

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPCIÓN

La concepción del derecho penal puede partir de dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo.

El derecho penal subjetivo es sinónimo del “derecho a penar”¹ que tiene el Estado, el cual es más conocido por su denominación latina: *ius puniendi*,² y se puede definir como la facultad del Estado para prohibir las conductas consideradas como delitos e imponer las sanciones penales a quienes las realizan.

El fundamento jurídico del *ius puniendi* del Estado mexicano se encuentra previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM) en la fracción XXI del artículo 73 que faculta al Congreso:

XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.³

En principio solo el Poder Legislativo tiene la facultad de emitir las leyes penales, pero en situaciones de emergencia el presidente de la República podrá gozar de facultades extraordinarias para legislar en materia penal, siempre y cuando se den los presupuestos y se cumplan los requisitos que establece el artículo 29 de la CPEUM.

¹ Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Universitas, 1996, t. I, pp. 46 y 47.

² Cfr. Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel (publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona), 1962, p. 5; Baumann, Jürgen *et al.*, *Strafrecht: allgemeiner Teil*, 11a. ed., Bielefeld, Giesecking, 2003, p. 8; Rosal, Juan del *et al.*, *Derecho penal español (parte especial). Delitos contra las personas*, Madrid, Imp. Silverio Aguirre, 1962, p. 8; Jiménez de Asúa, Luis, *Manual de derecho penal*, Madrid, Reus, 1933, vol. I., pp. 23 y 24; Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, t. I, p. 4; Mir Puig, Santiago, *Derecho penal (parte general)*, 7a. ed., Barcelona, Reppertor, 2004, pp. 7 y 8.

³ DOF, 8 de octubre de 2013.

Por otra parte, la facultad del Estado no solo consiste en emitir las normas penales, sino también en aplicarlas y ejecutarlas. El Poder Judicial podrá conocer de todas aquellas conductas consideradas como delitos y determinar conforme a la ley la sanción a imponer a quien lo cometió (artículo 21, párrafo 2o., de la CPEUM). También corresponderá al Estado organizar el sistema penitenciario donde se cumplirán las penas conforme a lo establecido en el artículo 18 de la CPEUM.

De acuerdo con la concepción anterior, el *ius puniendi* del Estado mexicano se sostiene en un trípode consistente en la emisión, aplicación y ejecución de las normas penales.

Cuando el Estado ejerce la facultad de emitir normas penales da origen al llamado derecho penal objetivo, el cual podemos definir como el sistema de normas contenidas en las leyes emitidas por el Estado para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas prohibidas y establecer los requisitos para sancionarlas como delitos con penas o como injustos con medidas.⁴

El derecho penal es algo más que un conjunto o agrupación de normas, es un sistema que implica su interrelación metodológica de forma jerárquica y congruente para determinar si una conducta es o no constitutiva de delito.⁵

La mayoría de las normas penales se encuentran en el Código Penal, pero existen otras leyes que también las contienen, por ejemplo, el Código Fiscal de la Federación y la Ley General de Salud.

Para el desarrollo de la presente obra utilizaremos el Código Penal Federal (en adelante CPF), el cual se divide en dos libros: en el primero se establecen los principios y reglas generales, mientras que en el segundo se describen las conductas prohibidas, por lo cual es necesario relacionar el libro primero con el segundo para determinar cuándo estamos ante un delito. Así, por ejemplo, el CPF describe en el libro segundo el homicidio como “privar de la vida a otro”, pero se necesita recurrir al libro primero para determinar que la conducta no solo puede ser de acción, sino también de omisión o, por otra parte, si pese a haber matado al otro no hay delito por existir una causa de justificación, como la legítima defensa prevista en el libro primero. Por otro lado, el derecho penal

⁴ Para ver más definiciones de otros autores: Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano (parte general)*, 7a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1965, t. I, p. 17; Rivera Soto, Luis Alfonso, *Compendio de derecho penal (parte general 1982)*, Chihuahua, México, Ediciones del Gobierno de Chihuahua, 1982, p. 9; Liszt, Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín y Leipzig, Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger, 1919, párr. 1, cita en Quintano Ripollés, *Curso...*, cit., t. I, p. 4; Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña et al., Madrid, Civitas, 1997, p. 41; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 7a. ed., p. 11; Maurach, op. cit., p. 3; Blei, Hermann, *Strafrecht I (Allgemeiner Teil, ein Studienbuch)*, 18, Neubearbeitete Auflage, des von Edmund Mezger begründet Werkes, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1983, pp. 4 y 5; Baumann et al., op. cit., p. 8; Schmidhäuser y Alwart, Heiner, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, 2a. ed., Tübingen, Deutschland, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, p. 1, parágrafos 1 y 2; Morillas Cueva, Lorenzo, *Curso de derecho penal español (parte general)*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 45-47.

⁵ Sobre el concepto de sistema, cfr. Raluy P., Antonio, revisado por Francisco Monterde, *Diccionario Porrúa de la lengua española*, 37a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 706.

también abarca las medidas que se podrán imponer a los adolescentes que han cometido injustos.

En la presente obra se expondrán los criterios de interpretación sistematizados, mejor conocidos como teoría del delito, para aplicarlos al libro segundo del CPF y demás leyes penales para determinar cuándo estamos ante un delito en el contexto del nuevo sistema de justicia penal, adoptado en nuestra carta magna a partir de 18 de junio de 2008.

A continuación nos referiremos brevemente a los diferentes ordenamientos penales que han regido en México hasta llegar a las leyes penales que conforman actualmente nuestro derecho penal objetivo.

CAPÍTULO SEGUNDO

BREVE HISTORIA

Las normas penales tienen una larga tradición en México que se remonta a la época prehispánica; durante este periodo dichas normas no estaban contenidas en leyes como las que hoy conocemos, sino en códigos en forma de pinturas, las cuales posteriormente fueron interpretadas y plasmadas en textos por los cronistas españoles.

I. ÉPOCA PREHISPÁNICA

Teja Zabre nos ilustra sobre los delitos y las sanciones que se imponían en el territorio de la Triple Alianza (México, Texcoco y Tacuba):

Aborto voluntario: muerte al delincuente y al cómplice. Abuso de confianza y aprobación [apropiación] de tierras confiadas: esclavitud. Adulterio (actual o vehementemente sospechado y confesado mediante tormento): muerte a los dos autores. Asalto: pena de muerte. Calumnia grave y pública: muerte. Daño en propiedad ajena: quemar el maíz antes de maduro merecía la muerte. El que mataba a un esclavo ajeno pasaba a ser esclavo del dueño perjudicado. Embriaguez escandalosa o de último grado, salvo festejos o bodas, en que había cierta tolerancia: el delincuente era trasquilado en público. Estupro: muerte. Encubrimiento: muerte. Falsificación de medidas: muerte. Hechicería con consecuencia calamitosa [*i. e.* calumniosa]: se abría el pecho al delincuente. Homicidio: pena de muerte sin que valiera como atenuante el celo del amante o marido agraviado. Incesto en primer grado de afinidad o consanguinidad: muerte. Malversación de fondos: esclavitud. Peculado: muerte y confiscación de bienes. Pederastía [abuso sexual] y hasta uso de vestimentas del otro sexo: muerte. Riña: cárcel e indemnizaciones. Si se provocaba un motín público a consecuencia de la riña, la pena era de muerte. Robo, según sus diversos grados e importancia: diversas penas, desde la restitución hasta la esclavitud; muerte a pedradas por los mercaderes, si el robo era en un mercado; pena capital si era en un templo o si consistía en armas e insignias militares, o en más de veinte mazorcas de maíz. Sedición: muerte. Traición: muerte. Entre los delitos que no corresponden a las clasificaciones actuales [prosigue], el uso indebido de insignias reales era castigado con la muerte y confiscación; el abuso de un sacerdote le atraía el destierro y la pérdida de su condición; las incontinencias de los jóvenes escolares sufrían diversas sanciones; la mentira, la remoción de mohoneras o límites de propiedades, atraían la pena de muerte, lo mismo que

la falsa interpretación dolosa, en derecho, salvo que el caso —por su relativa lenidad— sólo ameritara la destitución del mal juez. La juventud, la nobleza y la condición militar podían llegar a ser agravantes; y atenuantes, la embriaguez en determinados casos y el perdón del ofendido; la minoría era exculpante en muchas ocasiones. El esclavizar a un niño libre se castigaba con la esclavitud y otras compensaciones destinadas a la educación del niño.⁶

Sobre las prisiones, García Ramírez se refiere a “ciertas formas de privación de la libertad en el *teilpiloyan*, para deudores y reos exentos de la pena capital; el *cauhcalli*, para responsables de delitos graves; el *malcalli*, para prisioneros de guerra, y el *petlacalli*, para reos de faltas leves”.⁷

Cada una de las culturas que se asentaron en el territorio nacional durante la época prehispánica desarrollaron normas penales propias; pero en términos generales eran muy similares a las reseñadas de Texcoco.⁸

Las conductas y sanciones antes descritas pueden servirnos como una aproximación al derecho penal prehispánico, el cual presenta características muy diferentes a nuestra concepción actual, a saber: 1) el pueblo conocía las normas de conducta a través de las pinturas jeroglíficas, por lo cual no había una codificación ni sistematización de las mismas;⁹ 2) se permitía la venganza privada en ciertos supuestos, por tanto, no siempre intervenía el juez ni se seguía un proceso para imponer las sanciones;¹⁰ 3) había diversidad de sanciones, como la muerte, esclavitud, privación de la libertad, castigos corporales, destierro, confiscación e, incluso, algunas tan singulares como la demolición de la casa del infractor;¹¹ 4) la duración de la pena y su forma de ejecución dependían de la clase social del delincuente.¹²

Pese a lo anterior, conviene evitar juicios de valor de lo sucedido en aquel tiempo, pues las reglas de comportamiento corresponden a los valores sociales de cada época y no a los actuales. Solo cabría agregar que los historiadores señalan que en la época prehispánica la criminalidad era escasa.

