

II. Los principios penales fundamentales . . . . .	23
III. La Ley penal . . . . .	47
IV. Delito y delincuente . . . . .	54

## II. LOS PRINCIPIOS PENALES FUNDAMENTALES

### 1. *Planteamiento general y misión del derecho punitivo*

#### A. Sustento constitucional

El punto de partida de la ley penal mexicana se halla en la Constitución (en adelante, C.). La parte dogmática incorpora los derechos públicos subjetivos y avanza en la regulación de los órganos de la justicia penal (así, el artículo 21, acerca de juzgadores, Ministerio Público y Policía Judicial). En la parte orgánica se resuelve la estructura del Poder Judicial Federal (artículos 94 y ss.), de los Poderes Judiciales del Distrito Federal (artículo 73, fracción VI, base 5a.) y de los estados de la Unión (artículo 116, fracción III), y del Ministerio Público Federal (artículo 102) y el Ministerio Público del Distrito Federal (artículo 72, fracción VI, base 6a.).

Además de los elementos imprescindibles del *debido proceso legal*, la C. tiene referencias a otros sistemas sancionadores: fuero militar, que se despliga por y para ilícitos castrenses: delitos y faltas contra la disciplina militar” (artículo 13); procedimiento reservado a los menores infractores (artículo 18, cuarto párrafo); y régimen de responsabilidades de servidores públicos, en triple vertiente: política, penal y administrativa (artículos 108 y ss). Con base en las normas ordinarias sobre obligaciones, es preciso agregar la responsabilidad civil.

El sistema penal constitucional recoge los postulados del individualismo jurídico: la persona física como centro y razón del orden normativo y del Estado. Se añaden las aportaciones de la corriente social del derecho, reflejadas, particularmente, en las normas sobre readaptación social y menores infractores. La suma de ambas tendencias produce el nuevo concepto de derechos humanos, o mejor aún, *derecho humano* ante el Estado nacional, los otros individuos, los órganos del poder informal y la comunidad internacional. Ese derecho humano característico (el resultado de las denominadas tres “generaciones” de los derechos del hombre) tiene como objeto el *desarrollo de las potencialidades del individuo*. Apareja libertad, justicia, seguridad y bienestar; si alguno falta, se merma la vigencia real del derecho del hombre.

En nuestra Constitución, los grandes principios del derecho penal liberal se expresan, sobre todo, en el ideal o propósito amplio de la seguridad jurídica. A ésta sigue, con la orientación jurídico-social que mencioné, el derecho a la readaptación social del infractor.

Esos principios gobiernan el sistema sustantivo, el adjetivo y, más recientemente, el ejecutivo. En cada caso destaca la preocupación por la legalidad, con modalidades en el supuesto de los menores, excluidos del universo de “sujetos del derecho penal”.

### B. Misión del derecho punitivo

No hay duda sobre la misión que incumbe al derecho penal, con su arsenal de medios aplicativos, en un Estado de derecho (justo), comprometido con el respeto al ser humano y la conducción democrática del poder público. El régimen penal es el último recurso del control social. Esto no significa, como manifiestan algunos críticos apresurados y superficiales, inaplicación de la ley penal cuando deba ser aplicada.

### C. Derecho penal y planeación del desarrollo

En México se han desenvuelto el concepto y los esfuerzos de planeación del desarrollo. El tema se halla en el artículo 26 de la C. En este marco tienen cabida la seguridad pública y la justicia penal. Está vigente (no como norma penal, sino como ordenamiento vinculante para los programas de la administración pública Federal) el *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*, expedido el 31 de mayo de 1989.

En ese *Plan*, el tema penal se agrupa bajo dos rubros: “4.3.3. Aplicación honesta y oportuna de la ley”, y “6.2.1. Procuración e impartición de justicia”. En el primer caso se pondera la necesaria autonomía del Poder Judicial y se examina el mejoramiento de los cuerpos de seguridad pública; se previene el incremento de sanciones a los infractores de la ley y la atención prioritaria hacia la prevención de actos delictivos. En el segundo caso se afirma la práctica de las garantías individuales, se reitera la prevención del delito y de las conductas vinculadas con éste (como la farmacodependencia) y se apoya la modernización del Ministerio Público.

## 2. Principios sustantivos

### A. Carácter estatal del orden penal

La evolución de las relaciones sociales y del sistema de los delitos y las penas, ha conducido de un régimen privado, que se concretó en la venganza (individual o colectiva), atenuada por el talión y la com-

posición, a la asunción estatal del *jus puniendi*. Hoy día incumbe al Estado, por una parte, la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar, y por la otra, la titularidad de la pretensión punitiva. La relación penal material se plantea entre el Estado (representante de la sociedad) y el (presunto) autor o participante en el delito.

Ese poder abstracto (una atribución pública) a incriminar la conducta, esto es, a “tipificarla” para fines punitivos, se encomienda al Poder Legislativo (v. *infra* 2, b). La función de sancionar recae en el Poder Judicial (v. *infra* 3, b). Finalmente, la pretensión punitiva se despliega al través del derecho procesal de acción, depositado en el Ministerio Público, exclusivamente.

Entre nosotros existe, pues, un monopolio en el ejercicio de la acción penal. Implica que el Ministerio Público resuelve sobre dicho ejercicio, una vez que agota la averiguación previa, primera fase del procedimiento penal. La resolución, inapugnable, se apoya en el principio de legalidad, no en el de discrecionalidad (salvo algunas variantes en el derecho castrense). El Ministerio Público debe ejercitar la acción (“consignar”) cuando se hallan acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

No ocurre lo mismo en otros sistemas, ni sucedió así en el México independiente, hasta la Constitución de 1917. El artículo 21 introdujo el monopolio. Tal es la dominante interpretación legal, judicial y doctrinal.

Existe una tendencia mundial a reducir o condicionar la actividad penal del Estado. Se aconseja la “desjudicialización”, o incluso la “desjurisdiccionalización”, de las decisiones que encauzan y concluyen la controversia.

La misma tendencia se manifiesta en frecuentes procesos de “destipificación” (también los hay, por supuesto, de “tipificación”) y en el aumento de hipótesis de persecución por querrela o requisitos de procedibilidad equivalentes.

En el ámbito adjetivo, la asunción estatal del orden penal se proyecta como necesidad del proceso penal —relativamente, tomando en cuenta la autocomposición implícita en el poder de querrela y en la facultad de perdón— y por la titularidad de la acción en manos del Ministerio Público. En el campo ejecutivo, interesa el carácter mixto de los Patronatos para Liberados y, mayormente, la subrogación a particulares de la vigilancia de excarcelados, modalidad privada de ejecución penal desconocida en México (salvo, en su propio campo —¿cuasipenal? ¿tutelar?— la entrega de menores infractores a hogar sustituto).

El retiro de la justicia privada se dispone en el artículo 17 de la C. El primer párrafo (cuya redacción no fue variada, en este punto, por la reforma de 1987) dispone: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Este mandato de alcance general se ve atenuado por la legitimación o justificación de algunos comportamientos; así en formas vigentes de autocomposición y autodefensa, señaladamente —en el sistema penal— la legítima defensa y el estado de necesidad. El artículo 10 constitucional alude a la legítima defensa como *ratio* de la posesión de armas en el domicilio propio.

## B. Legalidad

A la cabeza de los principios asegurados por el derecho penal liberal figura el de *legalidad*. Se reaccionaba, a fines del siglo XVII, contra la justicia arbitraria.

Contra ese orden de cosas apareció la pregunta, formulada por los filósofos y penalistas clásicos, sobre la naturaleza del delito. Se resolvería atendiendo a la necesidad y utilidad de las figuras delictivas y de las penas.

Tiempo después, los criminólogos positivistas ensayaron una teoría de la conducta ilícita. Se entendió que el delito natural es la lesión a los sentimientos de piedad y probidad en la medida media en que los acepta una sociedad; los delitos artificiales son crímenes contingentes, que aparecen o se suprimen de la ley penal, según lo dicten las circunstancias.

La legalidad penal se recibe en el “dogma” *nullum crimen, nulla poena sine lege*: no hay delito ni pena sin ley que los prevea. Dicho de otra forma: tipicidad en la fijación de la conducta punible, y atribución legal (en calidad y cantidad) por lo que hace a sus consecuencias (pena o medida). Esto decaería, sin duda, en un sistema de penas absolutamente indeterminadas.

Sobre el principio de legalidad, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional (con antecedente en el de igual número de la C. de 1857), estipula: “En los juicios del orden criminal que da prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

De la norma constitucional se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la llamada “continuidad” del derecho penal y la proscripción de la integración judicial, particularmente al través del método analógico, en-

lazado con el derecho penal totalitario. En otros órdenes, en cambio, se mueven con holgura diversas fuentes de creación jurídica, no sólo la ley.

La interpretación se gobierna por el favorecimiento al inculpadó. Es el caso de *in dubio pro reo*; también, de las proposiciones *favorabilia sunt amplianda y odiosa sunt restringenda*. Lo primero, por ejemplo, en el caso de excluyentes de responsabilidad.

El Cp. de 1931 no reitera el mandato de legalidad, pero se deduce del combatido primer párrafo del artículo 7: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". *A contrario*, si las leyes penales no sancionan determinado acto u omisión, no existe delito.

El Cp. de 1871 reguló esta materia en dos preceptos: artículos 181 y 182. Aquél, conforme a la tradición clásica, pretendía ceñir el arbitrio judicial: "No podrán los jueces aumentar ni disminuir las penas traspasando el máximo ó el mínimo de ellas, ni agraviarlas ni atenuarlas sustituyéndolas con otras, o añadiéndoles alguna circunstancia; sino en los términos y casos en que las leyes los autoricen para hacerlo, ó lo prevengan así". En el artículo 182, que antes transcribí, se expuso el principio de legalidad (dejando a salvo, evidentemente, los cambios benéficos al reo que trajeran leyes posteriores a la aplicable y aplicada en el caso concreto).

En este punto hay que tomar en cuenta el flujo de los procesos de tipificación y destipificación, penalización y despenalización. Este último, como supresión o variación (gobernada por la racionalidad punitiva) de las consecuencias jurídicas del delito. La ley penal debe olvidar las conductas que no ameritan pena o medida: como producto del desarrollo cultural y la transformación de valores, o como resultado de la modificación de las relaciones sociales; asimismo, por la efectiva injusticia o inutilidad de la punición (con medidas penales, propiamente) de ciertas conductas. De este modo, han desaparecido del Cp. los delitos de injurias y golpes simples; y de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la figura (delito formal) de libramiento de cheques sin fondos o cuenta.

En cambio se han incorporado al Cp., figuras necesarias: intimidación (artículo 219), ejercicio abusivo de funciones (artículo 220), tráfico de influencia (artículo 221), enriquecimiento ilícito (artículo 224), ejercicio indebido del propio derecho (artículo 226), algunas hipótesis de profanación de cadáveres (artículo 281, fracción II), administración fraudulenta (artículo 388), etcétera.

También hay tipificación cuando ingresan nuevas calificativas de la conducta ilícita. En efecto, se crea un tipo diferente del básico, de carácter complementado y agravado. Son ejemplos las calificativas del robo, in-

corporadas a partir de 1983 (artículo 381, fracciones VII, VIII, IX y X), y de los delitos contra la salud en materia de estupefacientes y psicotrópicos (artículo 198).

La C no contiene mandamiento sobre medidas de seguridad, salvo el supuesto de los menores infractores. En cambio, el artículo 25 de la C. italiana estatuye que “ninguno puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley”.

De ese silencio normativo, explicable en virtud de la fecha de nuestra ley suprema, pueden resultar diversos problemas penales y procesales, sobre todo en el caso de los inimputables. Empero, se puede entender que para fines constitucionales todas las consecuencias del delito constituyen penas. La imposición de éstas, pues, se ajusta al principio de legalidad en el doble tramo de la conducta y de la sanción.

### C. Prohibición de la irretroactividad desfavorable y ámbito de validez temporal

Por razones de seguridad jurídica se prohíbe aplicar una ley en forma retroactiva. Recuérdense que el ámbito de validez temporal de la norma se halla estipulado en el Código Civil. Las “disposiciones de observancia general (lo es la ley penal), obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial [...]” (artículo 3), salvo que la propia disposición determine una fecha posterior (artículo 4). A propósito del *dies ad quem*, el artículo 9 previene que la “ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”, es decir: *lex posterior derogat prior*.

En suma, se acota el ámbito temporal de validez de la norma y se descarta —salvo excepciones— la extraactividad: retroactividad (aplicación de la ley a hechos anteriores a su vigencia) y ultraactividad (aplicación de la ley a hechos posteriores a su derogación o abrogación).

En cuanto a los códigos de 1871 y 1929, el artículo 2 transitorio del Cp. de 1931 ordena que “deberán continuar aplicándose por los hechos ejecutados, respectivamente, durante su vigencia, a menos que los acusados (vale entender: procesados y sentenciados) manifiesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable, entre el presente código (de 1931) y el que regía en la época de perpetración del delito”.

La prohibición de la retroactividad es el reverso de un principio general con formulación positiva: para ser punible, una conducta debe hallarse previamente proscrita, en forma tal que el individuo, enterado de

la ley preexistente (cuyo conocimiento, en efecto, se presume: artículo 21 del Código Civil, que mencionaré como Cc.), determine su comportamiento: sea para ajustar la conducta a la norma, sea para contrariarla y exponerse a la sanción estipulada.

Este punto se localiza en el primer párrafo del artículo 14 constitucional: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Además, el segundo párrafo de ese artículo, aplicable a todas las jurisdicciones, establece que la privación de bienes se hará “conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Lo que el artículo 14 proscribiera es la aplicación desfavorable. Luego, *a contrario*, es admisible la retroactividad beneficiosa, como adelante mencionaré. Por otro lado, la previsión constitucional se dirige, precisamente, a la aplicación de normas *ex post facto*; sólo admite las *ex ante*. No hay, en cambio, prohibición de expedir normas con pretensión retroactiva. Todo esto posee una doble consecuencia, que se puede expresar con terminología procesal. Rige la *reformatio in melius*, esto es, la alterabilidad de situaciones jurídicas por reformas favorables; y se desecha la *reformatio in pejus*, es decir, la alteración de situaciones jurídicas por cambios perjudiciales.

El hecho de que se vea la retroactividad desfavorable no implica que se dé efecto retroactivo a la ley beneficiosa, cuando ésta no lo quiere. Hay, al respecto, algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Un ejemplo se halla en el artículo 3 transitorio de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Ésta previene una medida favorable para el condenado: la remisión parcial de la pena privativa de libertad. “En todo caso —dice el precepto—, para efectos de la remisión sólo se tendrá en cuenta el tiempo corrido a partir de la fecha en que entren en vigor [las] prevenciones” sustantivas correspondientes, cuya aplicación se sujeta a la existencia de los mencionados consejos.

