

## 6. DERECHO PENAL

I. Progresión penal . . . . .	446
II. Los principios penales fundamentales . . . . .	451
III. La ley penal . . . . .	458
IV. El delito y el delincuente . . . . .	462

## **6. DERECHO PENAL**

## DERECHO PENAL

**SUMARIO:** *Advertencia. I. Progresión Penal: 1. Legislación histórica y vigente; 2. Proyectos de reforma; 3. Códigos y proyectos para los Estados; 4. El problema de la unidad penal; a) Panorama, b) Solución en el sistema ejecutivo. II. Los Principios Penales Fundamentales: 1. Planteamiento general; 2. Principios sustantivos; a) Carácter estatal del orden penal, b) Legalidad, c) Irretroactividad desfavorable, d) Igualdad ante la ley, e) Territorialidad, f) Personalidad y humanización de la pena; 3. Principios adjetivos; a) Carácter necesario del proceso, b) Principios judiciales; 4. Principios ejecutivos; a) Legalidad, b) Readaptación social. III. La Ley Penal: 1. Fuentes; 2. Ambitos de validez; a) Validez espacial, b) Validez temporal, c) Validez personal; 3. Concurrencia de normas incompatibles entre sí; 4. Leyes especiales. IV. El Delito y el Delincuente: 1. Aspecto positivo del delito; a) Conducta o hecho, b) Tipicidad, c) Antijuridicidad, d) Imputabilidad, e) Culpabilidad, f) Condiciones objetivas de punibilidad, g) Punibilidad; 2. Excluyentes de increminación; a) Exclusión de la conducta o hecho, b) Exclusión de tipicidad, c) Exclusión de antijuridicidad, d) Exclusión de imputabilidad, e) Exclusión de culpabilidad, f) Excusas absolutorias, 3. Autoría y participación; 4. Iter criminis; 5. Concurso; 6. Reincidencia; 7. Resonancias procesales de la teoría del delito; a) Cuerpo del delito, b) Probable responsabilidad. V. Sanciones: 1. Planteamiento general; 2. Derecho ejecutivo penal; 3. Pena de muerte; 4. Pena privativa de la libertad; a) La prisión, b) Sustitutos, c) Correctivos; 5. Penas restrictivas de la libertad; a) Confinamiento, b) Prohibición de ir o residir en lugar determinado, c) Otras restricciones. Reenvío; 6. Pena pecuniaria; a) Multa, b) Reparación del daño; 7. Tratamiento de enfermos e inimputables; 8 Sanción a personas colectivas; a) El problema penal de las personas colectivas, b) Consecuencias penales, 9. Otras sanciones; 10. El régimen de los menores infractores, a) Progresión histórica, b) Hacia un derecho tutelar, c) Instituciones específicas. VI. Extinción de la Responsabilidad Penal: 1. Muerte; 2. Amnistía; 3. Indulto; 4. Perdón; 5. Rehabilitación; 6. Prescripción. VII. Delitos: 1. Panorama. Legislación ordinaria y especial; 2. Delitos contra la vida y la integridad corporal; 3. Delitos contra el patrimonio; 4. Delitos "sexuales"; 5. Delitos contra la salud; 6. Delitos contra la economía pública; 7. Delitos contra la nación. Bibliografía.*

### *Advertencia*

Este estudio, elaborado por invitación que nos formuló el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el que años atrás desarrollamos tareas de investigación, se halla destinado —dentro de la obra colectiva de que forma parte y consecuente con las finalidades de ésta— a brindar, en forma sintética y sólo descriptiva, una noticia del derecho penal positivo en México. Su propósito de divulgación explícita y justifica el carácter

elemental de la exposición, en la que, deliberadamente, hemos soslayado las difíciles cuestiones doctrinales que suscita el examen detenido y profundo de la materia.

Presentamos, brevemente, algunos datos históricos, y luego ofrecemos, como fundamento para la revisión posterior, una nota en torno a los principios penales fundamentales, en la triple vertiente sustantiva, adjetiva y ejecutiva. A continuación se considera la ley penal, y luego se plantean, en capítulos sucesivos, los temas concernientes al delito y al delincuente —vistos jurídicamente, sin pretensión criminológica—, a las sanciones —sin abordar los terrenos más amplios, de la penología—, a la extinción de la responsabilidad penal y a los delitos. En la imposibilidad de presentar, dados los límites de espacio señalados a esta parte, todos los ilícitos contenidos en el Código penal y en leyes especiales, nos hemos circunscrito al sucinto tratamiento de los más importantes, sea por el bien jurídico en la especie tutelado, sea por la frecuencia con que aparecen en la realidad.

En nuestro país el régimen penal corresponde a las autoridades locales, salvo en lo que toca a delitos relacionados con materias específicas atribuidas a la federación. En tal virtud, y habida cuenta de que hubiese resultado impracticable aquí el estudio de todos los códigos de la república, este estudio se refiere únicamente al Código Penal de 1931, para el Distrito Federal y para la república, en lo que concierne al fuero federal. Empero, hemos incorporado frecuentes alusiones —según adelante se explica— a ciertos ordenamientos que contienen progresos normativos interesantes —como los Códigos para Michoacán, Guanajuato y el Estado de México—, y al proyecto de 1979 para Veracruz, preparado en el Instituto Nacional de Ciencias penales y en cuya Comisión Redactora participamos, y al Código que, con base en aquél, al que modificó en algunos puntos de fondo, expidió el mismo estado de Veracruz en 1980. En consecuencia de lo anterior, los artículos citados en el texto corresponden, salvo cuando se indica otra cosa, al Código Penal para el Distrito Federal.

## I. PROGRESION PENAL

### 1. LEGISLACION HISTORICA Y VIGENTE

México prehispánico, dividido en reinos y señoríos, entre los que el azteca acabó por sobresalir, tuvo una dispersa y severa legislación penal, donde a menudo se preveía la aplicación de la pena de muerte. Otras sanciones frecuentemente contempladas fueron la esclavitud, los castigos corporales, el destierro, la confiscación e inclusive ciertas formas de encarcelamiento en el *teilpiloyan*, para deudores y reos exentos de pena capital; el *cauhcalli*, para responsables de delitos graves; el *malcalli*, para prisioneros de guerra; y el *petlacalli*, para reos de faltas leves. Ofrece especial importancia, en esta época, la ordenanza penal de Texcoco, atribuida a Nezahualcóyotl. De las normas y prácticas penales dan cuenta diversos textos indígenas conocidos y las crónicas de los conquistadores.

En la era colonial tuvieron vigencia tanto los ordenamientos generales para

España como algunos dictados específicamente para las nuevas tierras. Se hallan entre aquéllos, sobre todo, las Partidas, de 1265, y ambas Recopilaciones, de 1567 y 1805, respectivamente. De los segundos destacan la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, formulada en 1680, y numerosas compilaciones y ordenanzas, muchas de la última etapa de la Colonia, como las relativas a minería y gremios. Conviene recordar que entonces florecieron las jurisdicciones especiales, cuyo retraimiento vendría, gradualmente, con la Independencia.

Se afirma que el primer texto penal de la etapa soberana, que no alcanzó condición de ley, fue un llamado "Bosquejo o Plan General de Código Penal para el Estado de México", de 1831, y que el primer código, estrictamente, lo fue el correspondiente al Estado de Veracruz, de 1835. Mientras se integraba el derecho penal propio subsistieron, en lo sustantivo y en lo adjetivo, hasta bien entrado el siglo XIX, muchos de los mandamientos vigentes en el período colonial. Nuestras sucesivas cartas constitucionales, a su turno, contuvieron amplia materia penal en el catálogo de derechos públicos subjetivos, donde se fortalecían los principios de legalidad material y procesal, y las tendencias humanizadoras de la pena.

Para el siglo pasado posee notable importancia la obra legislativa de Fernando J. Corona, autor de los proyectos de Códigos Civil, Penal y de Procedimientos para Veracruz, de 1869. El 7 de diciembre de 1871 fue promulgado el Código Penal para el Distrito, con aplicación federal en lo concerniente a este fuero, cuyo principal autor fue Antonio Martínez de Castro. Este ejemplar ordenamiento se fundó en los postulados de la denominada escuela clásica, apoyada en la responsabilidad moral y el libre albedrío, mantuvo restringido el arbitrio judicial, incluyó atenuantes y agravantes, trazó los fundamentos del sistema penitenciario y estableció la libertad preparatoria (condicional), que con tal nombre pasaría a las leyes posteriores. En 1912 se intentó, con base en los trabajos de una comisión presidida por Miguel Macedo, la revisión del Código de 1871.

El 30 de septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal, del que fue autor, principalmente, José Almaraz. Aquél quiso modificar la orientación del derecho mexicano en favor del positivismo. Tuvo al delincuente como preocupación central. Severamente criticado, sólo se mantuvo por dos años. Con todo, quedan en la cuenta de las leyes penal y procesal de 1929 numerosos aciertos fundamentales: entre ellos, la supresión de la pena de muerte, el ampliado arbitrio judicial, la decadencia del jurado, la reclamación oficiosa del resarcimiento del daño privado, la organización de la ejecución de penas, y algunos más.

El Código Penal vigente (en lo sucesivo, Cp.), al que se refiere, sustancialmente, el panorama que con estas líneas comienza, fue promulgado el 13 de agosto de 1931. La comisión redactora se integró con José López Lira, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto G. Garza. Confesadamente ecléctico y pragmático, el nuevo texto quiso huir de cuestiones doctrinales, reducir el casuismo, ampliar el arbitrio judicial, favorecer la individualización de las sanciones y la eficaz reparación del daño, y simplificar el procedimiento, entre otros extremos.

