

<b>II. LOS PRINCIPIOS PENALES FUNDAMENTALES . . . . .</b>	<b>19</b>
Planteamiento general y misión del derecho punitivo . . . . .	19
Sustento constitucional . . . . .	19
Misión del derecho punitivo . . . . .	20
Derecho penal y planeación del desarrollo . . . . .	20
Principios sustantivos . . . . .	22
Carácter estatal del orden penal . . . . .	22
Legalidad . . . . .	23
Prohibición de la irretroactividad desfavorable y ámbito de validez temporal . . . . .	26
Igualdad ante la ley . . . . .	27
Territorialidad . . . . .	31
Personalidad de la responsabilidad y la pena . . . . .	33
Humanización de la pena . . . . .	35
Principios adjetivos . . . . .	36
Necesidad del proceso . . . . .	36
Principios judiciales: <i>nulla poena y nemo iudex</i> . . . . .	38
Proscripción de tribunales especiales . . . . .	40
Formalidades esenciales del procedimiento . . . . .	40
Independencia judicial . . . . .	41
Ministerio Público . . . . .	42
<i>Ne bis in idem</i> . . . . .	43
Presunción de inocencia . . . . .	44
Principios ejecutivos . . . . .	44
Legalidad . . . . .	44
Readaptación social . . . . .	45

## *II. Los principios penales fundamentales*

---

### **PLANTEAMIENTO GENERAL Y MISIÓN DEL DERECHO PUNITIVO**

---

#### **Sustento constitucional**

---

El punto de partida de la ley penal mexicana se halla en la Constitución. La parte dogmática incorpora los derechos públicos subjetivos y avanza en la regulación de los órganos de la justicia penal (así, el art. 21, acerca de juzgadores, Ministerio Público y policía dependiente de éste; antes de la reforma constitucional de 1994 se denominaba “judicial”; la reforma suprimió esta palabra, con la consecuencia de que cada entidad federativa puede utilizar la designación que considere conveniente). En la parte orgánica se resuelve la estructura del Poder Judicial Federal (arts. 94 y ss), de los poderes judiciales del Distrito Federal (art. 122, apartado C, base cuarta) y de los estados de la Unión (art. 116, frac. III), y del Ministerio Público Federal (art. 102) y el Ministerio Público del Distrito Federal (art. 122, apartado D).

Además de los elementos imprescindibles del debido proceso legal, o bien, de las formalidades esenciales del procedimiento, que es nuestra expresión castiza (art. 14, segundo párrafo), la Constitución tiene referencias a otros sistemas sancionadores: fuero militar, que se despliega por y para ilícitos castrenses: delitos y faltas contra la disciplina militar” (art. 13); procedimiento reservado a los menores infractores (art. 18, cuarto párrafo, mal recogido por la legislación secundaria de 1991, que inicia el retorno de los menores al derecho penal ordinario); y régimen de responsabilidades de servidores públicos, en triple vertiente: política, penal y administrativa (arts. 108 y ss). Con base en las normas ordinarias sobre obligaciones, es preciso agregar la responsabilidad civil.

El sistema penal constitucional recoge los postulados del individualismo jurídico: la persona física como centro y razón del orden normativo y del Estado. Se añaden las aportaciones de la corriente social del derecho —puesta en riesgo por el neoliberalismo, revisor de las soluciones tradicionales del derecho social y el Estado benefactor—, reflejadas, particularmente, en las normas sobre readaptación

social y (anteriormente, sobre todo) menores infractores. La asociación de ambas tendencias produce el nuevo concepto de derechos humanos. Éstos, pueden resumirse en un derecho que concentra a los restantes y que el ser humano tiene ante el Estado nacional, los otros individuos, los órganos del poder informal y la comunidad internacional: el derecho al desarrollo. Ese derecho humano característico (el resultado de las denominadas tres “generaciones” de los derechos del hombre) tiene como objeto el desarrollo de las potencialidades del individuo. Apareja libertad, justicia, seguridad y bienestar; si alguno falta, se merma la vigencia real del derecho del hombre.

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

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

## **Misión del derecho punitivo**

---

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

## **Derecho penal y planeación del desarrollo**

---

En México se han desarrollado el concepto y los esfuerzos de planeación del desarrollo. El tema se halla en el artículo 26 de la Constitución. En este marco, tienen cabida la seguridad pública y la justicia penal. Está vigente (no como norma penal, sino como ordenamiento vinculante para los programas de la administración pública federal) el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.

En la segunda edición de este compendio se aludió al Plan Nacional de Desarrollo entonces vigente, que abarcaba el periodo 1989-1994. En ese plan, el tema penal se agrupó bajo dos rubros: “4.3.3 Aplicación honesta y oportuna de la ley”, y “6.2.1 Procuración e impartición de justicia”. En el primer caso, se ponderaba la necesaria autonomía del Poder Judicial y se examinaba el mejoramiento de los cuerpos de seguridad pública; se previno el incremento de sanciones a los infractores de la ley, y la atención prioritaria hacia la prevención de actos

delictivos. En el segundo caso, se afirmó la práctica de las garantías individuales, se reiteró la prevención del delito y de las conductas vinculados con éste (como la farmacodependencia), y se apoyó la modernización del Ministerio Público.

Por lo que hace al Plan 1995-2000, éste fue expedido mediante decreto de 30 de mayo de 1995. Consta de cinco capítulos. De éstos, el tercero lleva el título “Por un Estado de derecho y un país de leyes”. Esta última expresión, de carácter coloquial, carece de connotación jurídica. Hay que aludir, entonces, a Estado de derecho, giro con larga tradición y profundo contenido. Bajo este rubro se expone un diagnóstico de la situación prevaleciente y de la demanda pública, que el gobierno asume. En seguida se establecen objetivos y líneas de acción (2.2 y 2.3) en torno a estas materias: seguridad pública, lucha contra el crimen organizado, procuración de justicia, probidad y rendición de cuentas en el servicio público, impartición de justicia, seguridad jurídica en la propiedad de los bienes y en los derechos de los particulares, derechos humanos y justicia para los pueblos indígenas. Es evidente que esta relación de asuntos no agota, ni con mucho, el contenido verdadero del tema Estado de derecho. Éste no se concreta a las materias de seguridad pública y persecución de los delitos, y administración de justicia, sino que tiene un alcance mucho mayor.