En cuanto a la eficacia de la nueva ley favorable, la norma general es la aplicación de oficio por las autoridades judiciales (para procesados) o administrativas (para sentenciados que cumplen su condena), en virtud del interés público y de la reorientación de política criminal que apareja la *lex posterior*.

El Cp. previene los efectos de la disminución de pena y de la supresión o modificación del tipo (artículo 56). Si la ley posterior suprime o modifica el tipo, se extinguen, según corresponda, la acción (*rectius*, la pretensión) o la sanción (artículo 117). Se entiende que la modificación del tipo es aquella que acarrea —por eliminación de algún

elemento— la desincriminación de la conducta del inculpado o sentenciado.

#### D. Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es impracticable cuando se supone (un *prejuicio* que alcanza todos los ámbitos del derecho) que ciertos hombres se hallan investidos, por mandato supremo, de calidades que los demás no comparten. Esto ocurrió, inclusive, en las cartas de derechos del régimen medieval cartulario, entre ellas la famosa Carta Magna.

Contra un derecho heterogéneo y fraccionado, traspasado de servidumbres y privilegios (derechos feudal y absolutista, que convivieron), el individualismo humanista afirmó que todos los hombres nacen iguales en derechos. Son iguales ante la ley, lo mismo cuando ésta ordena que cuando faculta o sanciona. Fue, quizás, el mayor mérito de la Declaración del Hombre y el Ciudadano, de 1789. Se ha observado que este instrumento no coloca a la igualdad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión (artículo 2). Se trata, más bien, de un principio que influye o gobierna la atribución y el ejercicio de todos los derechos.

En nuestra C., que no se refiere directamente a la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, ésta se desprende del artículo 1o., cuando establece que “en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución [...]”: igualdad universal; y del artículo 4o., cuando resuelve que “el varón y la mujer son iguales ante la ley [...]”: igualdad entre los sexos. El Cp., que tampoco contiene un pronunciamiento directo sobre igualdad, la adopta implícitamente, en cuanto no hace distinción de personas para fines de incriminación y pena. Empero, hay que tomar en cuenta los puntos que a continuación menciono.

##### a) Fuero militar

En el artículo 13 Constitucional se prohíbe el enjuiciamiento por tribunales especiales y conforme a leyes privativas, y deja subsistente el fuero militar o de guerra. Fue viva la discusión de este precepto en el Constituyente de 1916-1917.

Del régimen común se ha desprendido, como es costumbre, el aplicable a los miembros del ejército. Trátase de militares en activo y en servicio, según indica la jurisprudencia, que incurra en delitos y faltas

contra la disciplina militar. Los comportamientos típicos se encuentran en el Código de Justicia Militar. Este es un ordenamiento sustantivo, pues regula delitos y penas, además de otros extremos de derecho material; jurisdiccional, en cuanto organiza la justicia de su fuero; procesal, dado que rige en el procedimiento averiguatorio y judicial; y ejecutivo, porque contiene prevenciones acerca de la ejecución de penas.

Las características especiales de las fuerzas armadas, que comprenden ejército, aviación militar y marina de guerra, explican y justifican la existencia de un estatuto propio. No es de privilegio, sino de rigor. En el fuero castrense persiste la pena capital, eliminada del derecho ordinario, pero la privación de libertad es menos prolongada en aquél; para delitos militares la prisión extraordinaria puede durar hasta veinte años (artículos 128 y 130 del Cjm.), en tanto que en el régimen común hay prisión hasta por cincuenta años (artículo 25 del Cp).

Es garantía individual del civil o paisano que codelinea con un militar, ser juzgado por la justicia ordinaria (artículo 13 de la Constitución, *in fine*). Esta situación sólo varía por suspensión de garantías, en los términos del artículo 29 Constitucional.

Otras derivaciones del principio de igualdad ante la ley, se encuentran en la proscripción de leyes privativas y de tribunales especiales (*v. infra* 3, C.).

#### b) Inviolabilidad e inmunidad

La igualdad sufre excepción por la inviolabilidad reconocida a ciertas personas y la inmunidad acordada a otras, para preservar el desempeño de las funciones públicas del inviolable y del inmune. La diferencia entre ambas instituciones estriba en que aquélla constituye una verdadera impunidad de derecho sustantivo, al paso que la segunda sólo aparece un obstáculo procesal para el enjuiciamiento ordinario. Se remueve por doble vía: enjuiciamiento previo o antejuicio, cuando la inmunidad es irrenunciable o el inmune es inamovible; o separación del cargo, voluntaria o por disposición del superior.

Son inviolables los senadores y diputados al Congreso de la Unión, “por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas” (artículo 61 Constitucional); los miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en la misma hipótesis (artículo 73, fracción VI, base 3a., quinto párrafo); y los ministros de la Suprema Corte de Justicia cuando resuelvan estableciendo o fijando la interpretación de preceptos constitucionales,

a no ser que actúen por cohecho o de mala fe (artículo 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). Se trata de inviolabilidades relativas, que sólo protegen ciertos actos del impune.

Algunas impunidades (que pudieran resolverse en inmunidades) se reconocen a jefes de Estado y agentes diplomáticos. A estos últimos, bajo el imperio de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, que tiene su correspondencia, para los agentes consulares, en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963.

El título cuarto de la Constitución, renovado en 1982-1983, instituye el sistema de enjuiciamiento de ciertos funcionarios (anteriormente llamados “altos funcionarios de la Federación de los estados”). Éste dispone, como veremos (*v. infra*, VIII, 3), diversas responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos. Para los fines de este análisis, interesa tomar en cuenta las responsabilidades política y penal.

La política deriva del *impeachment* anglosajón. Antes de la reforma de 1982, el juicio político se construía sobre los entonces denominados “delitos oficiales”. Ahora se habla de “actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho” (artículo 109, fracción I). La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (en adelante, Lr.), establece esas infracciones. De ellas conoce la Cámara de Diputados como órgano de acusación, y la de Senadores como jurado de sentencia.

La exigencia de responsabilidad penal en contra del inmune se subordina a la declaratoria de procedencia que formule la Cámara de Diputados. Dicha declaratoria priva de inmunidad y permite el curso de la jurisdicción común (artículo 111 de la Constitución).

En cuanto al Ejecutivo Federal, el segundo párrafo del artículo 108 dispone que “el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común”. Algunos autores ven aquí una inviolabilidad relativa: el presidente sería inviolable o impune por cualesquiera delitos en que incurra, salvo la traición a la patria y los graves del orden común. Otros consideran que sólo se trata de inmunidad: durante el encargo presidencial sólo cabe la declaratoria de procedencia por esos ilícitos; al cabo del desempeño, es posible exigir la responsabilidad por otros.

Hay más inmunidades que ameritan referencia, a saber: a) de diversos diplomáticos, funcionarios internacionales y magistrados de la jurisdicción internacoinal (*verbi gratia*, en los términos de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de Bogotá —OEA—, la Convención de Na-

ciones Unidas sobre privilegios e inmunidades de la ONU, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —inmunidad de los integrantes de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— y el Convenio sobre Privilegios de Inmunidades de los Organismos Especiales de la ONU); *b*) en casos de extradición, por lo que respecta a la persecución de delitos no considerados en el otorgamiento de la extradición; *c*) en el enjuiciamiento militar, a propósito del juzgamiento de miembros de fuerzas expedicionarias; *d*) administrativa, conectada con acuerdos superiores de remoción de inmunidad para procesar a integrantes del Ministerio Público y de los Poderes Judiciales; y *e*) en la repatriación de reos (ejecución extraterritorial de sentencias), acerca de ilícitos previamente cometidos en el territorio del Estado ejecutante.

#### *c*) Menores de edad

Los menores de dieciocho años se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del derecho penal. En varias entidades federativas, la edad de ingreso a ese ámbito se fija en dieciséis años; en algún caso, en diecisiete. Adelante haré referencia a esta materia (v. *infra*, VIII, 1).

#### E. Territorialidad

El sistema penal es una proyección de la soberanía. De ahí que su aplicación sea territorial, sin perjuicio de actos de colaboración internacional v. *gr.*, extradición); de persecución directa de ilícitos previstos por el derecho de gentes, independientemente de que el *forum delicti commisi* se halle fuera del territorio nacional; y de persecución de delitos perpetrados asimismo fuera de este territorio, a los que se refieren los artículos 2 a 5 del Cp.

El territorio nacional se define por los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución. Por tratarse de una federación, el territorio —y la territorialidad— penal poseen triple connotación: federal, frente a otras potencias; de los estados de la República, ante la propia Federación y las demás entidades federativas, que son soberanas “en lo que toca a sus regímenes interiores” (artículo 41 de la Constitución); y del Distrito Federal.

Obviamente, se trata de territorios coexistentes, salvo ámbitos atribuidos exclusivamente a la Federación, como las islas, cayos, arrecifes de los mares adyacentes, la plataforma continental, los zócalos subma-

rinos, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio (artículo 48 constitucional).

Para precisar el fuero doméstico de cada estado, se debe tomar en cuenta que “las facultades que no están expresamente concedidas por [la] Constitución [federal] a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados” (artículo 124 de la Constitución). Es el caso en materia penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva (con las variantes que a este último respecto introduce el artículo 18 constitucional, v. *infra*, 4. B.). Efectivamente, el artículo 73 de la Constitución, al definir las atribuciones del Congreso de la Unión, no incluye la regulación penal plena. El Congreso puede “legislar en todo lo relativo al Distrito Federal [...]” (artículo 73, fracción VI) y “definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse” (*idem*, fracción XXI). De ahí que el artículo 18 constitucional prevea: “Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones [...]”.

Lo dicho conduce a precisar cuáles son los delitos “federales”. La identificación se hace en el artículo 51, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a propósito de la competencia de los jueces de distrito en materia penal. En síntesis, hay delito federal cuando el ilícito se halla tipificado en leyes federales; la Federación figura como sujeto pasivo; se trata de materia relacionada con las atribuciones del Congreso de la Unión; el agente es servidor público federal y delinque con motivo de su función; el ofendido es servidor público federal, victimado con motivo de su función; se trata de personas o materias reguladas por tratados internacionales; o se comete el delito en territorio bajo la jurisdicción federal (como la zona costera o las vías generales de comunicación). Vale recordar la fuerza “atractiva” que tiene el fuero federal: conoce del concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen un delito federal y otro común.

El Cp. de 1931 es aplicable “en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales” (artículo 1). El principio de territorialidad que consta en este precepto, se altera en favor de otros, parcial o totalmente, en cuanto el Cp., también es aplicable a delitos en los siguientes supuestos: *a*) iniciados, preparados o cometidos en el extranjero, cuando produzcan efectos, o se pretenda que los tengan, en territorio nacional (artículo 2, fracción I); *b*) cometidos en los consulados mexicanos, o bien, en contra de su personal, si no se juzga a los responsables en el país en que delinquieron (artículo

2, fracción II); *c*) perpetrados en embajadas y legaciones mexicanas (artículo 5, fracción V); *d*) continuos y continuados cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República (artículo 3); *e*) cometidos en territorio extranjero, por un mexicano contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, si el responsable se halla en el territorio de la República, no ha sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y el hecho tiene carácter delictuoso tanto en aquel país como en el nuestro (artículo 4); *f*) cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales (artículo 5, fracción I); *g*) cometidos a bordo de un buque de guerra nacional en puerto o en aguas territoriales de otro país, o bien, a bordo de uno mercante; en este caso, cuando el infractor no ha sido juzgado en la nación a la que pertenezca el puerto (artículo 5, fracción II); *h*) cometidos a bordo de un buque extranjero en puerto nacional o en aguas territoriales mexicanas, si el delito turba la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no son miembros de la tripulación; de lo contrario, se actuará conforme a la reciprocidad (artículo 5, fracción III) e *i*) cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio, en atmósfera o en aguas territoriales mexicanas o extranjeras, en casos análogos a los estipulados para buques (artículo 5, fracción IV).

Como se advierte, en varios casos el delito se ha cometido fuera del territorio nacional (inclusive los perpetrados en embajadas y legaciones, que no son territorio mexicano, aunque los recintos se hallen protegidos frente a la autoridad territorial por normas del derecho de gentes). Por otra parte, sólo en algunos supuestos se descarta la aplicación de la ley mexicana, cuando otra jurisdicción ha conocido los hechos y sentenciado sobre ellos. Considero que el principio *ne bis in idem* (artículo 23 de la Constitución), se extiende a todas las hipótesis, aunque lo silencie el Cp.

#### F. Personalidad de la responsabilidad y la pena

Hoy es común aceptar que la pena se concreta y agota sobre el responsable del delito. Afecta su persona y sus bienes. Esto es natural consecuencia del carácter personal, intransferible, de la responsabilidad penal. Salvo en asuntos civiles (o derivados) nadie responde por el comportamiento delictuoso de otro; sólo por su propia conducta. La pena no es trascendental; no se traslada del culpable al inocente.

Por largo tiempo hubo trascendencia o traslado de la pena a personas diferentes del infractor. De esta suerte, la pena se extendía sobre otras vidas y haciendas, además del honor, en que de algún modo se pro-

longaban la vida, la hacienda y el honor del delincuente. Una especie de herencia o transferencia de la culpa se traducían en herencia o transferencia del castigo. Esto ha desaparecido del derecho moderno, si bien no de los hechos, por el influjo de la “estigmatización”.

En el artículo 22 de la Constitución, se prohíbe las penas trascendentales. Entre éstas se hallan implícitamente, por su naturaleza, todas las que exceden a la persona y bienes del infractor; explícitamente, la multa excesiva y la confiscación de bienes, que difiere del decomiso, aplicable a instrumentos, objetos y productos del delito (artículo 24, inciso 8, 40 y 41 del Cp.). El alcance de la proscripción se pondera en el segundo párrafo del artículo 22 constitucional: no hay confiscación cuando se aplican bienes de una persona, por disposición judicial, para el pago de la responsabilidad civil que resulta del delito, o para cubrir impuestos o multas; tampoco hay confiscación en el decomiso de bienes, en el caso del enriquecimiento ilícito que menciona el artículo 109 de la Constitución.

La tributación está sujeta a principios de proporción y equidad (artículo 31, fracción IV constitucional). Si no se ajusta a ellos, deviene confiscatoria. El “decomiso y privación de propiedad” que se mencionan en el artículo 109, se contraen, por mandato de este precepto, a los bienes cuya procedencia lícita no pueda justificar el servidor público.

En la misma línea va el artículo 10 del Cp.: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”. Esta formulación es insostenible. En rigor, no se trata de trascendencia de la responsabilidad penal, sino de la civil derivada del hecho ilícito. Este figura entre las fuentes de las obligaciones civiles, como lo es la de reparación de daños y perjuicios que causa el delito. Se trata, en esencia, de una obligación civil. Empero, el Cp. entiende que el resarcimiento a cargo del infractor tiene carácter de sanción pecuniaria, como la multa (artículo 29, primer párrafo). Es civil, en cambio, la reparación que deban hacer otras personas (artículo 32).