## 2. PROYECTOS DE REFORMA

Con frecuencia se ha intentado reformar a fondo o sustituir el Código Penal de 1931. Inclusive, se ha pretendido disponer de un código penal tipo para la república. Entre los proyectos figuran, de modo importante, los de: 1949, debido a Luis Garrido, Francisco Argüelles y Celestino Porte Petit; 1958 (hay dos proyectos de ese año), en el que participaron Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit y Manuel del Río Govea; y 1963, cuya comisión redactora se constituyó con el propio Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal, Luis Porte Petit Moreno y Luis Garrido, como asesor, bajo la presidencia de Fernando Román Lugo.

## 3. CODIGOS Y PROYECTOS PARA LOS ESTADOS

El carácter local de la legislación penal, en los términos del sistema federal mexicano, asunto del que nos ocuparemos al hablar del problema de la unidad penal, ha determinado que cada entidad federativa cuente con sus propios ordenamientos de la materia. Si bien muchos se han plegado, con escasas alteraciones, al régimen del Distrito Federal, otros más ofrecen progresos notables en este campo; así, los códigos para el Estado de México, de 1960; para Michoacán, promulgado el 7 de julio de 1980; \* y para Guanajuato, de 1977.

Es pertinente hacer especial referencia, por su fecha y características, al proyecto de Código Penal para Veracruz, redactado en 1979 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, por una comisión de la que formaron parte Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Luis Marcó del Pont, Moisés Moreno, Ezequiel Coutiño y Carlos Vidal Riveroll, a quienes otros juristas y criminólogos asistieron en puntos específicos. Este proyecto, con diversas modificaciones, adquirió vigencia en 1980 y sustituyó al Código de Veracruz, de 1947, a su vez inspirado por el estimable Código de Defensa Social de dicha entidad.

El Código veracruzano, al que con frecuencia nos referiremos, se halla dominado por las modernas corrientes de la defensa social, y la peligrosidad y readaptación del infractor. En tal virtud, asocia las preocupaciones de la técnica jurídica con las aportaciones de la criminología. En materia de sanciones contiene importantes novedades reduce el papel de la pena de prisión y organiza, bajo un amplio arbitrio judicial, los sustitutos de aquella (libertad bajo tratamiento y semilibertad) y algunos de los correctivos de la pena de duración judicialmente determinada.

Desde luego, el proyecto contenía avances notables que no incorporó el vigente Código de Veracruz; entre ellos cuentan las formas de aparición del delito, el régimen de días multa, la medida de trabajo asistencial gratuito (sucedáneo de la multa insatisfecha), el entendimiento de la reparación del daño privado

\* Como ello ocurrió cuando este trabajo estaba en prensa, las referencias al Código de Michoacán son al de 1961.

como obligación naturalmente civil, la supresión de la llamada responsabilidad penal de las personas morales, la reparación del daño a cargo del Estado en caso de error judicial, progresos importantes en las figuras de los delitos contra las personas en su patrimonio y contra la libertad y el adecuado desarrollo sexuales, nueva tipificación liberalizadora en supuestos de aborto, y varias más.

#### 4. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD PENAL

##### a) *Panorama*

El régimen federal mexicano, acerca de cuyos orígenes y desarrollo ha habido constante discusión, se proyecta también, como es natural, hacia el sistema punitivo. El artículo 73 de la Constitución (en adelante, C.) fija el catálogo de materias sobre las que incumbe legislar al Congreso de la Unión. Entre aquellas no figura el tema penal, que, así, permanece reservado a los estados (artículo 124 C.). La consecuencia de esta atribución es que cada entidad federada, así como el Distrito Federal, cuentan con su propia suma de ordenamientos penales, a saber, principalmente: Código penal, Código de procedimientos penales, Ley y Reglamento de ejecución penal, Ley orgánica de tribunales de justicia común (con porción penal) y Ley Orgánica del Ministerio Público local, además de reglamentos de la Defensoría de Oficio.

Tal situación ha provocado dos corrientes enfrentadas. Figura, por una parte, la tendencia, hasta ahora prevaleciente, que afirma que la materia penal debe continuar asignada, como otros órdenes legislativos, a los estados de la federación. Cabría, a lo más, procurar la uniformidad de textos a partir de la adopción y adecuación voluntarias de ordenamientos avanzados, o bien, de códigos tipo creados con el propósito de consolidar, en lo posible, un solo sistema de defensa social. Por otra parte, la segunda tendencia sostiene la necesidad de reformar, con adiciones, el artículo 73 C., para abrir las puertas, de plano, a un código penal para los Estados Unidos Mexicanos, con sus consecuencias procesales (inclusive, tal vez, las judiciales) y ejecutivas. Quienes así piensan, invocan la urgencia de contar con una verdadera política nacional de defensa social, prácticamente imposible, o al menos extremadamente difícil, bajo la actual multiplicidad legislativa. Agregan, además, el ejemplo de otros países federales, tanto de Europa (la URSS, Suiza), como de América (Argentina, Venezuela, Brasil; con tendencia centralizadora en esta área, sin éxito hasta ahora: los Estados Unidos de América), en los que ha prosperado, en determinados extremos, la idea de unificar la legislación penal.

Hasta el presente ha dominado entre nosotros la corriente federalista. De hecho, cierta uniformidad se ha logrado mediante la adopción relativa de soluciones contenidas en los códigos del Distrito Federal, luego superados —para desencadenar nuevos modelos— por otros Estados de la República. El último intento formal por contar con ordenamientos tipo se desarrolló en 1963, a la luz de una recomendación del Segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia.

b) *Solución en el sistema ejecutivo*

Tal vez ha sido en el orden de ejecución de penas (actualmente supeditado, sin embargo, en el fondo, a las decisiones que se adoptan en el plano sustantivo) donde mayores y más constantes intentos se han desplegado en favor de la unidad. A la cabeza de ellos figura el proyecto de artículo 18 constitucional, de Carranza, a la postre rechazado por el Congreso Constituyente, que consultaba una limitada centralización penitenciaria.

Enfrentado, por una parte, a la dominante solución federalista, y por la otra, a la necesidad de erigir un sistema nacional, coherente, de ejecución de penas, el derecho penitenciario patrio ha hallado, en los mecanismos consensuales, una fórmula de vía media. Estos, sin obligar a la abdicación de atribuciones por parte de los estados, aprovechan la potestad de convenir acciones específicas entre la federación y las entidades federativas, sistema explorado en otras áreas de la más variada naturaleza.

La reforma de 1964-1965 al artículo 18 constitucional, introdujo los convenios para que los reos comunes cumplieran sus condenas en reclusorios federales. Precedidas por sendas sugerencias de congresos penitenciarios, las reformas de 1971 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículos 575 y siguientes) y la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (artículos 1o., 3o., 6o., 10, 15 y 17) han reforzado el método consensual. Con esta base, el artículo 1o. del último ordenamiento mencionado sostiene: "Las presentes Normas tienen como finalidad organizar el sistema penitenciario en la República. . ."

Con diversos fundamentos, los casos de convención que hasta ahora recogen el derecho y la práctica penitenciarios nacionales son: a) Para la ejecución de penas de reos locales en establecimientos federales; b) Para la custodia y ejecución de penas de reos federales en reclusorios de los estados (supuesto de muy frecuente realización); c) Para la construcción de reclusorios estatales mediante aportación de recursos, conjuntamente, por la federación y los estados, y d) Para la ejecución extranacional de penas (hipótesis de la que abajo nos ocuparemos).

No hay, hoy día, base constitucional para la celebración de acuerdos ejecutivos entre estados de la república, materia donde, bajo la ley suprema, subsiste la prioridad del principio de territorialidad sobre el de readaptación social, cuya primacía, por lo demás, presta fundamento a las normas constitucionales y secundarias en que se apoyan las series de convenios a que antes hemos aludido.

## II. LOS PRINCIPIOS PENALES FUNDAMENTALES

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La ley penal mexicana, que en su punto de partida constitucional recoge los postulados del individualismo jurídico —la persona física como centro y razón del orden normativo, moderado o enriquecido por las aportaciones del derecho social constitucional, que en modo alguno conducen al transpersonalismo—, consigna las grandes normas o principios del llamado derecho penal liberal. Se resumen éstos, en esencia, en el ideal o propósito general de la seguridad jurídica, al que sigue, con orientación jurídica social, el de la readaptación del infractor.

En sentido amplio, estos principios gobiernan la triple proyección del régimen punitivo: el sistema sustantivo o material, el adjetivo o procesal, y, más recientemente, el ejecutivo. En cada caso destaca, como veremos, la preocupación por la legalidad, que ha decaído, según adelante se dirá, en el régimen específico de los menores infractores.

### 2. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

#### a) *Carácter estatal del orden penal*

La evolución del sistema de los delitos y las penas ha conducido de un régimen privado, que se concretó en la venganza, atenuada por el talión y la composición, a la asunción estatal del *jus puniendi*, que se cifra en el derecho abstracto a incriminar y sancionar, y abarca la titularidad de la pretensión punitiva.

La asunción estatal del orden penal, con efectos sustantivos, procesales (necesidad del proceso y titularidad de la acción por el Ministerio Público, con las condicionantes que se desprenden del régimen de los “delitos privados”) y ejecutivos (donde merece reflexión el carácter mixto de los Patronatos para Liberados y, mayormente, la subrogación de la vigilancia de excarcelados a particulares, modalidad de participación ciudadana en actos de ejecución penal prácticamente desconocida en México), se apunta en el artículo 17 C.: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. Con todo, este mandato de alcance general halla cierta atenuación, cuyo fundamento sería imposible discutir aquí, en formas vigentes de autocomposición y autodefensa, señaladamente —en el sistema penal— la legítima defensa, a la que se refiere, para el supuesto específico de la posesión de armas, el artículo 11 C.

#### b) *Legalidad*

La legalidad penal, en su doble perspectiva, la incriminadora y la sancionadora, se recibe en el dogma *nullum crimen, nulla poena sine lege*; dicho de otra forma: principio de tipicidad en la erección de la conducta punible, y principio

de atribución legal, tanto en calidad como en cantidad (contrariamente a lo que ocurriría, en rigor, bajo un sistema de pena absolutamente indeterminada), por lo que hace a la consecuencia (pena o medida) del comportamiento incriminado.

