tiene noticia de ella y que jamás ha visto aplicarla?

Esto basta sin duda para persuadir de que el artículo 183 contiene una declaración racional y justa; y como ella se contrae exclusivamente a las leyes penales, excusado parece advertir que no está en contradicción con lo que el Código civil del Distrito establece en sus artículos 8º y 9º sobre derogación de las leyes civiles".

21). Afirma Martínez de Castro, que aun cuando los Códigos Penales omiten comúnmente tratar lo referente a la extinción de las acciones que nacen de un delito, abandonando la materia a los códigos procesales, la Comisión consideró oportuno reunir en el Código Penal todo lo referente a la extinción de las acciones y penas por la íntima conexión que tienen entre sí.

En la legislación comparada, ciertamente existen códigos en los que no se hace referencia alguna a la extinción de la acción o de las penas, por cuanto se abandona la materia a los Códigos Procesales; en otros, se menciona únicamente la extinción de las penas, en otros también se hace referencia a la extinción de la responsabilidad penal o extinción de

la punibilidad, y en otros más, se distingue la extinción de la acción penal, de la extinción de las penas, como lo hace nuestro Código de 71.

En verdad, nuestros legisladores no innovaron al respecto, por cuanto en doctrina se reconocía ya la distinción entre extinción de la acción o del delito y la extinción de la pena; Ortolán, tan citado y seguido por Martínez de Castro, precisa que el derecho, antes de ser ejercido, así como antes de producir el resultado final de su ejercicio, perece. Tres acontecimientos pueden influir para que se entienda extinguido el derecho: la muerte, el tiempo y la remisión o renuncia, o dicho en otros términos, la acción penal se extingue por la muerte del acusado, por la prescripción de la acción, por el perdón o consentimiento del ofendido, si se trata de derechos disponibles o se trata de crímenes o delitos que se persiguen por queja de parte, amnistía o sentencia irrevocable.

Los mismos efectos, afirma Ortolán, muerte, tiempo, remisión o abandono del derecho, afectan a los resultados de la condenación o extinguen las penas.

En los términos del artículo 280 de nuestro Código de 71, son causas que extinguen la pena, la muerte del condenado, la amnistía, la rehabilitación, el indulto y la prescripción.

Se dice lo mismo que Ortolán, pero con terminología más moderna; la potestad punitiva del Estado, debe contemplarse y concretarse en los Códigos modernos, en sus tres momentos esenciales: nacimiento, modificación y muerte.

La pretensión punitiva del Estado, nace al verificarse el delito; esto supone acción, tipicidad y antijuridicidad; se modifica, de acuerdo con las circunstancias que acompañan a su ejecución y se extingue o muere, lo que puede suceder en dos tiempos: antes de la comprobación del hecho o después de comprobado por sentencia firme.

Lo que se discute es si la rehabilitación y el cumplimiento o ejecución de la pena, son causas de extinción de la pena o no.

Igualmente, la suspensión de la pena o la llamada entre nosotros, condena condicional, se reputa en algunos Códigos causa de extinción de la sanción.

De cualquier suerte, es un acierto de nuestros legisladores, el haber separado, como lo hicieron, la extinción de la acción o del delito, de la extinción de las penas, sistema seguido actualmente por numerosos códigos.

22). Los legisladores de 71 destacan de manera relevante lo relacionado con la responsabilidad civil en materia criminal, al grado de agrupar una serie de disposiciones en el Libro Segundo, divididas en VI Capítulos.

En la exposición de motivos, entre otros fundamentos de la importancia que se da a la reparación del daño, Martínez de Castro afirma:

“LIBRO SEGUNDO. Responsabilidad civil en materia criminal. El

que causa a otro daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, está obligado a reparar aquéllos y a restituir ésta, que es en lo que consiste la responsabilidad civil. Hacer que esa obligación se cumpla, no sólo es de estricta justicia, sino de conveniencia pública, pues contribuye a la represión de los delitos; ya porque así su propio interés estimulará eficazmente a los ofendidos a denunciar los delitos y a contribuir a la persecución de los delincuentes, y ya porque, como observa Bentham, el mal no reparado es un verdadero triunfo para el que lo causó.

Tan cierto es esto, que bien puede atribuirse en mucha parte la impunidad de que han gozado algunos criminales, a que no teniendo bienes conocidos no se podía hacer efectiva la responsabilidad civil que habían contraído; porque faltando a los perjuicios el aliciente de la reparación, era natural que se retrajeran de hacer acusación alguna, y hasta una simple queja, por no verse en la necesidad de dar pasos judiciales que les hicieran perder su tiempo inútilmente.