Las consideraciones formuladas sobre personalidad de la responsabilidad y de la pena, hacen discutible la atribución de ¿responsabilidad? y la conminación de penas para las personas morales.

### G. Humanización de la pena

El desenvolvimiento penal trae consigo la moderación de las penas. Antiguamente se aplicaba, con profusión, la pena capital, de manera

agravada o “exasperada”; su propósito era producir el mayor sufrimiento antes de la muerte. También se echaba mano de otras penas aflictivas sobre el cuerpo: exposición, mutilación, marca, azotes.

La variación de las ideas penales, bajo el influjo del humanismo, transformó a fondo el régimen de penas. Se procuró que la de muerte quedase consumada en un solo acto, sin agregar tormentos (fue, *verbi gratia*, el caso de la guillotina, que sustituyó a la decapitación por hacha o espada). Desaparecieron de la ley otras penas corporales aflictivas. Como sanción principal quedó la privativa de la libertad, vigilada y criticada por el humanitarismo penitenciario. Paralelamente, fue proscrita la tortura, medio para obtener confesiones en el procedimiento inquisitivo. En cambio, se proclamó la regla de la confesión espontánea y se relegó su valor para formar la convicción del juez: de *regina probatorum* a mero indicio.

En el artículo 22 de la Constitución, se prohíbe “las penas de mutilación y de infamia, la marea, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie [...] y cualesquiera otras penas inusitadas [...]”. Se trata de una forma de referirse a las penas crueles, inhumanas o degradantes. México es parte en las convenciones, Mundial y Americana, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El 25 de abril de 1986 fue promulgada la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

### 3. Principios adjetivos

#### A. Necesidad del proceso

Ya mencioné (v. *supra*, 2. A.) que el Estado moderno ha asumido y retiene el *jus puniendi*. Este poder-deber de sancionar pudiera reformularse como potestad y facultad de decir el derecho sobre el comportamiento ilícito (y el estado peligroso, donde se admita) y de readaptar al infractor (o al peligroso). Atenuadas o superadas diversas expresiones de autotutela, surge el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas del ilícito (otra cosa son las sociales, provocadas por aquélla). Se dice, así, que el proceso penal es necesario para la composición del litigio penal.

La historia del derecho constitucional mexicano recoge diferentes medidas autocompositivas explícitas, vinculadas a delitos “privados”. Fue el caso conforme a la Constitución de 1812, en el supuesto de injurias: el alcalde intentaba la conciliación (artículos 282 y 284). En el

mismo sentido: Reglamento Provisional Político de 1822 (artículo 71), Constitución de 1824 (artículo 155), leyes de 1836 (V, artículos 39 y 40), proyecto de reformas de 1840 (artículos 9, fracción XI, y 108), proyecto mayoritario de 1842 (artículos 129 y 130), proyecto unificado del mismo año (artículo 120) y Bases Orgánicas de 1843 (artículos 185 y 186). Era obligatorio intentar la conciliación. En el orden secundario, la conciliación fue considerada por la Ley Lares, de 1853, y la Ley para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común, de 1858. En 1981 se introdujo en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal un artículo 265-bis, que atribuía al Ministerio Público funciones de conciliación. Este precepto fue derogado en 1983.

Ya dijimos que en el artículo 17 constitucional se prohíbe la autojusticia. En tal virtud, “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”. El servicio de los tribunales es gratuito; no hay costas judiciales. Para la materia penal, el concepto del *jus puniendi* estatal y el texto del artículo 17 enlazan con la primera frase del artículo 21 constitucional: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional supedita la privación de bienes a un “juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforma a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

También adelanté algunas consideraciones acerca de los requisitos de procedibilidad confiados a particulares o a funcionarios diversos. Hasta años recientes, se miró con reticencia la querrela, acaso como resultado del concepto rigurosamente público del *jus puniendi* y su desempeño en casos concretos. La querrela (la llamada “mínima”, no la “máxima”, que equivale a acción privada penal) mediatizaba el poder-deber de castigo a cargo del Estado, constituía una reminiscencia de regímenes antiguos y superados, y favorecía la autocomposición al margen del proceso. Todo esto se acentuaba, tomando en cuenta que en los supuestos de persecución por querrela, el ofendido puede otorgar un perdón que determina el cierre del proceso.

Esos argumentos han perdido fuerza. La saturación de trabajo en los órganos de justicia y la necesidad de orientar las “fuerzas punitivas” de la sociedad y del Estado hacia donde son indispensables, llevaron al replanteamiento progresivo de la querrela. Lo mismo ha sucedido, por

razones de alcance social que el Estado debe ponderar, en muchos casos de persecución sujeta a requisito de procedibilidad equivalente.

Son perseguibles por querrela del ofendido: lesiones culposas o imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, fraude de escasa cuantía (cuando se trata de un solo defraudador y el monto de lo defraudado no excede de quinientas veces el salario mínimo), peligro de contagio entre cónyuges, ejercicio indebido del propio derecho, estupro, raptó, adulterio, incumplimiento de deberes de asistencia familiar, difamación y calumnia.

Son perseguibles mediante excitativa, querrela, declaratoria o petición, confiados a un órgano público o funcionario del Estado: delitos en materia de población (Secretaría de Gobernación), delitos fiscales (Secretaría de Hacienda y Crédito Público), enriquecimiento ilícito (Secretaría de la Contraloría General de la Federación), explotación ilegal de aguas nacionales o del subsuelo en zonas vedadas (Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos), infracción de derechos autorales (Secretaría de Educación Pública o persona ofendida por el delito), delitos en el ramo de invenciones y marcas (Secretaría de Comercio y Fomento Industrial), daños culposos a vías de comunicación, o interrupción o deterioro del servicio (Secretaría de Comunicaciones y Transportes o prestador del servicio), ilícitos en la operación de casas de bolsa (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional de Valores), delitos en la operación, actividad o prestación de servicio de banca y crédito, de tareas auxiliares de crédito, de organismos de fianzas y de seguros (Secretaría de Hacienda, previa opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros), falsificación de moneda extranjera, difamación o calumnia contra una nación o gobierno extranjeros, o sus agentes diplomáticos, e injurias y ofensas, bajo el régimen de la Ley de Imprenta, contra funcionarios diversos o contra una nación amiga, su gobierno o sus representantes acreditados en el país.

### B. Principios judiciales: *nulla poena y nemo iudex*

La legalidad penal, expresada en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, tiene correspondencias en la legalidad judicial y procesal. Se resume en los dogmas *nulla poena sine iudicio* y *nemo iudex sine lege*. El principio mencionado en primer término tiene que ver con el carácter necesario del proceso penal, especialmente las prevenciones de los artículos 14, 17 y 21: sólo procede la privación de bienes o derechos

mediante juicio ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; y la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. No obsta la existencia de fenómenos compositivos, ya referidos, que no desembocan en la imposición de pena, sino en la satisfacción de un interés disponible para el particular.

El principio *nulla poena sine iudicio* se acoge, junto a una atribución de competencia, en el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: corresponde a los juzgadores de esta circunscripción conocer de los hechos delictivos, resolver sobre la responsabilidad de los participantes y aplicar a éstos las sanciones pertinentes.

Concierne a la ley la creación de los órganos jurisdiccionales, por establecimiento directo o por determinación del sistema para constituirlos. La Constitución se refiere a los juzgadores federales (artículos 94 y ss.). Con esta base, la materia se detalla en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en los acuerdos de la Suprema Corte, actuando en pleno, que crean circuitos judiciales, tribunales y juzgados (artículo 12, fracciones I a IV de la Lopjf.). Otro tanto se puede decir de los estados, según su fuero doméstico, y del Distrito Federal. A éste son aplicables el artículo 73, fracción VI, base 5a., de la Constitución; la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Distrito Federal (Lotjdf) y los acuerdos del Tribunal Superior, en pleno, que aumentan el número de juzgados (artículo 28, fracción VIII, de la Lotjdf).

La norma sobre tribunales previamente establecidos se refiere al orden jurisdiccional general, más que a la fecha de constitución del tribunal en relación con el momento de inicio del proceso. Es posible —y frecuente— que nuevos juzgados, federales o estatales, asuman el conocimiento de causas radicadas ante otros órganos jurisdiccionales del mismo fuero, aun cuando la comisión del delito fuese anterior a la fundación del nuevo juzgado.

### C. Proscripción de tribunales especiales

Entre los principios judiciales figura, asimismo, la exigencia de que el tribunal tenga atribuciones para conocer de un número previamente indeterminado de casos, bajo cierta hipótesis general —y en la realidad, generalizada; de lo contrario se burlaría la voluntad de la ley—. Esto equivale al carácter normativo general inherente a la ley (y al reglamento).

La oración inicial del artículo 13 constitucional: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”. Si tomamos en cuenta las especies jurisdiccionales: general, especial y excepcional, advertiremos que la Constitución no se refiere precisamente a las jurisdicciones especiales (también denominadas “especializadas”), como son la fiscal, la administrativa, la del trabajo general y burocrático, etcétera.

En rigor, lo que ese precepto suprime son los tribunales *ad hoc*, frecuentes en la historia judicial, como instrumento del despotismo. Se proscriben, pues, las jurisdicciones por comisión, excepcionales o particulares, creadas para el juzgamiento de un asunto o de unos cuantos asuntos determinados. Generalmente se trataba de órganos constituidos *ex post facto*. Empero, esta característica no es indispensable para la calificación de un órgano como excepcional. Basta con que se trate de un tribunal sin competencia genérica, instituido para conocer de un individuo (unos individuos) y de una relación (unas relaciones) determinados.

#### D. Formalidades esenciales del procedimiento

Es indispensable que en el juicio se cumplan las “formalidades esenciales del procedimiento”, mencionadas en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional. Estas formalidades esenciales (otro nombre para designar al “debido proceso legal”: *due proces of law*) implican la suma de actos previstos en la ley (o que la ley debiera prever) para asegurar al justiciable el pleno ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa.

No hay una caracterización legal positiva de las formalidades esenciales. Se puede estimar que tienen esa naturaleza los actos cuya omisión (salvo facultad expresa de modificación) determina la reposición del procedimiento en el proceso penal, o la concesión del amparo, por error *in procedendo*, en el juicio de garantías.

#### E. Independencia judicial

Los principios judiciales mencionados tienen un común denominador: la observancia de la ley y el juicio imparcial. Para que esto ocurra se necesita independencia judicial. La independencia de los tribunales se plantea reiteradamente en la Constitución; así, en los artículos 17, *in fine*, 73, fracción VI, base 5a., segundo párrafo, y 116, fracción III, segundo párrafo. En una de sus vertientes, la independencia judicial es consecuencia directa de la división de poderes. “No podrán reunirse

dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación [...]”, señala el segundo párrafo del artículo 49 constitucional. Empero, la independencia no se resume en aquélla. Es más profunda y compleja. Piénsese en la existencia de órganos materialmente jurisdiccionales encuadrados en el Poder Ejecutivo y, sin embargo, autónomos para la emisión de sus resoluciones. Tómese en cuenta, también, la libertad de juicio de que disponen los juzgadores de nivel inferior con respecto a los superiores en grado (salvo la subordinación a la jurisprudencia obligatoria). Finalmente, considérese —con igual nivel de importancia, por lo menos, que los puntos anteriores— la objetividad e imparcialidad de criterio del juzgador frente a cualesquiera tensiones y pretensiones (de la contraparte o de la opinión pública), y su probada aptitud para el desempeño de la judicatura, que requiere específicos rasgos de personalidad y conocimiento. Si esto no existe, es ilusoria la independencia judicial, como la entiende, desea y necesita el justiciable.

#### F. Ministerio Público

La persecución penal en México se halla encomendada al Ministerio Público. Así se dispone en el artículo 21 de la Constitución, cuando dice: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”.

Salvo aisladas opiniones, esa prevención se interpreta en el sentido de que al Ministerio Público incumben la averiguación previa (instrucción administrativa anterior al proceso) y el ejercicio de la acción penal. En aquélla, el Ministerio Público procurará acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Concluida la averiguación previa, el Ministerio Público, debe resolver acerca del ejercicio de la acción penal, que le está reservado. El control es interno. La decisión definitiva de “no ejercicio de la acción penal” es inimpugnable y tiene, como vimos, los efectos de un sobreseimiento: impide la apertura de nuevas averiguaciones sobre los mismos hechos y en contra de las mismas personas. De ahí la aplicabilidad del *ne bis in idem* en este campo.

La determinación de ejercicio de la acción penal conduce a la apertura del proceso. En éste, el Ministerio Público carece de la función de autoridad que tiene en la averiguación previa; es parte. Se trata, sin duda, de una parte *sui generis*: pública, necesaria, de buena fe y privilegiada. Formula acusación, al través de las “conclusiones”. Dispone

de recursos ordinarios para combatir las resoluciones que causen agravio a los intereses (sociales) que representa, pero no tiene acceso al amparo o a un remedio equivalente (como el recurso de revisión contra el fallo de tribunales de lo contencioso administrativo artículo 104, fracción I-B, de la Constitución). En cambio, el inculpado puede demandar amparo —directo o indirecto, según la resolución que se impugne— y solicitar, en su caso, el reconocimiento de inocencia (artículo 96 Cp).

### G. *Ne bis in idem*

La seguridad jurídica se quebranta cuando existe un número ilimitado o excesivo de instancias para juzgar la controversia; cuando el juzgador se abstiene de emitir sentencia (*non liquet*, inadmisibles a la luz del artículo 17 de la Constitución); y cuando sólo se absuelve de la instancia, no de la causa. Esto mantiene abierta la posibilidad de nuevas persecuciones, porque no existe pronunciamiento de fondo. Igualmente, se niega o menoscaba la seguridad jurídica cuando cabe un nuevo enjuiciamiento en contra de una persona y por los mismos hechos que fueron sujeto y materia de previa resolución firme. A esto se opone el principio *ne bis in idem*.

El artículo 23 de la Constitución, resuelve que “ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

El principio *ne bis in idem* se aplica si existe un pronunciamiento de autoridad que resuelve el fondo. Esto ocurre cuando hay sentencia firme o ejecutoria (pues la meramente definitiva está sujeta a impugnación; empero, no sería posible retirar el caso del proceso abierto, pendiente de segunda instancia, para intentar un nuevo proceso: el vencimiento del plazo para la impugnación trae la firmeza de la sentencia).

Asimismo, hay solución de fondo cuando se ha dictado el sobreseimiento, cuyos efectos son los de una sentencia absolutoria (artículo 304 del Código Federal de Procedimientos Penales, mencionado aquí como Cfpp.). En México no existe el sobreseimiento provisional, que equivale a una absolución de la instancia. Se tiene solución de fondo, igualmente, cuando el Ministerio Público ha dispuesto el “no ejercicio de la acción penal”, contra el que no procede recurso alguno (artículo 133 del Cfpp); es vinculante para el Ministerio Público, que no podrá reabrir la averiguación ni, por ende, ejercitar acción penal.