Al respecto, la C. establece en el tercer párrafo del artículo 14 (con antecedente en el de igual número de la C. de 1857): "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". De aquí se siguen el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal (por contraste con otros órdenes, de carácter discontinuo, en los que se mueven con holgura otras fuentes de creación jurídica) y la proscripción de la integración judicial (no, ciertamente, de la interpretación, que sólo corresponde al desentrañamiento del significado de la norma y comporta, por lo mismo, un proceso lógico indispensable), particularmente al través del método analógico enlazado con el derecho penal totalitario.

La C. no contiene mandamiento alguno, a diferencia, por ejemplo, del artículo 25 de la Constitución italiana, acerca de las medidas de seguridad, si se exceptúa el supuesto de los menores infractores, según la más corriente interpretación del artículo 18 constitucional. De este silencio normativo, explicable en virtud de la fecha de formación de la ley suprema, resultan diversos problemas de derecho penal y procesal sobre todo en la hipótesis de los inimputables.

El Cp. se abstiene de reiterar el mandato de legalidad. En otro sentido procedió, en su hora, el Código clásico de 1871, cuyo artículo 192 previó la estricta legalidad penal.

### *c) Irretroactividad desfavorable*

De la misma preocupación general en favor de la seguridad jurídica se desprende la proscripción de la retroactividad desfavorable. También el artículo 14 de la C. de 1917 contiene régimen sobre el particular, comprensivo, en este caso, de todos los órdenes normativos, no solamente del penal. En su primer párrafo, dicho precepto sostiene: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Además, el segundo párrafo del artículo 14 C. dispone que la privación judicial de bienes se conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Respecto a la aplicación, la no retroactividad desfavorable (prohibición de aplicar, no de expedir, normas *ex post facto*; admisión exclusiva de las *ex ante*), posee una doble consecuencia, que cabe formular con terminología procesal: no *reformatio in pejus* (esto es, estabilidad de las situaciones jurídicas frente a posibles afectaciones perjudiciales) y *reformatio in melius* (es decir, alterabilidad de tales situaciones por posibles reformas favorables).

Con todo, el hecho de que se vea la retroactividad desfavorable no implica, cuando la ley no lo quiere (caso del artículo 30. transitorio de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados), que necesariamente se haya de dar efectos retroactivos a la ley benéfica. Existe, a este respecto, pronunciamiento jurisprudencial.

En cuanto a la aplicación de la nueva ley favorable, el principio general es la ejecución de oficio por parte de las autoridades judiciales (para procesados) o administrativas (para sentenciados) (artículo 56, primer párrafo, y 57 Cp.), dados el interés público y la reorientación de la política criminal que aparece la *lex posterior*. Este principio sufre una excepción, difícilmente admisible, cuando se ha dictado sentencia irrevocable (es decir, inimpugnable por recursos ordinarios) a sanción corporal (lo serían las de muerte y privación o restricción de libertad); la ley más reciente sólo disminuye la duración de la pena. En este supuesto, ha de mediar requerimiento de reducción por parte del condenado (artículo 56, segundo párrafo), asunto sobre el que adelante volveremos.

d) *Igualdad ante la ley*

Frente a un derecho heterogéneo y “fraccionado”, el liberalismo afirmó que todos los hombres nacen iguales en derechos y son, por tanto, iguales ante la ley, lo mismo cuando ésta ordena que cuando faculta o sanciona. El nuevo dogma de la igualdad formal puso término al gran universo prevaleciente de estatutos, fueros y privilegios estamentales, regionales o particulares. En la C. mexicana, la igualdad jurídica parte tanto del artículo 1o. (“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución. . .”: igualdad universal), como del 4o. (“El varón y la mujer son iguales ante la ley. . .”: igualdad reforzada entre los sexos, oriunda del derecho social).

Implícitamente, el Cp. sostiene la igualdad, en cuanto no hace distinción de personas con respecto a la incriminación y a la pena. Empero, la rigurosa igualdad penal encuentra alteraciones y modificaciones, que aquí mencionaremos, sin perjuicio de otras referencias pertinentes al tratar acerca del ámbito de aplicación personal de la ley represiva.

a') El artículo 13 C. —fruto de un laborioso proceso de formación constitucional en el que chocaron partidarios y detractores de este orden sustantivo especial, con su correspondiente procesal y jurisdiccional— mantiene el “fuero de guerra” para los delitos y faltas contra la disciplina militar. Del régimen común, por lo tanto, se ha desprendido el aplicable a los miembros del Ejército (en activo y en servicio, sostiene la jurisprudencia) que incurran en los comportamientos típicos previstos por el Código de Justicia Militar.

b') Los artículos 108 y siguientes, de la misma Constitución, estatuyen otro “fuero” (que entraña inmunidades y privilegios procesales, además de ciertas expresiones sustantivas: los denominados delitos “oficiales”) para altos funcionarios de la federación y de los estados. Razones similares a las que soportan este fuero, sostienen la institución de la inviolabilidad parlamentaria de diputados y senadores por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos (artículo 61 de la C.), inviolabilidad que posee carácter material en cuanto constituye una verdadera impunidad. Otro tanto ocurre con la irresponsabilidad penal (que podría cubrir una conducta culposa, ya que no dolosa) de los ministros de la Suprema Corte de Justicia por lo que hace a las resoluciones que dictan a fin de

establecer la interpretación de preceptos constitucionales (artículo 83 de la Ley Orgánica de los Tribunales de la Federación).

c') Algunas impunidades (que en el fondo pudieran resolverse en inmunidades) se reconocen a jefes de Estado y a agentes diplomáticos. A estos últimos, bajo el imperio de la Convención de Viena sobre Relaciones Internacionales, de 1961, asimilada por el derecho mexicano, y con correspondencia en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963. Aquélla señala que los privilegios y las inmunidades: "se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de los mismos diplomáticos en calidad de representantes de los Estados".

d') Los menores de 18 años se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del derecho penal. Adelante veremos que a estos sujetos se les suele calificar de inimputables. En realidad, su incapacidad de derecho penal, derivada, *juris et de jure* (olvidadas, como están, la medición y la prueba del discernimiento), del dato de la edad, les priva de la condición de sujetos del derecho penal, para incorporarles, a cambio, en la de sujetos del derecho tutelar o correccional de menores infractores, que toma su fundamento en el artículo 18 C. —con emplazamiento equivocado, pues el precepto respectivo se encuadra entre las garantías penales, no obstante tratarse de una garantía de exclusión penal— y se estructura, por lo que hace al Distrito Federal, en la Ley que crea el Consejo Tutelar.

e') Determinadas conductas requieren, por su propia naturaleza, cierta calidad profesional o funcional en el activo; así, los delitos de funcionarios, médicos, abogados, etcétera; y otras exigen que el pasivo sea del sexo femenino y presente determinados datos, sea a título de presupuestos especiales del delito (preñez, en el aborto) o de elementos normativos del injusto (castidad y honestidad, en el estupro, por ejemplo.). Por lo demás, han desaparecido algunas incriminaciones privilegiadas del derecho tradicional, como la que sólo sancionaba el adulterio de la mujer.

#### e) Territorialidad

Proyección de la soberanía, se afirma la territorialidad absoluta del sistema penal, que para un país federal, como México, posee una doble aplicación: de la federación en su conjunto frente a otras potencias, y de los estados de la república (soberanos "en lo que toca a sus regímenes interiores": artículo 41 C.) ante la propia federación y las demás entidades federativas. De ahí que: "los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones. . ." (artículo 18 C.). Por ello, además, la ya recordada exclusión de la ley penal en el elenco de atribuciones del Congreso de la Unión (artículo 73 C.).

En su momento veremos cómo este principio sufre alteraciones por la aplicación extraterritorial de la ley penal (al menos por una territorialidad ampliada) y, especialmente, de la ejecución de penas.

f) *Personalidad y humanización de la pena*

La historia de las ideas y de las experiencias penales se halla colmada de casos, que en un tiempo formaron una difundida regla, de trascendencia o traslado de la pena a personas diversas al infractor. De esta suerte, poseía la pena una virtud expansiva que la llevaba a cernirse sobre otras vidas y haciendas, a más del honor, en que de algún modo se prolongaban o proyectaban la vida, la hacienda y el honor del delincuente. Una especie de herencia o transferencia de la culpa se traducía en herencia o transferencia del castigo, que han desaparecido del derecho moderno, si bien no de los hechos, por el influjo de la “estigmatización”, más estudiada cuando cae sobre los delinquentes que cuando afecta a sus próximos y sucesores.

Otro proceso contemporáneo —que tiene que ver, sobre todo, con las declaraciones normativas— es el de la humanización de la pena: contra el castigo cruel, se alza la sanción redentora o civilizadora, readaptadora, en suma, con cuanto estos conceptos poseen de equívoco y peligroso.

Del derecho constitucional anglosajón, principalmente, tomó el mexicano la prohibición de las penas crueles (sin esta expresión, que ha nutrido la Declaración internacional sobre penas crueles, inhumanas y degradantes, sino con una lista que abarca mutilación, infamia, marca, azotes y tormento), inusitadas y trascendentales (artículo 22, primer párrafo, C.). Entre las trascendentales se hallan presentes, implícitamente, las que exceden a la persona del delincuente, y explícitamente, la multa excesiva y la confiscación de bienes *idem*, párrafos primero y segundo).

En la misma línea, el artículo 10 Cp. indica: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delinquentes, excepto en los casos especificados por la ley”. Empero, esta última excepción es insostenible, si se trata, rigurosamente, de la responsabilidad penal; no así, cuando viene al caso la consecuencia civil de un comportamiento ilícito.