⁶ Teja Zabre, Alfonso, *Principios de ciencia penal*, Tegucigalpa, Honduras, Talleres Tipográficos Nacionales, 1950, pp. 84 y 85. Para ver más sobre el particular, *cfr.* Rodríguez, Ricardo, *El derecho penal*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1902, p. 250; Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, *cit.*, t. I, esp. pp. 73 y 75; Pomar y Zurita, *Relaciones de Texcoco y de la Nueva España*, cita en Ángeles Contreras, Jesús, *Compendio de derecho penal (parte general)*, México, Textos Universitarios, 1969, p. 55. Para una extensa descripción de conductas y sanciones, *cfr. idem*, pp. 54-61.

⁷ El autor citado, *Derecho penal*, México, UNAM, 1990, p. 8.

⁸ Sobre las normas penales de los tlaxcaltecas y los mayas, *cfr.* Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 75.

⁹ *Cfr.* Rodríguez, R., *op. cit.*, p. 249.

¹⁰ Así, por ejemplo, “El que en el tianguetz hurtaba algo, los del tianguetz le mataban a pedradas”. Pomar y Zurita, *Relaciones de Texcoco y de la Nueva España*, cita en Ángeles Contreras, *op. cit.*, p. 56. También, *cfr.* Rivera Soto, *op. cit.*, p. 29.

¹¹ *Cfr.* García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, pp. 7 y 8; Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal (parte general)*, 3a. ed., México, Porrúa, 1965, p. 43.

¹² *Cfr.* Villalobos, Ignacio, *Derecho penal (parte general)*, México, Porrúa, 1983, pp. 111 y 112.

II. ÉPOCA COLONIAL

Después de la conquista fue necesario establecer las instituciones jurídicas que regularían la vida en los nuevos territorios españoles. La Novísima Recopilación de 1805 y las Siete Partidas fueron los ordenamientos frecuentemente aplicados en la Nueva España;¹³ las últimas se integraban con una serie de ordenamientos sustentados en la tradición romano-canónica-germánica y son, por tanto, el origen de nuestro actual sistema jurídico.¹⁴

El delito se concibió desde una perspectiva religiosa y política “como un acto pecaminoso que infringe los cánones de la religión, ya como infidencia al Estado, o como una agresión perjudicial a la seguridad y armonía de los individuos asociados. La penalidad, es una expiación, una vindicta o una forma de escarmiento”.¹⁵

Durante la época colonial, tanto las leyes aplicables como las penas a imponer se determinaban atendiendo a la raza del condenado, por lo cual a los conquistadores se les aplicaban las leyes que regían en la península, mientras que a los indígenas y negros se les aplicaban las leyes emitidas para la Nueva España. De acuerdo con lo anterior, las sanciones impuestas podían ser: pena de muerte, horca, prisión, azotes, destierro, trabajos forzados en arsenales o en obras públicas, relegación, proscripción, multa, confiscación, castración de negros cimarrones, trabajo para los indios en los conventos, etcétera.¹⁶ En resumen, “la legislación española era heterogénea y caótica, desde el punto de vista legislativo; desigual, injusta, arbitraria y cruel para el individuo; y se aplicaba mediante un procedimiento, secreto e inquisitivo, que ignoraba las garantías de defensa y de la persona humana”.¹⁷

Teja Zabre sostiene que las normas expedidas por los colonizadores fueron poco eficaces, pues “los mandatos escritos sobre territorios tan extensos, débilmente colonizados y con poblaciones heterogéneas que han conservado gran parte de sus costumbres y sólo se han incorporado parcialmente a la cultura criolla”.¹⁸

¹³ Para un desarrollo más amplio, *cfr.* Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 77-80; Teja Zabre, *op. cit.*, p. 85; García Ramírez, *Derecho penal*, *cit.*, p. 9; Ángeles Contreras, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴ Sobre esta influencia adquirida por España durante la Edad Media, *cfr.* Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2002, p. 217.

¹⁵ Ceniceros, José Ángel y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, p. 11.

¹⁶ *Cfr.* Teja Zabre, *op. cit.*, p. 85; Rivera Soto, *op. cit.*, p. 31; Villalobos, *op. cit.*, p. 112.

¹⁷ Sainz Cantero, José Antonio, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 113.

¹⁸ Del autor citado, *Principios de ciencia penal*, p. 83.

III. ÉPOCA INDEPENDIENTE

Después de la consumación de la independencia de México en 1821 surgieron los problemas en torno a la estructura política que se adoptaría: centralismo o federalismo. Pese a dicha problemática, en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814, más conocido como la Constitución de Apatzingán, se pueden encontrar las bases constitucionales para la promulgación de las futuras leyes penales, como son el principio de legalidad (artículo 21) y los fines de la pena (artículo 23),¹⁹ mas los legisladores estatales poco se ocuparon de promulgar las leyes penales de la nueva República. Ante dicho vacío legal se aplicaron de forma confusa y arbitraria las normas vigentes durante la época colonial,²⁰ a las cuales se sumaron solo algunas medidas emitidas a través de bandos, por ejemplo, para sancionar la portación de armas, el robo, la vagancia y malvivencia.²¹

En 1831 se elaboró un bosquejo de Código Penal para el Estado de México sin llegar a ser expedido,²² y fue hasta 1835 cuando se expidió el primer ordenamiento penal de nuestra historia, el Código Penal de Veracruz, el cual tomó como modelo el Código Penal español de 1822.²³ Posteriormente, Antonio Corona elaboró el Proyecto de Código Criminal y Penal de 1851-1852, dándolo a conocer el 14 de julio de 1853,²⁴ sin embargo, dicho proyecto no llegó a tener validez.

En la Constitución de 1857 se adoptó el sistema federal y se establecieron las bases para la emisión de leyes penales,²⁵ surgiendo la necesidad de emitir un Código Penal válido para toda la Federación y territorios federales, y se dejó reservada a los estados la facultad para legislar en materia penal para delitos del orden común.

1. CÓDIGO PENAL DE 1871

Tomando como modelo el Código Penal español de 1870,²⁶ la comisión integrada por Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortíz de

¹⁹ Los citados artículos de la Constitución de Apatzingán establecieron: "Art. 21. Sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano".

²⁰ Cfr. Rodríguez, R., *op. cit.*, pp. 252, 253 y 263.

²¹ Cfr. Rivera Soto, *op. cit.*, p. 31; García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, p. 9; Teja Zabre, *op. cit.*, p. 86; Carrancá y Trujillo, *Derecho penal..., cit.*, pp. 81-84; Ángeles Contreras, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

²² Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, p. 10.

²³ Cfr. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal..., cit.*, p. 82; Rivera Soto, *op. cit.*, p. 31.

²⁴ Cfr. *Leyes penales mexicanas*, t. I, pp. 111-189.

²⁵ Sobre esta problemática y las normas referentes a la justicia penal en la Constitución de 1857, cfr. Ceniceros, José Ángel, *Trayectoria del derecho penal contemporáneo (la reforma penal en México)*, México, Biblioteca Criminalia, 1943, pp. 93-110.

²⁶ No se trató de una copia del Código español, porque el legislador mexicano introdujo aportaciones propias, pero tampoco se puede negar la decisiva influencia española, lo cual nos ayudará a comprender y analizar mejor nuestro sistema actual. Sobre esta discusión, cfr. Teja Zabre, *op. cit.*, pp. 86 y 87; Carrancá y Trujillo, *Derecho penal..., cit.*, p. 86.

Montellano y Manuel M. de Zamacona,²⁷ elaboró el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación, promulgado el 7 de diciembre de 1871, más conocido como Código de Martínez de Castro; en él se adoptó la ideología liberal proveniente de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; ello se puede observar desde los trabajos legislativos del Código,²⁸ siendo revelador el texto de Vera Estañol sobre la situación social y la política criminal adoptada:

Cuando entre nosotros se emprendió la formación de un Código Penal, que respondiera al sistema político y a la forma de gobierno definitivamente consolidados en 1857, a la nueva concepción de la sociedad y de los derechos del hombre, a los cambios de nuestras instituciones civiles, a la transformación económica de la nación y a las nuevas ideas y conceptos que había traído la mudanza de las conciencias y en los espíritus de los hombres, que servían de núcleo director del país, la Comisión redactora del proyecto de aquel Código encontró en el mundo especulativo una escuela ya perfectamente caracterizada, que fundaba el derecho de castigar en la correspondencia del bien y del mal con el mal, que fundaba el interés social de restablecer ese equilibrio ético siempre que fuera perturbado por un ataque a la colectividad; que veía en el delito una acción combinada de la libertad y de la inteligencia, y en la pena un medio de ejemplaridad y de corrección, derivando de aquel concepto los diversos grados de culpabilidad, y de éste último la naturaleza de las penas, y que establecía la conclusión general de la proporcionalidad de las penas con el mal causado, deduciendo de aquí los grados del delito y su diferente gravedad, para obtener la medida de las penas. Y como esta escuela había llegado a servir de criterio a las legislaciones positivas, y era la única que conducía a conclusiones practicables, la Comisión redactora del proyecto aceptó sus principios, sus consecuencias y su desarrollo, y los incorporó en el Código vigente, reduciéndolos a preceptos legales.²⁹

Este Código reunió y sistematizó por primera vez las normas penales, dando certeza jurídica a los ciudadanos, aunque los 1151 artículos que lo conformaban lo llevaron a un casuismo extremo, propio del positivismo jurídico de la época y una concepción retribucionista de la pena.³⁰

Durante el imperio de Maximiliano se elaboró el Proyecto de Código Penal por Teodosio Lares, Urbano Fonseca y Juan Herrera, pero nunca llegó a apli-

²⁷ Villalobos, *op. cit.*, p. 113.