La seguridad pública se aborda bajo un enfoque fundamentalmente policial; no existe una versión integral a este respecto. Se pone énfasis en la lucha contra el crimen organizado. En este orden de cosas, queda establecido: “Se revisará la legislación penal sustantiva, a fin de que pueda sancionarse de manera directa, efectiva y con mucho mayor severidad a quienes se organicen para delinquir, o a quienes colaboren con ellos con anterioridad o posterioridad a la realización de los actos ilícitos.” Se anuncia el combate a los delitos conexos (2.3.2).

En el inciso de procuración de justicia hay varias alusiones a la materia que ahora nos interesa. Así, se indica que “para lograr una adecuada procuración de justicia, se requiere la revisión del marco normativo en los aspectos sustantivos, orgánicos, de procedimiento y de responsabilidades de los órganos o personas encargadas de desempeñar esa función”. Es preciso —asegura el plan— “estudiar los tipos penales de conductas que ofenden gravemente a la sociedad, como violación y robo de infantes, para estar en posibilidad de combatirlos con eficacia y sancionarlos severamente”. Se alude también a los menores infractores: “se impulsarán las reformas necesarias para que la procuración de justicia en este rubro cumpla con las garantías constitucionales mínimas, que permitan su readaptación a la sociedad y la plena tutela de sus derechos” (2.3.3).

A propósito de la impartición de justicia, el plan establece la conveniencia de “una reforma completa, bien pensada y que recoja experiencias diversas en las materias civil, mercantil, penal, laboral y administrativa” (2.3.5).

Es pertinente mencionar la existencia de sendos programas sectoriales vinculados con el Plan Nacional 1995-2000. En efecto, interesan a los fines de este trabajo los siguientes instrumentos, todos ellos con valor normativo para las dependencias públicas correspondientes: Programa de Procuración de Justicia del Distrito Federal 1995-2000 (publicado el 11 de marzo de 1996), Programa Nacional de Seguridad

Pública 1995-2000 (publicado el 18 de julio de 1996), y Programa de Prevención y Readaptación Social (publicado el 19 de julio del mismo año).

## PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

---

### Carácter estatal del orden penal

---

La evolución de las relaciones sociales y del sistema de los delitos y las penas ha conducido de un régimen privado, que se concretó en la venganza (individual o colectiva), atenuada por el Talión y la composición, a la asunción estatal del *jus puniendi*. Hoy día, incumbe al Estado, por una parte, la facultad genérica o abstracta de inculpar y sancionar, y por la otra, la titularidad de la pretensión punitiva. La relación penal material se plantea entre la sociedad (representada por el Estado) y el (probable —arts. 16 y 19 de la Constitución— o presunto) autor o participante en el delito. Existe también una relación sustantiva entre el inculpado y el ofendido, que no tiene, propiamente, naturaleza penal (no apareja *jus puniendi*), sino civil derivada del hecho criminal.

Ese poder abstracto (una atribución pública) a inculpar la conducta, esto es, a “tipificarla” para fines punitivos, se encomienda al Poder Legislativo (véase legalidad). La función de sancionar recae en el Poder Judicial (véase Principios judiciales). Finalmente, la pretensión punitiva se despliega por medio del derecho procesal de acción, que estuvo depositado en el Ministerio Público, exclusivamente.

El llamado monopolio del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal no existe en todos los sistemas procesales. Hay frecuente participación de particulares (bajo los regímenes de acción popular, particular o privada) en la acusación misma, no apenas en la satisfacción de un requisito de procedibilidad. Tampoco hubo semejante monopolio antes de la Constitución de 1917. En la legislación precedente, la misión de investigar los delitos (“función de policía judicial”) era compartida por el Ministerio Público con otras autoridades, especialmente con el juez instructor, protagonista principal de aquella función de policía.

Bajo la interpretación dominante —legal, jurisprudencial y doctrinal— del artículo 21 constitucional, se entendió que la ley suprema había depositado en el Ministerio Público el monopolio para el ejercicio de la acción penal. Conforme a la experiencia en nuestro país, ese monopolio se integra con tres potestades exclusivas y excluyentes, a saber: investigación de los delitos (averiguación previa); resolución sobre el ejercicio de la acción, a la luz de los elementos reunidos en la averiguación; y acusación ante los tribunales (desarrollo de la acción). Se entendía —y así lo estipularon diversas normas— que la apreciación del Ministerio Público en torno al ejercicio o no de la acción, debía disciplinarse al principio de legalidad, no al de oportunidad, salvo en algún caso estipulado por la ley procesal castrense.

Las reformas y adiciones incorporadas en 1994 al artículo 21 de la Constitución, suprimieron la segunda potestad mencionada y pusieron fin, en consecuencia, al antiguo monopolio del Ministerio Público. Dichas modificaciones constitucio-

nales resuelven la impugnabilidad (y por ende, la modificabilidad) en vía jurisdiccional, de las determinaciones del Ministerio Público relativas al no ejercicio o al desistimiento de la acción penal (el cual, por cierto, fue suprimido del ordenamiento procesal federal en 1983). En tal virtud, una autoridad jurisdiccional dirá la última palabra acerca del ejercicio de la acción, y de tal suerte compartirá con el Ministerio Público la misión promotora de la justicia penal en el caso concreto, que anteriormente estuvo reservada a éste.

Existe una tendencia mundial a reducir o condicionar la actividad penal del Estado. Se aconseja la “desjudicialización”, o incluso la “desjurisdiccionalización”, de las decisiones que encauzan y concluyen la controversia. Así, se preferiría la autocomposición —mediante conciliación y acuerdo entre los interesados—, cada vez que sea posible y razonable obtener por esta vía, y no por la procesal, la solución del conflicto (y más aún: la solución del problema social y moral que entraña un litigio).

La misma tendencia se manifiesta en frecuentes procesos de “destipificación” (también los hay, por supuesto, de “tipificación”) y en el aumento de hipótesis de persecución por querrela o requisitos de procedibilidad equivalentes, asociado al consecuente incremento en los supuestos en que el perdón del ofendido —o de los legitimados para concederlo— tiene eficacia conclusiva del proceso o de la ejecución de la pena o medida.

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

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

## Legalidad

---

A la cabeza de los principios asegurados por el moderno derecho penal, que unos califican como liberal, otros como democrático, y algunos más como humanista, figura el de legalidad. Éste recoge la reacción que apareció a fines del siglo XVIII en contra de la justicia arbitraria, facultada para “crear” delitos y sanciones, sin norma legal preexistente que dispusiera los tipos de aquéllos, y las características de éstas.