### 3. PRINCIPIOS ADJETIVOS

a) *Carácter necesario del proceso*

Puesto que el Estado moderno detenta, en exclusiva, el poder-deber de sancionar, que modernamente pudiera reformularse como potestad y facultad de decir el derecho en torno al comportamiento o al estado antisociales, y de readaptar al infractor o al peligroso, resulta que, superadas o atenuadas diversas expresiones de autotutela, surge el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas (otra cosa son las sociales, provocadas por la primera, cualquiera que sea el propósito expreso de ésta) del ilícito. Se dice, así, que el proceso penal es necesario.

La historia del derecho constitucional mexicano recoge diferentes instituciones autocompositivas, vinculadas a delitos privados. Hoy se han cancelado, en principio, estas vías. Hemos recordado que el artículo 17 C. proscribía la auto-

justicia, y añade, en consecuencia: “Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia. . .”, expresión relacionada con la contenida en el artículo 21 del mismo ordenamiento, que traduce el sistema de división de poderes y funciones: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”.

El segundo párrafo del artículo 14 C. supedita la privación de bienes al previo proceso legal. La subsistencia de delitos de querrela (mínima) necesaria, que condiciona el ejercicio de la acción persecutoria monopolística estatal, el desarrollo de ésta (merced a la facultad de perdón que posee el legitimado, por usar la expresión recogida en el proyecto de Cp. de Veracruz, mejor que la de ofendido o víctima; sin embargo, el código resultante, de 1980, no emplea ya esta correcta terminología, sino se limita a hablar de perdón en los delitos de querrela) e incluso, a veces, la potestad ejecutiva (como en el caso de adulterio, en que el perdón actúa eficazmente incluso en el período de ejecución penal), mediatiza la necesidad del proceso como medio para la solución del litigio penal.

La doctrina mexicana suele pronunciarse en favor del carácter totalmente público de los delitos, consecuente con el desenvolvimiento histórico del derecho penal. Empero, persisten y se amplían, en la legislación, los llamados delitos privados. Es importante, al respecto, la “reprivatización” (por entrega a la querrela del legitimado) de los delitos de lesiones leves cometidas con motivo del tránsito de vehículos, que ocurrió a partir de 1971 en el Distrito Federal, con antecedentes en el derecho estadual, debida a la reforma de los artículos 62 del Cp. y 271 del Código de Procedimientos Penales. Inclusive, han surgido instancias conciliadoras oficiales, como la dispuesta por acuerdo del Procurador del Distrito, de 6 de marzo de 1979, como medio para favorecer la solución del conflicto y prevenir, sustituyéndolo, el proceso.

### b) Principios judiciales

La legalidad penal, expresa en el citado principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, halla correspondientes de legalidad judicial y procesal, que se resumen en los dogmas *nulla poena sine iudicio* y *nemo iudex sine lege*. El primero tiene que ver con el arriba desarrollado carácter necesario del proceso, y el segundo con el establecimiento, que ha de ser legal, del órgano jurisdiccional.

La C. fija los juzgadores federales (artículo 94 y siguientes), asunto del que se ocupan, en sus propios planos o niveles, las constituciones de los estados de la federación y las leyes orgánicas de los poderes judiciales respectivos. Para el Distrito Federal vienen al caso, en este extremo, el artículo 73, fracción VI, base 4a., de la C. y la Ley Orgánica de los Tribunales correspondientes.

Sobre legalidad de los órganos de justicia, conviene recordar que el artículo 13 C. proscribía los tribunales especiales. En rigor, lo que este precepto suprime, en consideración a sus fuentes históricas, son las jurisdicciones por comisión, excepcionales o particulares, creadas para el juzgamiento de asuntos determinados, generalmente —aunque no necesariamente— *ex post facto* (de lo que el juicio por árbitros privados, para las especies civil y mercantil, constituye un ejemplo). El artículo 14 C. sólo autoriza la privación de bienes “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”.

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

#### 4. PRINCIPIOS EJECUTIVOS

##### a) *Legalidad*

Desenvuelta durante mucho tiempo estuvo en desenvolvimiento la legalidad penal y judicial-procesal, no aconteció lo mismo con la ejecutiva, pese a que debió ocurrir como desarrollo del apotegma *nulla poena sine lege*, no ya sólo para la fijación de la pena, sino además, verticalmente, para la ejecución de ésta. Fue entonces el penado “cosa de la administración”.

Las constituciones (y, en su momento, las declaraciones y los pactos internacionales) comenzaron a recibir normas sobre ejecución penal, luego desarrolladas en la construcción, por niveles, del derecho penitenciario: leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos. En México, esta expansión de la legalidad se ha llevado a cabo en el Distrito Federal (con las correspondencias del caso en la legislación estadual), gracias a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, y al Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, de 1979, éste de cuestionable y cuestionada constitucionalidad y legalidad, en algunos aspectos, por más que en otros ofrezca soluciones plausibles.

##### b) *Readaptación social*

Si la pena es siempre, técnico-jurídicamente, retribución (como reparación del orden quebrantado y aplicación formal de una consecuencia a un supuesto normativo), y además, psicológica y sociológicamente, expiación y ejemplo, lo cierto es que ahora se carga el acento en el designio readaptador de la sanción, que deviene en “medicina del espíritu” y factor de conciliación (axiológica o sólo conductual) entre la sociedad y el infractor.

Estos intereses han ganado en las constituciones contemporáneas (y en los textos del sistema internacional). En muchas de ellas, entre éstas la mexicana, se superponen y conectan dos series de atenciones: las humanitarias (artículo 19 *in fine* y 22 C.) y las readaptadoras (artículo 18). Se puede decir que con las primeras se procura la incolumidad del “ser” del prisionero, y con las segundas el “cómo ser” del futuro liberado.

En su origen, en 1917, el artículo 18 C. propugnó la “regeneración” del

reo, a través del trabajo. Desde la reforma constitucional de 1964-1965, ha pasado a referirse, más moderadamente, a la “readaptación social”, sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Aun cuando esta norma está incluida en un precepto que aborda, sobre todo, el tema de la prisión, es posible sostener —pues aquélla se refiere al “sistema penal” y no al “sistema de reclusorios” solamente—, que el *desideratum* readaptador del que habla se proyecta sobre todo el régimen de las penas. Este entendimiento está implícito en nuestro moderno derecho penal y penitenciario, e inclusive en el procedimiento judicial, como una de las piezas a considerar, a través del arbitrio, para la selección penal, hecho que se acentúa en el ejercicio de pronóstico conectado a la condena condicional.

El artículo 2o. de la Ley de Normas Mínimas (y con él otros ordenamientos locales correspondientes) recoge la disposición constitucional: “El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”.

### III. LA LEY PENAL

#### 1. FUENTES

Al ocuparnos de los principios penales fundamentales, advertimos sobre la legalidad estricta del derecho penal, sostenida por el tercer párrafo del artículo 14 C. En esta virtud, la ley (o mejor, la legislación) es fuente única de este orden normativo. Con todo, conviene hacer aquí algunas precisiones respecto a las leyes del derecho penal internacional, del sistema abierto destinado a menores infractores y del régimen contravencional.

Se halla sujeto a debate, en el que aquí no entraremos, el concepto mismo del derecho penal internacional. Cualesquiera que sean el sentido y la extensión que a éste se reconozcan, lo cierto es que sus normas contribuyen a integrar el cuadro general del orden punitivo, así en la formulación de tipos como en otros extremos conexos, cuando aquéllas han sido debidamente recibidas por el derecho interno. El artículo 133 C., vinculante en forma directa para los juzgadores, indica que la propia ley suprema, las leyes federales que de ella emanen y todos los tratados que están de acuerdo con la Constitución, “celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Existen numerosos tratados internacionales que interesan a la materia penal. Los hay que establecen o refuerzan el cuadro de derechos públicos subjetivos en éste y otros ámbitos, como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, que es instrumental de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, que lo es, a su turno, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948. Otros fijan obligaciones para los Estados, que inciden directamente sobre la formulación de tipos, como la Convención Unica sobre Estupe-

facientes de 1961, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971. Algunos, de trascendencia más procesal que penal, contienen prevenciones que limitan, por la vía de la inmunidad, el despliegue normal de la jurisdicción repressiva; de ello son ejemplo la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963.

Importan también ahora los tratados en torno a la extradición, de los que nuestro país ha suscrito varios de carácter bilateral (de los que es ordenamiento supletorio la Ley de Extradición Internacional, de 1975), y la Convención de Montevideo, de 1933. Igualmente, los pactos en la cuestión del asilo: Convenciones de La Habana, de 1933, y de Caracas, de 1954. Finalmente, a la ejecución de penas interesan, con base en el nuevo párrafo final del artículo 18 C., los sistemas sobre repatriación de reos o ejecución extraterritorial de sanciones, contenidos en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre la Ejecución de Sentencias Penales, de 1976, y los equivalentes con Canadá, de 1977, y Panamá, de 1979.

Por lo que hace a menores infractores, adelante veremos que de este sistema *sui generis*, no penal estrictamente, ha desaparecido el dogma de la legalidad, que en los términos de la legislación vigente hasta 1974 aún prevalecía en el Distrito Federal, por más que la práctica hubiese seguido otro rumbo. En efecto, el artículo 2o. de la Ley que creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores, de 1973 (coincidente aquí con ordenamientos de la misma materia en muchos estados de la república), previene la actuación del Consejo tanto en el supuesto de conducta típica, como en los de infracción reglamentaria y estado de peligro.

En cuanto al derecho penal administrativo, esto es, el sistema de las contravenciones, también ha habido debate, más fuera de México que en nuestro país, acerca de su encuadramiento normativo. Entre nosotros ha dominado el régimen reglamentario, con sus consecuencias en orden a los órganos y al procedimiento. El artículo 21 C. sostiene: "Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas. . ." Así, devienen aplicables los Reglamentos de Faltas de Policía en el Distrito Federal y de Tribunales Calificadores, de 1970.