²⁸ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "La política penal legislativa en México", *Revista Jurídica Jalisciense*, Jalisco, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, núm. 3, mayo-agosto de 1992, pp. 210-212; *Leyes penales mexicanas*, t. I, pp. 269 y ss.

²⁹ Del autor citado, *México y su evolución social*, t. I, vol. II, p. 765, cita en Ceniceros y Garrido, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

³⁰ Cfr. Ángeles Contreras, *op. cit.*, p. 63; Ceniceros, *op. cit.*, p. 116; Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 86 y 87; Rivera Soto, *op. cit.*, p. 32.

carse,³¹ y en 1912 se presentó un proyecto de reformas al Código Penal de 1871 que tampoco llegaron a prosperar.³²

2. CÓDIGO PENAL DE 1929

Terminada la revolución y emitida la Constitución de 1917, Emilio Portes Gil comisionó a José Almaráz, Luis Chico Goerne, Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño y Manuel Ramos Estrada,³³ para la elaboración de un Código Penal acorde con la situación del país. Los trabajos concluyeron con el llamado Código de Almaraz de 1929.³⁴

Sobre la política criminal adoptada por la comisión, llama la atención los pronunciamientos de Chico Goerne sobre la concepción del delito "como un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en forma tal, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil";³⁵ con ello quedaba clara la concepción del bien jurídico tutelado como sustento del derecho penal. También son dignos de tomar en cuenta la distinción entre responsabilidad dolosa y culposa, el establecimiento de la responsabilidad individual, el principio de legalidad y los fines preventivos de la pena (artículo 68), pero eran muy criticables la previsión del "estado peligroso" (artículo 32) y el considerar al delito como un síntoma de temibilidad (artículo 161), el establecimiento expreso de la mayoría de edad a los 16 años (artículo 69)³⁶ y su casuismo extremo, pues contenía 1,228 artículos. De ahí que "tan pronto como entraron en vigor las flamantes leyes, se vio que eran obra de gabinete, que no reflejaban las ideas expuestas por el licenciado Chico en sus conferencias, adoleciendo de graves omisiones, de contradicciones notorias, de errores doctrinarios".³⁷ Por ello fue necesario emprender de inmediato nuevos trabajos de reforma que culminarían con un nuevo Código Penal.

³¹ Cfr. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, cit., p. 84; García Ramírez, *Derecho penal*, cit., p. 10.

³² Sobre ese proyecto, cfr. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, cit., p. 87; García Ramírez, *Derecho penal*, cit., pp. 13 y 14.

³³ García Ramírez, *Derecho penal*, cit., p. 14.

³⁴ *Leyes penales mexicanas*, t. III, p. 122.

³⁵ Cita en Ceniceros y Garrido, *op. cit.*, p. 16.

³⁶ Para una completa exposición sobre la política criminal y regulación en el Código Penal de 1871, cfr. Rodríguez, R., *op. cit.*, pp. 262-327.

³⁷ Ceniceros y Garrido, *op. cit.*, p. 17. En el mismo sentido, cfr. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal...*, cit., pp. 88-90.

3. CÓDIGO PENAL DE 1931

La Comisión Redactora del Código Penal se conformó por José Ángel Ceniceros, José López Lira, Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido y Ernesto Garza, quienes no publicaron la exposición de motivos del Código Penal, por lo cual resulta muy importante lo contenido en las actas, dado que nos pueden orientar sobre los lineamientos que los guiaron y como interpretación auténtica del mismo:

La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así, no hay delincuentes sino hombres. Ninguna escuela ni doctrina ni sistema penal alguno puede servir para fundamentar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y programática, o sea práctica y realizable. El delito es un hecho contingente. Sólo existe la responsabilidad social: - Sus causas son múltiples: es una sinergia negativa o resultante de fuerzas antisociales. La pena es una necesidad de defensa y prevención social. Es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etcétera, pero fundamentalmente por la necesidad de conservación del orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden. La escuela positiva sólo tiene valor científico como crítica y como método. No hay tipo criminal. La curación es un concepto teórico. La temibilidad o peligrosidad sólo pueden servir como factores para determinar el monto de la sanción penal, juntamente con el daño causado. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es uno de los recursos de lucha contra el delito. Todos los actos anti-sociales que no estén incluidos como delitos, corresponden a la prevención gubernativa o de iniciativa privada. El medio de remediar el fracaso de la escuela clásica no lo proporciona la escuela positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) Disminución del casuismo con los mismos límites; c) Simplificación de sanciones; d) Efectividad de la reparación; e) Simplificación del procedimiento (racionalización). Organización científica del trabajo de oficinas judiciales; f) Organizar el trabajo de presos; g) Establecer un sistema de responsabilidad, fácilmente exigible a los funcionarios que violen la ley. Es el complemento indispensable del arbitrio judicial; h) Dejar a los niños completamente al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; i) Completar la función de las sanciones, por medio de la readaptación a la vida social, de los infractores (casos de libertad preparatoria, condicional, reeducación profesional, etcétera) preocupa a todos los países, especialmente, llevar a cabo una eficaz vigilancia de los individuos que salen de las cárceles, ayudándolos a rehabilitarse socialmente.³⁸

Es así como se publica el 14 de agosto de 1931 el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la Repú-

³⁸ Actas de la secretaria de la Comisión Redactora, cita en Ceniceros y Garrido, *op. cit.*, pp. 18 y19.

blica en Materia de Fuero Federal, el cual dejó de ser aplicable para el Distrito Federal con la reforma de 23 de diciembre de 1974, y con la reforma de 18 de mayo de 1999 quedó como CPF. Posterior a la emisión del CPF de 1931 se han elaborado diversos proyectos, a saber: Anteproyecto de Código Penal de 1949;³⁹ Anteproyecto de Código Penal de 1958.⁴⁰ Sin embargo, ninguno de ellos ha llegado a tener vigencia.

Múltiples han sido las reformas al CPF de 1931,⁴¹ pero las más relevantes son las de 1984⁴² y 1994,⁴³ las cuales han tratado de ajustarlo a los parámetros de un Estado social y de derecho.

IV. EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

El alarmante incremento de la criminalidad, la inseguridad, las constantes injusticias por la impunidad de los delitos cometidos por los delincuentes, la condena de inocentes y el desamparo de las víctimas, vividos a finales del siglo pasado y en la primera década del presente,⁴⁴ han tenido como respuesta una profunda reforma a la CPEUM, la cual a partir del 18 de junio de 2008 establece las bases de un nuevo sistema en materia de seguridad pública y justicia penal, el cual implica cambios normativos, estructurales e ideológicos de gran envergadura que deberán concluirse a más tardar el 17 de junio de 2016. Sin embargo, no podemos esperar a que se terminen de realizar los cambios normativos para ofrecer una interpretación del derecho penal mexicano para su aplicación en el nuevo proceso penal acusatorio adoptado en el Código Nacional de Procedimientos Penales de 5 de marzo de 2014 (en adelante CNPP), por lo cual desarrollaremos nuestro sistema de interpretación funcionalista social a partir de los ordenamientos vigentes hasta el momento de publicación de esta obra, y en el futuro intentaremos ir incorporando las reformas y hacer las modificaciones necesarias.

Más adelante nos ocuparemos de los cambios normativos en la CPEUM y en las disposiciones contenidas en tratados internacionales a los que se debe

³⁹ Cfr. *Leyes penales mexicanas*, t. IV, pp. 9 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 214 y ss.

⁴¹ Sobre algunas de estas reformas, cfr. Ceniceros, *op. cit.*, pp. 264 y 265.

⁴² *DOF*, 13 de enero de 1984. Sobre los cambios efectuados, cfr. Márquez Piñero, Rafael, "La reforma del artículo noveno del Código Penal del Distrito Federal", *Ars Iuris. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 1, 1989, p. 80; Moreno Hernández, Moisés, "Orientaciones del nuevo anteproyecto de Código Penal", *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1, vol. IX, enero-marzo de 1991, p. 146; García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, pp. 17-19.

⁴³ *DOF*, 10 de enero de 1994.

⁴⁴ Para un amplísimo panorama de la situación, cfr. "Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia", en *Conferencia internacional sobre seguridad y justicia en democracia (hacia una política de Estado en los albores del tercer milenio)*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, agosto de 2011, 47 pp.

ajustar el derecho penal en México y de los nuevos ordenamientos con los cuales se debe interrelacionar para tener completa la base normativa del nuevo sistema de justicia penal y su impacto en la interpretación y aplicación del derecho penal en nuestro país.