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

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

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

Sobre el principio de legalidad, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional (con antecedente en el de igual número de la Constitución de 1857), estipula:

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

De la norma constitucional se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la llamada “continuidad” del derecho penal, y la proscripción de la integración judicial, particularmente, por medio del método analógico, enlazado con el derecho penal totalitario. En otros órdenes, en cambio, se mueven con holgura diversas fuentes de creación jurídica, no sólo la ley.

Para efectos normativos, basta con la previsión legalista del texto constitucional. No es necesario reiterarlo en ordenamientos secundarios. Conviene observar, sin embargo, que algunos proyectos recientes han creído pertinente establecer una relación de los grandes principios penales (legalidad, personalidad, culpabilidad, humanidad de la pena, etc.) antes que el desarrollo de las partes general y especial de los respectivos ordenamientos. Entre esos principios figura el dogma de legalidad penal. En forma semejante se recogen, en los textos respectivos, los principios reguladores del proceso penal (acusatoriedad, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, necesidad del proceso, etcétera).

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

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

El Código Penal de 1871 reguló esta materia en dos preceptos: artículos 181 y 182. Aquél, conforme a la tradición clásica, pretendía ceñir el arbitrio judicial:

No podrán los jueces aumentar ni disminuir las penas traspasando el máximo o el mínimo de ellas, ni agravarlas ni atenuarlas sustituyéndolas con otras, o añadiéndoles alguna circunstancia; sino en los términos y casos en que las leyes los autoricen para hacerlo, o lo prevengan así.

En el artículo 182, antes transcrito, se expuso el principio legal (dejando a salvo, evidentemente, los cambios benéficos para él traídos por leyes posteriores a la aplicable, y aplicada en el caso concreto).

En este punto, hay que tomar en cuenta, como ya se dijo, el flujo de los procesos de tipificación y destipificación, penalización y despenalización. Este último, como supresión o variación (gobernada por la racionalidad punitiva) de las consecuencias jurídicas del delito. La ley penal debe olvidar las conductas que no ameritan pena o medida: como producto del desarrollo cultural y la transformación de valores, o como resultado de la modificación de las relaciones sociales; asimismo, por la efectiva injusticia o inutilidad de la punición (con medidas penales, propiamente) de ciertas conductas. De este modo, han desaparecido del Código Penal, entre otros, los delitos de injurias, golpes simples, vagancia y malvivencia, disparo de arma de fuego, ataque peligroso y algún supuesto de resistencia de particulares; y de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la figura (delito formal) de libramiento de cheques sin fondos o cuenta, desaparición aportada —como otros avances— por el proceso de reformas de 1983.

En cambio, se han incorporado al Código Penal figuras necesarias: diversas conductas con precursores químicos, máquinas o elementos para la producción indebida de narcóticos (art. 196 ter), intimidación (art. 219), ejercicio abusivo de funciones (art. 220), tráfico de influencia (art. 221), enriquecimiento ilícito (art. 224), ejercicio indebido del propio derecho (art. 226), algunas hipótesis de profanación de cadáveres (art. 281, frac. II), administración fraudulenta (art. 388), extorsión (art. 390), operaciones con recursos de procedencia ilícita (art. 400 bis), delitos ambientales (art. 414 y ss.), delitos en materia de derechos de autor (art. 424 y ss.), etcétera. En este sector de adiciones cabe mencionar también las discutidas reformas publicadas el 13 de mayo de 1996 a propósito de secuestro (arts. 366 y 366 bis).

Asimismo, se han introducido en el propio Código Penal figuras correspondientes a la delincuencia electoral (por los decretos publicados el 15 de agosto de 1990, el 25 de marzo de 1994 y el 22 de noviembre de 1996), incorporación que considero errónea: estos tipos debieron permanecer en la legislación electoral, como otros muchos lo están en leyes penales especiales. Una circunstancia política abonó la indebida integración de las figuras electorales en el Código Penal, así como la constitución de figuras extrañas, anexas al Ministerio Público, para la persecución de esos delitos.

También hay tipificación cuando ingresan nuevas calificativas de la conducta ilícita. En efecto, se crea un tipo diferente del básico, de carácter complementado y agravado. Son ejemplos las calificativas del robo, incorporadas en 1983 y en años posteriores (arts. 381, fracs. VII a XV; son relevantes las calificativas introducidas por el decreto publicado el 13 de mayo de 1996, en el delito de robo, bajo la controvertida reforma al art. 371), y de los delitos contra la salud en materia de narcóticos (estupefacientes y psicotrópicos) (arts. 196 y 196 bis, este último derogado en 1996, salvo en lo que toca a los delitos realizados bajo su vigencia).

La Constitución no contiene mandamientos sobre medidas de seguridad, salvo el supuesto de los menores infractores, que ha dejado de interpretarse (en la



legislación del Distrito Federal y de algunas entidades federativas; no así, afortunadamente, en la generalidad o totalidad de los estados de la Unión) conforme al criterio tutelar, que hoy se analiza bajo un concepto punitivo. En cambio, el artículo 25 de la Constitución italiana estatuye que “ninguno puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley”.

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

### **Prohibición de la irretroactividad desfavorable y ámbito de validez temporal**

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

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

En cuanto a los códigos de 1871 y 1929, el artículo 2 transitorio del Código Penal de 1931 ordena que

deberán continuar aplicándose por los hechos ejecutados, respectivamente, durante su vigencia, a menos que los acusados (vale entender: procesados y sentenciados) manifesten su voluntad de acogerse al ordenamiento que estimen más favorable, entre el presente Código (de 1931) y el que regía en la época de perpetración del delito.

La prohibición de la retroactividad es el reverso de un principio general con formulación positiva: para ser punible, una conducta debe hallarse previamente proscribida en forma tal, que el individuo, enterado de la ley preexistente (cuyo conocimiento, en efecto, se presume: art. 21 del Código Civil), determine su comportamiento: sea para ajustar la conducta a la norma, sea para contrariarla y exponerse a la sanción estipulada.

Este punto se localiza en el primer párrafo del artículo 14 constitucional: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Además, el segundo párrafo de este artículo, aplicable a todas las jurisdicciones, establece que

la privación de bienes se hará “conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

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

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

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

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

## Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es impracticable cuando se supone (un *prejuicio* que alcanza todos los ámbitos del derecho) que ciertos hombres se hallan investidos, por mandato supremo, de calidades que los demás no comparten. Esto ocurrió, inclusive, en las cartas de derechos del régimen medieval cartulario, entre ellas la famosa Carta Magna. Se suele citar a esta Carta, y a los ordenamientos equivalentes en favor de ciudades, universidades y gremios —así, en el derecho medieval español—, como antecedente de las declaraciones de derechos humanos. Lo son, en sentido general. Sin embargo, es preciso observar que las cartas medievales erigen

un régimen de privilegios acotado a determinadas categorías de individuos, cosa que no ocurre en las verdaderas declaraciones de derechos humanos.