## 2. AMBITOS DE VALIDEZ

### a) Validez espacial

Por lo que concierne a la validez espacial de la ley penal, el artículo 1o. del Cp. de 1931 se pronuncia por el principio de la territorialidad, cuando define su aplicabilidad "en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales". Empero, este principio sufre diversas alteraciones en favor de otros, parcial o totalmente, en cuanto el ordenamiento citado también es aplicable a delitos en los siguientes supuestos:

- a) Iniciados, preparados o cometidos en el extranjero, cuando produzcan o se

pretenda que tengan efectos en el territorio de la república (artículo 2, fracción I).

b) Cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubiesen sido juzgados en el país en que se perpetraron (artículo 2, fracción II).

c) Cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas (artículo 5, fracción V).

d) Continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República (artículo 3).

e) Cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicano, si el acusado se encuentra en la República, no ha sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió, y el hecho posee carácter delictivo tanto en aquel país como en el nuestro (artículo 4).

f) Cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales (artículo 5, fracción I).

g) Cometidos a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación, o bien, de uno mercante, en este caso cuando el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto (artículo 5, fracción II).

h) Cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación; en caso contrario se obrará conforme a la reciprocidad (artículo 5, fracción III).

i) Cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los antes señalados para buques (artículo 5, fracción IV).

Se ha de entender, lo diga o no explícitamente la norma penal, que el límite para la aplicación de ésta se halla, en todo caso, en el principio *ne bis in idem*, cuyo supremo rango fija el artículo 23 C. A nuestro juicio, y dados la alta razón que este principio posee y el carácter liberal en este punto de la ley constitucional, la proscripción de nuevo juicio sobre la misma materia justiciable, también toma en cuenta para efectos internos, siempre, el seguido en el extranjero.

#### b) Validez temporal

La sucesión de leyes penales conduce al problema del conflicto en el tiempo y, específicamente, a las cuestiones de la retroactividad y la ultractividad. Hemos recordado ya que en los términos del artículo 14 C.: “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. En seguida, el mismo precepto dispone que los actos de privación de bienes se conformen a “las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Al respecto, cabe mencionar:

a) La desaparición del tipo penal apareja el sobreseimiento en los procesos o la liberación absoluta de los ejecutados (artículo 57). Tal ha sido el caso con respecto a la aplicación de la Ley de Responsabilidades de 1979.

b) Se aplicará la nueva ley favorable, en orden a la sanción, cuando aquélla entre en vigor (el Código Penal dice, inexactamente: “se promulgare”) en un

momento comprendido entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable correspondiente (artículo 56, primera parte).

c) La aplicación de la nueva ley favorable, por lo que atañe a la duración de la pena corporal (esto es, privativa o restrictiva de la libertad), se deja a la disposición del infractor cuando éste tiene ya el carácter de sentenciado en resolución ejecutoria al tiempo de producirse la sucesión de leyes (artículo 56, segunda parte).

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

e) Evidentemente, el agravamiento de situaciones, tanto en tipificación como en punición, por parte de la ley posterior, no podrá perjudicar al individuo. Ello, aun cuando éste lo pida o acepte, pues se trata de un punto de interés público sustraído a la disposición del reo. Por lo mismo, resulta cuestionable la solución contenida en la segunda parte del artículo 56, mencionado *supra sub c*).

### c) Validez personal

El examen del ámbito personal de validez de la ley penal lleva al tema de la igualdad formal frente a la norma, que se deduce de los artículos 1o. y 13 constitucionales. No hay referencia explícita a este punto en el Cp. En cambio, el artículo 4 del proyecto de 1979 para Veracruz, afirma: “Este Código se aplicará por igual a todas las personas”. A su vez, el código vigente de esa entidad optó por decir: “Las disposiciones de la ley penal obligan a todos, sean nacionales o extranjeros, con las excepciones que establezcan las leyes”. El asunto se despliega en los temas específicos de la inviolabilidad, la inmunidad y el enjuiciamiento privilegiado. No nos ocuparemos de los dos últimos, ya que poseen carácter procesal. En cuanto a la inviolabilidad o impunidad por razones de derecho interno (sin abordar, pues, las que derivan del derecho internacional), conviene mencionar:

a) El artículo 108 *in fine* de la Constitución dice: “El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común”. Algunos autores han creído ver aquí una inviolabilidad relativa; empero, a nuestro entender sólo existe una hipótesis de inmunidad.

b) Una verdadera inviolabilidad relativa (la tradicional “inviolabilidad parlamentaria”) consigna el artículo 61 de la misma Constitución, al indicar que “los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas”.

c) Otra inviolabilidad relativa se halla en el artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en cuya virtud los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son irresponsables por lo que hace a las resolucio-

nes que dicten estableciendo o fijando la interpretación de preceptos constitucionales, salvo que actúen por cohecho o con mala fe.

### 3. CONCURRENCIA DE NORMAS INCOMPATIBLES ENTRE SI

Una sola conducta puede ser contemplada, a veces, por varios preceptos penales, sin que venga al caso el tema del concurso ideal. Se trata, en la especie, de un problema de aplicación de la ley, de conflicto entre normas incompatibles entre sí, que ha dado lugar al planteamiento de diversas fórmulas de solución, como las de especialidad, consunción o absorción, subsidiaridad y alternatividad.

En el Cp. de 1931, el punto se halla tratado en el artículo 59, que dispone: "Cuando un delito pueda ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno de ellos merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor". El Código Penal de Michoacán se apega a esta fórmula (artículo 64). El de Guanajuato reconoce los cuatro principios o criterios de solución del conflicto a que arriba aludimos (artículo 32). El proyecto para Veracruz recibe los de especialidad y consunción en el artículo 7, que es el 8o. del código de la entidad, ubicado en el título I (de "La Ley Penal") del libro primero, cuando expresa: "La concurrencia entre una norma general y otra especial y la que existe entre una prevención de mayor amplitud y otra de menor alcance, se resolverá por aplicación del mandamiento especial y la norma de mayor alcance, respectivamente".

### 4. LEYES ESPECIALES

La multiplicación de normas penales especiales como expediente de sanción atado a múltiples materias contempladas por ordenamientos diversos del Código Penal, hace preciso establecer la liga entre aquéllos (tipos penales) y éste, dentro del sistema punitivo general. En tal virtud, el artículo 6o. del Cp. prescribe que "cuando se cometa un delito, no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observando las disposiciones conducentes de este Código". Ahora bien, tales disposiciones conducentes serán, casi siempre, las consignadas en la parte general. Si fuera otro el caso, por haber normas generales en una ley especial, se estará al principio de que la ley especial deroga a la ley general.

## IV. EL DELITO Y EL DELINCUENTE

### 1. ASPECTO POSITIVO DEL DELITO

Al hablar del aspecto positivo del delito, esto es, de las notas o elementos que lo integran o actualizan, y de cuya ausencia, por la vía de los excluyentes de incriminación, se sigue la falta de delito y, en suma, la impunidad (no necesariamente, por cierto, la carencia de consecuencias civiles de un comportamiento), habremos de atenernos a la concepción analítica heptatómica, frecuentemente sostenida por la dogmática mexicana. Esto así, son elementos del delito la con-

ducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad misma. No entraremos ahora en el examen de los presupuestos, así del delito, generales y especiales, como de la conducta o hecho.

#### *a) Conducta o hecho*

El elemento objetivo del delito, por excelencia, se halla consignado en el artículo 7 del Cp., cuando se intenta la caracterización de aquél, formalmente, como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Al examinar este precepto, que recoge la realización comisiva y omisiva del delito, la corriente doctrinal mexicana hoy más difundida prefiere referirse a conducta o hecho. Aquella implica, simplemente, la acción y la omisión, que en ciertos casos bastan, asociadas a los demás datos positivos, para el perfeccionamiento del delito. La voz hecho, a su turno, abarca tanto la conducta como el resultado material que diversos tipos exigen y que enlaza con el comportamiento por una relación de causalidad.

#### *b) Tipicidad*

La tipicidad, segundo elemento del delito dentro de un esfuerzo de abstracción que fija la relación lógica de los datos integradores del ilícito, consiste en la adecuación del comportamiento (conducta o hecho) a un tipo penal legal. La existencia de tipicidad, que vale tanto como decir de legalidad penal sustantiva, deriva del varias veces recordado principio reconocido por los párrafos segundo y tercero del artículo 14 C., e implícitamente por el mismo artículo 7 del Código Penal.

#### *c) Antijuridicidad*

La antijuridicidad o ilicitud apareja una contradicción entre el comportamiento y la norma, es decir, un “disvalor” de la conducta frente a las creencias y apreciaciones culturales en una época y un medio determinados, dicho sea sintéticamente. La prevención penal recoge esta contrariedad y la proyecta en la incriminación. Ciertos supuestos, a los que en su punto nos referiremos, justifican o legitiman el comportamiento, que entonces escapa, inclusive, al ilícito civil, por más que resulte formalmente típico.

#### *d) Imputabilidad*

La imputabilidad penal, capacidad de derecho penal o capacidad de culpabilidad, desencadena una serie importante de cuestiones, entre ellas las más arduas del derecho represivo, cuyo esclarecimiento (y el consecuente tratamiento del inimputable) exige la aportación de diversas disciplinas. Hasta aquí llegan, principalmente, los hallazgos de la psiquiatría y la psicología.

Antaño, la cuestión de la imputabilidad, concebida como responsabilidad o, extensamente, como posibilidad de reprochar la conducta, se zanjó a la luz de la creencia en el libre albedrío, que permitía al sujeto la autodeterminación ética de su comportamiento. Ciertas causas a las que en otro punto nos referiremos (señaladamente la demencia, a más del desarrollo insuficiente característico de la infancia) privaban al individuo de semejante autodeterminación (basada en un elemento de conocimiento y apreciación axiológica) y, por lo mismo, de sumisión al reproche penal. El niño y el enajenado, pues, no delinquían ni, por ende, podían sufrir una pena.

