

7

La pena: revisión histórico-jurídica de su transición conceptual desde el México prehispánico al colonial

ARTURO FLORES ALBOR

Introducción

El crimen: compañero fiel del ser humano. Luz y sombra, de ello está hecha nuestra existencia.

¿Nacimos para delinquir? Todo así lo indica, pero también nacimos buscando evitar y corregir esa criminalidad que pareciera innata en nuestro ser, a partir de la instrumentación del castigo para todo aquél que delinca. De ahí que el crimen y la pena, el Derecho Criminal, el Derecho Penal, sean tan longevos como lo es la humanidad.

Algo que el propio criminalista veronés Cesare Lombroso¹ intentó explicar señalando, en su obra *El hombre criminal*, que el delincuente no hace sino revivir al hombre de las cavernas al pervivir en él un sentimiento no superado de venganza. Por ello, la pena como construcción y materialización ha venido recorriendo un largo desarrollo y proceso de transformación a través de los tiempos. Proceso que arrancó desde el momento en que aparecieron las más primitivas sanciones y que ha continuado hasta llegar a sus versiones más sofisticadas.

Las primeras penas fueron instrumentadas principalmente en contra de la lesión de los bienes fundamentales: la vida y la integridad corporal. Esto es, emanaron del despertar del interés colectivo al reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia humanas, con lo que la venganza adquirió un sentido social. A consecuencia de ello, los tratadistas especializados en la historia del delito y, en particular de la pena consideraron oportuno establecer varias etapas en su evolución, esto es, la de la venganza privada, de la venganza pública, de expiación o intimidación, la humanitaria y la científica.

¹ Lombroso, Cesare, *L'Uomo delinquente in rapporto all'Antropologia, alla Giurisprudenza e dalla Psichiatria (Cause e rimedi)*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1897.

Proemio histórico

En la antigua Mesopotamia, el Código de Hammurabi del siglo XXIII a. C. ofrece una de las primeras formas de registro jurídico sobre venganza privada, en la que se contiene la esencia de la ley del Talión:

- Art. 196. Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo.
- Art. 197. Si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso.
- Art. 229. Si un arquitecto hizo una casa para otro, y no la hizo sólida, y si la casa que hizo se derrumbó y ha hecho morir al propietario de la casa, el arquitecto será muerto.
- Art. 230. Si ello hizo morir al hijo del propietario de la casa, se matará al hijo del arquitecto.

En Israel, es dentro de la Biblia, específicamente en los libros del Pentateuco y Levítico, donde hallamos algunos de los más relevantes orígenes de la justicia penal hebraica, de esencia taliónica, pero nada como el Éxodo para mostrarlo: “Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie. Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”

En India, donde se priorizó la distinción entre los conceptos de mérito (*dharma*) y demérito (*adharma*), en el *Manava Dharma Sastra* o *Leyes de Manú*² no hay ley del Talión pero sí venganza divina, como lo podemos advertir en su Libro Séptimo:

14. Para ayudar al rey en sus funciones, el Señor produjo desde el principio al Genio del castigo, protector de todos los seres, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya esencia es enteramente divina.
17. El castigo es un rey lleno de energía, es un administrador hábil, es un cuerdo dispensador de la ley; está reconocido como la garantía del cumplimiento del deber de las cuatro órdenes.
18. El castigo gobierna al género humano, el castigo lo protege, el castigo vela mientras todo duerme, el castigo es la justicia, dicen los Sabios.

En Grecia, por su parte, mientras Licurgo en Esparta, Solón y Dracón en Atenas; Zaleuco en Locria, Crotona y Síbaris; Caronda en Catania, regulan la venganza privada, aquélla íntimamente vinculada con la fatalidad del destino o *ananké*, filósofos como Platón y Aristóteles se anticipan a los planteamientos que desarrollará el periodo científico. El primero, al considerar al delito como una enfermedad y a la pena como una “medicina del alma”. El filósofo de

² Ídem.

Estagira, por su parte, considerando que “el dolor infringido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada”.³

Siglos después en Roma, la *Ley de las XII Tablas* -considerada el primer cuerpo sistemático jurídico escrito- contendrá implícitos dos principios jurídico-penales fundamentales: el de la Ley del Talión y el de la Composición. No obstante, la novedad es que en Roma la ley taliónica supondrá una cierta regulación con relación a la venganza privada incontrolada, en tanto que la composición implicará el despertar de lo que hoy hemos denominado penas substitutivas.