## H. Presunción de inocencia

En diversos instrumentos internacionales o nacionales, foráneos, se recoge el principio liberal que presume la inocencia de todas las personas hasta que se demuestre y declare su culpabilidad. Esto significa: hasta que exista sentencia condenatoria firme, en su caso, pues sólo ella es título legal irrefutable para asegurar la responsabilidad penal.

En nuestra Constitución no figura esa presunción *juris tantum*, como tampoco en el Cp. ni en los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal. Se halla, en cambio, en el artículo 36 del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, del 14 de agosto de 1979: “El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos”.

Hay que considerar, empero, que tanto el ejercicio de la acción penal como la orden de aprehensión del inculcado (artículo 16 constitucional) y el auto de formal prisión o procesamiento (artículo 19 constitucional), parten de un supuesto —una presunción— de otro signo: la probable responsabilidad. En las normas secundarias y en las actuaciones acostumbradas, se alude al inculcado como “presuntamente responsable”. Aun si no fuera así, la presunción de inocencia queda negada por el agobiante aparato de las medidas cautelares del procedimiento penal, especialmente la prisión preventiva. Esta implica la privación de un derecho, así sea temporal y precautoria.

## 4. Principios ejecutivos

### A. Legalidad

Hubo largo e importante desarrollo de la legalidad penal sustantiva y procesal-judicial. No aconteció lo mismo con la “legalidad ejecutiva”, pese a que ésta constituye un natural desenvolvimiento del apotegma *nulla poena sine lege*, no ya sólo para la fijación de la pena, sino además para su ejecución. El acierto o el desacierto en la etapa ejecutiva, califican el éxito de la función punitiva en su conjunto. La falta de normas adecuadas y suficientes en el terreno administrativo-ejecutivo, hizo del penado, como se ha dicho, “cosa de la administración”.

Las constituciones, primero, y las declaraciones y los pactos internacionales, más tarde, recibieron normas de ejecución penal —sobre todo en el capítulo penitenciario—. Fueron luego desarrolladas en un

verdadero derecho penitenciario, con diversos peldaños de regulación: leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos. En el plano internacional han sido beneficiosos las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955).

En México, el régimen de ejecución penal se incorporó en preceptos de los códigos penales y de procedimientos penales, y en unos cuantos reglamentos carcelarios. La primera ley de ejecución de sanciones privativas de la libertad, en la época reciente, se expidió en Veracruz. Seguirían las del Estado de México, en 1966; Puebla, en 1968, y Sinaloa, en 1971. Para el ámbito federal y del Distrito fueron elaborados varios proyectos. Finalmente, el vacío se resolvió con la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971. A ella seguiría el citado Reglamento de Reclusorio del Distrito Federal, de 1979. Adelante me referiré al régimen que estatuye la Lnm (v. *infra*, V, 2. E.).

### B. Redaptación social

Se sabe cuáles son las finalidades declaradas de la pena (resultado de una idea social acerca del delito, el delincuente y la sanción) y cuál es su naturaleza, desde el punto de vista rigurosamente jurídico, como consecuencia de la violación de una norma (supuesto jurídico). La pena es siempre retribución o correspondencia: reparación ideal del orden quebrantado por el delito. Además —considerada psicológica y sociológicamente— puede tener finalidades de expiación y ejemplo; en éste residen la “prevención general” y el carácter disuasivo de la punición. La decadencia de la pena de muerte y el auge de la privativa de la libertad ponen en relieve otro propósito de la pena, que desde hace tiempo domina la doctrina y la ley: readaptación social. Con pena de muerte se pueden lograr los otros objetivos de la sanción penal, pero no, evidentemente la readaptación. Con la prisión, en cambio, se puede intentar éste, sin abandono de los otros.

El concepto mismo de readaptación social es polémico, como es paradójico que se quiera preparar para la libertad en reclusión. Hay otras expresiones utilizadas: rehabilitación (que deriva de la idea de que el infractor es un inválido o minusválido social), “repersonalización”, reincidencia, regeneración, recuperación, etcétera. La readaptación social implica, por definición, un cambio, una nueva adaptación. Se convierte

en una especie de “medicina del espíritu” y factor de conciliación (axiológica o sólo conductual) entre la sociedad y el infractor. A mi juicio, la readaptación no es sinónimo de “conversión”; sólo se pretende que el individuo pueda conformar su conducta al orden jurídico vigente.

En la Constitución, la materia está regida por el artículo 18 reformado en dos ocasiones. Originalmente, ese artículo sostenía el principio de territorialidad ejecutiva y proponía como fin de la pena la “regeneración” del reo. Desde la reforma de 1964-1965, pasó a referirse a la “readaptación social” sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Aun cuando esta norma se halla en un precepto que aborda, sobre todo, el tema de la prisión, es posible sostener —pues aquella se refiere al “sistema penal” y no solamente al “sistema de reclusorios”— que su *desideratum* readaptador se proyecta a todo el régimen de las penas. Esta interpretación se halla implícita en nuestro derecho penal y penitenciario; asimismo, en el procedimiento judicial, como una de las piezas a considerar para la selección de pena, a través del arbitrio, hecho que se acentúa en la “prognosis” conectada a la condena condicional (artículos 51, 52 y 90, fracción I, inciso c) del Cp.), y a otros sustitutos y correctivos de la prisión.

El artículo 2 de la Lnm. (y con él otros ordenamientos locales en los que ha influido) recoge la disposición constitucional: “El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”.

Tanto la reforma de 1964-1965, como la de 1976-1977, dieron prevalencia al principio de readaptación social sobre el de territorialidad en la ejecución de penas. En efecto, aquella —que recordó previas propuestas en el Constituyente de 1917— facultó a la Federación y a los gobiernos de los estados para celebrar “convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal” (tercer párrafo).

Más lejos fue el actual párrafo quinto y final del artículo 18, que proviene de la reforma de 1976-1977. Introdujo —por primera vez en el continente americano— el régimen de ejecución de la pena en el país de origen o residencia del penado, y no ya, por fuerza, en el de comisión del delito y juzgamiento y condena, según ha sido tradicional. Para esta “repatriación de sentenciados” se requiere la voluntad favorable de los estados de sentencia y de ejecución, además del “consentimiento expreso” del reo.

Con apoyo en ese mandamiento, México ha celebrado convenios bilaterales con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice y España.

### III. LA LEY PENAL

#### 1. Fuentes

##### A. Norma legal

Al ocuparme de los principios penales fundamentales me referí al dogma de estricta legalidad. Este restringe el ámbito de las fuentes del derecho penal, en contraste con otras ramas jurídicas. La fuente formal es el proceso de creación de normas. Tiene que ver, pues, con una instancia reguladora y con un procedimiento de regulación. El resultado es la norma penal. Así, es fuente el proceso legislativo, no la ley que es su resultado. Igualmente, fuentes son los procesos reglamentario convencional (internacional), jurisprudencial, etcétera.

En el orden penal, los tipos y las sanciones se encuentran en preceptos que tienen rango de ley. Esto lleva a diversas consideraciones. Por una parte, ¿a qué se puede llamar ley, en el sentido deseado por el penalismo liberal? Si éste pretendía contener el arbitrio del juzgador, jamás se propuso mudarlo por otro arbitrio tiránico. Por ello, la idea de ley —o bien, el ideal de ley— apareja un fundamento democrático y respetuoso del ser humano: voluntad popular encaminada al alcance de objetivos plausibles. Esto es: no sólo derecho, formalmente, sino siempre derecho, justo materialmente.

Bajo otra perspectiva, el artículo 133 de la Constitución puntualiza: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Tal es el núcleo normativo de más elevado rango para la tipificación y la punición. En diversos niveles se hallan otras leyes, a saber: las expedidas por el Congreso de la Unión, a las que no se atribuye el carácter de emanadas de la Constitución (pero fundadas en ésta y consecuentes con ella, obviamente) y las expedidas por los estados.

Sólo excepcionalmente fija la Constitución los elementos de un tipo penal; por otra parte, contiene referencias a delitos que pueden figurar en disposiciones ordinarias. De lo primero son ejemplos los tres párrafos iniciales de la fracción XVIII del artículo 107, sobre privación

ilegal de libertad; también el tercer párrafo de la fracción III del artículo 109, acerca de enriquecimiento ilícito de servidores públicos. De lo segundo, la referencia a conductas delictuosas, sin anticipación de sus elementos típicos, lo son el artículo 22, que proscribía la pena de muerte por delitos políticos y la permite en los casos de traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, homicidio con tres calificativas, incendio (¿delito contra las personas con ese medio comisivo?), plagio, asalto en caminos, piratería y delitos “graves” del orden militar; y el artículo 108, segundo párrafo, acerca de la responsabilidad exigible al Ejecutivo durante el tiempo de su encargo, que se contrae a traición a la patria y delitos “graves” del orden común.

Antes (v. *supra*, I) examiné brevemente la evolución legislativa penal en México. Para el Distrito Federal y la Federación rige el Cp. de 1931, reformado en diversas oportunidades y cuya moderna factura se debe, sobre todo, a las reformas introducidas en 1983 y en algunos años posteriores.

El Cp. contiene las figuras de los delitos tradicionalmente considerados como principales. Tutelan bienes básicos del individuo o del grupo humano: familia, nación, humanidad. En lo que respecta a aquél: paz y seguridad, vida e integridad, honor, libertad y seguridad sexuales, y patrimonio.

El desarrollo social tiene dos proyecciones legislativas en este ámbito: incorporación de nuevos tipos al Cp. (como ha ocurrido, *verbi gratia*, en los delitos cometidos por servidores públicos y en los ilícitos contra la salud pública y las personas en su patrimonio); y adopción de un “capítulo penal” en los ordenamientos especializados. Esta opción suele prevalecer. Es razonable, a condición de que se respete la estructura del régimen penal —que se asienta en el Cp.— y de que las figuras se elaboren conforme a la técnica del derecho penal. En efecto, se trata precisamente de normas “penales”, aunque se localicen en otros ordenamientos.

El artículo 6 del Cp., se refiere a delitos no previstos en éste, sino en leyes especiales o en tratados internacionales. Entonces “se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del (Código penal) y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo”. La parte general del derecho penal, que lo es del Cp., gobierna la aplicación de todas las normas especiales. Es impropio que un ordenamiento especial incluya una “parte general del derecho penal”, como lo hace el Código Fiscal de la Federación.

Numerosos ordenamientos federales contienen figuras delictivas. Según la ordenación de delitos elaborada por la Procuraduría General de la República, aquéllos son: Ley Federal de Aguas (artículos 180 a 182), Ley del Ahorro Escolar (artículos 14 y 15), Ley de Amparo (artículos 199 a 202, 204 a 209 y 211), Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (artículos 81 a 87), Ley General de Bienes Nacionales (artículos 96 y 97), Ley Federal de Caza (artículo 30), Decreto de reformas al Cp., del 2 de julio de 1926, en materia de culto religioso y disciplina externa (vigente bajo el artículo 3 transitorio del Cp., artículos 6, 8 a 10, 21 y 25), Código de Comercio (artículos 27 y 695), Ley Federal de Derechos de Autor (artículos 135 a 141), Ley que establece el régimen de exportación del oro (artículo 2), Código Fiscal de la Federación (artículos 96, 102 y 105 a 115), Ley Forestal (artículo 89), Ley de Imprenta (artículos 1 a 3 y 31 a 33), Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (artículos 89 a 91), Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (artículos 23, 38, 45 y 96 a 100), Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículos 3, 4, 60 y 112 bis 1 a 112 bis 6), Ley General de Instituciones de Seguros (artículos 3 y 141 a 146), Ley del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores (artículos 57 y 58), Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al servicio del Estado (artículo 193), Ley de Invenciones y Marcas (artículo 211), Ley para Promover la Inversión Extranjera (artículo 31), Ley Federal de Juegos y Sorteos (artículos 12 y 13), Ley del Mercado de Valores (artículo 52), Ley que reformó diversos artículos de la Ley Monetaria (de 1935; artículos 2 a 4, 6 y 7 transitorios), Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (artículos 47 a 53), Ley que modifica a la que autorizó a la Secretaría de Hacienda para la fundación de una sociedad financiera, y que crea la Nacional Financiera, S. A. (de 1934; artículo séptimo), Ley de Nacionalidad y Naturalización (artículos 36 a 41), Ley de Navegación y Comercio Marítimos (artículos 72 y 73 y 81), Código Federal Electoral (artículos 340 a 347), Ley Federal para el Fomento de la Pesca (artículo 78 bis), Ley General de Población (artículos 98 a 104, 107, 118 y 119), Código Federal de Procedimientos Penales (artículos 76 y 77), Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (artículos 93 a 99, 102 a 107 y 110), Ley Federal de Radio y Televisión (artículo 102), Ley Federal de Reforma Agraria (artículos 460, 462 a 467, 469 y 470), Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia minera (artículos 106 y 107), Ley reglamentaria del artículo 119 constitucio-

nal (artículos 28, 30, 31, 33 y 34), Ley reglamentaria del artículo 130 constitucional (artículo 5), Ley que declara reservas minerales nacionales los yacimientos de diversas sustancias de las que se obtienen isótopos hendibles que pueden producir energía nuclear (artículos 10 y 12 a 14), Ley General de Salud (artículos 455 a 469), Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos Mexicanos (artículos 164 a 168), Ley del Servicio Militar Obligatorio (artículos 50, 51 y 53 a 60), Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 1), Ley Federal del Trabajo (artículos 1004 a 1006) y Ley de Vías Generales de Comunicación (artículos 528, 531 a 533, 535, 536, 543 a 546, 550, 552, 559 a 561, 565 a 578 y 580 a 586).

### B. Normas internacionales

Hay debate, en el que no entraremos aquí, sobre el concepto de derecho penal internacional. Las normas del *ius gentium* contribuyen a integrar el orden punitivo, cuando han sido recibidas por el derecho interno (suscripción, ratificación, aprobación por el Senado, promulgación por el Ejecutivo), al que aportan tipos y otros puntos relevantes. Los jueces de cada estado deben sujetarse directamente a los mandamientos de los tratados (como de la Constitución y de las leyes federales emanadas de ella), “a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados” (artículo 133 de la Constitución, *in fine*).

Existen numerosos tratados internacionales que interesan a la materia penal. Algunos refuerzan los derechos públicos subjetivos, cosa que no acontece con las declaraciones —aunque hay opiniones en otro sentido—: *verbi gratia*, la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del mismo año .A éstas se asigna valor político y moral, pero no la vinculante característica del imperativo jurídico. La tienen los tratados que derivan de las declaraciones, como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969.