A este modo de ver las cosas, que antecedió al estudio científico de los factores causales de la criminalidad (y del crimen en el caso concreto) y perdió de vista la posible extrema peligrosidad del irresponsable moral, contrapuso el positivismo la tesis de la responsabilidad social, que luego, explícitamente, recogieron los redactores del Cp. y, con ellos, los autores de buen número de códigos mexicanos de posterior fecha. La responsabilidad social se resume en una fórmula: todos son responsables solamente por el hecho de vivir en sociedad. Por tanto, sus actos lesivos o peligrosos ameritan reacción defensiva, independientemente de la integridad de su inteligencia y de la mayor o menor capacidad que posean para dirigir (racionalmente) sus actos. El alienado delincuente, pues, debe quedar sujeto a medidas de seguridad, que lo curen o inocuicen.

Modernamente, la imputabilidad se define, con el Código Penal italiano (artículo 85), como capacidad de entender y de querer: de entender el carácter ilícito (antijurídico) del comportamiento, y de conducirse conforme a este entendimiento. Viene al caso, entonces, una capacidad de entender y, además, de actuar con autonomía.

Para efectos normativos, la imputabilidad puede ser definida con fórmula general positiva o negativa, o bien, implícitamente, al través del elenco de sus excluyentes, que es la técnica seguida por el Cp. de 1931.

Las *actiones liberae in causa* son abordadas a propósito del estado de inconciencia. Para que éste excluya de incriminación, en efecto, es preciso que la inconciencia obedezca al "empleo accidental e involuntario" de las sustancias que la producen (artículo 15, fracción II Cp.).

También se debe traer a cuentas aquí el asunto de la imputabilidad disminuida, zona fronteriza, acerca de cuya consideración penal hay fuerte debate. Atento al Cp. de 1931 y a las corrientes de pensamientos que lo informaron, el derecho mexicano prevaleciente ha rechazado la existencia de una imputabilidad disminuida. Esta fue aceptada, en cambio, por el Código Penal de Guanajuato y por el proyecto para el Código de Veracruz.

#### *e) Culpabilidad*

Sin abordar el arduo problema de la definición y la ubicación sistemática de la culpabilidad, dato subjetivo del delito, conviene mencionar que sus formas dolosa y culposa, con diversas consecuencias en orden a la sanción aplicable y, en ciertos casos, a la persecución misma del comportamiento ilícito (así, el requeri-

miento de querrela en los supuestos del artículo 62), se hallan consignadas en el artículo 8o. del Cp. Con una terminología cuestionada, se refiere éste a delitos intencionales (esto es, dolosos) y no intencionales o de imprudencia (es decir, culposos), y agrega: "Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional".

El Cp. no discrimina la preterintencionalidad. Otra cosa hacen diversos ordenamientos estatales, y en el mismo sentido marcha el proyecto para Veracruz, que se refiere a la hipótesis en que el agente causa un resultado mayor al querido o aceptado si aquél se produce en forma culposa. Luego, el artículo 61 del mismo proyecto atenúa la pena aplicable en caso de delito preterintencional.

Como antes indicamos, el artículo 9o. fija una presunción de intencionalidad o dolo, salvo prueba en contrario. Se trata, pues, de una presunción controvertible, *juris tantum*. Con todo, el carácter doloso del delito no se destruye (en tal caso, pues, resulta irrelevante la prueba, para estos fines) aunque se demuestre que el infractor: a) no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño; b) no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria o notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, lo que aborda al llamado dolo de consecuencias necesarias, o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, donde hay lugar, que la doctrina examina, para el dolo eventual, la preterintención e inclusive la culpa sin representación, o si se resolvió a violar la ley fuese cual fuere el resultado, en que se plantea una vez más el dolo eventual; c) creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla; d) creía que era legítimo el fin que se propuso, esto es, existió error de derecho, irrelevante a la luz del viejo postulado, tan discutible y discutido, de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (recuérdese la excepción que el artículo 21 del Código Civil introduce en favor de personas de notorio atraso intelectual, miserable situación económica o apartamiento de las vías de comunicación); e) erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito: *error in persona vel in objecto*; y f) obró con el consentimiento del ofendido, salvo en el supuesto del artículo 93 del propio Código, que se refiere más bien al perdón (asunto procesal), que al consentimiento (tema sustantivo). Habrá que pensar, entonces, que dicho consentimiento es eficaz (pero así cancela la tipicidad, o acaso la antijuridicidad, no la culpabilidad) cuando versa sobre bienes disponibles y se otorga legítimamente.

#### f) Condiciones objetivas de punibilidad

En ciertos casos, la punición se supedita a la existencia de determinadas condiciones, bien específicas, consignadas en los tipos, bien de alcance general, como aquélla a que se refiere la fracción III del artículo 4o. cuando reclama para sancionar a quien delinquirió en el extranjero, "que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República", o sea, que haya identidad de la norma.

g) *Punibilidad*

La punibilidad, finalmente, sea que se le entienda como elemento del delito, sea que se le considere como consecuencia de éste, es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. La exigencia de la nota deriva del principio *nulla poena sine lege*, consignado en el artículo 14 C. e implícitamente, en el 7o. del Código Penal.

## 2. EXCLUYENTES DE INCRIMINACION

El Capítulo IV del Título Primero del Código Penal se dedica a las que este ordenamiento denomina “circunstancias excluyentes de responsabilidad”, designación que cierto sector de la doctrina sustituye, teniendo en cuenta el carácter esencial, no circunstancial, de tales fenómenos, así como sus consecuencias en orden a la atribución delictiva, por la de “causas que excluyen de incriminación”. Este rubro se consigna en algunos textos recientes. Se trata, en suma, de los factores que integran la faz negativa del delito, al suprimir algunos o varios de los elementos de ésta: la conducta o el hecho, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, en su caso, y finalmente la punibilidad misma.

Ahora bien, el Cp. de 1931, cuyo artículo 15, dedicado a esta materia, no cubre todos los supuestos posibles, ha huido de la subdivisión de excluyentes según el aspecto positivo o integrador del crimen que éstas cancelan. Ello, sin duda, para evitar puntos doctrinales que no incumbe al Código resolver. Otros ordenamientos, en cambio —así, el Código Penal de Guanajuato, *verbi gratia*—, optan por una presentación clasificada, bajo capítulos independientes, de los grupos de causas que excluyen la incriminación. El proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979, ha preferido hablar, sencillamente, de “inexistencia del delito”. En tal virtud, su artículo 19 expone, a la cabeza: “No hay delito: . . .”, y enseguida aporta, según la prelación lógica de los elementos positivos, el catálogo de los negativos. En cambio el Código veracruzano volvió a referirse a “causas que excluyen la incriminación”.

a) *Exclusión de la conducta o hecho*

La falta o ausencia de conducta se describe en la fracción I del artículo 15, concerniente a la fuerza física irresistible o *vis absoluta*. Se excluye la incriminación, en efecto, cuando el acusado (dice el precepto, por más que debiera, mejor, hablar de inculpado o imputado, dado el específico valor procesal de aquella voz, que también usa como genérica, inadecuadamente, el artículo 20 de la Constitución) obra impulsado por una fuerza física exterior irresistible. La fuerza que impele al sujeto, pues, ha de ser material y ajena a éste, incapaz de vencerla o resistirla. En tal virtud, el sujeto no actúa: otro lo obliga o lo hace por él.

### b) Exclusión de tipicidad

Hay que deslindar aquí la falta de tipo, esto es, la ausencia de fórmula legal incriminadora (ausencia que de plano impide la punición, habida cuenta del principio liberal *nullum crimen sine lege*) y la falta de adecuación típica de la conducta (atipicidad), que también evita la sanción e impide acreditar el fundamental *corpus criminis*. Es frecuente advertir, en el análisis del Código Penal, la incorrecta incriminación y punición del adulterio (artículo 273), cuya descripción omite la ley penal.

Contiene el tipo —bajo una apreciación dogmática muy extendida— tanto presupuestos, como elementos típicos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto. La falta o afectación de ellos repercute sobre el proceso —lógico y judicial— de la tipicidad y altera la comprobación del cuerpo del delito.

### c) Exclusión de antijuridicidad

En varias fracciones capta el artículo 15 las causas que excluyen la antijuridicidad o ilicitud del comportamiento, esto es, que legitiman o justifican éste. Soslayaremos ahora, como a todo lo largo de la presente síntesis, el debate doctrinal en torno a estos extremos, para atenernos a los criterios de más corriente aceptación. Vale recordar, solamente, en términos generales, que la justificación de una conducta de otra suerte ilegítima, se plantea merced a la carencia de interés en la persecución (principio de la ausencia del interés), o gracias al contraste entre los intereses, entre los que prevalece el de mayor entidad jurídico-social, que justifica el comportamiento (principio del interés preponderante).

a') El consentimiento del legitimado para otorgarlo (ofendido, sujeto pasivo, víctima), que a menudo se contempla como razón de atipicidad, excluye la incriminación. Ha de referirse a bienes jurídicamente disponibles, cuya identificación, con las consecuencias correspondientes, no es, por cierto, una cuestión fácil.

b') La legítima defensa es una causa clásica de exclusión de responsabilidad penal. A ella se refiere en dos ocasiones la Constitución Política, en forma incompleta que promueve problemas legales y doctrinarios. Por una parte, el artículo 17, con la idea de fortalecer el *jus judicandi* y el *jus puniendi* en manos del Estado, proscribete terminantemente la autojusticia. Por la otra, el artículo 10, del que es preciso desprender toda una teoría de la defensa legítima, faculta al gobernado para poseer armas "en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa".