Usos y costumbres vigentes en la época, entre los que estaba la facultad para víctimas y familiares de perseguir a los infractores de la justicia penal, serán acogidos dentro de la nueva ley al tiempo que se establece la posibilidad de que sea el grupo el que castigue cuando el ofendido reclama, pero también el que pueda imponer una solución pacífica. Ante ello, talión y composición supondrán un importante avance moral y jurídico dentro de la sociedad occidental, desde el momento en que la composición o rescate del derecho de venganza, permitirá que el pago impuesto al ofensor pueda ser en animales, armas o dinero, al tiempo que sirve de contención frente al desbordamiento pasional de la venganza privada, por ser una medida impulsada desde un inicio entre ofendido y ofensor de modo voluntario y después a través de la intervención del grupo que exige dicha compensación. Ello, aún y cuando en el derecho romano no dejaran de figurar, de modo por demás relevante entre sus penas, las de la humillación pública mediante crucifixión, calumnia, tormento y azotes, como bien lo ilustró el proceso seguido en contra de Jesucristo. Persecución de los delitos que pronto distinguirá entre delitos públicos (perseguidos y castigados en interés del Estado) y privados (respectivamente por los ciudadanos ofendidos).

Hacia el siglo VI d.C., el emperador Justiniano consagra dentro del *Digesto*, particularmente en los libros 47 y 48, los conocidos *terribili libri* (libros terribles), verdaderas codificaciones penales, sustantiva y adjetiva, así como la definición que de pena se había establecido en el derecho romano clásico: *poena est noxae vindicta* (la pena es el daño vengado). Concepto que dará lugar a diversas e importantes acepciones, ya que desde la protohistoria del daño (*damnum*), el derecho romano vinculaba dos términos: *noxia* y *noxa*. *Noxia* para referir a la muerte de esclavos y animales, que al ser promulgada la Ley Aquilia se volvió sinónimo de daño, y *noxa* como resarcimiento del daño, deviniendo ambas más tarde, en especial después del emperador Adriano, *noxia* en delito y *noxa* en culpa, acción punible o pena, a los cuales habrían de añadirse *delictum*, *carcer*, *crimen*, *supplicium*, *injuria*, *furtum*, entre tantos otros.

³ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2004.

Con los germanos, el derecho penal dará preeminencia al Estado y reducirá los alcances de la venganza privada. De acuerdo con ello, toda afectación a la paz, pública o privada, implicaría hacerse acreedor a la venganza social, de la cual solo podría librarse mediante la composición (*wergel, busse*). Así, mientras Roma habría de dar prevalencia a la intención al cometer un daño, los germanos lo darían al daño causado, de ahí la particular distintiva de poder resarcir el daño mediante un pago a la víctima como reparación de lo causado. Ejemplo de ello, el pago a la familia como rescate del derecho de venganza para evitar la imposición de una pena, ya en lo individual o a la comunidad entera.

Al Derecho Canónico corresponderá más adelante preferir la imposición del perdón por sobre la venganza. Su fundamento parte de la concepción relativa a que el delito es una ofensa a Dios. De ahí el origen de la venganza divina y de que la expiación, penitencia y retribución de la pena fueran su consecuencia. Considerado el delito como pecado, autores como San Agustín y Santo Tomás declararán a la pena como su penitencia. El primero, inspirado en el platonismo, al considerar que el mal no estriba en el hecho de ser hombre, sino en el que éste disminuya su ser al pecar. Santo Tomás, de filiación aristotélica, al señalar que la curación espiritual del hombre solo es posible a través de la penitencia, porque el primer daño que el hombre resiente es en su entendimiento. El segundo, la deuda que adquiere al pecar. Y un tercer daño, el que el hombre peca mucho antes de que obre bien.⁴

De acuerdo con estos postulados, en lo sucesivo, la Edad Media desarrollará la ejecución preferente de la pena a partir de varias modalidades: la pena pecuniaria, la pena corporal y la pena de muerte, siendo la última en instrumentarse la pena de prisión, de modo tal que sólo hacia el término de la Baja Edad Media, fue posible contar con un substitutivo punitivo: el exilio o destierro, que comenzarán a reemplazar de alguna forma a la pena de muerte.