En otros casos, los convenios internacionales fijan obligaciones para los Estados, que influyen sobre la formulación de tipos, como la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1961, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971. Algunos instrumentos, de trascendencia más procesal que penal, contienen prevenciones que limitan, por inmunidad, el despliegue de la jurisdicción represiva: Convención sobre

Relaciones Diplomáticas, de 1961, y Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ambas suscritas en Viena.

Todos los tratados internacionales significan un sistema de colaboración entre Estados. Algunos se concentran en ese propósito, para la investigación de delitos, o para el enjuiciamiento y la ejecución de condenas.

Aquí interesan los tratados de extradición, típico acto de auxilio jurisdiccional. México es parte en la Convención de Montevideo, de 1933, y ha suscrito varios instrumentos bilaterales de esta materia. Es ordenamiento supletorio la Ley de Extradición Internacional, de 1975. También corresponde mencionar la cuestión del asilo, territorial y diplomático, de signo contrario a la extradición: no-colaboración, porque se brinda refugio al perseguido por la autoridad de otro país.

Sobre asistencia bilateral en procedimientos penales, se debe citar el tratado entre México y España, que también abarca la extradición; y el convenio para asistencia recíproca en procedimientos penales, entre México y Estados Unidos, de 1987.

En cuanto a ejecución, se ha afianzado el régimen de repatriación de reos para ejecución extraterritorial de sanciones, fundado en el último párrafo del artículo 18 Constitucional, y contenido en los tratados (v. *supra* II, 4.B.) con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice y España.

Un reciente mandamiento acota explícitamente el alcance de la “colaboración” internacional: el último párrafo del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, incorporado en 1987. Ese artículo establece la competencia de la Procuraduría para el cumplimiento de leyes, acuerdos y tratados de alcance internacional. El párrafo agregado significa una “cláusula de reserva soberana”. Especifica que cualesquiera apoyos o colaboración para ejecutar programas de carácter internacional, debidamente autorizados (se entiende que por los órganos y mediante los procedimientos que nuestro derecho dispone), se entienden “con reserva sobre evaluaciones o medidas que excedan la naturaleza de los programas, otorguen autoridad a personas o entidades extranjeras en territorio mexicano, o involucren consecuencias en materias ajenas al ámbito específico que cubre el programa respectivo”. Se añade: “Esta reserva se consignará en los instrumentos que fijen las bases de dichos programas”.

### C. Normas en el sistema de contravenciones

Hay debate sobre el emplazamiento —leyes o reglamentos— del derecho penal administrativo, entendido como régimen de faltas o contravenciones. La discusión no se ha planteado sólo en México. Los antiguos códigos penales comprendieron crímenes, delitos y contravenciones.

En México dominó el sistema reglamentario, estrictamente, a base de reglamentos “autónomos”, con apoyo en una interpretación del artículo 21 constitucional que indica: “Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas [...]” (antes de la reforma de 1982, hasta por quince días).

La prevención se conserva, pero varió su interpretación para permitir que un ordenamiento legal incorpore la organización de los juzgados de faltas, el procedimiento y las sanciones. Al reglamento “autónomo” corresponde la definición de las infracciones. Por ello se expidió la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, de 1983. Actualmente, la función reglamentaria en este punto incumbe a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (artículos 73, fracción VI, base 3a., A, de la C., y 7, fracción VII, de la Ley Orgánica de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, de 1987).

En las entidades federativas también hay dos niveles de regulación: legal y reglamentario. Los ayuntamientos poseen “facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y buen gobierno [...]” (artículo 116, fracción II, de la C.).

### D. Norma legal en el sistema militar

Del artículo 13 constitucional deriva el Código de Justicia Militar, de 1933 (que citaré como Cjm.). Abarca las materias sustantiva, adjetiva, orgánica y ejecutiva; establece los delitos contra la disciplina militar: tanto los previstos directamente en este código, como los comunes o federales, según los códigos respectivos, cometidos por militares en las siguientes circunstancias: al estar en servicio o con motivo de actos del mismo; en buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, cuando en consecuencia se produzca desorden o tumulto en la tropa que esté en el sitio en que se delinquirió, o se interrumpa o perjudique el servicio militar; en territorio declarado en estado de sitio o

sujeto a la ley marcial; frente a tropa formada o ante la bandera, y en conexión con los delitos definidos por el Cjm.

#### E. Norma y arbitrio en el sistema de menores infractores

En lo que toca a menores infractores, veremos (v. *infra* VIII.1)) que de este sistema *sui generis* ha desaparecido, por ahora, el dogma de la legalidad penal. El artículo 2 de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, de 1973 (en adelante, Lct., que ha guiado la renovación del derecho correccional o tutelar en los estados) previene los supuestos de conducta típica, infracción reglamentaria y estado de peligro.

#### F. Norma jurisprudencial

Es fuente del derecho mexicano el proceso jurisprudencial previsto por la C. (artículo 94, séptimo párrafo) y la Ley de Amparo (La) (artículos 192 a 197-B). La jurisprudencia que establece el Pleno de la Suprema Corte es obligatoria para las Salas de la misma Corte y para todos los tribunales de la República. Para éstos es de forzosa observancia la que establezcan las Salas (artículo 192 de la La.). La jurisprudencia que formen los tribunales colegiados de circuito obliga a los unitarios y a todos los tribunales del circuito (artículo 193).

En consecuencia, es relevante para fines penales la jurisprudencia de esta especialidad que formen el Pleno de la Suprema Corte, la Primera Sala, llamada Sala Penal (artículo 24 Lopjf.), la Sala Auxiliar (artículo 28) y los tribunales colegiados de circuito (de competencia general y, en algunos casos, especializados en materia penal).

Las normas jurisprudenciales, elaboradas a partir de sentencias en amparo directo, no crean tipos y penas; se mantiene el régimen de legalidad estricta. Aquéllas precisan el alcance del mandamiento, interpretándolo.

#### G. Normas particulares: sentencia y resolución administrativa

El proceso desemboca en la creación de una norma individualizada: la sentencia. No se trata, por supuesto, del derecho aplicable a todos, aunque revista efectos *erga omnes*. Es la norma para el caso concreto: la condenatoria afirma la existencia del delito, señala con “certeza legal” al responsable y le impone una sanción. Es el título ejecutivo de la pena

y la medida, reconoce derechos a la víctima y atribuye una nueva situación al penado, titular de obligaciones y derechos.

En el curso de la ejecución aparecen determinaciones que pueden modificar sustancialmente la situación jurídica del ejecutado, sea que introduzcan una variante (como la prelibertad), sea que anticipen, aunque en forma revocable, la conclusión de la medida (libertad preparatoria y remisión). Estos actos complementan o puntualizan, como la ley dispone, el mandamiento punitivo de la sentencia; son su desarrollo en los diversos y accidentados “tiempos” de la ejecución de una pena.

## 2. *Concurrencia de normas aparentemente incompatibles entre sí*

Puede ocurrir que una conducta delictosa se halle prevista por diferentes normas penales. A esto se denomina “concurrencia de normas (aparentemente) incompatibles entre sí”. Es necesario precisar la disposición aplicable al caso concreto con exclusión de otras. Para ello existen diversos principios: especialidad, consunción o absorción, subsidiariedad y mayor gravedad.

Hasta la reforma de 1984, el Cp. optaba por el último principio mencionado. Hoy día, la cuestión se aborda en el artículo 6, que también abarca el tema de las leyes especiales. Se optó por el principio de especialidad, que en concepto de algunos autores comprende suficientemente todos los casos: “Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

## IV. DELITO Y DELINCUENTE

### 1. *Elementos del delito*

#### A. Aspectos positivo y negativo

Varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito) y datos o circunstancias negativas (aspecto negativo del delito). Si aquéllos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible. Puede ocurrir que habiendo delito, se haya extinguido la pretensión punitiva (v. *infra*, VI).

El delito es un fenómeno unitario, que se integra de una vez, no por adición de componentes que acudan sucesivamente. Empero, es pertinente estudiarlo en cada uno de sus elementos, mediante un ejercicio de abs-

tracción. De las teorías que se ocupan en este asunto, la más conocida entre nosotros es la heptatómica, que sostiene la existencia de siete elementos: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. Cada uno de estos datos puede ser eliminado por una circunstancia o causa excluyente.

A continuación me referiré a los aspectos positivo y negativo del delito.

En tanto que el Cp. no contiene una definición del delito que muestre todos sus elementos, tema que concierne a la doctrina, ese ordenamiento —y todos los de su género— regula las excluyentes. El capítulo IV del título primero del Cp. se dedica a las “circunstancias excluyentes de responsabilidad”. Técnicamente, lo que se excluye es más bien la incriminación que la responsabilidad. Hay casos, además, en que ésta permanece con otro carácter: responsabilidad civil que persiste, pese a la declaratoria de irresponsabilidad penal.

El artículo 15 del Cp., sobre esta materia, no cubre todos los supuestos de exclusión del delito. Algunos derivan del sistema general del derecho punitivo: así, *v.gr.*, la falta de tipicidad

### B. Conducta o hecho

El artículo 7 del Cp. caracteriza formalmente al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Se alude a un comportamiento positivo (acto prohibido) y a una conducta negativa (omisión de un acto debido).

La corriente doctrinal mexicana más difundida prefiere referirse a conducta o hecho. Aquélla implica la acción y la omisión, que bastan para que haya delito. La voz “hecho” abarca tanto la conducta como el resultado material que diversos tipos exigen.

Importa precisar la relación entre el comportamiento del agente y el resultado típico, del que dependen la calificación de aquél como delictuoso y las consecuencias punitivas. No hay norma directa sobre causalidad. El tema se examina en tres preceptos del libro segundo, en el capítulo del homicidio: los artículos 303, que indica cuándo debe tenerse como mortal la lesión; 304, que afirma el carácter mortal de la lesión, pese a la comprobación de ciertas circunstancias; y 305, que manifiesta cuándo no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera quien la recibió.

Hay diversas clasificaciones del delito en orden a la conducta. Ya me referí a la acción y a la omisión; agréguese la comisión por omisión. Otra

clasificación relevante, puntualizada en la reforma de 1983, distingue entre delito instantáneo, permanente o continuo, y continuado. Esta distinción tiene efectos en diversos campos: aplicación de la ley mexicana (y, en su caso, de una ley penal local), competencia territorial, aplicación de pena, prescripción, entre otros.

El delito es “instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos” (artículo 7, fracción I); es “permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo” (fracción II), ininterrumpidamente, sin solución de continuidad; y es “continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal” (fracción III).

Antes de la reforma de 1985, la fracción I del artículo 15 del Cp. limitaba la exclusión de conducta al caso de fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*): el sujeto no actúa: otro lo obliga. Ahora existe una fórmula amplia. Se excluye la responsabilidad por “incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarios”. En tal virtud, opera la excluyente cuando la acción o la omisión ocurren sin la voluntad del agente, suprimida por una fuerza exterior insuperable (la *vis absoluta*), o impuesta por un factor interno, incontrolable por la voluntad (movimientos reflejos, actos automáticos, por ejemplo). Lo que importa es la falta de voluntad. Otra cosa es que la voluntad carezca de soporte intelectual o moral (inimputables) o se halle viciada o fuertemente condicionada (inculpabilidad).

### C. Tipicidad

La tipicidad, segundo elemento del delito dentro de la prelación lógica que venimos siguiendo, consiste en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal. La integración del comportamiento en un supuesto de la norma penal, deriva del principio de legalidad, que reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 de la C., e implícitamente el mismo artículo 7 del Cp.

Para la exclusión de tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (atipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.

La dogmática penal establece que el tipo —en sentido amplio— contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espa-

ciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto, todos repercuten sobre el proceso —lógico y judicial— de tipificación, e influyen en la comprobación del cuerpo del delito y la clasificación de los hechos.

#### D. Antijuridicidad

La antijuridicidad o ilicitud significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, “disvalor” de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinada. Existe, pues, una cultura —con sus componentes éticos— que exige cierta conducta: la valora como plausible; y rechaza otra: la califica de “ilícita”, “injusta”, delictiva.

La prevención penal recoge esa contrariedad y la proyecta en la incriminación. La “ilicitud penal” no es la suma de lo ilícito, sino una porción mínima, contra la que es preciso reaccionar con la suprema fuerza de la pena. Recuérdense que el derecho es —se ha dicho— el “*minimum ético exigible*”. El derecho penal es, a su turno, la parte menor —otro *minimum*, ético y jurídico— del derecho: considera las conductas nucleares para la convivencia.

La ilicitud que no está recogida en el tipo es penalmente irrelevante. No es posible sancionar una conducta, por injusta que se le considere, si no aparece en una figura delictiva. El primer párrafo del artículo 2 del Cp. español dispone que en “el caso que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley (un hecho gravemente injusto, pues, pero atípico) se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

Hay factores que legitiman un comportamiento penalmente típico. Son las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, que se hallan estipuladas en la ley: como eximentes específicas, o como referencias que el tipo contiene: “injustamente”, “ilícitamente”, “indebidamente”, etcétera. En contraste con el rechazo a la punición de conductas diferentes de las previstas legalmente, existe un movimiento favorable a las excluyentes “supralegales” de ilicitud; se busca la justificación más allá de la ley, en la cultura, que es su razón.

A este otro punto se refiere el segundo párrafo del artículo 2 del Cp. español. Sin perjuicio de ejecutar la sentencia, el tribunal acudirá al gobierno y expondrá lo que juzgue conveniente, cuando por la rigurosa aplicación de la ley “resultare penada una acción u omisión que, a juicio

del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”.

En el artículo 15 se mencionan las causas que excluyen la antijuridicidad. Diversas escuelas llegan a distintas conclusiones sobre la clasificación de las excluyentes. Me atenderé a criterios comúnmente aceptados. Es útil recordar que la justificación de una conducta se plantea por la carencia de interés (público) en la persecución (principio de la ausencia de interés), o la prevalencia de un interés en caso de conflicto (principio del interés preponderante).

#### a) Consentimiento

El consentimiento se considera causa de licitud o de tipicidad. Si el tipo explícitamente invoca la ausencia de consentimiento para que se integre la conducta punible, hay exclusión de tipicidad; por ejemplo, en el caso de robo, que comete quien se apodera de una cosa ajena y mueble, sin derecho, y “sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley” (artículo 367 del Cp.).

Esa fórmula expone los principios generales sobre el consentimiento como excluyente de incriminación. Para que este efecto se produzca, debe tratarse de bienes jurídicamente disponibles. Habrá que examinar, en cada caso, si es disponible el bien que la ley penal tutela. Es patente, *verbi gratia*, que la vida es un bien indisponible, no porque se castigue el suicidio, sino porque se sanciona a quien priva de la vida a otro, a requerimiento de este mismo: auxilio en el suicidio, que es, en rigor, homicidio (artículo 312). El ejercicio de la libertad sexual excluye el delito de violación (artículo 265), pero en ciertos casos la anuencia del pasivo es irrelevante para el orden penal: así, en la violación impropia, cuando hay “cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse volutariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa” (artículo 266).