En el Cp. la defensa legítima se halla contemplada por la fracción III del artículo 15, como tutela de la persona, honor o bienes, propios y ajenos, que se traducen en el rechazo de una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente. La defensa justificante se destruye por la provocación por parte de quien se defiende, la fácil evitación del ataque, la irracionalidad

del medio empleado en el rechazo de la agresión y la fácil reparación legal del daño que causaría el agresor o la escasa importancia de éste comparado con el daño que causó la defensa. Con todo, los dos supuestos de exceso considerados en último término acarrearán una sanción benigna: la correspondiente a los delitos imprudenciales (culposos) (artículo 16).

El mismo texto (artículo 15, fracción III) consigna una presunción de legítima defensa, combatida por numerosos comentaristas, pero conservada esencialmente en textos contemporáneos (así, el proyecto para Veracruz: artículo 19, fracción III y el Código que parcialmente resultó de él: artículo 20, fracción III), en favor de quien rechace, cualquiera que sea el daño que cause, la intrusión desarrollada en determinadas circunstancias que permiten suponer una agresión ilegítima. Esta presunción, oriunda de la experiencia, invierte la carga procesal de la prueba en beneficio del imputado (con cuanto tiene de relativo hablar de una carga procesal de prueba inculpatoria por parte del Ministerio Público).

c') La fracción IV del artículo 15 se refiere a excluyentes de diversa naturaleza, entre ellas al estado de necesidad cuando entran en colisión bienes de diversa jerarquía, caso que promueve una justificante. La fórmula general, que abraza tanto hipótesis de licitud como de inculpabilidad, alude a "la necesidad de salvar su propia persona (del agente) o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial" (que la conducta desarrollada, para dicha preservación de bienes). No alcanza la excluyente —como tampoco en el supuesto de inculpabilidad— a quienes, en virtud de su empleo o cargo, tengan el deber legal de sufrir el peligro.

d') Asimismo, queda excluida la ilicitud cuando el activo obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley (artículo 15, fracción V).

e') Algunos autores ubican la obediencia jerárquica como excluyente de ilicitud; es dominante, sin embargo, su consideración como excluyente de culpabilidad. La fracción VII del artículo 15 se refiere al carácter desincriminante de "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado (*rectius*, imputado) la conocía".

f') Excluye de incriminación, a título de justificante, el hecho de contravenir lo dispuesto en la ley penal, en virtud de impedimento legítimo (artículo 15, fracción VIII).

#### *d) Exclusión de imputabilidad*

Se suele entender que la imputabilidad queda excluida por falta de desarrollo mental adecuado (menores, sordomudos o ciegos) y por enfermedad mental (transitoria o permanente). A esta serie hemos agregado la personalidad psicopática, que en esencia no constituye una enfermedad de la mente, pero priva a quien la presenta de capacidad de querer o, mejor dicho, de conducir autónomamente la conducta en función de la inteligencia ética.

La única eximente de esta especie que recoge el artículo 15, es el estado de inconsciencia por empleo accidental e involuntario (donde se incriminan, a *contrario sensu*, las acciones libres en su causa) de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario (igual consideración en torno a las acciones libres en su causa) de carácter patológico y transitorio (fracción II).

En cambio, los sordomudos (artículo 67) y los "locos, idiotas, imbéciles o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales" (artículo 68) no han sido declarados inimputables (en fuerza de la idea de responsabilidad social), y pueden quedar sometidos a medidas de seguridad, según en otro punto veremos. Aquí hay, entonces, una culpabilidad sin imputabilidad material, o bien, un delito sin culpabilidad, consecuencia que ha sido severamente criticada por la doctrina.

Proyectos y ordenamientos posteriores al Cp. han procurado corregir, en diversos extremos, las fórmulas de éste. El proyecto de reformas de 1949 se refirió al trastorno mental transitorio. El de 1958 usó el giro del Código Penal italiano. Este mismo, con diversas modalidades, se halla en el Código para Guanajuato, de 1977, en el proyecto para Veracruz, de 1979, y en el Código de dicho estado, que cubre el tema, de plano, mediante la descripción general de la inimputabilidad, independientemente del origen patológico o psicológico de ésta, y se abstiene de listar las causas de imputabilidad, que, así, deberán ser deducidas de la fórmula aportada por el artículo 20, fracción IX.

#### e) *Exclusión de culpabilidad*

A la exclusión de culpabilidad se refieren, asimismo, varias fracciones del artículo 15. De nueva cuenta diremos que la diferencia entre escuelas penales pudiera llevar aquí, como en tantos otros extremos, a una caracterización diversa.

a) El miedo grave y el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor (fracción IV, primera parte) cancelan la incriminación. Se suele asociar el miedo —también identificado como excluyente de imputabilidad— a la perturbación psicológica profunda, incluso ajena al carácter real de la amenaza. En cambio, el temor se vincula —dado el carácter de "fundado" que la ley exige— a una causa concreta y real.

b) El estado de necesidad es causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, cuando la colisión se produce entre bienes de igual jerarquía (fracción IV). Como arriba indicamos, esta excluyente no favorece a quienes por su empleo o cargo tengan el deber legal de sufrir el peligro.

c) La fracción VI del artículo 15 contiene una excluyente considerada como de inculpabilidad, a saber: "Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar".

d) Algunos autores entienden que es excluyente de culpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta, ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos

o instrumentos de él, o impedir que se averigüe el ilícito, cuando no se haga por interés bastardo ni se emplee un medio delictuoso, por parte de personas vinculadas al agente por parentesco, matrimonio, amor, respeto, gratitud o estrecha amistad (fracción IX).

e) Excluye la culpabilidad el caso fortuito, cuando el daño se cause por “mero accidente” —dice la ley—, sin dolo ni culpa (fracción X).

f) El Cp. maneja el tema del error al margen del artículo 15 (pero téngase en cuenta lo arriba dicho, *sub c*, acerca de la inculpable ignorancia), para reafirmar, por la vía de la presunción de dolo, la irrelevancia desincriminante del *error facti* y del *error juris* (artículo 9o.). En el segundo extremo, la cuestión se halla vinculada, evidentemente, con el principio, cuya irrealidad e inequidad son manifiestas y al que antes aludimos, *nemo jus ignorare consetur, ignorantia legis neminem excusat*. El Código Penal de Veracruz, siguiendo al correspondiente proyecto para Veracruz, establece que no hay delito “cuando por error esencial invencible, el sujeto obre con desconocimiento de alguno de los elementos que integran la descripción legal o crea que su conducta está amparada por una causa de licitud. Si el error es vencible, será responsable a título de culpa si el tipo legal admite ésta” (artículo 20, fracción X). El proyecto permitía la sanción atenuada, la aplicación de medida de seguridad o la exclusión de sanción, a la luz de la peligrosidad acreditada, en caso de delito imposible (artículo 66). En cambio, el Código ignora el delito imposible.

#### f) *Excusas absolutorias*

Carrancá y Trujillo fija un amplio elenco de excusas absolutorias, donde la pena se excluye, a la luz de diversas previsiones de las partes general y, sobre todo, especial del Cp. A continuación exponremos, en síntesis, el agrupamiento que dicho autor propone:

a) En razón de los móviles afectivos revelados: ocultamiento o impedimento de la acción de la justicia (artículo 215, fracción IX, y 280, fracción II), evasión de presos (artículo 151) y desobediencia de particulares (artículos 129 del Cp., 191 y 192 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 242 y 243 del Código Federal de Procedimientos Penales).

b) En razón de la copropiedad familiar: robo sólo entre parientes próximos (artículo 377).

c) En razón de la patria potestad o la tutela: golpes (artículo 347) y lesiones leves (artículo 294) en ejercicio del derecho civil-familiar de corregir.

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

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

f) En casos de injurias, difamación y calumnias (artículos 351, 352, 354 y 357).

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

### 3. AUTORIA Y PARTICIPACION

El artículo 13 del Cp., sobre personas responsables de los delitos, establece formas de autoría, complicidad y encubrimiento. Son responsables, en tal virtud:

a) Quienes intervienen en la concepción, preparación o ejecución de los ilícitos (fracción I). En el primer caso se pueden hallar los autores intelectuales; en el segundo, los cómplices; en el tercero, los autores materiales. Ahora bien, si la actividad del infractor contempla concepción, preparación y ejecución, el conjunto se concreta en la autoría.

b) Quienes inducen o compelen a otro a cometerlos (fracción II), supuesto de autoría intelectual.

c) Quienes prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución (fracción III), lo que alude a los cómplices.

d) Quienes, en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa (fracción IV). No se habla aquí, pues, de concierto previo al delito. Se suele entender, sin embargo, que a este modo de participación delictuosa alude la fracción IV del artículo 13, y no al encubrimiento, que como delito autónomo reconoce el artículo 400, especialmente en su fracción IV, donde se sanciona como encubridor a quien “presta auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito”.

Los artículos 53, 54 y 55 del Cp. se refieren a la comunicabilidad de las circunstancias entre los participantes. El artículo 53 sostiene que “no es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito”. El artículo 54 dispone que: “Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión de un delito”. No hay alusión al conocimiento que los participantes posean de tales circunstancias. Finalmente, el artículo 55 dispone la comunicabilidad de las circunstancias personales de los partícipes, solución que promueve muy cuestionadas consecuencias, al decir: “Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas”.

El Código de Veracruz, que avanza en la línea iniciada por otros textos nacionales, mejora notablemente la sistemática del Cp. de 1931 en cuanto a autoría y participación. Deslinda (artículo 28) entre concierto para la comisión del delito, autoría material o inmediata, coautoría, autoría mediata, autoría intelectual, complicidad en general y complicidad que se traduce en auxilio posterior a la ejecución del ilícito, en cumplimiento de una promesa anterior. En cuanto a la comunicabilidad, el artículo 30 del referido Código indica: “Las circunstancias personales o subjetivas que aumenten o disminuyan la sanción no se comunican a

los que intervienen en la realización de delito. Las objetivas se comunicarán a los que intervienen en la comisión del ilícito, si tienen conocimiento de ellas”.