Vendrá luego la revolución filosófica del Renacimiento que dará lugar al iluminismo a través de la obra de Hobbes, Spinoza y Locke, Grocio, Rousseau y Voltaire, entre otros, dando paso al surgimiento de una nueva época para el Derecho Penal: el periodo humanitario, en la cual la pena de prisión se fortalece, correspondiendo a la escuela clásica reaccionar ante los excesos de la justicia penal medieval. Cesare Bonessana, Marqués de Beccaria, será determinante para poner límites al poder punitivo del Estado. El fin de la pena será entonces restablecer el orden externo de la sociedad, al otorgarle un carácter retribucionista, debiendo corresponder al delito una pena proporcionada y justa. Kant y Hegel serán principalmente quienes desarrollen la idea de retribución o compensación de la culpabilidad por el daño causado tomando como punto

⁴ Quiles, Ismael, *Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica*, Madrid, Espasa Calpe, 1957.

de partida la proporcionalidad. Más tarde, la escuela positiva considerará a la pena, en cambio, como medio de defensa social y no como castigo (como ocurrió particularmente en contra de los llamados herejes y brujas), de ahí que sus principios sean la responsabilidad social y la peligrosidad (positivismo peligrosista), siendo en su seno intelectual el marco donde nace formalmente el concepto de substitutivo penal.

Con el paso del tiempo, nuevos estudiosos reformularán estos planteamientos, como en el caso de Cesare Lombroso que estudiará las causas del delito en las características corporales (estereotipos) y hereditarias de las personas, y de Enrico Ferri, quien se centró en los factores sociales exógenos. Es el periodo científico que arriba y para el cual el castigo no será el fin último, sino solo un medio para corregir la conducta.

México prehispánico y colonial

El panorama que encontramos en el México prehispánico y colonial es distinto. El primer gran reto es superar la falta de fuentes escritas y, por supuesto, de tratados dogmáticos que se hubieran elaborado a través de las distintas épocas en los cuales abrevar para poder comprender cómo el concepto de pena se fue desarrollado en ambos momentos históricos de nuestro pasado. Sin embargo, es gracias a las fuentes arqueológicas, códices y cronistas coloniales que podemos reconstruir los principales elementos que caracterizaron al derecho penal prehispánico y colonial en nuestro entorno cultural. Ello, a pesar de que la investigación sobre este tema conlleva obstáculos como los siguientes

- a. La prevalencia en la mayor parte de las fuentes coloniales de una concepción de origen europeo.
- b. Que el derecho indígena se haya caracterizado por ser de carácter consuetudinario y no escrito.
- c. Así como el hecho de que, a partir del momento de la llegada de los españoles, los usos y costumbres de los pueblos indígenas, aún y cuando subsistió durante la Colonia el doble régimen de repúblicas de españoles e indígenas, fueron desplazados.

No obstante queda claro que las penas en el México prehispánico eran infamantes y que el sistema judicial entre los mexicas, una de las culturas mejor estudiadas y a la que en especial aludiremos era realmente draconiano y estaba encabezado por el monarca, máxima autoridad judicial, quien delegaba sus funciones en un magistrado supremo, competente a su vez para conocer de las apelaciones en los casos criminales y quien nombraba a otro para hacer lo propio en las ciudades de alta población, el que finalmente designaba a los jueces de casos civiles y criminales.

Al respecto, Fray Toribio de Benavente refiere en sus *Memoriales* los diversos delitos y penas, así como la recreación de ciertos procesos judiciales, en los que al lado de los jueces había un *tlacuilo* que pintaba a las personas. Práctica de registro sobre el procedimiento judicial del que hay referencias también en el *Código Florentino*, en el que podemos observar al juez prehispánico sentado sobre una silla de esteras y en la mano izquierda sosteniendo una pintura relativa al proceso, mientras el justiciable se encontraba inclinado ante él y atrás de su persona, de pie, su abogado defensor. La reseña que de ello hace dicha fuente expresa:

Otra sala les señalaba (el señor) que llamaban teccalli, ahí oían y juzgaban los jueces las causas populares, tomándolas por escrito primeramente por sus pinturas, y averiguado y escrito el negocio llevábanlo a los de la Sala más alta, que se llamaba Tlaxitlan, para que allí se sentenciase por los mayores cónsules y los casos muy dificultosos y graves, llevábanlos al señor, para que los sentenciase juntamente con trece principales, muy calificados, que con él andaban y residían.⁵

Entre los jueces, el mismo *Código* señala que los de mayor jerarquía eran los *tecuitlatoque*, que acompañaban al emperador Moctezuma II, los cuales:

Examinaban con gran diligencia las causas que iban a sus manos y cuando quiera, que en esta audiencia, que era mayor, sentenciaban alguno a muerte, luego lo entregaban a los ejecutores de la justicia, los cuales según la sentencia, o los ahogaban, o daban garrote, o los apedreaban o los despedazaban.⁶

Ejecución que llegaban a realizar ante la presencia del juez, quien permanecía en posición sedente, en espera del cumplimiento de la pena. Basados en ello, todo indicaría que la persecución del delito en el mundo mexica iniciaba de oficio, muchas veces sólo a partir de rumores, y de que su sistema judicial poseía un evidente carácter inquisitorial.

En el *Código Mendocino*, por su parte, encontramos algunos de los duros castigos, altamente criminalizantes e irracionales dentro de la óptica jurídica contemporánea, que eran impuestos por los mexicas a los menores entre 7 y 12 años: pinchazos con púas de maguey, aspiración de humo de chiles asados, permanecer desnudos, atados de pies y manos, comer solo una tortilla y media al día, entre otros. Con relación a la pena de muerte, ésta tenía algunas de las siguientes alternativas: descuartizamiento, cremación en vida, estrangulamiento,

⁵ Sahagún, Bernardino de, *Código Florentino. Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, Editorial Aldus, 2001.

⁶ *Ídem*.

machacamiento de la cabeza con piedras como ocurría con el adúltero, empalamiento y asaetamiento, entre otras formas.

Fernando de Alba Ixtlilxóchitl, a quien algunos autores como Offner declaran errado en su interpretación del *Códice Xólotl*, refiere cómo en las que llama Ordenanzas de Nezahualcóyotl –sin duda el primer intento de sistematizar un derecho escrito indígena–, el adulterio era castigado con lapidación y el homicidio con el correspondiente del homicida, lo que confirman otras fuentes, las que describen cómo a los ladrones se les arrastraba por las calles y luego ahorcaba. Lo mismo que a quienes se embriagaban el castigo era ser ahorcados si eran nobles y esclavizados si eran plebeyos, pero en caso de volver a delinquir, también a ellos serían ejecutados. Supuesto que nos permite confirmar que entre los mexicas existió la figura de la reincidencia, misma que podría conducir a la muerte. Rigor punitivo que, de igual forma, advertimos cuando una mujer casada era violada y su victimario castigado con pena de muerte. Penas, generalmente próximas a la muerte, que no disminuirán en rudeza a lo largo de la época colonial en el mundo indígena. Aún más, en ocasiones las penas se extenderán hasta el cuarto grado, como en el severamente castigado delito de traición, el cual afectaba por igual a nobles que a plebeyos que incurrieran en él, o en el del espionaje, castigado igualmente con la muerte mediante desollamiento en el templo de Macuilcalli, deidad náhuatl que protegía a los lapidarios o artífices de las piedras preciosas.⁷

En los tiempos coloniales, la pena de muerte generalmente se llevó a cabo a través de la horca, decapitación o degüello y hoguera, la cual era para delitos de carácter religioso y falsificación de moneda. La horca era infamante y se destinaba a los plebeyos, en tanto que la decapitación era propia de la nobleza, pues ser ahorcado era considerado una infamia. Por ello, aún en el siglo XVIII si un noble era condenado a muerte por un delito que merecía la horca, podía conmutarse por el garrote. Ahora bien, cabe agregar que las escenas de ahorcamiento son abundantes en los códigos, pero un caso destaca en particular: el ahorcamiento de Cuauhtémoc, del que se cree hay dos evidencias, una en el Código Vaticano A y otra en la Tira de Tepechpan, en la que aparecería colgado de pies y decapitado.

Por otra parte, hasta ahora no hay evidencia que nos permita determinar si los mexicas distinguieron entre autoría material e intelectual y mucho menos si contemplaban el tipo de causas de exclusión de la responsabilidad, de ahí que los cómplices fueran castigados de modo equivalente al de los autores. A su vez, era deber de los mexicas denunciar la comisión de delitos, a riesgo de

⁷ Robleto Gutiérrez, Jaime, “Aproximación a la normativa penal de las culturas maya y azteca”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 249, 2008, pp. 239-251.

recibir la pena de caer en esclavitud considerando que su silencio era una alta traición, aún sin participar en el mismo.