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO TERCERO

INTERPRETACIÓN

Montesquieu consideraba que los textos jurídicos describen con exactitud todo lo que el legislador quiso prohibir, motivo por el cual no necesitaban interpretarse y la labor de los jueces se debía restringir a pronunciar las palabras de la ley al aplicarlas al caso concreto.⁴⁵ Sin embargo, es imposible que la ley penal describa con exactitud todos y cada uno de los comportamientos delictivos con la multiplicidad de variantes que ofrece la realidad. Incluso, cuando el legislador ha pretendido lograr una descripción exhaustiva de las conductas delictivas, el resultado ha sido una ley muy extensa, cuyo casuismo contraviene la certeza jurídica y complica en extremo su aplicación, buen ejemplo de ello lo fue el Código Penal de 1929 que analizamos en el capítulo anterior. Por ende, la labor de interpretación es fundamental para generar los criterios necesarios que nos ayuden a esclarecer el contenido y los alcances de la ley para aplicarla con justicia.⁴⁶

Por ejemplo, si una persona asfixia a otra no tendríamos duda en decir que se trata de un homicidio, descrito como privar de la vida a otro, pero si el hecho sucedió durante el parto cuando la madre no dejó salir al feto provocando su muerte, en principio necesitamos saber si: 1) antes del alumbramiento se puede considerar al futuro bebé como otro ser humano para saber si se trata de un homicidio o de un aborto; 2) la relevancia de la calidad del sujeto activo para saber si es un parricidio y, 3) si hay alguna causa de exclusión del delito como el estado de necesidad, la inimputabilidad o el miedo grave. Todavía podríamos complicar más el caso si de los exámenes realizados se descubriera que al feto le latía el corazón y respiraba pero tenía muerte cerebral, entonces ¿había vida?

Para interpretar la norma penal se puede recurrir a diferentes formas de interpretación, como son la literal, la sistemática y la histórico-teleológica, cada una de las cuales utiliza diferentes métodos para establecer criterios que permitan esclarecer y delimitar los alcances de la ley para su aplicación.

La interpretación literal utiliza el método semántico cuando las palabras del texto de la ley pueden tener diferentes acepciones, ante lo cual se deberá op-

⁴⁵ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 147 y 148.

⁴⁶ En este sentido, cfr. Jiménez de Asúa, *Manual...*, cit., vol. II, esp. p. 42; Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español (parte general) II. Teoría jurídica del delito*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, esp. p. 169.

tar por el significado habitual y concreto del vocablo. En cambio, cuando toda una frase ofrece problemas de interpretación, se recurrirá a la sintáctica para determinar las relaciones entre sujeto, verbo y predicado, o si la oración es disyuntiva o copulativa, etcétera.

Respecto al método sistemático, dado que el derecho es un sistema de normas, será necesaria la interrelación armónica entre sus preceptos para lograr su congruencia, para lo cual será necesario tener en cuenta su jerarquía, competencias y vigencia. Al realizar dicha labor se generarán criterios que permitirán interpretar la norma penal con los alcances y límites que le permite el orden jurídico en general, sobre todo con los mandatos constitucionales y los previstos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

Con la interpretación histórico-teleológica se busca conocer el contexto y las razones que guiaron al legislador al emitir la norma penal, para determinar si las condiciones sociales de ese momento permanecen o han cambiado a tal grado que es necesario ajustar los alcances del texto para seguir preservando el espíritu de la ley y encuadrar debidamente las conductas consideradas como delitos. Por ello, la pregunta fundamental en esta clase de interpretación será ¿qué quiso prohibir el legislador en la ley penal?, y con las respuestas obtenidas actualizar el sentido y alcances de la norma para su aplicación al caso concreto.

Cabe advertir que la interpretación desarrollada deberá mantenerse siempre dentro del sentido y significado de las palabras del texto de la ley, pues de lo contrario estaríamos ante la analogía prohibida y se contravendría el principio *in dubio pro reo*.⁴⁷

A continuación expondremos los diferentes criterios de interpretación de la ley penal de acuerdo con el sujeto que los emite.

I. LEGISLATIVA

En muchas ocasiones el legislador penal deja testimonio sobre cuáles fueron los problemas que quiso resolver y las conductas que quiso prohibir a través de las normas previstas en una ley o en su reforma, con lo cual tendremos una clara línea de interpretación histórico-teleológica sobre cuál fue el sentido de la prohibición, de ahí que ello se considere como interpretación auténtica de la ley, cuyo testimonio se puede encontrar en los trabajos legislativos

⁴⁷ Para un mayor desarrollo, *cfr.* Anchondo Peredes, Víctor Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/16/cnt/cnt4.pdf>, esp. pp. 39 y ss.; Welzel, Hans, *Derecho penal (parte general)*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma, 1956, esp. p. 28.

de las comisiones, las discusiones publicadas en el diario de los debates y la exposición de motivos tanto de las leyes penales como de sus reformas.⁴⁸

Lamentablemente en muchas ocasiones el legislador no deja constancia pormenorizada sobre el desarrollo de su labor y lo único que encontramos son manifestaciones generales en torno a la ley o reforma y su texto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante *DOF*), situación que nos obliga a acudir a otros criterios de interpretación emitidos por los mismos jueces en sus tesis de jurisprudencia o por los doctrinarios.

II. JUDICIAL

La interpretación judicial es aquella que realizan los jueces para interpretar el sentido y los alcances del texto de la ley con el fin de aplicarla al caso concreto al dictar la sentencia. Así se ha puesto de manifiesto en el siguiente criterio de jurisprudencia:

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediabilmente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social.

Amparo penal directo 6897/49. Altamirano González J. Jesús. 28 de abril de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona Redondo. La publicación no menciona el nombre del ponente.⁴⁹

Conforme a lo anterior, los jueces no solo deben aplicar las leyes al caso concreto, sino también necesitan emitir criterios generales para interpretar las normas penales con el fin de establecer sus alcances, además de armonizarlas con todo el orden jurídico y actualizarlas al desarrollo social. Dicha labor es en extremo importante en nuestro país si tomamos en cuenta que el CPF data de 1931, que se han realizado multiplicidad de reformas a todo el orden jurídico para adecuarlo a un Estado social y de derecho protector de los derechos humanos y que la sociedad mexicana ha cambiado profundamente, por lo cual es

⁴⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Introducción al derecho penal*, México, Jurídica Universitaria, 2013, esp. pp. 241 y ss.; Velázquez Velázquez, Fernando, *Manual de derecho penal*, 4a. ed., Colombia, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, esp. pp. 175 y ss.

⁴⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, t. CIV, p. 984.

indispensable actualizar la norma a través de la interpretación jurisprudencial y no con la reforma a la ley, lo cual ha quedado de manifiesto en el siguiente criterio de jurisprudencia.

LEYES PENALES. Si bien el artículo 14 constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interposición y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los tratados preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etcétera. En este sentido se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no debe ser ni extensiva, ni restrictiva, sino sólo declarativa de la voluntad del legislador.

Tomo XXVI, pág. 1277.- Olvera Tamborrel Rubén.- 2 de julio de 1929.⁵⁰

III. DOCTRINAL

También los autores desarrollamos criterios de interpretación para establecer el sentido y alcance de la norma penal que se convierten en dogmas, de ahí que se hable de la dogmática penal como ciencia del derecho penal. En cambio, la teoría del delito surge cuando los dogmas se sistematizan metodológicamente y alcanzan un grado de desarrollo tal que permite interpretar la ley penal en general para aplicarla a casos concretos con el fin de determinar si son o no delitos.⁵¹

La teoría del delito comenzó con el llamado sistema clásico, más conocido como causalismo, sustentado por Franz von Liszt y Ernst Beling (1886-1920 aproximadamente), el segundo fue el neoclásico desarrollado por Edmund Mezger (1920-1940), el tercero fue el sistema finalista elaborado por Hans Welzel (1940-1970) y actualmente el funcionalismo político criminal de Claus Roxin, así como el funcionalismo normativista de Günter Jakobs. Cada uno de los sistemas ha partido de los desarrollos de su predecesor, tomando algunos de sus postulados, reformulando otros y generando nuevas concepciones.

Al analizar algunas de las obras de autores mexicanos, consideramos que en lo fundamental siguen los postulados del sistema neoclásico, entre otros:

⁵⁰ *Ibidem*, Quinta Época, Primera Sala, t. XXVI, p. 1277.

⁵¹ En este sentido, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 192; Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, España, Colex, 1998, p. 15; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 7a. ed., p. 22; Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, *cit.*, pp. 62 y 63; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 53 y 54; Cuesta Aguado, P. M. de la, *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1966, pp. 22 y 23; Reyes Echandia, Alfonso, *Derecho penal (parte general)*, 11a. ed., Bogotá, Colombia, Temis, 1987, p. 8.