Otro punto relevante surge en el artículo 367 del Cp.: el sujeto del consentimiento. Es sujeto activo del consentimiento, porque se pondera su voluntad, pero puede y suele ser sujeto pasivo del delito.

Anteriormente, el Cp. incluía al “perdón y consentimiento del ofendido” entre las causas de extinción de la responsabilidad penal. No distinguía entre uno y otro, pese a tratarse de instituciones diferentes, aunque se hallen comunicadas por la *ratio juris*: la naturaleza del bien y, por ella, la disponibilidad o indisponibilidad. Hoy, el capítulo III del título quinto del libro primero, lleva el rubro: “Perdón del ofendido o legiti-

mado para otorgarlo”. Lo que ahora interesa es la última idea, tomada de la terminología procesal: el legitimado. Es éste, y no necesariamente el titular del bien afectado —el ofendido—, quien puede otorgar o negar el consentimiento relevante para fines de tipicidad o de ilicitud. Recuérdese la frase final del artículo 367: “consentimiento de la persona que pueda disponer de ella (la cosa; más ampliamente: el bien tutelado) con arreglo a la ley”. Ese es el legitimado.

### b) Legítima defensa

Quien se defiende con derecho —de ahí la calificación como “legítima”— no delinque, sino hace uso debido de su propio derecho. A esta excluyente se refiere el artículo 10 de la C., del que es posible extraer una teoría de la defensa lícita, cuando faculta al gobernado para poseer armas “en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa”. Asimismo, es de tomarse en cuenta el artículo 17, que proscribe en forma terminante la autojusticia.

La fracción III del artículo 15 del Cp. describe la defensa lícita. Ésta requiere: que se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho; que la actuación del agente se oriente a la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; que “exista necesidad racional de la defensa empleada”; y que no “medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende”.

En virtud de lo anterior que ciñe la conducta, no hay legítima defensa cuando el agente ejerce una venganza. Tampoco la hay si la agresión —comportamiento que desencadena la defensa lícita— es fantasiosa, o bien, lejana, remota. No la hay si el “agresor” actúa con derecho, como es el caso del funcionario que pretende cumplir una orden de captura. No importa a quién pertenezca el bien que se preserva: propio o ajeno, esto es, son lícitas la autojusticia y la heterojusticia. El medio y la extensión de la defensa han de ser los racionalmente necesarios para rechazar el ataque: en consecuencia, se reprueba la reacción desmedida, innecesaria y desproporcionada con respecto a la agresión.

Por último, no hay justificación en la defensa cuando el agente provocó en forma inmediata y suficiente el ataque; si generó una consecuencia, no debe beneficiarse de su conducta dolosa o imprudente. Otra cosa es cuando la provocación no ha sido suficiente, razonablemente, para acarrear la reacción, ni fue inmediata, sino lejana con respecto al momento en que la reacción se inicia.

Tomando en cuenta circunstancias de la realidad, el legislador, que no redacta una eximente para consideración académica, sino para fines prácticos, ha invertido la carga de la prueba, creando una presunción *juris tantum* de licitud de la conducta, cuando ésta se produzca en circunstancias que revelan, para el juicio de una persona común, la posibilidad de agresión. El segundo párrafo de la fracción III describe la hipótesis, que se resume en dos extremos: el rechazo de quien trata de penetrar sin derecho al lugar donde se encuentran las personas o los bienes que el agente defiende; y la acción contra quien sea encontrado en el interior de ese lugar, en condiciones que permitan suponer una agresión. Cuando se trata de defensa de personas o bienes ajenos, el Cp. habla de que el agente tenga el “deber” de defenderlos; esto, por lo que toca a la presunción.

### c) Estado de necesidad

La fracción IV del artículo 15 concede eficacia excluyente al estado de necesidad. Queda a la doctrina precisar cuándo se trata de una exclusión de ilicitud, y cuándo de culpabilidad. El punto no es irrelevante: la justificación del comportamiento elimina el deber de reparar el daño (salvo que subsista un factor autónomo de ilicitud civil). Se entiende que hay justificación cuando se sacrifica un bien de menor entidad en aras del de mayor jerarquía: *verbi gratia*, el daño patrimonial para preservar la vida. En cambio, hay inculpabilidad cuando se menoscaba o sacrifica un bien de la misma jerarquía jurídica que el favorecido: así, cuando para salvar la propia vida se destruye la vida ajena.

Para que exista la eximente que aquí analizo se requiere que el bien protegido se encuentre bajo peligro real, actual o inminente; que ese peligro no sea causado por el agente, en forma intencional o por grave imprudencia; que aquél no cuente con otro medio practicable y menos perjudicial para salvar el bien que preserva; y que no tenga la obligación de afrontar el peligro.

Varios de esos requisitos son idénticos o muy semejantes a los de la legítima defensa. En cuanto al deber jurídico de afrontar el peligro, vale decir que debe hallarse normativamente previsto. Lo tiene, por ejemplo, el policía: ha de afrontar el peligro que implica un enfrentamiento con delinquentes. Un particular no tiene ese deber y por ello puede invocar en su favor el estado de necesidad.

En el “robo de famélico”, la ley desincrimina un caso específico de estado de necesidad. El artículo 379 dispone, con redacción adecuada

a una excusa absolutoria, que “no se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”. El robo ocurre en estado de necesidad. Si hubiese nuevos apoderamientos para satisfacer la misma necesidad, operaría la excluyente de la fracción IV del artículo 15.

La redacción del artículo 379 exige algunas precisiones. Está claro que la cantidad y calidad de los objetos sustraídos se reducen a lo “estrictamente indispensable”. No lo está, en cambio, la naturaleza de la necesidad personal o familiar cuya satisfacción procura el “famélico”. Sólo se trata de requerimientos insoslayables, como los de subsistencia: alimentarse, curarse, por ejemplo; no así otras necesidades de carácter secundario. Si se da mayor extensión al concepto de necesidad, se verían legitimadas numerosas conductas inadmisibles.

#### d) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

La fracción V del artículo 15 incorpora como excluyente el “obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho”. Se trata, pues, de obligación o facultad en el sentido jurídico: normativamente previstas. El límite de la excluyente está en la necesidad racional del medio empleado. Cumple su deber el policía que para capturar al delincuente, intentándolo lícitamente (*v. gr.*, en flagrancia o con orden de captura), debe golpearlo o herirlo para anular su resistencia. Obra en ejercicio de un derecho el boxeador que golpea (e incluso lesiona; el *knock out* es, por naturaleza, una lesión: alteración en el estado de salud, que se causa deliberadamente) a su adversario. También, el médico que lesiona (la incisión quirúrgica es una lesión: afecta la salud, altera la integridad física) para extraer un tumor y preservar la vida.

#### e) Obediencia debida

Sobre la clasificación de la obediencia jerárquica se dividen los puntos de vista: causa de licitud o excluyente de culpabilidad. La fracción VII dispone la exclusión de responsabilidad penal por “obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía”.

Es preciso, entonces, que haya una relación de mando entre quien ordena y quien recibe y ejecuta la orden, y que esa relación sea legítima: entendemos que lo es cuando el derecho la establece. En cuanto a la notoriedad, no se alude a lo notorio para cualquiera, solamente, sino a lo notorio para el grupo o profesión, o en el medio al que pertenecen quien manda y quien obedece.

La excluyente prevalece si no se prueba que el agente conocía el carácter delictuoso de la conducta que se le ordena realizar (o bien, de la abstención que se le impone). En principio, pues, hay una presunción *juris tantum* de que el agente desconoce la condición delictiva de su comportamiento. Para invalidar la excluyente habrá que probar el conocimiento que la presunción niega. En esta virtud, se hace una excepción al principio de que nadie puede alegar en su beneficio la ignorancia de la ley.

#### f) Impedimento legítimo

Finalmente, por lo que toca a las causas de justificación, la fracción VIII establece: “Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo”. Como se ve, aquí sólo opera la justificación de conductas omisivas. El impedimento ha de ser legítimo; por ello se piensa en una causa legal que impida obrar como la ley penal dispone; sin embargo, la interpretación extensiva, sobre la base de que la norma *minus dixit quam voluit*, llevaría a considerar también, *favor rei*, la existencia de un obstáculo material insalvable, que por este hecho legitima la conducta omisiva: nadie está obligado a lo imposible.

#### E. Imputabilidad

La imputabilidad penal se examina desde varias perspectivas. Es diversa, igualmente, la ubicación que se le asigna en la integración del delito. Hay quienes entienden que se trata de un presupuesto general: subordinación de la persona a la ley penal; capacidad de derecho penal. El inimputable es un incapaz de derecho penal. Desde otro ángulo, se trataría de una capacidad de culpabilidad, de asunción del juicio de reproche. No puede ser culpable quien es inimputable, aunque su conducta sea típica e ilícita.

Al tema de la imputabilidad acuden las más arduas cuestiones del derecho represivo; ante todo, el libre albedrío. La solución, en general

y en cada caso, demanda el concurso de varias disciplinas. La criminología y el derecho penal se comunican particularmente en el tema de la imputabilidad.

Antaño la imputabilidad se zanjó bajo la creencia en el libre albedrío, que permite al hombre la autodeterminación de su comportamiento. En rigor, sería muy difícil o de plano imposible construir el derecho penal sin el fundamento del albedrío. De no haberlo, este orden tendría un sentido diferente y la ejecución de las penas devendría un sistema de reflejos condicionados, o bien, de estímulos y respuestas más o menos inexorables.

Ciertas causas privan al individuo de esa autodeterminación, basada en elementos de conocimiento y apreciación axiológicos, y lo ponen a salvo, por ello, del reproche penal. Viene al caso, señaladamente, la demencia; asimismo, el insuficiente desarrollo característicos de la infancia.

La apreciación de esos factores de inimputabilidad antecedió al estudio científico de las causas de la criminalidad, en general, y del crimen en el caso concreto. Esta atención correspondió al positivismo criminológico, con su desarrollo jurídico. Los positivistas indagaron la etiología del delito, estudiaron la personalidad del delincuente, promovieron el interés por la “peligrosidad”, enfrentada con la medida de seguridad, y dieron a la sanción un contenido terapéutico.

En lugar de la responsabilidad moral, eje del pensamiento clásico, quedó la responsabilidad social. Esta fue acogida por los redactores del Cp. de 1931, secundados por numerosos códigos penales de fecha posterior. La responsabilidad social se resume en una fórmula: todos son responsables por el solo hecho de vivir en sociedad; ninguna conducta queda sustraída al régimen de sanciones. Los actos lesivos o peligrosos acarrearán una reacción defensiva, independientemente de la integridad de la inteligencia y de la capacidad del agente para dirigir (racionalmente) sus actos.

Llevando al extremo la teoría del estado peligroso, sobre todo en su vertiente de peligrosidad sin delito, se desemboca en el derecho penal de autor, opuesto al de conducta. Este sanciona por el comportamiento delictuoso; aquél, por la personalidad.

El artículo 85 del Código penal italiano de Rocco, que influyó profundamente en el penalismo mexicano, resolvió que “nadie puede ser sancionado por un hecho previsto en la ley como delito, si no era imputable al momento de cometerlo”. Establecida la exclusión, el segundo párrafo fija el concepto de imputabilidad. “Es imputable —dice— quien tiene la capacidad de entender y de querer” (*capacita d'intendere e di*

*volere*). Hay que añadir el alcance de las dos nociones: entender el carácter ilícito (antijurídico) del comportamiento, y conducirse conforme a ese entendimiento.

Para efectos normativos, la imputabilidad puede ser definida con fórmula positiva —como la del artículo 85 del Cp. italiano— o negativa; o implícitamente, al través de las excluyentes, como ocurría en el Cp. hasta 1983; o bien, por último, mediante una combinación entre la referencia a la capacidad y la mención de las causas que privan de ella, que es la técnica seguida en el texto vigente del Cp. La fracción II del artículo 15 excluye la responsabilidad por “padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno o desarrollo intelectual retardado” (causas de la incapacidad); han de ser tales “que la impida[n] comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión”; finalmente, una salvedad: “excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente”. Esto último se refiere a las designadas como *acciones liberae in causa*. Existe acción libre en su causa cuando el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad, dolosa o culposamente, y así realiza una conducta ilícita.

Históricamente tuvo importancia la imputabilidad disminuida o condicionada. Es una zona fronteriza, acerca de la que hay intenso debate. Se trataría de medir la capacidad del agente, o, como antes se decía, su discernimiento. El Cp. no se refiere a esas variantes de la imputabilidad. Lo hacen algunos textos locales. El Cp. de Guanajuato habla de imputabilidad disminuida cuando el agente sólo posee “en grado moderado” la capacidad de entender y de querer.

Es largo el camino que ha recorrido el derecho mexicano para llegar a la actual formulación de la inimputabilidad. La primitiva fracción II, que tuvimos en cuenta para la edición anterior de este panorama, aludía a la “inconsciencia de los actos”, determinada por el “empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado texinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio”. Luego, al referirse a las medidas, el artículo 67 hablaba de sordomudos, y el 68, de “locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales”.

Esa vieja terminología ha desaparecido del Cp. Ciertamente, el enunciado de la imputabilidad como capacidad calificada (o de la inimputabilidad como negación de tal capacidad) hace innecesario referir hipótesis o casos. Sin embargo, la reforma de 1983, procurando evitar dudas

o tropiezos en el primer momento de un sistema novedoso, optó por conservar las dos categorías generalmente mencionadas: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. El primer concepto abarca los supuestos de enfermedad mental transitoria y permanente; el segundo, los de ciegos y sordomudos que sean, por ello, incapaces. No incluiré aquí a los menores, cuya inimputabilidad se funda en una ficción, *juris et de jure*, y más bien en una decisión de política social.

El trabajo jurisprudencial y doctrinal permitirán precisar si los conceptos de la fracción II bastan para incluir la personalidad psicopática, que constituye el más inquietante peligro para la seguridad pública. El psicópata no es reconocido siempre como un “enfermo” por la medicina psiquiátrica. Es el “loco moral” de la vieja terminología positivista. No comparte los valores éticos de la comunidad; tampoco puede conducir su conducta en función de una inteligencia ética que no tiene.

#### F. Culpabilidad

La culpabilidad constituye uno de los más complejos problemas del derecho penal. Las caracterizaciones son diversas y afectan la estructura del delito y la ubicación, en ésta, del dolo y la culpa. La concepción psicológica entiende que la culpabilidad estriba en el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho delictuoso. La concepción normativa destaca la contradicción entre la voluntad del agente y la norma jurídica, contrariedad que genera un juicio de reproche. La teoría de la acción finalista retira el dolo y la culpa de la culpabilidad, los ubica en la acción y entiende que aquélla es un mal uso de las facultades del agente.

Aquí rige el principio *nullum crimen sine culpa*. A nadie puede serle atribuido un delito, con las consecuencias respectivas, si no hay culpabilidad de su parte. Se quiere evitar las consecuencias autoritarias que derivarían de una opinión contraria: delito sin culpabilidad.