Finalmente, cabe destacar también la referencia, a partir del análisis de Alfredo López Austin⁸ en su obra *La Constitución real de México-Tenochtitlan*, de que muy probablemente correspondió –en algún momento previo a la conquista– al *huey tlatoani* tenochca la exclusividad de emitir sentencias para la ejecución de personas, la penalización de la venganza y la justicia por propia mano. Situación que, en contraparte, habría dado a este total libertad en el actuar al carecer de un control interno, pues si bien distintas fuentes refieren de la existencia de tribunales de distintas especies, como es el caso de Zurita, la preeminencia indiscutiblemente la tenía él como máxima autoridad dentro de la organización judicial de los mexicas.

Conclusiones

Es evidente que el derecho penal mexica fue extremadamente rigorista a partir de un sistema de sanciones sin medidas de estas en función de las conductas realizadas. La autoridad mantenía el monopolio de la represión del daño social ante la comisión de un delito. No hubo equidad entre faltas y penas, ya que éstas se imponían para infundir terror. Sin embargo, la cuestión es ¿qué tanto el derecho penal prehispánico influyó en el colonial? Y, sobre todo, ¿qué tanto pudo evolucionar? Todo indica que el trasplante institucional del derecho hispano fue avasallante, como lo refieren las distintas fuentes, entre otras Diego Durán, Hernando de Alvarado Tezozómoc y fray Bernardino de Sahagún, pero en los núcleos recónditos de los pueblos indígenas, la subsistencia de sus usos y costumbres evidentemente continuó, no así en los centros urbanos.

Mucho es lo que falta por adentrarnos en las distintas fuentes informativas del México prehispánico. La tarea está por hacerse, porque más allá de los aspectos sociales, culturales e ideológicos, tenemos un pendiente: la valoración y revaloración correcta del sistema jurídico que implementaron nuestros antepasados en las respectivas regiones de Mesoamérica hasta antes de la llegada de los españoles; comprender cómo recibieron en sus sistemas jurídicos el impacto hispánico y, a su vez, cómo pudieron salir adelante a lo largo de la Colonia hasta lograr, en gran parte de los casos, sobrevivir a nuestros días, esto es, desde una perspectiva comparada, principalmente desde una visión particularmente etnohistórica y en especial de etnohistoria jurídica.

De ahí que llevar a cabo el análisis cultural de la función de la pena entre los mesoamericanos sea hoy en día, como tantos otros temas pero de manera esencial, uno de nuestros principales pendientes, pues más allá de su función

⁸López Austin, Alfredo, *La Constitución real de México-Tenochtitlán*, México, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

ejemplar o del principio de resarcimiento, aunque se advierte un sistema ampliamente impulsado de venganza social, culturas como la maya que llegaron también a vincular al delito con el pecado, también advirtieron que un acto delictivo era un acto contra su sociedad, como lo refiere el *Chilam Balam de Chumayel*.

Las diferencias pues están a la vista y apenas comenzamos a aproximarnos hacia la comprensión jurídico-cultural de nuestro México prehispánico.

Bibliografía

- Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2004.
- Código de Hammurabi*, Historia Clásica. 2000 años después y tanto por descubrir, 2007, <http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-codigo-de-hammurabi-leyes-1-50.html> [consultado 5 agosto de 2017].
- García del Corral, Lex Nova, *Justiniano Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1988, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/602-cuerpo-del-derecho-civil-romano-t-iii-digesto> [consultado 5 de agosto de 2017].
- Ixtlilxóchitl, Fernando de Alba, *Visión de la conquista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- Loiseleur Deslongchamps, Auguste-Louis-Armand, *Leyes de Manú. Manava Drama Shashtra*, 1833, <https://www.academia.edu/4886195/Leyes-de-Manu> [consultado 5 de agosto de 2017].
- Lombroso, Cesare, *L'Uomo delinquente in rapporto all'Antropologia, alla Giurisprudenza e dalla Psichiatria (Cause e rimedi)*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1897.
- López Austin, Alfredo, *La Constitución real de México-Tenochtitlán*, México, Instituto de Investigaciones Históricas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.
- Quiles, Ismael, *Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica*, Madrid, Espasa Calpe, 1957.
- Robledo Gutiérrez, Jaime, "Aproximación a la normativa penal de las culturas maya y azteca", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, no. 249, 2008.
- Sahagún, Bernardino de, *Código Florentino. Historia general de las cosas de la Nueva España*, México, Editorial Aldus, 2001.