Raúl Carrancá y Trujillo,⁵² Fernando Castellanos Tena,⁵³ Marco Antonio Díaz de León,⁵⁴ Ricardo Franco Guzmán,⁵⁵ Sergio García Ramírez,⁵⁶ Francisco González de la Vega,⁵⁷ Eduardo López Betancourt,⁵⁸ Cesar Augusto Osorio y Nieto⁵⁹ e Ignacio Villalobos.⁶⁰

La adopción de un sistema u otro no es una cuestión de modas, pues constituye una base metodológica guiada por distintas corrientes filosóficas y político-criminales que conllevan a interpretar la ley de forma distinta y, en consecuencia, a soluciones distintas e incluso contradictorias para un mismo caso. En otras palabras, aunque el caso y la ley sean las mismas, su solución puede variar muchísimo dependiendo de la corriente doctrinal que se aplique. De ahí la gran importancia de la teoría del delito y del compromiso que adquieren quienes lo desarrollan y quienes lo aplican, dado que el fin por alcanzar no solo radica en una solución congruente con el texto de la ley, sino que además debe ser acorde con la justicia.

Dado que esta obra tiene por objetivo exponer brevemente las bases y fundamentos del derecho penal mexicano y ofrecer los criterios del sistema funcionalista social para su interpretación y aplicación en nuestro país, no entraremos en la exposición de los cuatro grandes sistemas de la teoría del delito ni en las discusiones doctrinales que han suscitado tanto en Europa como en América; solo desarrollaremos las bases metodológicas y los criterios que consideramos necesarios para determinar si se ha cometido o no un delito conforme a los parámetros de la justicia penal propia de un Estado social y de derecho y la protección de los derechos humanos.

⁵² Carrancá y Trujillo, Raúl, *Interpretación dogmática de la definición de delito en la legislación penal mexicana*, México, Botas, Cuadernos Criminalia, núm. 25, 1961, p. 35. También se puede apreciar la misma postura de Carrancá y Rivas en las actualizaciones realizadas a las obras de su padre, en particular, *cfr.* Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, 16a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 35-37.

⁵³ *Cfr.* Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal (parte general)*, p. 302 de la 3a. ed. (México, Porrúa, 1965), y pp. 239-243 de la 15a. ed. (México, Porrúa, 1981).

⁵⁴ *Cfr.* Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales (comentado)*, 3a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 155-160.

⁵⁵ En sus obras: Franco Guzmán, Ricardo, *La subjetividad en la ilicitud*, México, José M. Cajica Jr., 1959, pp. 99 y 100, y "Los elementos subjetivos del injusto en la teoría finalista de la acción", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. IV, núm. 14, abril-junio de 1954, pp. 122-125.

⁵⁶ *Cfr.* García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, pp. 28 y 29. En este sentido, hasta antes de la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, el dolo se analizaba mayoritariamente fuera del denominado cuerpo del delito. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *Comentarios sobre las reformas de 1993 al procedimiento penal federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 11, 1994, pp. 15 y 16.

⁵⁷ *Cfr.* González de la Vega, Francisco, *El Código Penal comentado*, 12a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 57-59.

⁵⁸ *Cfr.* López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, México, Porrúa, 1994, pp. 116-127 y 204-208.

⁵⁹ *Cfr.* Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *Síntesis de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., México, Trillas, 1986, pp. 65-67.

⁶⁰ El citado autor manifiesta el dolo y la culpa como las dos maneras en que se produce la relación anímica entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad; Villalobos, *op. cit.*, p. 292.

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO CUARTO

RELACIÓN JERÁRQUICA DEL DERECHO PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO

La jerarquía y la interrelación entre las normas jurídicas que conforman el derecho positivo mexicano se encuentra previsto en la CPEUM en los términos siguientes:

Artículo 133. 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. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Este precepto constituye el fundamento de la supremacía constitucional y de los tratados internacionales, e implica que las leyes penales se deben ajustar a lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, no solo para su aplicación, sino también para su creación e interpretación. De ahí que la CPEUM y los tratados internacionales se erigen como normas supremas cuyos mandatos serán inviolables por las leyes que conforman el derecho penal mexicano, principalmente las contenidas en los códigos penales locales y el CPF.⁶¹ Por ello, la relación del derecho penal frente a las normas supremas (CPEUM y tratados internacionales) es de subordinación.

Por otra parte, la ley penal se relaciona con otras de su misma jerarquía, en cuyo caso se deberán coordinar, mientras que con normas de menor jerarquía la relación será de superioridad, como sucede con los reglamentos, circulares, normas oficiales, etcétera, las cuales jamás podrán sustituir o contravenir a las normas penales.

Estas tres relaciones jerárquicas del derecho penal, subordinación, coordinación y superioridad, nos servirán para ofrecer una interpretación sistemática del orden jurídico nacional.

⁶¹ En este sentido, *cfr.* Ochoa Sánchez, Miguel Ángel *et al.*, *Derecho positivo mexicano*, 2a. ed., México, McGraw-Hill, 2002, esp. pp. 191 y ss.

I. DE SUBORDINACIÓN A LOS MANDATOS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Las normas constitucionales han sido objeto de dos importantes reformas: 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, las cuales sientan las bases del nuevo sistema de justicia penal propio de un Estado social y de derecho garante de los derechos humanos, lo cual se ha visto reforzado con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales. A partir de la interrelación de dichas normas supremas surgen mandatos a los cuales se debe ajustar el derecho penal mexicano, a saber: legalidad, exclusiva incriminación de conductas, bien jurídico tutelado, y penas con fines de reinserción social y protección de derechos humanos. Por ello será obligación de todas las autoridades mexicanas que crean o aplican el derecho penal ajustarlo a dichos mandatos, ya que de lo contrario el acto de autoridad sería anticonstitucional y podría derivar en responsabilidad del funcionario que los violentó.

A continuación analizaremos los mandatos enunciados.

1. LEGALIDAD

Antes de la Revolución francesa, el derecho penal se caracterizaba por la gravedad de las sanciones aplicadas de manera arbitraria por quien detentaba el poder (por ejemplo el rey o el señor feudal), por ello Beccaria manifestó: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social",⁶² y al juez solo corresponde aplicar dicha ley, mientras que al Ejecutivo le está vetada tanto la facultad de emitir leyes penales como la de juzgar los delitos. Ello quedó claramente plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los términos siguientes: "Artículo 8o. La ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley".⁶³

Es así como surge el principio de legalidad, el cual fue delineado por Feuerbach⁶⁴ con la fórmula latina *nullum crimen nulla poena sine lege*,⁶⁵ la cual se

⁶² Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza, 1968, pp. 29 y 30.

⁶³ Cita en Berdugo Gómez de la Torre, Luis *et al.*, *Lecciones de derecho penal (parte general)*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999, p. 43. Sobre el contexto histórico europeo, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, pp. 141-144; Cuello Contreras, *op. cit.*, pp. 146-148.

⁶⁴ *Cfr.* Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, *cit.*, pp. 162 y 163; Jiménez de Asúa, *Manual...*, *cit.*, vol. II, pp. 38 y 39; Welzel, *Derecho penal (parte general)*, *cit.*, pp. 26 y 27.

⁶⁵ *Cfr.* Feuerbach, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14a. ed., Alemania, Darst, 1847, esp. § 20.

concibe como un medio de control al poder represivo del Estado,⁶⁶ el cual quedó plasmado en la CPEUM en los términos siguientes:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

Así, la legalidad se erige como una garantía que se conforma de tres postulados: a) la conducta delictiva solo puede estar descrita en la ley, b) irretroactividad la ley, y c) solo se puede imponer la sanción dentro de los límites previstos en la ley.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) dispone:

Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 9o. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En consecuencia, el mandato de legalidad implica no solo la descripción de las conductas delictivas en la ley penal, sino también la claridad de su descripción para que el ciudadano tenga certeza sobre los comportamientos prohibidos por cuya comisión podría ser sancionado penalmente, lo cual, a su vez, impide al Estado la imposición arbitraria de penas.⁶⁷

⁶⁶ Roxin, *Derecho penal...*, cit., pp. 137, 145 y 146.

⁶⁷ En este sentido, cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, cit., p. 27; Roxin, *Derecho penal...*, cit., esp. pp. 140 y 159-161; Mir Puig, *Derecho penal...*, cit., 7a. ed., esp. p. 77. Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *op. cit.*, p. 49; Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, cit., p. 170; Cuello Contreras, *op. cit.*, p. 155; Luzón Peña, *Curso de derecho...*, cit., p. 81.

2. EXCLUSIVA INCRIMINACIÓN DE CONDUCTAS

Aunque el texto del artículo 14 de la CPEUM no dice expresamente que solo las conductas pueden ser consideradas como delitos, ello sí está contemplado tal cual en el párrafo 4o. del artículo 18 referente a la justicia para adolescentes, al establecer:

Artículo 18...

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

Así, al referirse el texto constitucional a la conducta tipificada como delito, restringe este a la exclusiva descripción legal de acciones u omisiones, cuyas consecuencias serán distintas para los adolescentes (medidas) que para los mayores de edad (penas); el tema relativo a la imputabilidad lo abordaremos en la segunda parte de esta obra.

Aunado a lo anterior, el principio de legalidad previsto en artículo 9o. de la CADH, ya transcrito, señala que solo las acciones u omisiones previamente descritas en la ley pueden dar lugar a su condena como delitos. Ello también está previsto en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por ende, la interpretación sistemática de las normas supremas constitucionales y de instrumentos internacionales nos permite sostener la existencia de un mandato por el cual solo las conductas de acción o de omisión pueden ser descritas en la ley como delitos, quedando prohibida la sanción penal por simples situaciones o circunstancias del autor, cuyo ejemplo más representativo lo fue el derogado delito de vagancia y malvivencia, que preveía el CPF en los términos siguientes:

Vagos y Malvivientes

Artículo 255. Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes.