#### 4. ITER CRIMINIS

La progresión delictiva se resuelve en fases interna y externa. En aquélla, como es bien sabido, el propósito delictivo permanece en la mente del sujeto, un infractor potencial, a cubierto de punición. Es aquí donde impera el principio *cogitationes poenam nemo patitur*; el pensamiento es libre, no delinque. En la segunda fase, en cambio, se exterioriza el delito; dicho de otro modo: se concreta en la realidad.

a) El Código Penal permite suponer que es punible la concepción misma del delito, cuando señala entre los responsables de éste a quienes intervienen en su “concepción” (artículo 13, fracción I). Aquí se entiende, empero, que sólo se está incriminando la autoría intelectual de un delito efectivamente intentado o consumado. Lo propio ocurre con el Código Penal para Veracruz, que incluye entre los responsables de la “comisión” (ha de cometerse el delito, pues) del ilícito a “los que concertaren la realización del mismo” (artículo 28, fracción I).

b) Como una medida de especial protección al Estado, que entronca con lo expresado en la parte final del párrafo anterior y que, a nuestro juicio, amerita revisión, surge el delito de conspiración, en que incurren “quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título (a saber: traición a la Patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje) y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación” (artículo 141), independientemente de que se avance o no en el *iter criminis*.

c) También hay base para colegir que se sancionan los actos preparatorios, que el Código Penal no describe, en cuanto igualmente son responsables de los delitos quienes intervienen en la preparación de ellos (artículo 13, fracción I). No contiene el Código norma sobre punición especial de tales actos. La doctrina entiende que esta porción del artículo 13 alude sólo a preparación en la ejecución del delito.

El proyecto para Veracruz pretendía reprimir los actos preparatorios, explícitamente, “cuando manifiestan de manera unívoca el dolo del agente” (artículo 20); les aplicaba hasta la mitad de la sanción que debiera imponerse al delito consumado (artículo 63). Estas normas no pasaron al Código aprobado.

d) Asimismo, se sanciona la tentativa “cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente” (artículo 12). Se estima que bajo esta fórmula caen tanto la tentativa inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente, como el delito imposible y la tentativa acabada o delito frustrado, no así la tentativa inacabada por voluntad del activo, salvo que aquélla integre, por sí misma, un diverso delito consumado.

El proyecto de Código Penal para Veracruz, no así el código vigente, aludía claramente al delito imposible en sus dos especies, esto es, inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material (artículo

23). que acarrea, atendiendo a la peligrosidad del responsable, pena atenuada, medida de seguridad o exención de sanción (artículo 66).

En general, y tomando en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que éste hubiese llegado en la ejecución del delito (artículo 12 del Cp. del Distrito Federal), la tentativa se castiga con hasta las dos terceras partes de la sanción aplicable al delito consumado (artículo 63).

e) A la consumación del delito, que apareja la pena íntegra contemplada en las figuras de la parte especial, se refiere el artículo 13, fracción I, al hacer responsables de los delitos a los que intervienen en la ejecución de ellos.

## 5. CONCURSO

Es bien sabido que el concurso de delitos se puede presentar bajo una doble forma: ideal o formal, y real o material. Existe aquél (y tales son las definiciones que acoge el Código de Veracruz en los artículos 23 y 24, respectivamente), cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales, compatibles entre sí, aclaración, esta última, que ahuyenta la confusión entre concurso ideal y conflicto de normas incompatibles entre sí. Se plantea el segundo, en cambio, cuando con pluralidad de conductas o hechos se violan varias disposiciones penales. El artículo 24 del citado Código añade: "si no han sido motivo de sentencia ejecutoria y la acción para perseguirlos no está prescrita".

El concurso material está regido por el artículo 18 del Cp. de 1931, bajo el nombre de acumulación. En la especie, la sanción aplicable (bajo el sistema de acumulación jurídica) es la correspondiente al delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos, sin que nunca pueda exceder de cuarenta años (artículo 64).

El concurso ideal se halla recogido, con técnica deficiente, por exclusión de la acumulación (concurso material), en el artículo 19. En efecto, sostiene éste que no hay acumulación cuando con un solo acto se violan varias disposiciones penales. Aquí se aplica la sanción correspondiente al delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración (artículo 58). No se habla del tope de cuarenta años, que resulta, sin embargo, del artículo 25 del Cp. El artículo 71 del Código de Veracruz, concerniente a esta materia, ha resuelto explícitamente la cuestión del límite de la pena, de modo igual al empleado en la hipótesis del concurso ideal.

Conviene hacer referencia aquí a los problemas del delito continuado y del delito continuo o permanente. El primero, que enlaza con la cuestión del concurso material, no se halla expresamente previsto en el Cp., laguna que ha debido colmar la jurisprudencia. En cambio, el Código de Veracruz reconoce, con otros textos nacionales, que existe delito continuado cuando hay "repeticiones (el proyecto decía: pluralidad) de conductas o hechos con el mismo desigmo delictuoso e identidad de disposición legal, incluso de diversa gravedad" (artículo 13).

Por lo que hace al delito continuo o permanente, que también se acoge,

como el concurso ideal, por negación de la acumulación, es "aquél en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituye" (artículo 19, segundo párrafo).

## 6. REINCIDENCIA

El Cp. distingue entre reincidencia y habitualidad, la segunda como forma específica de aquélla. Ni una ni otra se plantean en la hipótesis de delitos políticos y en la del indulto llamado necesario, esto es, de revisión y anulación de la sentencia por haberse acreditado la inocencia del condenado (artículo 23).

Hay reincidencia, consigna el artículo 20:

Siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República (así, tanto los federales como los comunes, los militares como los ordinarios) o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma (se entiende que el verdadero indulto: por gracia), un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La habitualidad se plantea por la reiteración de ilícitos procedentes "de la misma pasión o inclinación viciosa", en un período que no exceda de diez años (artículo 21).

Bajo el Cp. de 1931, la reincidencia y la habitualidad aparejan forzoso agravamiento de la sanción (artículos 65 y 66). En cambio, conforme al proyecto de Veracruz dicho agravamiento es potestativo, hasta en dos terceras partes más de la sanción, sin exceder de treinta años; asimismo, se admite la alternativa de la medida de seguridad (artículo 71). Esta última no existe en el Código aprobado, que, en cambio, permite nada menos que el agravamiento de la pena hasta el máximo de treinta años de privación de libertad, según la peligrosidad del delincuente (artículo 69).

## 7. RESONANCIAS PROCESALES DE LA TEORIA DEL DELITO

### a) *Cuerpo del delito*

El *corpus criminis* o cuerpo del delito, cuya noción original data de varios siglos atrás, posee suma importancia para el enjuiciamiento penal mexicano. La plena comprobación del *corpus* constituye un elemento de fondo del capital auto de formal prisión (artículo 19 C.), cuya principal consecuencia es la fijación (fáctica, no necesariamente la clasificación típica, técnico-normativa) del tema para el proceso.

El cuerpo del delito ha sido confundido con el conjunto del delito mismo, con la suma de sus elementos, o bien, con los instrumentos y huellas del ilícito, o inclusive con el sujeto o el objeto sobre los que se vuelca la conducta criminal.

En la actualidad, la interpretación doctrinal y la práctica judicial mayoritarias identifican al *corpus* con los elementos del tipo penal, que es preciso acreditar. Puede constar, entonces, de datos objetivos (por ejemplo, homicidio), objetivos y valorativos (por ejemplo, estupro), objetivos, valorativos y subjetivos (por ejemplo, robo), y objetivos y subjetivos (por ejemplo, atentados al pudor), según los consigna la formulación legal de los tipos correspondientes. La Suprema Corte de Justicia, a partir de las prevenciones del Código de Procedimientos Penales (artículos 168 del federal, y 122 del distrital), o con anterioridad a las leyes procesales de 1931 y 1934, ha estimado que el cuerpo del delito se integra con los elementos materiales de la infracción.

### *b) Probable responsabilidad*

Otro elemento fundamental del procedimiento penal mexicano, asociado al régimen sustantivo, es la probable responsabilidad del inculpado. Esta se exige tanto para el libramiento de orden de aprehensión (artículo 16 C.) como para la expedición del auto de formal prisión (artículo 19 C.). La condena, en cambio, requiere plena comprobación de la responsabilidad. Es común que la probable responsabilidad se vincule con las formas de autoría y participación delictivas que señala el artículo 13 del Cp.

Por otra parte, el hecho de que desde los primeros instantes del proceso (y en especial a partir del auto de procesamiento, formal prisión o sujeción a proceso, en el que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia reconocen, sin acierto a nuestro juicio, el inicio del proceso mismo), se formule una imputación *juris tantum* de responsabilidad (en equivalencia de los “indicios racionales de criminalidad” del derecho español) cancela la posibilidad de sostener, a la luz del derecho constitucional mexicano, una presunción de inocencia a favor del imputado. Otra cosa ha creído el Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal, que la establece (artículos 36). Hay que suponer que esta prevención constituye un elemento de orientación humanitaria para los ejecutores de la prisión cautelar. En rigor, la presunción de inocencia debiera traducirse en la libertad del encausado y no en la mera atenuación de molestias que se infieren, por mandato de la ley, a un supuesto inocente.

## V. SANCIONES

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Bajo el rubro general de “sanciones”, aquí consideramos a las consecuencias jurídicas del delito (eventualmente, del estado peligroso), que nuestros ordenamientos penales sustantivos listan bajo el título de “Penas y medidas de seguridad” (así, el capítulo I del título segundo del libro primero del Cp.). Es claro que el sistema adoptado en orden a las sanciones —la pieza más delicada del instrumento penal— delata la orientación de los códigos, y, por esta vía, las preocu-