El régimen tradicional en el Cp., desde el ordenamiento de 1871, distinguía entre delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia (que consistía en “toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional”), y presumía la intención delictuosa, salvo prueba en contrario. Tal fue el controvertido sistema de los artículos 8 y 9 hasta la reforma de 1983.

En la actualidad, existe una clasificación legal de tres grados o formas de la culpabilidad. En efecto, el artículo 8 indica que los delitos pueden ser intencionales, no intencionales y preterintencionales. Se añade, pues, una tercera especie, que ya figuraba en algunos ordenamientos y

que ha sido muy discutida en la doctrina; comprende elementos de dolo y de culpa.

El artículo 9 contiene las definiciones. “Obra intencionalmente —dice el primer párrafo— el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley”. El segundo párrafo define la conducta culposa, llamada imprudente o no intencional por el Cp.: “Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.” El tercer párrafo se ocupa en la preterintención: “Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.”

Como se dijo, hay en el último caso datos de dolo y de culpa, que ameritan un tratamiento jurídico-positivo especial. El agente desencadena su conducta dolosamente; quiere causar un mal; se propone o acepta un resultado típico. Empero, el comportamiento produce consecuencias que no deseaba. El ejemplo más citado es el de quien busca golpear; el destinatario del golpe cae y se fractura el cráneo; el autor, entonces, ya no responde por los golpes o las lesiones que se propuso inferir, sino por el homicidio que no quiso causar. Sería excesivo castigarlo por homicidio doloso, y demasiado benévolo, por homicidio imprudencial.

En términos generales, la medida de la culpa es la medida de la pena; esto así, en los términos de la ley misma, que inicia el proceso de individualización según las formas de culpabilidad; luego el juzgador ejercerá su arbitrio para avanzar en ese proceso hasta decidir la sanción en el caso concreto.

Las sanciones previstas en el libro segundo del Cp. son las aplicables en caso de dolo o intención delictuosa. Tal es la regla. En cambio, hay penas especiales para la culpa o imprudencia y la preterintención.

El artículo 60 del Cp. sanciona los delitos imprudenciales con prisión de entre tres días y cinco años, y suspensión hasta de dos años o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Se complementa esa norma con las previsiones del 61; salvo en lo que toca a la reparación del daño, las penas por delito de imprudencia “no excederán de las tres cuartas partes de las que corresponderían si el delito de que se trata fuere intencional”; y cuando al delito intencional “corresponda sanción alternativa que incluya una pena no corporal, aprovechará esa situación al delincuente por imprudencia”.

Estas disposiciones no son aplicables en caso de homicidio de dos o más personas, causado con motivo del servicio de transporte, por

imprudencia grave. Aquí la pena es de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza (segunda parte del primer párrafo del artículo 60).

El propio artículo 60 contiene reglas para ponderar la gravedad de la imprudencia (además de las generales del artículo 52); empero, la calificación de la gravedad “queda al prudente arbitrio del juez”.

Por lo que toca a la preterintención, “el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional” (fracción VI de la parte final del artículo 60). Esta fracción está incluida entre las normas para apreciar la gravedad de la imprudencia; pero como se indica que el juez “podrá” reducir, cabe entender que también podría abstenerse, y aplicar, en consecuencia, toda la pena que corresponda al delito intencional.

#### a) No exigibilidad de otra conducta

Varias fracciones del artículo 15 se refieren a excluyentes de culpabilidad. Las diferencias de escuela pueden llevar a conclusiones diferentes.

Ya señalé que la fracción IV regula el estado de necesidad. Es común entender que el sacrificio de un bien de menor jerarquía en aras de otro superior, implica exclusión de ilicitud. Si la colisión ocurre entre bienes de igual jerarquía, quien sacrifica el ajeno se ampara en una causa de inculpabilidad. En efecto, no puede serle exigida otra conducta. La ley impone deberes a hombres comunes. No pretende la conducta heroica, ni la generosidad completa, que habría si alguien sacrifica su propio bien en favor de un bien ajeno de igual o menor valía. El desarrollo de la excluyente de estado de necesidad lleva a un concepto más amplio —que está en el núcleo de esa eximente—: la no exigibilidad de otra conducta. Ésta puede ser la fórmula para la eximente del porvenir. Ahora bien, la no exigibilidad abarca, en esencia, tanto este caso de necesidad como otras excluyentes.

La excluyente no beneficia a quien tiene el deber jurídico de afrontar el peligro.

#### b) Miedo grave y temor fundado

La fracción VI del artículo 15 excluye de responsabilidad penal a quien obra “en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de

un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente”. Se suele identificar el miedo (al que algunos consideran excluyente de imputabilidad, y que lo sería si priva al agente de capacidad de entender y de querer: trastorno mental transitorio) como perturbación psicológica profunda, ajena a la realidad de la amenaza, que puede ser ilusoria. En cambio, el temor se vincula a una causa concreta y efectiva: debe ser “fundado”.

El mal inminente y grave que se teme puede referirse a bienes jurídicos propios o ajenos; tampoco se contrae a la persona del infractor, como antes se decía. A este punto llegan limitantes características de la legítima defensa y el estado de necesidad, aplicables —*eadem ratio*— al miedo grave y al temor fundado, a saber: que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

#### c) Caso fortuito

En el caso fortuito está, como se acostumbra decir, el límite de la culpabilidad. Conforme a su denominación, lo “fortuito” es atribuible a la fortuna, no al individuo, en lo que respecta a entidad y consecuencias penales. A esto se refiere la fracción X del artículo 15: “Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas”.

#### d) Error

El error esencial sobre los hechos y la errónea suposición de que existe una causa de licitud, suprimen la culpabilidad y excluyen la responsabilidad penal, cuando el error es invencible o insuperable; esto descarta, además del dolo, la culpa: si el agente hubiese podido salir de su error, razonablemente, no operaría la eximente.

La fracción XI aborda la materia como sigue: “Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta”. El segundo párrafo de la fracción añade, reiterativo: “No se excluye la responsabilidad si el error es vencible”. Así se comprende como excluyentes tanto al llamado error “de tipo” (sobre alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal), como al denominado error “de permisión”

o “de licitud”, o bien, “eximente putativa”, pues se cree de buena fe que la conducta está justificada.

No concluye aquí el tratamiento del error en el Cp. También desde la reforma de 1983 se ha ocupado en el *error juris*, para deducir las consecuencias que exige la equidad. Es bien sabido el principio (contenido en el Código civil, con moderaciones derivadas de la corriente social del derecho) que afirma: *nemo jus ignorare consetur, ignorantia legis neminem excusat*. Aplicada la regla con todo rigor —*summum jus, summa injuria*— a nadie beneficiaría su ignorancia o su error. Fuera de los casos de la fracción XI del artículo 15, el error sería penalmente irrelevante, salvo para individualización de la pena.

Lo anterior no es consecuente con la realidad. Por ello, el Cp. incorpora el error de prohibición, forma del *error juris*, con efectos apreciablemente moderados (racionalizadores) de la pena, aunque no con eficacia excluyente de responsabilidad. Previene el artículo 59 bis que “cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o de alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso”.

Vale comparar con el progresista artículo 21 del Cc., en el que se halla un precedente importante. Este toma en cuenta “el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica”. En estos casos, el juez podrá, si está de acuerdo el Ministerio Público, “eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público”.

### G. Condiciones objetivas de punibilidad

No es lo mismo condición objetiva de punibilidad que requisito de procedibilidad. Aquél corresponde al derecho sustantivo; éste, al derecho procesal. Si falta la condición objetiva de punibilidad, la conducta ilícita no será sancionada. Si se carece del requisito de procedibilidad, no habrá proceso; pero una vez satisfecho el requisito, se tendrá vía libre para la persecución.

En ciertos casos la punición se supedita a la existencia de determinadas condiciones, consignadas en los tipos o de alcance general, como

aquella a la que se refiere la fracción III del artículo 4 cuando exige para sancionar a quien delinquirió en el extranjero, “que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República” (identidad de la norma).

Carrancá y Trujillo fija un elemento de excusas absolutorias, que en síntesis indica:

a) En razón de los móviles afectivos revelados: ocultamiento o impedimento de la acción de la justicia (artículos 400, parte final, y 280, fracción II), evasión de presos (artículo 151) y desobediencia de particulares (artículos 179 del Cp., 191 y 192 del Cppdf, y 242 y 243 del Cfpp).

b) En razón de la copropiedad familiar (anteriormente, artículo 377 del Cp., hoy derogado; el tratamiento con excusa absoluta fue sustituido por el régimen de querrela: artículo 399 bis).

c) En razón de la patria potestad o la tutela: golpes y lesiones leves en ejercicio del derecho civil-familiar de corregir (anteriormente, artículos 347 y 294, respectivamente; ambos han sido derogados).

d) En razón de la maternidad consciente: aborto causado sólo por imprudencia (culpa) de la madre o cuando el embarazo sea resultado de una violación (artículo 333).

e) En razón del interés social preponderante: abstención de revelación de secretos (según la derogada parte final de la fracción VI del artículo 400).

f) En casos de injurias, difamación y calumnias (se ha suprimido el delito de injurias; en cuanto a los otros, artículos 351, 352, 354 y 357).

g) En razón de la temibilidad específicamente mínima revelada: robo de escasa cuantía (artículo 375) e injurias recíprocas (artículo 349, derogado).

## H. Punibilidad

La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma *nulla poena sine lege*, consignado en el artículo 14 Constitucional e implícitamente en el artículo 7 del Cp. El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio *nullum crimen sine poena*.

## I. Exceso

Quien actúa al amparo de una excluyente (si se trata de exclusión de la conducta, el sujeto ni siquiera actúa), queda al margen de la responsabilidad penal. El que se conduce fuera de las hipótesis de exclusión responde plenamente de sus actos, según el desarrollo de su comportamiento en el *iter criminis* y otros datos que influyen en la punición: concurso, reincidencia, etcétera. Pero puede ocurrir que haya exceso de una excluyente. Recuérdese que el agente debe contener su conducta en el límite de la acción razonable. Por ello, no se puede prescindir de pena cuando hay exceso, pero tampoco se puede desconocer que el comportamiento es lícito, en principio y conforme a su naturaleza.

El exceso en las excluyentes de ilicitud: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y obediencia jerárquica debida (fracciones III, IV, V y VII del artículo 15), se sanciona con la pena que corresponda al delincuente culposo (artículo 16): de tres días a cinco años de prisión y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio (artículo 60).

## 2. El delincuente. Autoría y participación

### A. Responsable de los delitos

Ahora me referiré al delincuente: quien interviene en el delito, bajo las categorías de la autoría y la participación delictuosa. En el periodo clásico, que va del final del siglo XVIII —en que se acuñan los grandes principios liberales— hasta la segunda mitad del siglo XIX —en que aparece el positivismo criminológico—, el acento se pone sobre el delito como entidad jurídica. Esta preocupación sirve a la causa del hombre. Lo que viene al caso es construir la teoría del delito sobre los dogmas del humanismo.

Establecida la naturaleza jurídica del delito, ganada la batalla política contra el absolutismo, aseguradas las garantías para la imposición de la pena —tanto las materiales como las adjetivas—, llega el momento del énfasis sobre el delincuente. La naciente criminología tuvo a su cargo inquirir acerca de los factores causales del delito, como hecho natural, y precisar la personalidad delincuente. En este propósito se arriba a tesis hoy superadas —o matizadas—, como la del criminal

“nato”; pero en todo caso se ganó en la afirmación de la complejidad humana: mucho más que simple albedrío. Así se alzaría, con realismo, la teoría del delincuente y se establecerían los fines y las posibilidades de la pena.

El capítulo III del título primero del libro primero del Cp. lleva el rubro “Personas responsables de los delitos”. Bajo este concepto se ocupa en lo que la dogmática penal designa autoría y participación. Hay ocho formas de intervención en el delito, de las que en seguida me ocuparé.

La fracción I del artículo 13 del Cp., indica que son responsables del delito “los que acuerden o preparen su realización”. Se trata de la resolución de cometer el ilícito y de los actos conducentes a este fin. Para que tal conducta preliminar sea punible, es necesario que se haya avanzado en la aparición del delito, el *iter criminis*. No son punibles la concepción delictuosa, la concertación y los actos preparatorios, si no existe un principio de ejecución (v. *infra*, 3). En efecto, rige la expresión que figura a la cabeza del artículo 13: “Son responsables del delito”. Es preciso, pues, que haya delito, en cualquiera de sus formas; primeramente, la tentativa.

La fracción II del mismo precepto se refiere a la autoría material: son responsables “los que realicen por sí” el delito. A continuación —fracción III— se alude a los coautores: “los que lo realicen conjuntamente”. Luego —fracción IV— se recoge la autoría mediata, participación que incumbe a “los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro”, que en esta hipótesis funciona sólo como instrumento, penalmente inerte o incoloro, del verdadero delincuente: quien acciona el gatillo de un arma que otro dirige. Adelante —fracción V—, se establece la figura del autor intelectual, instigador o inductor, que no ejecuta por sí el delito, pero dolosamente determina a otro para que lo cometa. Dice esa fracción: “Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo”, son responsables del delito. La fracción VI habla del cómplice: “Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión”. Una variante de complicidad se halla en la fracción VII: “Los que con posterioridad a su ejecución [del delito] auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”. Si el acuerdo (la promesa) fuese posterior, no anterior al delito, ya no habría complicidad, sino encubrimiento, que es delito autónomo (artículo 400).

Finalmente, la fracción VIII del artículo 13 se refiere a la complicidad corresponsiva o autoría indeterminada, que anteriormente se trataba sólo a propósito de las lesiones y del homicidio, pese a ser una forma general

de participación delictuosa. Se incrimina a “los que intervengan con otros en su comisión [del delito], aunque no conste quién de ellos produjo el resultado”. El ejemplo más invocado es el de la muchedumbre delincuente. Si no existiera la figura de la fracción VIII, el delito quedaría impune, o bien, todos responderían como autores. Ambas consecuencias son excesivas.

En cuanto a la pena para quien participa en complicidad correspondiente, en el artículo 64 bis se estipula: “hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso”. La modalidad modifica el delito, a partir del tipo básico, y acarrea incremento o disminución de pena.

### B. Responsabilidad por delitos conexos

El artículo 14 también es relevante en materia de participación delictuosa. Sanciona por delitos que son consecuencia de los acordados y que sobrevienen sin previa deliberación de cometerlos. Aquí, el Cp. exige el enlace entre el delito previsto y el que luego resulta, dato de suma importancia si se toma en cuenta que nadie debe responder penalmente por el comportamiento ajeno. Se trata, pues, de precisar que el resultado reprochable no es ajeno al delincuente; está claramente ligado al que previó y cometió; en consecuencia, debe responder por él, como derivación de su propia conducta.