Se estimará malos antecedentes para efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, thaúr o mendigo simulados o sin licencia.

Artículo 256. A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que se trata de cometer un delito, se le aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente a la vigilancia de la policía.⁶⁸

Pero todavía subsiste el de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, en el cual no se describe la conducta delictiva sino una situación del servidor que no puede demostrar la licitud del incremento de su patrimonio.

Actualmente, el mandato de exclusiva incriminación de conductas como delitos se cumple con lo previsto en el artículo 7o. del CPF, al definir al delito como la acción u omisión que sancionan las leyes penales.⁶⁹ Por lo cual, al relacionar sistemáticamente dicha regla del libro primero del CPF con el mandato de legalidad previsto en la carta magna y el artículo 9o. de la CADH, podemos generar la primera categoría de análisis del delito: la conducta-típica.

3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

La protección de bienes fundamentales para la sociedad se considera como uno de los principios fundamentales del derecho penal en un Estado social y de derecho, lo cual dejó de ser una pura cuestión doctrinal⁷⁰ y pasó a ser reconocido expresamente en algunos códigos penales locales, como los de Chihuahua y el Distrito Federal.⁷¹ Sin embargo, desde nuestro punto de vista,

⁶⁸ En Alemania, el parágrafo § 361 de la Ley de Delincuentes Habituales, de 24 de noviembre de 1933, sancionaba penalmente al vagabundo, mendigo, borracho o vago. Sobre esta ley, *cfr.* Roxin, *Derecho penal...*, *cit.*, p. 180; en España tuvo vigencia la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, la cual fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970; de ello informan Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 7a. ed., pp. 9 y 10; Cuesta Aguado, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ Cabe decir que la doctrina mayoritaria clasifica a este principio como una derivación del principio de culpabilidad. No obstante, si el dolo, como aquí se expondrá, se ubica en el tipo, entonces debe hacerse referencia a este principio dentro del principio de conducta incriminada. Lo ubican dentro del principio de culpabilidad, entre otros: Quintero Olivares, Gonzalo *et al.*, *Curso de derecho penal (parte general, acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, Cedes, 1996, pp. 58 y 60; Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *op. cit.*, p. 63; Ruiz Vadillo, Enrique, "Desviaciones al principio 'no hay pena sin culpabilidad' en el Código Penal español", en *Estudios penales, homenaje al prof. Julián Pereda en su 75o. aniversario*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, 1965, pp. 671, 673-680.

⁷⁰ *Cfr.* Álvarez García, Francisco Javier, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, Dykinson-Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, 1991, pp. 18 y ss.; Toledo y Ubieto, Emilio Octavio de, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos-Ministerio de Justicia-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, t. 43, fasc/mes 1, 1990, pp. 14 y ss.; Cuello Contreras, *op. cit.*, p. 128.

⁷¹ Así, el Código Penal para el Distrito Federal dispone: "Artículo 4 (*Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material*). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal", en tano que el Código Penal de Chihuahua establece: "Artículo 4. Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material.

Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal".

la interrelación de las normas constitucionales nos permite sostener que hay un verdadero mandato que obliga al legislador penal a expedir leyes penales sí y solo si protegen bienes fundamentales para la sociedad, es decir, la descripción de los delitos solo se justifica cuando las conductas lesionan o cuando menos ponen en peligro bienes jurídicos tutelados.

Para empezar, el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión (artículo 41 de la CPEUM), por lo cual el supremo poder de la Federación (artículo 49 de la CPEUM), solo se debe ejercer en beneficio del pueblo (artículo 39 de la CPEUM), por lo cual la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia penal (artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM) solo se justifica cuando se describen conductas que lesionan bienes fundamentales para la sociedad (artículo 22, primer párrafo, de la CPEUM).

Así, en una sociedad tan plural como la mexicana, solo alcanzará la calidad de bien fundamental aquello que la mayoría de sus integrantes consideran como muy importante o imprescindible para el desarrollo particular y social.⁷² De esta guisa, la actuación del Estado deberá orientarse hacia la protección de los bienes fundamentales para la sociedad a través de medidas económicas, administrativas, sociales y jurídicas; dentro de estas últimas estará la descripción como delitos de las conductas que lesionan o ponen en grave peligro a dichos bienes fundamentales, por las cuales también deberá preverse una sanción penal.

En esta tesitura, el bien fundamental para la sociedad alcanza el rango de jurídico tutelado cuando se describe en la ley penal la conducta que lo lesiona o lo pone en peligro y dispone una pena o medida a imponer a quien la realiza.⁷³

Existen bienes fundamentales cuya valía ha sido reconocida por todas las sociedades a lo largo de la historia, tales como la vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad, etcétera, y su importancia se ve reflejada en la pena a imponer a quienes los lesionan, por lo cual, la sanción deberá ser proporcional a la jerarquía de los bienes (artículo 22, párrafo primero, de la CPEUM), ya que sería contradictorio sancionar más gravemente un delito contra el patrimonio que uno contra la vida.

⁷² En este sentido, *cfr.* Kindhäuser, Urs, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, trad. de Claudia López Díaz, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, esp. p. 67; Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, España, Universidad de Sevilla, 1974, esp. pp. 28 y 29.

⁷³ En este sentido, *cfr.* Gimbernat Ordeig, Enrique, "Causalidad, omisión e imprudencia", en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Granada, España, Comares, 1997, p. 190; Fernández, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo, B de F, 2004, p. 418; Díez Ripollés, José Luis, "La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José de Costa Rica, año 10, núm. 15, diciembre de 1988, pp. 432-434, 437 y 440-444; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 7a. ed., p. 92; Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *op. cit.*, p. 56; Quintero Olivares *et al.*, *Curso...*, *cit.*, p. 52; Luzón Peña, *Curso de derecho...*, p. 82; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho...*, *cit.*, pp. 269-271.

La valía de los bienes es dinámico y puede cambiar de acuerdo con el tiempo y las circunstancias, por ello es que los delitos contra el honor (injurias y difamación) han quedado excluidos del CPF⁷⁴ y han surgido otros nuevos, como los de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (artículos 211 bis 1 a bis 7 del CPF).

Por todo lo anterior, en la interpretación y aplicación del derecho penal sustantivo será indispensable identificar el bien jurídico tutelado, su jerarquía y su correspondencia con la sanción prevista, todo lo cual debe ajustarse a los mandatos de las normas supremas.

4. PENA CON FIN DE REINSERCIÓN SOCIAL

La ley penal deberá establecer el mínimo y el máximo de la pena a imponer por la comisión de un delito (mandato de legalidad); pero la duración de la pena deberá permitir al condenado su reinserción social cuando vuelva a la libertad. Ello ha quedado plasmado en nuestra CPEUM:

Artículo 18...

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.⁷⁵

El mandato constitucional de la pena con fines de reinserción social se reafirma en el punto 6 del artículo 5o. de la CADH: "6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Conforme a lo antes establecido, las leyes penales mexicanas que disponen penas de prisión superiores a los cuarenta años iviolentan flagrantemente el mandato de la pena con fines de reinserción social! Si la edad penal inicia a los 18 años y si se impusiera una pena de prisión de más de cuarenta años, estaríamos ante una persona que al salir de prisión tendría casi sesenta años de edad o más ¿sería posible reinsertarlo a la vida social? Por ello es urgente una reforma que ajuste las penas previstas en los ordenamientos penales del país al mandato de la pena con fines de reinserción social tal como lo ordenan las normas supremas.

El mandato de penas con fines de reinserción social excluye las viejas concepciones retribucionistas o aquellas que la consideran como un medio de pre-

⁷⁴ *DOF*, 23 de diciembre de 1985.

⁷⁵ *DOF*, 10 de junio de 2011.

vención general, y solo la perfila como un mecanismo de prevención especial para tratar de evitar su reincidencia.

Por otra parte, el artículo 22 de la CPEUM prohíbe terminantemente la aplicación de determinadas penas. “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

Conforme a lo anterior, iestá terminantemente prohibida la reinstauración de la pena de muerte en México! Dicho mandato se confirma en el punto 3 del artículo 4o. de la CADH: “Artículo 4o. Derecho a la Vida... 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

Por ello, los diversos pronunciamientos en favor de la pena de muerte en nuestro país reflejan un desconocimiento de las normas supremas ya citadas, lo cual es totalmente imperdonable cuando se trata de políticos y peor aún si son legisladores.

II. DE COORDINACIÓN CON LEYES

Las leyes penales se pueden interrelacionar con otras por cuestión de competencia, materia, aplicación judicial o de ejecución de penas, lo cual genera una relación de coordinación que expongo a continuación.

1. ENTRE NORMAS PENALES

El CPF fue emitido por el Congreso de la Unión en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de la CPEUM, para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, quedando reservada a los estados y el Distrito Federal la facultad para legislar en materia de fuero común. De ahí la vigencia de 33 códigos penales: uno Federal, uno del Distrito Federal y 31 estatales, cuyas normas se aplican en atención a su competencia dividida en fuero común y fuero federal.