En adelante ya no será así, si se llevan a efecto las prescripciones del libro I sobre la aplicación que debe darse a lo que produzca el trabajo de los presos; pues además de que buena parte de ese producto está destinada para el pago de la responsabilidad civil; se ha de formar otro fondo para cubrirla en los casos en que el responsable sea el Erario por los delitos de empleados públicos.

Pero ¿deberá tratarse esta materia en el Código civil, o en el penal? Esta fue la primera cuestión que había que resolver y que se resolvió adoptando el segundo extremo, de acuerdo con la comisión de Código civil, por habernos parecido más conveniente que en el Código penal vayan unidas las reglas sobre responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquélla, porque así sabrán con más facilidad los delincuentes todo aquello a que se exponen por sus delitos”.

Ciertamente, no deja de ser impresionante comprobar las consecuencias económicas del delito; orfandad, miseria, incapacidad de los lesionados para el trabajo, etc.

Sin embargo, no existe uniformidad respecto a que dichas consecuencias deban ser materia de nuestra disciplina; Martínez de Castro no deja de extrañarse al no haber encontrado antecedentes sobre el particular. “La comisión, dice, hubiera querido comparar la mayor parte de las legislaciones extranjeras sobre responsabilidad civil, porque esto le habría servido de mucho auxilio; pero por desgracia no ha podido tener a la

vista sino el Código último de Veracruz, en que se insertó literalmente lo que sobre esta materia trae la ley de 5 de Enero de 1857; los pocos artículos que se leen en el Código francés de procedimientos criminales; los del Código penal español, y lo que prescribe el Código civil de Portugal, que es el que trata de este punto con mayor extensión. Mas no tando algunos vacíos, se han procurado llenar, siguiendo las doctrinas de autores franceses muy respetables, y las ejecutorias de los tribunales de Francia, que son la guía principal que hemos tenido para formar el libro II".

Los autores franceses que cita, en especial Chauveau et Helié, sostienen "que cuando un delito ha sido cometido, la aplicación de la pena no es suficiente para reparar el mal que ha causado: este delito ha lesionado la seguridad pública que la pena tiene por misión restaurar; más ha podido lesionar al mismo tiempo intereses privados y el perjuicio causado debe ser reparado: es la aplicación exacta del principio de eterna justicia recogido en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; el artículo 10 del Código Penal hace reserva expresa".

Todos los autores están acordes en que el delito no sólo da nacimiento a la acción penal, sino a la obligación de reparar el daño que pueda haber ocasionado a la víctima o víctimas del delito; la diferencia estriba en que unos consideran que esa responsabilidad, no se rige por los principios del derecho civil y otros, partiendo de la idea de la unidad del ilícito sostiene la unidad de sus consecuencias, aun cuando se funden en razones diversas.

Es obvio que nuestros legisladores no tuvieron en cuenta, en razón de tiempo, las opiniones de Merkel, Rocco, Ferri, Garofalo, Florián, etc., pero participaron, como en otros temas, opiniones que años después serían materia de controversia.

Respecto a la responsabilidad civil, aun cuando sus opiniones no coincidan, como es lógico, en razón de tiempo, con las apuntadas por los autores que hemos citado, es indudable que se acercan a lo sostenido por Merkel, que partiendo de la unidad del ilícito, concluye sosteniendo la unidad de las consecuencias del mismo.

También Martínez de Castro, según vimos, sostiene, con mucha antelación, un criterio similar; el delito, causa a otros daños y perjuicios, o le usurpa alguna cosa, por lo que está obligado a reparar aquellos o restituir ésta, lo que conforma la responsabilidad civil. Hacer que ésta se cumpla es no sólo de estricta justicia, sino de conveniencia pública.

Resuelto este primer problema, es el Código Penal lógicamente el que debe definir qué es lo que se entiende por responsabilidad civil, que años más tarde Rocco había de definir como derecho criminal civil; fijar las reglas que expliquen su existencia y sus requisitos, cuales son los daños y perjuicios que pueden demandarse, como se ha de comprobar su monto,

quien puede demandarlos y de quienes, como se divide la responsabilidad entre los responsables y como se extingue.