Contra un derecho heterogéneo y fraccionado, traspasado de servidumbres y privilegios (derechos feudal y absolutista, que convivieron), el individualismo humanista afirmó que existen facultades inherentes a la condición humana, naturales e irrevocables, y que todos los hombres nacen iguales en derechos. Aquéllos, son iguales ante la ley, lo mismo cuando ésta ordena, que cuando faculta o sanciona. En este punto residió, quizás, el mayor mérito de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, así como de sus antecedentes en las colonias inglesas de Norteamérica, que advinieron a la libertad, proclamando sendos *bills of rights*. Se ha observado que aquel instrumento no coloca a la igualdad entre los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión (art. 2). Se trata, más bien, de un principio que influye o gobierna la atribución y el ejercicio de todos los derechos.

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

### **Fuero militar**

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

Del régimen común se ha desprendido, como es costumbre, el aplicable a los miembros de las fuerzas armadas. Trátase de militares en activo y en servicio, según indica la jurisprudencia, que incurran en delitos y faltas contra la disciplina militar. Los comportamientos típicos se encuentran en el Código de Justicia Militar. Éste es un ordenamiento sustantivo, pues regula delitos y penas, además de otros extremos de derecho material; jurisdiccional, en cuanto organiza la justicia de su fuero; procesal, dado que rige en el procedimiento averiguatorio y judicial; y ejecutivo, porque contiene prevenciones acerca de la ejecución de penas.

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

ciertos delitos particularmente graves (art. 25 del Código Penal), a partir de la cuestionable reforma penal de diciembre de 1988, que entró en colisión con la tendencia general de nuestro derecho a reducir, o bien, racionalizar, la reacción punitiva.

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

Otras derivaciones del principio de igualdad ante la ley se encuentran en la proscripción de leyes privativas y de tribunales especiales (*véase* Menores de edad).

### **Inviolabilidad e inmunidad**

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

Son inviolables los senadores y diputados al Congreso de la Unión, “por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas” (art. 61 constitucional), y los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito federal, en la misma hipótesis (artículo 122, apartado C, base primera, frac. II, por reenvío al art. 61). Existe una inmunidad semejante, aunque más restringida, en favor de los juzgadores federales: los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de circuito y los jueces de distrito sólo “serán responsables al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales en las resoluciones que dicten, cuando se compruebe que hubo cohecho o mala fe” (art. 130 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). En todos estos casos se trata de inviolabilidades relativas, que sólo protegen ciertos actos del impune.

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

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

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

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

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

Hubo diversas interpretaciones sobre el concepto de “delitos graves del orden común”. Éstos podrían ser —se dijo— aquellos que son sancionables con pena capital conforme al artículo 22 constitucional; los sancionables con las más elevadas penas en el ordenamiento sustantivo; o los que aparejan pena superior a cinco años de prisión, en su término medio aritmético, y que, por eso mismo, bloquean el acceso a la libertad provisional bajo caución. Hoy día es posible, a mi juicio, invocar la noción que establece la propia Constitución y que se ha trasladado a los códigos procesales, donde se encuentra su desarrollo. En este punto la técnica legislativa es diferente: los ordenamientos procesales penales federal (art. 194) y del Distrito Federal (art. 268) contienen listas de tales delitos (reformadas en 1996), en tanto los correspondientes a Morelos (art. 145, frac. I) y Tabasco (*idem*) caracterizan tales delitos, más correctamente, en función de la punibilidad y la reincidencia.

Hay más inmunidades que ameritan referencia, a saber:

- a) de diversos diplomáticos, funcionarios internacionales y magistrados de la jurisdicción internacional (*v. gr.*, en los términos de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de Bogotá —OEA—, la Convención de Naciones Unidas sobre privilegios e inmunidades de la ONU, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —inmunidad de los integrantes de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos— y el Convenio sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especiales de la ONU);
- b) en casos de extradición, por lo que respecta a la persecución de delitos no considerados en el otorgamiento de la extradición;

- c) en el enjuiciamiento militar, a propósito del juzgamiento de miembros de fuerzas expedicionarias;
- d) administrativa, conectada con acuerdos superiores de remoción de inmunidad para procesar a integrantes del Ministerio Público y de los poderes judiciales; y
- e) en la repatriación de reos (ejecución extraterritorial de sentencias), acerca de ilícitos previamente cometidos en el territorio del Estado ejecutante.

### Menores de edad

Los menores de dieciocho años se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del derecho penal. En varias entidades federativas, la edad de ingreso a ese ámbito se fija en dieciséis años; en algún caso, en diecisiete. La vigente y desafortunada Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, de 1991, alteró muchas de las soluciones acogidas en la ley que creó los Consejos Tutelares, de 1973. No obstante, mantuvo el extremo superior en dieciocho años, y fijó el inferior —para el ingreso al ámbito del derecho penal especial destinado a menores— en once años (“personas mayores de 11 años y menores de 18 años”: art. 6). Adelante haré referencia a esta materia (véase Regímenes especiales).

## Territorialidad

---

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

El territorio nacional se define por los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución. Por tratarse de una Federación, el territorio —y la territorialidad— penal poseen triple connotación: federal, frente a otras potencias; de los estados de la República, ante la propia Federación y las demás entidades federativas, que son soberanas “en lo que toca a sus regímenes interiores” (art. 41 de la Constitución); y del Distrito Federal. La territorialidad municipal no tiene repercusiones directas en el sistema penal.

Obviamente, se trata de territorios coexistentes, salvo ámbitos atribuidos exclusivamente a la Federación, como las islas, cayos, arrecifes de los mares adyacentes, la plataforma continental, los zócalos submarinos, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio (art. 48 constitucional).