Lamentablemente la vigencia actual de 33 códigos penales en el país ha generado la falta de uniformidad en la descripción de conductas delictivas, a lo cual se suma la disparidad de penas, por lo cual la misma conducta puede ser delictiva en un estado mientras que en otro no, y cuando la descripción es similar puede tener sanciones distintas dependiendo el lugar donde se cometió. Esta situación contraviene de manera flagrante la certeza jurídica y por ende el mandato de legalidad, lo cual puede derivar en la anticonstitucionalidad del actual derecho penal mexicano. Existen diversos pronunciamientos

en favor de un Código Penal Único que rija en todo el país conforme a los parámetros de un Estado social y de derecho y se ajuste a las necesidades nacionales, o cuando menos una Ley General de Fundamentos Penales que regule la parte general y se deje a los estados la expedición del libro segundo en donde solo se describan las conductas delictivas y las penas a imponer. Cabe decir que esta última solución solo sería provisional, pues la tendencia es conseguir un solo ordenamiento penal.

Mientras se resuelve el problema de unidad del derecho penal mexicano con un Código Penal Único, utilizaremos el CPF como base normativa para el desarrollo de la presente obra.

La descripción de las conductas delictivas previstas en el libro segundo del CPF se complementa con lo dispuesto en otras leyes, como sucede con los delitos contra la salud, pues el artículo 193 del CPF remite a los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248, de la Ley General de Salud, para determinar qué se entiende por narcótico y con ello poder complementar la descripción de las conductas-típicas previstas en los artículos 194 a 199 del CPF.

Por otra parte, la gravedad e incidencia de ciertos delitos ha llevado al legislador penal mexicano a sacarlos del CPF y crear leyes específicas, como la Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Ley General Para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, etcétera. En otras ocasiones, la descripción de la conducta-típica se encuentra prevista en leyes de naturaleza distinta a la penal, como sucede con lo previsto en el artículo 462 de la Ley General de Salud y en los artículos 96, 102 y 103 del Código Fiscal de la Federación. Ello es acorde con el principio de legalidad, siempre y cuando también se trate de leyes de la misma jerarquía de la ley penal.

Solo cabe advertir que la interpretación de las conductas-típicas previstas en otras leyes se deberá ajustar a las reglas del libro primero del CPF, por ejemplo, la comisión del delito de contrabando, previsto en el artículo 102 del Código Fiscal de la Federación, podría quedar excluido por el error de tipo invencible previsto en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), del CPF, con lo cual se vuelve a verificar la relación de coordinación entre las normas.

2. CON NORMAS PROCESALES

Mientras que al derecho penal le corresponde la función de establecer cuáles son las conductas consideradas como delitos y las penas a imponer por su comisión, el derecho procesal penal establece los requisitos y formalidades que se deben observar para la aplicación del derecho penal al caso concreto y determinar quién o quiénes son responsables de dicho delito. Es por ello que la relación entre el derecho penal y derecho procesal penal es tan estrecha

que autores como Gimbernat Ordeig define al primero como “el conjunto de normas jurídicas que determina lo que es delito y vincula a él, como consecuencia jurídica, una pena o medida de seguridad a imponer en un proceso penal”,⁷⁶ siendo facultad exclusiva de la autoridad judicial el imponer las penas, así como su modificación y duración, según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 21 de la CPEUM.

Lo anterior explica por qué muchos de los mandatos establecidos por las normas supremas (constitucionales y de tratados internacionales) dirigidos a normas procesales terminan siendo compartidos por normas penales sustantivas, como el debido proceso, la prohibición de la analogía, la irretroactividad de la ley, y la prohibición de sancionar dos veces la misma conducta.

El debido proceso (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) implica que nadie puede ser sancionado penalmente sin la previa celebración de un procedimiento en el que se hayan cumplido todas las formalidades previstas en la ley (artículo 14, párrafo 2o., de la CPEUM),⁷⁷ lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 7o. de la CADH:

Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza,

⁷⁶ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 17; en el mismo sentido, *cfr.* Quintano Ripollés, *Curso...*, t. I, p. 5; Reyes Echandía, *op. cit.*, p. 2; Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal (concepto y método)*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 201; Sainz Cantero, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁷ *Cfr.* Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Artículos 1o., 2o., 3o., y 4o.”, en *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 1999, esp. pp. 131 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal...*, *cit.*, 7a. ed., esp. pp. 76 y 77; Cerezo Mir, *Curso de derecho...*, esp. pp. 167-169; Quintero Olivares *et al.*, *Curso de derecho...*, *cit.*, esp. pp. 35-40; Cuello Contreras, *op. cit.*, esp. p. 154; Jiménez de Asúa, *Manual...*, *cit.*, vol. II, esp. pp. 37 y 38; Ruiz Vadillo, Enrique, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Madrid, Colex, 1997, esp. pp. 45-47.

dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

La analogía se presenta cuando el juez conoce de un caso no previsto en la ley pero muy semejante a otro que sí lo está, por lo cual utiliza la misma norma para resolver el primero bajo el razonamiento: "donde hay la misma razón legal debe existir igual disposición de derecho",⁷⁸ con lo cual se aplicaría una norma penal a un hecho que no le corresponde y con ello se violaría el mandato de legalidad, de ahí su prohibición. Sin embargo, la analogía *in bonam partem* sí está permitida, y ello queda reafirmado con el reconocimiento del principio *pro homine* o pro persona del artículo 1o. de la CPEUM, el cual implica una interpretación de la norma penal que logre la protección más amplia de los derechos humanos del probable responsable, pero sin dejar de proteger a la víctima.⁷⁹

Se prohíbe la retroactividad de normas penales que incriminan nuevas conductas, amplían la materia de prohibición, agravan la pena y/o introducen nuevas consecuencias jurídicas más graves. Solo está permitida la retroactividad de la ley penal cuando beneficia al procesado.

También se prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos y más aún el sancionar dos veces la misma conducta: *non bis in ídem*.

Por otra parte, después de la publicación del CNPP en el *DOF* del 5 de marzo de 2014, podemos decir que el derecho procesal mexicano se debe ajustar a los siguientes principios propios de un sistema acusatorio adversarial:⁸⁰

- A) Imparcialidad, independencia, competencia y establecimiento legal previo del juzgador.
- B) Presunción de inocencia.
- C) Igualdad entre las partes.
- D) Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, cuando no comprenda o hable el idioma del juzgado o tribunal.
- E) Derecho a estar presente en el proceso.
- F) Derechos de defensa:

- 1) Derecho a defenderse por sí mismo (defensa material).

⁷⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Dogmatica_juridica.

⁷⁹ Cfr. Ochoa Romero, Roberto, "Criterios de la Corte Interamericana", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (en prensa); Roxin, *Derecho penal...*, cit., p. 158. Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 28.

⁸⁰ En este sentido se pronuncian: García Ramírez, *Derecho penal*, cit., p. 27; Ochoa Romero, *op. cit.*

- 2) Derecho a contar con la asistencia de un defensor y a comunicarse con él de manera privada y libre.
 - 3) Derecho a que se le comunique detalladamente y en forma oportuna la imputación y la acusación.
 - 4) Congruencia entre acusación y sentencia condenatoria.
 - 5) Derecho a disponer tiempo adecuado para preparar su defensa.
 - 6) Derecho a contar con los medios adecuados para preparar su defensa.
 - 7) Derecho a ofrecer pruebas y expresar alegatos.
 - 8) Derecho a contradecir las pruebas y alegatos de la contraparte.
 - 9) Derecho a ser auxiliado para que sus testigos comparezcan a juicio.
 - 10) Derecho a interrogar a sus testigos y contrainterrogar a los testigos de cargo.
- G) Derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia en juicio (derecho a ser careado, también conocido como derecho a la confrontación).
- H) Derecho a impugnar la sentencia de primera instancia.
- I) Derecho a guardar silencio.
- J) Inadmisibilidad o exclusión de pruebas ilícitas.
- K) Derecho a ser juzgado en plazo razonable.
- L) Juicio público, contradictorio, concentrado, continuo y celebrado ante juez o jurado (juicio en audiencia pública).

Del desarrollo de cada uno de los principios antes mencionados me he ocupado en otra de mis obras, por lo cual remito al lector a su análisis.⁸¹

3. CON NORMAS PENITENCIARIAS

El artículo 18 de la CPEUM establece las bases fundamentales del sistema penitenciario para conseguir la reinserción social a través del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, todo lo cual deberá desarrollarse en la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones y sus correlativas a nivel estatal. Sin embargo, será materia de análisis de los penitenciaristas la correspondencia de dicha Ley con los mandatos establecidos en las normas supremas.

Por otra parte, el recluso gozará de la protección de sus derechos humanos, tal como lo dispone el artículo 18 de la CPEUM y el punto 2 del artículo 5o. de la CADH: "Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal... 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda

⁸¹ Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito (legislación, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, Straf, 2008, esp. pp. 5-371.

persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Asimismo, lo dispuesto en la parte final del párrafo tercero del artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los términos siguientes:

Artículo XXV

Derecho de protección contra la detención arbitraria

...

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Sin embargo, hay que considerar que el reo tiene restringidos sus derechos y garantías, comenzando por la más importante: la libertad de tránsito. Por ello es que se deben establecer criterios para fijar los límites de la protección de derechos humanos de quien compurga una pena de prisión. Por ejemplo, ¿sería contrario a la dignidad humana el poner a barrer banquetas o limpiar los escusados? ello será materia de debates más profundos que por ahora solo quedan como comentarios.

III. DE SUPERIORIDAD FRENTE A REGLAMENTOS, ACUERDOS, CIRCULARES Y OTRAS

En algunas ocasiones el legislador penal no puede describir por completo la conducta típica y requiere de normas de menor nivel para completarla. Esto solo será posible cuando el núcleo de la conducta o verbo rector esté previsto en la ley y solo sea complementada por la norma inferior, como sucede con los reglamentos, normas oficiales y normas técnicas.