De aquí que el Libro Segundo, denominado "Responsabilidad Civil en Materia Criminal", se divide en seis capítulos, que comprenden, el primero, la "Extinción y requisitos de la responsabilidad civil"; el segundo la "Computación de la responsabilidad civil"; el tercero de las "Personas civilmente responsables"; el cuarto, de la "División de la responsabilidad civil entre los responsables"; el quinto sobre el "Modo de hacer efectiva la responsabilidad civil"; y sexto, de la "Extinción de la responsabilidad civil y de las acciones para demandarla".

El Libro Segundo de nuestro Código pudo parecer un absurdo a los juristas que distinguen con profusión de argumentos las diferencias entre la acción penal de la civil, o un acierto a los que después han sostenido la unidad del ilícito, pero lo cierto es que en el Libro en cuestión se abusa de reglas procesales y se establece como principio en el artículo 308, que no puede declararse sino a instancia de parte legítima.

23). El Código Penal de 1871 permaneció vigente hasta el 15 de diciembre de 1929, fecha en que entró en vigor un nuevo Código, motivo de controversias y apasionadas discusiones, cuya vida efímera no pudo influir en nuestra vida jurídica. De tendencia positivista, pretendía modificar radicalmente nuestro concepto de derecho penal y sobre todo, abarcar campos que, de aplicarse, iban a convertir en una supersecretaría al pomposamente llamado Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social; pero además, como lo veremos, estaba reñido con nuestra tradición y realidad jurídica, por lo que no pudo subsistir.

El Código de 71, como lo hemos visto, fue un Código con méritos indiscutibles, que al través del tiempo logró un sólido prestigio y aún hoy día, después de su vigencia, se le reconocen sus méritos científicos; el Código de 29, en cambio, fue una aventura extraña en nuestro medio, a pesar de sus innovaciones y pese al talento de su inspirador, el Lic. D. José Almaraz, cuyos merecimientos, como los del Código, no han sido debidamente reconocidos.

Tan valioso fue el Código de 71, que al nombrarse una Comisión, presidida por el insigne maestro Don Miguel Macedo, en el año de 1903 para estudiarlo, más que substituirlo, se pensó en la conveniencia de cubrir sus lagunas y remediar sus fallas, conservando estrictamente su estructura.

Antes de estudiar el Código de 29, haremos algunas reflexiones en torno a este proyecto de revisión del Código de Martínez de Castro.

24). En 1903 la Secretaría de Justicia designó una Comisión, compuesta por los abogados Don Miguel Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel, comisión presidida por el primero, y a la que se confió la remisión de revisar el Código Penal.

En este empeño, habría de plantearse a la Comisión un primer proble-

ma: elaborar un nuevo Código Penal que substituyera el Código de 71 o corregir su texto para colmar errores, lagunas y equivocaciones.

Don Miguel S. Macedo, en la exposición de motivos del proyecto, apunta con certeza que nuestro Código, inspirado en el sistema desenvuelto por Ortolán, "cuyas bases son la justicia absoluta y la utilidad social combinadas y la del doble objeto ejemplar y correctivo de la pena", si bien englobado en la corriente del pensamiento llamado clásico, combatido en el último tercio del siglo XIX por el positivismo, debía subsistir en cuanto esta nueva tendencia no había elaborado aún un sistema completo y fundado, con la solidez necesaria para tomarlo como base de una nueva legislación penal.

Por ello y ante la evidente necesidad de revisar el código para eliminar sus errores e imperfecciones, inherentes a toda obra humana, la Comisión "sin entrar en discusiones de principios filosóficos ni de doctrinas académicas, aunque cada uno pueda pensar y obrar bajo la ineludible influencia de sus creencias, "toma por base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se pueda estimar ya aquilatada y cuya admisión es exigida por el estado social del país al presente —tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección de la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso— y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque sólo sean aparentes y los vacíos que han podido notarse en el texto del Código, por más que no afectan al sistema".

Dentro de este orden de ideas y después de estudiar la división y el orden de las materias, adoptado por algunos códigos extranjeros, especialmente el español, italiano, argentino y el proyecto suizo del Dr. Stoos, que algo influyeron, sin embargo, en la reforma, la Comisión decidió mantener la división y el orden de materias del Código y atenta la exposición de motivos, en cuanto al fondo, se propuso:

1o. Tomar medidas prácticas para hacer efectiva la exacción de las multas (Arts. 116, 117, 123 bis-1 y 122 bis-2).

2o. Proponer la organización de colonias y campamentos penales.