El primer párrafo del artículo 14 se refiere al supuesto en que “varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros”. Todos son responsables del nuevo delito, a menos que se esté en los siguientes casos, que destruirían la secuencia de la conducta y convertirían el resultado superveniente en producto de un comportamiento que no puede ser reprochado a todos.

Dichos casos son: “que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal”, pues de lo contrario se trataría de un comportamiento idóneo y natural —y por ende admitido— para lograr el resultado que se pretende: instrumento y fin; “que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados”, porque si lo es, deviene inescindible del delito principal y hay, por ende, una responsabilidad continua; “que no hayan sabido antes [los otros participantes] que se iba a cometer el nuevo delito”, ya que de saberlo y no oponerse habrían previsto y admitido el resultado, lo cual implica dolo; y “que no hayan estado presentes en la ejecución del

nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo”, hipótesis en la que se puede reproducir el comentario al caso anterior, además de otras consideraciones conectadas con la punición del encubrimiento.

La autoría y la participación aparejan las sanciones previstas para cada figura delictiva. No hay sanciones especiales para cada categoría, salvo la complicidad correspondiente (artículo 64 bis).

### C. Comunicabilidad de circunstancias

La llamada “comunicabilidad de las circunstancias” se regula en el artículo 54. Se trata de resolver cómo han de proyectarse a los responsables, cuando existe pluralidad activa, las circunstancias a las que se asocia el agravamiento o la disminución de la pena. Las hay objetivas y subjetivas: aquéllas se relacionan con el delito mismo; las segundas, atañen a vínculos o calidades estrictamente personales de algún participante.

No son aplicables a todos los participantes el aumento o la disminución de la pena “fundadas en las calidades o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito” (primer párrafo del artículo 54). Por el contrario, “son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas” (segundo párrafo).

## 3. *Iter criminis*

### A. Fase interna

El *iter criminis* es el camino que recorre el delito desde la concepción criminal hasta que produce sus últimas consecuencias: el “agotamiento”, posterior a la consumación. El *iter* comprende fases interna y externa. En aquélla, el proyecto delictivo permanece en la mente del sujeto, a cubierto de punición. Impera el principio *cogitationes poenam nemo patitur*; el pensamiento es libre, no delinque. Lo contrario significaría una regresión intolerable, el ingreso del orden jurídico a la conciencia, el retorno a los “delitos de fuero interno” (los delitos “de opinión” ya son fuero externo) y al método inquisitivo para explorar el pensamiento. En la segunda fase del *iter criminis* se exterioriza el delito, al menos por la resolución manifestada.

La anterior redacción de la fracción I del artículo 13 permitía suponer punible la concepción del delito. En efecto, eran penalmente responsables quienes intervenían “en la concepción, preparación o ejecución” de los delitos. Esta consecuencia, sin embargo, no fue aceptada por la doctrina. Tampoco se puede sustentar en la fracción I del actual artículo 13, mejor construida que la anterior. Para que sean responsables quienes acuerdan o preparan la realización del delito, es preciso que *haya delito*, y la primera forma punible de presentación delictuosa es, precisamente, la tentativa.

Sin embargo, existe una figura autónoma que anticipa la consumación del delito, o bien, que anticipa el momento de punición en el *iter criminis*. Esto sucede en el delito de conspiración, en que incurren “quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título [primero del libro segundo del Cp.: “Delitos contra la seguridad de la nación”] y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación” (artículo 141), independientemente de que se avance o no en el *iter criminis*, pues el progreso trasladaría la conducta a otro delito: el que se intente o cometa como secuela de esa resolución.

### B. Actos preparatorios

Bajo los términos literales de la anterior fracción I del artículo 13, y de la actual fracción, se podría pretender la punición de los actos preparativos. Algún proyecto ha buscado sancionarlos, “cuando manifiesten de manera unívoca el dolo del agente”. En efecto, los actos aparentemente previos a la ejecución delictuosa pueden corresponder a una intención lícita. Por ello se demanda la univocidad. Empero, ténganse por reproducidos los comentarios acerca de la concepción del delito: no hay norma que sancione los actos preparatorios, ni ha estado esta punición en el propósito del legislador.

### C. Tentativa

La tentativa implica un principio de ejecución. Aquí se produce, inequívocamente, la conducta descrita en el tipo. Se distingue entre tentativa inacabada y acabada. Existe aquélla cuando el agente no ha realizado todos los actos conducentes a la consumación. Hay tentativa acabada, en cambio, cuando el infractor desarrolla íntegramente la conducta conducente al resultado, pero éste no se presenta por causas ajenas a la voluntad del responsable; así, el sujeto pretende matar, y para ello

dispara un arma de fuego contra la víctima; yerra el tiro y la muerte no se produce; hay tentativa acabada de homicidio.

En el artículo 12 del Cp., tomando en cuenta tanto los delitos de acción como los de omisión, se estipula que es sancionable la tentativa “cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo. si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Se prevé la idoneidad de medios, y con ello se desecha un caso de delito “imposible”. Queda claro que se trata de un comportamiento ejecutivo, unívoco; ya no actos preparatorios solamente, ni conducta equívoca. El avance en la ejecución del ilícito y la temibilidad del autor —expresión que se emplea en el segundo párrafo del artículo 12— son factores para el arbitrio judicial.

En el artículo 12 se alienta el arrepentimiento. Se quiere evitar el daño individual y social, aunque para ello quede impune la tentativa. Consecuentemente, “si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere”. Como se ve, el desistimiento ha de ser espontáneo, no forzado por un tercero (particular o autoridad), aunque sería excesivo y contrario al fin perseguido por la norma, negar eficacia despenalizadora al desistimiento inducido, no impuesto, por el tercero. La misma espontaneidad se requiere, en mi concepto, cuando el agente impide la consumación del delito, hipótesis, diferente de la interrupción del proceso ejecutivo.

Claro está —y lo asegura el tercer párrafo del artículo 12— que si la conducta activa u omisiva del agente constituye un delito en sí misma, el autor responderá del ilícito ya perpetrado.

En el artículo 63 se indica que a los responsables de tentativa punible se aplicarán “hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario”.

#### D. Consumación y agotamiento

En el *iter*, al delito intentado siguen el consumado y el agotado. Existe consumación, con la correspondiente plenitud de consecuencias penales, cuando la conducta del agente realiza completamente la previsión del tipo: priva de la vida, altera la salud, despoja del bien. A la consumación se refiere el artículo 13 con diversas expresiones: realización, ejecución, comisión.

Finalmente, el delito queda agotado cuando produce todos los efectos lesivos que puede acarrear, según su naturaleza. La idea de delito agotado no tiene encuadramiento legal; corresponde a la doctrina.

#### 4. *Concurso*

El Cp. de 1931 reguló el concurso bajo el nombre “acumulación”. A partir de las reformas de 1983, hay régimen específico y completo sobre esta materia, considerada bajo su nombre adecuado: “Concurso de delitos”; es el rubro del capítulo V del título primero del libro primero del Cp.

La doctrina, y ahora la legislación (artículo 18 del Cp.) distingue dos formas de concurso. Es ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. En tal caso, hay aplicación de normas compatibles entre sí. Esto marca la diferencia entre ese concurso y la concurrencia de normas incompatibles entre sí, que antes vimos (v. *supra* III, 2), y que se resuelve bajo la regla de especialidad (segundo párrafo del artículo 6).

El concurso real se presenta cuando con diversas conductas se cometen varios delitos. A esto llamaba “acumulación” el artículo 18, antes de la reforma de 1983. Aquí no hay unidad, sino pluralidad de comportamiento. Cada acto u omisión desemboca en un resultado típico.

En el artículo 19 se señala que “no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado”. La confusión pudiera plantearse con respecto al concurso real, difícilmente con relación al ideal: Recuérdese que existe delito continuado cuando se viola un mismo precepto legal con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conducta (artículo 7, fracción III).

Hay reglas especiales sobre punición en el concurso. Si se trata del ideal, se aplica la pena correspondiente al delito que merezca la mayor; y ésta se podrá (facultativo para el juzgador) aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que exceda el total del máximo previsto en el título segundo del libro primero, es decir, cuarenta o cincuenta años cuando se refiere a la prisión, según los ilícitos de que se trate (artículo 25). En el supuesto de concurso real o material, también se impone la pena correspondiente al delito que merezca la mayor; y se podrá (potestativo para el juzgador) incrementar hasta la suma de las penas correspondientes para cada uno de los demás delitos, sin exceder del máximo legal (artículo 64, párrafo primero y segundo). Para la medición de la pena en concurso ideal, el punto de referencia

es la sanción del delito más grave; en el real, las referencias se hallan en las sanciones de los otros delitos.

## 5. Reincidencia

La reincidencia o reiteración delictiva tiene consecuencias propias, diversas de las que apareja el primer delito y de las inherentes, estrictamente, a los posteriores. Estas consecuencias se concretan en agravación de la pena. Hay debate al respecto. Los partidarios de la solución que da nuestra ley, manifiestan que no puede quedar el orden jurídico indiferente ante quien insiste en el comportamiento delictuoso y revela, probablemente, mayor peligrosidad. Los adversarios subrayan que la sanción por el dato de reincidencia está castigando de nueva cuenta el primer delito cometido, con lo que se viola el principio *ne bis in idem*. Si se trata de apreciar circunstancias del autor, que sustentan una pena más severa, el juzgador debe moverse entre el mínimo y el máximo de sanción previstos para el segundo y posteriores delitos; la penalidad por el o los anteriores, ya fue impuesta y cumplida en su momento.

El Cp. distingue entre reincidencia genérica y específica (delitos de la misma especie, se estipula en el artículo 65) y habitualidad. En el artículo 20 se define la reincidencia. Existe cuando “el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena”. Es la regla, salvo excepciones fijadas en la ley.

Se requiere, pues, sentencia ejecutoria por el delito anterior; no basta la definitiva, sujeta a impugnación ordinaria. Al hablar de cualquier tribunal, se alude a todos los órganos de la jurisdicción materialmente penal: nacionales y extranjeros, federales y ordinarios, comunes y militares. En cambio, no será pertinente tomar en cuenta las resoluciones de los tribunales o consejos tutelares para menores, que no son órganos de la justicia penal. Tratándose de ilícitos cometidos y de sentencias dictadas en el extranjero, se exige identidad de la norma (artículo 20, segundo párrafo).

Por lo que hace a los delitos que es preciso tomar en cuenta, quedan incluidos todos los cometidos por el agente, inclusive en tentativa (artículo 22). Sobre los realizados en el extranjero, ya mencionamos la condición de identidad de la norma. No se toman en cuenta los delitos

políticos, ni se incluye el caso en que “el agente haya sido indultado por ser inocente” (artículo 23), hipótesis que ya no es de indulto, sino de reconocimiento de la inocencia del sentenciado (artículo 96).

El concepto de delincuente habitual se estipula en el artículo 21. Se requiere que “el reincidente en el mismo género de infracciones comet[a] un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de diez años”.

Ese precepto emplea dos referencias para aludir a la reiteración delictiva. Por una parte, habla del mismo género (el artículo 65 alude a “especie”) de infracciones, lo que concreta el punto bajo la clasificación legal de los delitos: contra la vida y la integridad corporal, por ejemplo. Los bienes tutelados marcan el “género” de la infracción. Por otra parte, el precepto se refiere a un nuevo delito “procedente de la misma pasión o inclinación viciosa”. Si ya no se trata de una clasificación legal, habrá que precisar cuál es el factor causal del delito. Debe ser atribuible a una “pasión o inclinación viciosa”, lo cual lleva a indagar si en la personalidad del justiciable existe, efectivamente, ese motivo que invoca el Cp. Por demás está decir los problemas que esto suscita.

La sanción para la reincidencia y la habitualidad se fija en los artículos 65 y 66.

## 6. Reflejo procesal de la teoría del delito

El derecho penal se proyecta en el régimen procesal, puesto que se trata de piezas de un solo sistema, al que concurren otros elementos relevantes, como la regulación ejecutiva. No pretendo citar todas las repercusiones. Me limitaré a dos conceptos fundamentales para el procedimiento, que se establecen a partir de normas sustantivas.

### A. Cuerpo del delito

El *corpus criminis*, *corpus delicti* o cuerpo del delito, cuya noción original data de siglos atrás, posee suma importancia en el enjuiciamiento penal mexicano. Hay referencias constitucionales y secundarias, que mencionaré según el orden de aparición bajo las reglas del procedimiento.

En la averiguación previa se debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (artículos 7, fracción I, de la Ley Orgá-

nica de la Procuraduría General de la República, y 3, A fracción III, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal).

El Ministerio Público ejercita acción penal cuando comprueba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (artículo 134 del Cfpp.).

El juzgador libra orden de aprehensión por “un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal” (artículo 16 de la Constitución). Cuando estén reunidos los requisitos que señala ese artículo 16, el juez dictará orden de aprehensión o comparecencia, según proceda (artículos 195 del Cfpp. y 132 y 133 del Cppdf.).

Los elementos de fondo del auto de formal prisión (y del auto de sujeción a proceso) son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (artículo 19 de la Constitución; asimismo, artículos 297 del Cppdf. y 161 y 162 del Cfpp.). Opera el desvanecimiento de datos cuando ceden las pruebas que acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y no hay otras que sustenten estos elementos; si el desvanecimiento se refiere al cuerpo del delito, la resolución equivale a un sobreesimiento (artículos 546, 547 y 551 del Cppdf., y 422 y 426 del Cfpp.).

Antaño, el cuerpo del delito era el conjunto de instrumentos para cometer el ilícito, así como las huellas de éste. Hoy se distingue entre cuerpo, objeto, sujeto, instrumentos, huellas o vestigios y producto del delito. Son categorías con sustancia propia. El *corpus* es el conjunto de elementos que integran la descripción típica (artículos 122 del Cppdf. y 168 del Cfpp). Puede constar de elementos sólo objetivos (homicidio), objetivos y valorativos (estupro), objetivos, valorativos y subjetivos (robo) y objetivos y subjetivos (atentados al pudor), según los consigne la formulación legal.

## B. Probable responsabilidad

Otro elemento fundamental del procedimiento, asociado al régimen sustantivo, es la probable responsabilidad del inculcado. Las normas que aluden al hecho delictuoso, al delito o al cuerpo del delito, se refieren también, generalmente, a la probable responsabilidad como elemento para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión o de comparecencia y el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si pierden fuerza las pruebas tomadas en cuenta para dictar auto de formal prisión, sin que aparezcan otras que las sustituyan en la convicción del juzgador, se procede a liberar al inculcado: como dije, esta

libertad es absoluta (sobreseimiento) si lo que se descarta es el cuerpo del delito; no, cuando sólo se desvirtúa la probable responsabilidad.

El tema de la probable responsabilidad se resuelve a la luz del artículo 13 del Cp. Dice la parte final del artículo 168 Cfpp.: “La presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado”.