Para precisar el fuero doméstico de cada estado, se debe tomar en cuenta que “las facultades que no están expresamente concedidas por [la] Constitución [fede-

ral] a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados” (art. 124 de la Constitución). Es el caso en materia penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva (con las variantes que a este último respecto introduce el artículo 18 constitucional, véase Readaptación social). Efectivamente, el artículo 73 de la Constitución, al definir las atribuciones del Congreso de la Unión, no incluye la plena regulación penal. El Congreso ha podido “legislar en todo lo relativo al Distrito Federal [...]” (art. 73, fracc. VI, originalmente); y puede “establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse” (*idem*, primer párrafo de la frac. XXI). En 1996, bajo el impulso de las reformas constitucionales y secundarias relativas a la delincuencia organizada, se añadió un segundo párrafo a la misma fracción XXI (con antecedente en el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales), que faculta a las autoridades federales para “conocer también de los delitos del fuero común cuando éstos tengan conexidad con delitos federales”. El artículo 18 constitucional es consecuente con este régimen dual de atribuciones penales cuando prevé: “Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones (...)”. Al ser reformada la Constitución para fundar un nuevo régimen aplicable al Distrito Federal, fue reconsiderada la atribución legislativa en materia penal, que ahora recae en la Asamblea Legislativa de esta jurisdicción (art. 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso h; en la inteligencia de que según el artículo decimoprimero transitorio del decreto de reformas de 1996, ya mencionado, dicho órgano podrá ejercer su facultad de legislar en materia penal, a partir del 1 de enero de 1999).

Lo dicho, conduce a precisar cuáles son los delitos “federales”. La identificación se hace en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a propósito de la competencia de los jueces de distrito en materia penal. En síntesis, hay delito federal cuando el ilícito se halla tipificado en leyes federales; la Federación figura como sujeto pasivo; se trata de materia relacionada con las atribuciones del Congreso de la Unión; el agente es servidor público federal, y delinque con motivo de su función; el ofendido es servidor público federal, victimado con motivo de su función; se trata de personas o materias reguladas por tratados internacionales; se realiza el delito en alguno de los supuestos considerados por los artículos 2 a 5 del Código Penal o en territorio bajo jurisdicción federal. Vale recordar la fuerza atractiva que tiene el fuero federal, a la que aludí en el párrafo anterior. Se solía entender que esa atracción era practicable cuando se trataba de concurso ideal entre un delito federal y otro del orden común. Sin embargo, merced a una discutible y discutida innovación de 1993 en el ordenamiento procesal federal (art. 10, segundo párrafo), aquel fuero conoce del concurso ideal y del concurso real (al que no se aplicaba la atracción) cuando concurren delitos federales y locales o comunes. Esta regla quedó establecida en la propia Constitución mediante la adición, ya examinada, a la fracción XXI del artículo 73. Asimismo, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se refiere a la atracción de delitos comunes (secuestro, asalto, tráfico de menores, robo de vehículos) cometidos por los integrantes de la delincuencia organizada.

El Código Penal de 1931 es aplicable “en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales” (art. 1). El principio de territorialidad que consta en este precepto, se altera en favor de otros, parcial o totalmente, en cuanto el Código Penal, también es aplicable a delitos en los siguientes supuestos:

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

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

## Personalidad de la responsabilidad y la pena

---

Hoy es común aceptar que la pena se concreta y agota sobre el responsable del delito. Afecta su persona y sus bienes. Esto es natural consecuencia del carácter personal, intransferible, de la responsabilidad penal. Salvo en asuntos civiles (o



derivados), nadie responde por el comportamiento delictuoso de otro; sólo por su propia conducta. La pena no es trascendental; no se traslada del culpable al inocente. Otra cosa ocurre, desde luego, con la responsabilidad civil emanada de un delito; básicamente, ésta se atiene a las normas ordinarias —con las variantes incorporadas por la legislación penal, entre ellas, la persecución a través de la acción que ejercita el Ministerio Público— acerca de responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito, como se verá posteriormente.

Por largo tiempo, hubo trascendencia o traslado de la pena a personas diferentes del infractor. De esta suerte, la pena se extendía sobre otras vidas y haciendas, además del honor, en que de algún modo se prolongaban 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. Esto ha desaparecido del derecho moderno, si bien no de los hechos, por el influjo de la “estigmatización”.

En el artículo 22 de la Constitución, se prohíben las penas trascendentales. Entre éstas se hallan implícitamente, por su naturaleza, todas las que exceden a la persona y bienes del infractor; explícitamente, la multa excesiva y la confiscación de bienes, que difiere del decomiso, aplicable a instrumentos, objetos y productos del delito (art. 24, inciso 8, 40 y 41 del Código Penal). El alcance de la proscripción se pondera en el segundo párrafo del artículo 22 constitucional: no hay confiscación cuando se aplican bienes de una persona, por disposición judicial, para el pago de la responsabilidad civil que resulta del delito, o para cubrir impuestos o multas; en el decomiso de bienes, relacionado con el enriquecimiento ilícito de servidores públicos, que menciona el artículo 109 de la Constitución, ni en el de “los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

Esta última parte del artículo 22 proviene de la reforma constitucional de 1996. Evidentemente, se ha invertido la carga de la prueba y se ha recogido una sanción penal que no tiene como supuesto inmediato y directo la comisión de un delito. Ya no corresponde al M.P. probar la conducta ilícita y la autoría o participación delictuosa, sino incumbe al sujeto acreditar su inocencia: el origen lícito de sus bienes. El decomiso —una sanción penal— no es consecuencia del ilícito denominado delincuencia organizada, sino de la imposibilidad de comprobar dicho origen lícito. De esta forma se soslayan la presunción de inocencia, por una parte, y el principio *nulla poena sine crimine*, por la otra.

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

En la misma línea está situado el artículo 10 del Código Penal: “La responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley”. Esta formulación es insostenible. En rigor, no se trata de trascendencia de la responsabilidad penal, sino de la civil derivada del hecho ilícito. Éste figura entre las fuentes de las obligaciones civiles, como lo es la de

reparación de daños y perjuicios que causa el delito. Se trata, en esencia, de una obligación civil. Empero, el Código Penal entiende que el resarcimiento a cargo del infractor tiene carácter de sanción pecuniaria, como la multa (art. 29, primer párrafo). Es civil, en cambio, la reparación que deban hacer otras personas (art. 32).

Las consideraciones formuladas sobre personalidad de la responsabilidad y de la pena, hacen discutible la atribución de ¿responsabilidad? y la conminación de penas para las personas morales que, además, carecen del dato subjetivo indispensable para la incriminación: culpabilidad. Empero, el artículo 11 del Código Penal estatuye un régimen específico para estos casos, que permite la adopción de sanciones (suspensión o disolución de la agrupación, salvo las instituciones del Estado, cuando el juzgador lo estime necesario para la seguridad pública) si algún miembro o representante de la persona colectiva comete un delito “con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella”.