El papel de superioridad de la ley penal y de subordinación de la norma complementaria se puede apreciar en los supuestos de accidentes de tránsito, pues, por ejemplo, la conducta de homicidio, previsto en el CPF, solo podrá integrarse cuando se determine que la conducta de privar de la vida a otro se derivó de la violación de una de las normas del Reglamento de Tránsito o, en otro supuesto, bien que la muerte acaecida durante una operación quirúrgica se derivó del incumplimiento de un deber previsto en la Norma Oficial Mexicana para la práctica de anesthesiología (NOM-170-SSA1-1998), o que la muerte ocurrida al derrumbarse una construcción se puede imputar al constructor por la violación de las normas del Reglamento de Construcciones.

Es necesario tener siempre presente que los reglamentos, circulares, acuerdos y otras disposiciones de ese mismo nivel ino pueden describir por sí mismos conductas delictivas ni contemplar penas de prisión!

Publicación Electrónica,
núm. 12, 2014
Instituto de Investigaciones
Jurídicas, UNAM

CAPÍTULO QUINTO

EL DELITO, EL HECHO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

El delito se conforma de tres categorías: la conducta-típica, antijurídica y culpable, cada una de las cuales será expuesta a lo largo de la segunda parte de esta obra. Por ahora, cabe decir que la concepción del delito corresponde al derecho penal sustantivo, mientras que el hecho es una concreción o materialización de la realidad y la responsabilidad penal será materia del derecho procesal penal.

A partir de la reforma del 18 de junio de 2008, los artículos 16 y 19 de la CPEUM disponen:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Aunque el punto central de los artículos citados es de naturaleza procesal, su aplicación práctica se complica debido a confusiones conceptuales con figuras sustantivas propias de la teoría del delito. En efecto, con la nueva regulación se puso fin a un largo y confuso debate sobre el significado y los elementos del cuerpo del delito y del tipo penal,⁸² para quedar simplemente

⁸² La discusión comenzó en 1917 y se puede observar en diferentes obras, sobre todo de procesalistas mexicanos, por citar algunos: *cfr.* Rivera Silva, Manuel, "Apuntes sobre el cuerpo del delito", *Criminalia*, México, año VIII, núm. 1, 1o. de septiembre de 1942, p. 27; Acero, Julio, *Procedimiento penal. Ensayo doctrinal y comentarista sobre leyes del ramo, del Distrito Federal y el estado de Jalisco*, 5a. ed., México, Cajica, 1961, p. 95; Casacov Belaus, Gustavo, "Cuerpo del delito", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1985, t. II, p. 786; Díaz de León, *op. cit.*, pp. 158 y 159; Vergara Rojas, Gonzalo Antonio y Baca Rivera, Arturo, "La inconstitucionalidad en las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos del tipo penal

como requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso cuando existan elementos que establezcan la comisión de un hecho que la ley sanciona como delito y la probable responsabilidad del inculpado por haberlo cometido o participado en su comisión.

Así, los enunciados de los artículos 16 y 19 de la CPEUM se pueden dividir en tres aspectos: el suceso ocurrido, la ley penal que lo contempla y la persona responsable. Así, por ejemplo, si vamos caminando por la calle y vemos a una persona muerta, estaremos ante un suceso que será necesario investigar por las autoridades para determinar si fue un suceso natural, por ejemplo, si su muerte ocurrió porque le cayó un rayo, o bien, si los indicios apuntan hacia la comisión de un delito de homicidio y la muerte se puede imputar a otra persona, supuesto en el cual debemos determinar quién lo cometió y procesarlo para hacerlo responder penalmente.

En este orden de ideas, en el primer nivel de análisis constatamos a través de los sentidos la existencia de un hecho y realizaremos una labor de abstracción para determinar si los indicios o circunstancias que lo rodean nos llevan a sospechar o deducir que ello está previsto como delito en la ley. En caso afirmativo, pasaremos al análisis para determinar quién o quiénes lo cometieron y será durante el proceso penal cuando se compruebe plenamente su responsabilidad para poderlos condenar.

Es imprescindible utilizar la teoría del delito, pues, como hemos visto en el apartado anterior, dicha teoría nos proporciona un sistema de análisis para ordenar e interpretar las normas penales sustantivas para determinar si la conducta desplegada por el sujeto es o no constitutiva de delito. Pero la responsabilidad penal es una cuestión de carácter procesal que se determinará en la resolución del juez.

Conforme a lo antes dicho, existen hechos que no son considerados como delitos, otros en los cuales los indicios nos hacen considerar que lo son, pero puede suceder que no encontramos a un probable responsable o habiéndolo encontrado, al analizar su conducta con la teoría del delito, podamos llegar a la conclusión que no cometió dicho delito, por lo cual debe ser absuelto, o bien, que la teoría del delito nos indica que sí cometió el delito, pero por fallas procesales, sobre todo de prueba, nos impidan sustentar su responsabilidad penal, de manera que también deberá ser absuelto, y solo en el caso de que

con el concepto de cuerpo del delito y la resultante responsabilidad para juicio político”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Mérida, Yucatán, núm. 15, mayo-agosto de 1994, p. 43; González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, 6a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 545; Martínez y Martínez, Salvador, “El cuerpo del delito, una noción revalorizada y actualizada”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, México, t. XXXIX, julio-diciembre de 1989, p. 44; Ojeda Bohórquez, Ricardo, “Cuerpo del delito ¿en sentencia?”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 16, 2003, p. 40; Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho procesal penal*, 2a. ed., México, Oxford, 2005, esp. pp. 318 y 319; Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 18a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 276; Meza Fonseca, Emma, “Aplicación de la jurisprudencia en torno al cuerpo del delito”, *Revista Jurídica. Locus Regis Actum*, México, nueva época, núm. 23, septiembre de 2000, pp. 63 y 64.

la teoría del delito nos confirme la comisión del delito y ello se pueda sustentar conforme a las normas constitucionales y procesales, será entonces cuando podamos exigir al juez que dicte una sentencia condenatoria en la que confirme la responsabilidad penal del acusado y la pena a imponerle.

Es necesario enfatizar que la teoría del delito sirve para analizar conforme al derecho penal sustantivo si la conducta del sujeto es o no constitutiva de un delito y que corresponde al derecho procesal penal el establecer las reglas para investigar y enjuiciar al sujeto para fincar su responsabilidad penal. Por lo cual, aunque la teoría del delito nos indique que el sujeto cometió el delito, ello tendrá que ajustarse a las reglas procesales para poder ofrecer pruebas plenas que permitan acusar y condenar al responsable del delito. En otras palabras, la teoría del delito solo nos orienta sobre lo que debemos probar, y el derecho procesal nos indica cómo lo debemos hacer, para lo cual establecerá principios y reglas sobre los actores, requisitos y formalidades para sustentar la responsabilidad.

El documental intitulado *Presunto culpable* puede ilustrar todo lo hasta aquí expuesto, pues cuando se descubre el cuerpo ensangrentado de Juan Carlos Reyes Pacheco, los indicios obtenidos de las investigaciones iniciales llevaron a considerar que se había cometido el delito de homicidio y que el probable responsable era José Antonio Z. R. Lamentablemente, la conducta de José Antonio Z. R. no fue analizada conforme a la teoría del delito, la cual nos indica que era necesario establecer la relación causal entre la conducta y el resultado, lo cual conllevó a fallas procesales, sobre todo la falta de pruebas e incluso la existencia de algunas que indicaban que José Antonio Z. R. no había disparado (prueba de rodizonato de sodio negativa) y que se encontraba en otro lugar en el momento de la comisión del homicidio (testigos). Por ello se consideró que la condena del juez había violentado la presunción de inocencia (ahora prevista en el artículo 405, párrafo segundo, fracciones I y II del CNPP) y de allí que se revocara el fallo en segunda instancia. Así, el análisis del caso nos indica lo siguiente:

Primero: se verificó un hecho que la ley contempla como delito de homicidio.

Segundo: el análisis de la conducta del probable responsable se realizó sin utilizar la teoría del delito y por tanto no se comprobó que Juan Antonio Z. R. hubiera causado la muerte de Juan Carlos R. P.

Tercero: la falta de prueba dio lugar a una condena violatoria de reglas procesales e incluso constitucionales que culminó con la absolución de José Antonio Z. R., pero tampoco se comprobó su inocencia.

Cuarto: el delito quedó impune.

Por tanto hay que diferenciar el derecho penal sustantivo del procesal, pues en el primero se analiza si el hecho corresponde a la conducta-típica, anti-jurídica y culpable constitutiva de delito, mientras que en el segundo se establecen los sujetos, requisitos y formalidades necesarias para sustentar la

responsabilidad penal del condenado. Por ende, el primero sirve de guía para establecer lo que se busca, mientras que en el segundo se contemplan las reglas para saber cómo hacerlo. Si tenemos presente esa diferencia entre el *qué* y el *cómo*, podremos tener mejores expectativas de éxito tanto en el análisis como en su comprobación.

Así, en la segunda parte de esta obra desarrollaremos la teoría del delito conforme al sistema funcionalista social y solo haremos referencias puntuales a los aspectos procesales para sustentar la responsabilidad penal, sobre todo de aquellos que han generado graves problemas de impunidad en nuestro país.