## Humanización de la pena

---

El desenvolvimiento penal trae consigo la moderación de las penas. Antiguamente, se aplicaba con profusión la pena capital, de manera agravada o “exasperada”; su propósito era producir el mayor sufrimiento antes de la muerte. También se echaba mano de otras penas aflictivas sobre el cuerpo: exposición, mutilación, marca, azotes.

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

En el artículo 22 de la Constitución se prohíben “las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie [...] y cualesquiera otras penas inusitadas [...]”. Se trata de una forma de referirse a las penas crueles, inhumanas o degradantes. México es parte en las convenciones, mundial y americana, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El 25 de abril de 1986 fue promulgada una Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. En el trasiego legislativo de los últimos años, ese ordenamiento fue relevado muy pronto por una ley del mismo nombre, promulgada el 16 de diciembre de 1991, y publicada el 27 del mismo mes.

## PRINCIPIOS ADJETIVOS

---

### Necesidad del proceso

---

Ya se mencionó que el Estado moderno ha asumido y retiene el *jus puniendi*. Este poder-deber de sancionar pudiera reformularse como potestad y facultad de especificar el derecho sobre el comportamiento ilícito (y el estado peligroso, donde se admita) y de readaptar al infractor (o al peligroso). Atenuadas o superadas diversas expresiones de autotutela, surge el proceso público como único método —o en todo caso, el medio principal, sobre todo cuando se trata de ilícitos graves— para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas del ilícito (otra cosa son las sociales, provocadas por aquélla). Así, se dice, que el proceso penal es necesario para la composición del litigio penal, aunque esto ya no sea absolutamente cierto, en mérito de los constantes avances de la autocomposición.

La historia del derecho constitucional mexicano recoge diferentes medidas autocompositivas explícitas, vinculadas o delitos “privados”. Fue el caso conforme a la Constitución de 1812, en el supuesto de injurias: el alcalde intentaba la conciliación (arts. 282 y 284). En el mismo sentido: Reglamento Provisional Político de 1822 (art. 71), Constitución de 1824 (art. 155), leyes de 1836 (V, arts. 399 y 40), proyecto de reformas de 1840 (arts. 9, fracc. XI, y 108), proyecto mayoritario de 1842 (arts. 129 y 130), proyecto unificado del mismo año (art. 120) y Bases Orgánicas de 1843 (arts. 185 y 86). Era obligatorio intentar la conciliación. En el orden secundario, la conciliación fue considerada por la Ley Lares, de 1853, y la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, de 1858. En 1981 se introdujo en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal un artículo 265-bis, que atribuía al Ministerio Público funciones de conciliación. Este precepto fue derogado en 1983.

Ya dijimos que en el artículo 17 constitucional se prohíbe la autojusticia. En tal virtud,

toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

El servicio de los tribunales es gratuito; no hay costas judiciales. Para la materia penal, el concepto del *jus puniendi* estatal y el texto del artículo 17 enlazan con la primera frase del artículo 21 constitucional: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. Asimismo, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional supedita la privación de bienes a un “juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

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

Esos argumentos han perdido fuerza. La saturación de trabajo en los órganos de justicia, y la necesidad de orientar las “fuerzas punitivas” de la sociedad y del Estado hacia donde son indispensables, llevaron al replanteamiento progresivo de la querrela. Lo mismo ha sucedido, por razones de alcance social que el Estado debe ponderar, en muchos casos de persecución sujeta a requisito de procedibilidad equivalente. También, del mismo modo que se ha impuesto, por fortuna, la idea de un derecho penal “mínimo”, que frena el peligroso crecimiento del control social punitivo, se ha abierto paso la experiencia de una “jurisdicción mínima”. Esto último apareja el empleo selectivo y reducido —no el generalizado y expansivo— de la jurisdicción, es decir, del proceso, como método para enfrentar y resolver los litigios.

Son perseguibles por querrela del ofendido: lesiones culposas o imprudenciales con motivo del tránsito de vehículos, salvo algunos supuestos (art. 62, segundo párrafo), violación de correspondencia (art. 173), peligro de contagio por parte de cónyuges, concubinarios o concubinas (art. 199 bis), ejercicio indebido del propio derecho (art. 226), hostigamiento sexual (art. 259 bis), estupro (art. 263), adulterio (art. 274), amenazas (art. 282), lesiones leves (art. 289), abandono de cónyuge (art. 337), difamación (art. 360), calumnia (art. 360) y raptó (art. 365 bis). Por lo que toca a delitos contra las personas en su patrimonio, son perseguibles por querrela todos los de esta especie cuando sean cometidos por personas relacionadas con el ofendido por estrechos vínculos conyugales, de concubinato o familiares (art. 399 bis, primer párrafo). Independientemente de esta circunstancia, son perseguibles por querrela: robo de uso, abuso de confianza, fraude, administración fraudulenta, insolvencia fraudulenta, delitos equiparados al fraude, daño en propiedad ajena y despojo, con algunas salvedades (art. 399 bis, segundo párrafo).

Son perseguibles mediante excitativa, querrela, declaratoria o petición, confiados a un órgano público o funcionario del Estado: delitos en materia de población (Secretaría de Gobernación: art. 143, Ley General de Población), delitos fiscales (Secretaría de Hacienda y Crédito Público: art. 92, Código Fiscal de la Federación), enriquecimiento ilícito (Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo; art. 90, Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos, que se refirió a esta dependencia bajo su nombre original: Secretaría de la Contraloría General de la Federación), infracción de derechos autorales (Secretaría de Educación Pública o persona ofendida por el delito: anteriormente, Ley Federal de Derechos de Autor; actualmente, a partir de la reforma al Código Penal publicada el 24 de diciembre

de 1996, art. 429 de este ordenamiento; pero se persigue de oficio el delito previsto por el art. 424, frac. I: especulación con libros de texto gratuito), daños culposos a vías de comunicación, o interrupción o deterioro del servicio (Secretaría de Comunicaciones y Transportes o prestador del servicio: arts. 533 y 536, Ley de Vías Generales de Comunicación), ilícitos en la operación de casas de bolsa (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Bancaria y de Valores: art. 52 bis 3), delitos en la operación, actividad o prestación de servicio de banca y crédito, de tareas auxiliares de crédito, de organismos de fianzas y de seguros (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, en sus casos: arts. 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, 95 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, 140 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y 112 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas), difamación o calumnia contra una nación o gobierno extranjeros, o sus agentes diplomáticos (art. 360, frac. II, del Código Penal), e injurias y ofensas, bajo el régimen de la Ley de Imprenta, contra funcionarios diversos o contra una nación amiga, su gobierno o sus representantes acreditados en el país (art. 35 de dicha ley).

Conforme a la versión anterior de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, para la persecución de los delitos previstos en esa ley era necesario que la Secretaría de Salud formulase, previamente, la denuncia respectiva, salvo cuando se tratase de delito flagrante.

Actualmente, el art. 182 del citado ordenamiento, tras las reformas publicadas el 13 de diciembre de 1996, dispone que la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca formule denuncia ante el Ministerio Público federal “en aquellos casos en que, como resultado del ejercicio de sus atribuciones, la Secretaría tenga conocimiento de actos u omisiones que pudieran constituir delitos conforme a lo previsto en la legislación aplicable”, que hoy es el Código Penal. Se trata simplemente de la obligación que tienen las autoridades de denunciar los delitos de los que tengan conocimiento con motivo de sus funciones.

La redacción del actual segundo párrafo del art. 182 permite concluir que los llamados delitos ambientales son perseguibles de oficio: “Toda persona podrá presentar directamente las denuncias penales que correspondan a los delitos ambientales previstos en la legislación aplicable”.

Los delitos relativos a propiedad industrial, que bajo las normas anteriores eran perseguibles previo requisito de procedibilidad a cargo de la autoridad, lo son ahora por querrela de parte ofendida (art. 223 de la Ley de la Propiedad Industrial, de 1991; el texto actual del artículo mencionado deriva de la reforma publicada el 2 de agosto de 1994).

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

---

La legalidad penal, expresada en el dogma *nullum crimen nulla poena sine lege*, tiene correspondencias en la legalidad judicial y procesal. Se resume en los dogmas

*nulla poena sine iudicio* y *nemo iudex sine lege*. El principio mencionado en primer término tiene que ver con el carácter (relativamente) necesario del proceso penal, especialmente las prevenciones de los artículos 14, 17 y 21: sólo procede la privación de bienes o derechos mediante juicio ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento; nadie puede hacerse justicia por sí mismo; y la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. No obsta la existencia de fenómenos compositivos, ya referidos, que no desembocan en la imposición de pena, sino en la satisfacción de un interés disponible para el particular.

Existe un movimiento mundial hacia la desjudicialización en la solución de los conflictos, que se vincula con el principio de mínima intervención penal del Estado, el cual no sólo se proyecta hacia la vertiente penal sustantiva, sino también hacia la penal adjetiva. De todo ello resulta una reanimación de soluciones auto-compositivas. Estas se han abierto ancho campo en México, a través de la extensión creciente de la persecución por querrela.

En este mismo orden de cosas es preciso mencionar la reciente introducción de diligencias conciliatorias —cuando se trata de delitos perseguibles por querrela— a cargo del Ministerio Público y del juzgador, quienes para este propósito pueden recurrir también a personas cuya autoridad moral permita obtener el deseable entendimiento entre infractor y ofendido. Todo esto se halla en los modernos códigos procesales de Morelos (1996) y Tabasco (1997). La legislación penal de estas entidades federativas aporta también soluciones fundadas en la reparación del daño y la reconciliación entre el ofendido y el delincuente.

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

Concierne a la ley la creación de los órganos jurisdiccionales, por establecimiento directo o por determinación del sistema para constituirlos. La Constitución se refiere a los juzgadores federales (arts. 94 y ss.). Con esta base, la materia se detalló en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en los acuerdos de la Suprema Corte, actuando en pleno, que crearon circuitos judiciales, tribunales y juzgados de distrito. Hoy día, esta atribución corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, merced a las reformas constitucionales de 1994. Otro tanto se puede decir de los estados, según su fuero doméstico, y del Distrito Federal. En aquéllos es posible —pero no obligatoria— la existencia de consejos de la judicatura; en el Distrito Federal existe un órgano de esta naturaleza, al amparo de la misma reforma constitucional de 1994. Digamos, por último, que las reformas constitucionales de 1996 acerca del sistema electoral, incorporaron en el Poder Judicial de la Federación al Tribunal Electoral. Esta inclusión pudiera trazar la línea del porvenir en lo que respecta a la ubicación de los órganos jurisdiccionales que hoy día se hallan fuera del Poder Judicial, en sentido formal, como son los de conocimiento laboral, agrario y administrativo, además de los relativos a menores infractores.

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

## Proscripción de tribunales especiales

---

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

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

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

## Formalidades esenciales del procedimiento

---

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

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

En síntesis, las formalidades esenciales aparejan el conocimiento sobre la controversia, el consecuente acceso a la jurisdicción del Estado, la posibilidad de probar las pretensiones o defensas y la facultad de alegar según convenga a los intereses del litigante, más el derecho —nominal y efectivo— de disponer de asistencia jurídica o defensa. En la actualidad, después de la reforma al artículo 20 de la Constitución —acertada en este punto—, de 1993, es posible sostener que no se observan las formalidades esenciales del procedimiento cuando el inculpado no dispuso de la “defensa adecuada” que dispone la fracción IX de aquel precepto. Otro tanto podría decirse en lo que atañe a la asesoría jurídica al ofendido: recibirla es derecho constitucional de éste (último párrafo del mismo artículo 20).

## Independencia judicial

---

Los principios judiciales mencionados tienen un común denominador: la observancia de la ley y el juicio imparcial. Para que esto ocurra se necesita independencia judicial. La independencia de los tribunales se plantea reiteradamente en la Constitución; así, en los artículos 17, *in fine*, 100, sexto párrafo, 116, fracción III, segundo párrafo.

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

Por lo que hace al encuadramiento de tribunales en el Ejecutivo, que reviste diversas formas, esto no ocurre con la jurisdicción agraria y la jurisdicción electoral, que se hallan claramente sustraídas al marco de la Administración Pública. Esta situación se ha enfatizado, por lo que toca a la jurisdicción electoral, al incorporarse el Tribunal respectivo en el Poder Judicial de la Unión.



## Ministerio Público

---

La persecución penal en México se halla encomendada al Ministerio Público. Así se dispone en el artículo 21 de la Constitución, cuando dice: "La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato". Este texto resultó de la reforma de 1996, que añadió la palabra "investigación" (no obstante que era claro, sin controversia, que la persecución abarcaba la investigación), y suprimió la referencia previa a la Policía "Judicial". El abandono de esta designación trajo como consecuencia el inicio de la variedad —confusión— terminológica: la mayoría de las entidades y la Federación misma se refieren todavía a la policía "judicial"; pero otras aluden a policía "investigadora" o "de investigación", conforme a las actividades que esa corporación realiza, o bien, a policía ministerial, tomando en cuenta que depende del Ministerio Público.

Ya se mencionó que aquella prevención se interpreta en el sentido de que al Ministerio Público incumben la averiguación previa (instrucción administrativa anterior al proceso) y el ejercicio de la acción penal, no así la resolución sobre el ejercicio de la acción, que fuera una decisión exclusiva y que hoy se subordina a resolución jurisdiccional; por esta vía, un órgano jurisdiccional interviene en el ejercicio de la acción. Se podrá decir que esto mismo sucede cada vez que una autoridad, de cualquier especialidad, se ve obligada a adoptar cierta decisión en virtud de una resolución de amparo que así lo dispone. Es cierto, también aquí hay esa injerencia, así sea por la vía del control de constitucionalidad. En la averiguación previa, el Ministerio Público procurará acreditar los elementos integrantes del tipo penal respectivo y la probable responsabilidad del indiciado (arts. 16 y 19 Constitución).

Antes de la reforma constitucional de 1993, el artículo 19 constitucional —y en relación con éste, el derecho secundario— aludía al "cuerpo del delito". Este concepto, estrictamente procesal —pero vinculado con la noción del tipo penal— había sido objeto de amplio desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal en México. Una innecesaria reforma canceló el empleo de esta noción, bien estudiada en nuestro país, e introdujo la referencia a los elementos integrantes del tipo. Evidentemente, se trató de satisfacer cierto concepto doctrinal, al que la reforma sirvió fielmente. Para desenvolver aquel dato, que ha sido materia de abundante debate en la doctrina iuspenalista, la ley procesal secundaria ha "resuelto", con la autoridad de la norma, la controversia académica: hoy día dispone, acogándose a cierta corriente doctrinal, qué debe entenderse por tipo penal y por probable responsabilidad.

Concluida la averiguación previa, el Ministerio Público debe resolver acerca del ejercicio de la acción penal, bajo el principio de legalidad: éste supone que una vez satisfechos los extremos considerados en la ley (esto es, existencia de un hecho punible y probable responsabilidad de ciertas personas, salvo causas que excluyan el delito o extingan la pretensión), el Ministerio Público debe instar, mediante acción, la apertura del proceso. En la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional

quedó previsto, como se dijo líneas arriba, un control externo de carácter jurisdiccional.

La determinación de ejercicio de la acción penal conduce a la apertura del proceso. En éste, el Ministerio Público carece de la función de autoridad que tiene en la averiguación previa; es parte. Se trata, sin duda, de una parte *sui generis*: pública, necesaria, de buena fe y privilegiada. Formula acusación por medio de las “conclusiones”, si bien algunos analistas de la materia consideran, probablemente con razón, que esa acusación se expresa a todo lo largo de la actividad procesal del Ministerio Público (salvo, claro está, cuando éste requiere el sobreseimiento en virtud de existir algún dato favorable al inculcado, que impone el cierre del proceso). El Ministerio Público cuenta con recursos ordinarios para combatir las resoluciones que causen agravio a los intereses (sociales) que representa, pero no tiene acceso al amparo o a un remedio equivalente (como el recurso de revisión contra el fallo de tribunales de lo contencioso administrativo: artículo 104, fracción I-B, de la Constitución). En cambio, el inculcado puede demandar amparo —directo o indirecto, según la resolución que se impugne— y solicitar, en su caso, el reconocimiento de inocencia (art. 96 del Código Penal).

### *Ne bis in idem*

---

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

El artículo 23 de la Constitución resuelve que

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

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

Asimismo, hay solución de fondo cuando se ha dictado el sobreseimiento, cuyos efectos son los de una sentencia absolutoria (artículo 304 del Código Federal de Procedimientos Penales). En México no existe el sobreseimiento provisional,

que equivale a una absolución de la instancia. Se tiene solución de fondo, igualmente, cuando se ha dispuesto en firme el “no ejercicio de la acción penal”; esto es vinculante para el Ministerio Público, que no podrá reabrir la averiguación ni, por ende, ejercitar acción penal.

## Presunción de inocencia

---

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

En nuestra Constitución no figura esa presunción *juris tantum*, como tampoco en el Código Penal ni en los códigos de procedimientos penales federal y del Distrito Federal. Existe en algunos ordenamientos procesales de expedición reciente. Se halló, asimismo, en el artículo 36 del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, del 14 de agosto de 1979: “El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos.” Este ordenamiento fue sustituido por el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, del 11 de enero de 1990, publicado el 20 de febrero siguiente. El artículo 36 de este instrumento reproduce el texto del artículo 36 del reglamento anterior.

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

## PRINCIPIOS EJECUTIVOS

---

### Legalidad

---

Históricamente, apareció primero el principio de legalidad penal sustantiva y procesal-judicial. Posteriormente irrumpió la “legalidad ejecutiva”, pese a que ésta constituye un desenvolvimiento natural del apotegma *nulla poena sine lege*, no ya

sólo para fijar la sanción, sino además para ejecutarla. El acierto o el desacierto en la etapa ejecutiva, califican el éxito de la función punitiva en su conjunto. La falta de normas adecuadas y suficientes en el terreno administrativo-ejecutivo, hizo del penado, como se ha dicho, “cosa de la Administración”.

Las constituciones, primero, y las declaraciones y los pactos internacionales, más tarde, recibieron normas de ejecución penal —sobre todo en el capítulo penitenciario—. Fueron luego desarrolladas en un verdadero derecho penitenciario, con diversos peldaños de regulación: leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos. En el plano internacional han sido benéficas las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955).

En México, el régimen de ejecución penal se incorporó en preceptos de los códigos penales y de procedimientos penales, así como en unos cuantos reglamentos carcelarios. La primera ley de ejecución de sanciones privativas de la libertad, en la época reciente, se expidió en Veracruz. Seguirían las del Estado de México, en 1966; Puebla, en 1968, y Sinaloa, en 1971. Para el ámbito federal y del Distrito fueron elaborados varios proyectos. Finalmente, el vacío se resolvió con la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, que constituye el cimiento para la aparición y el desarrollo del derecho penitenciario mexicano. Esta ley ha cumplido, pues, una misión histórica de suma importancia. Consta de sólo dieciocho artículos, que recogen los términos fundamentales para la ejecución de la pena privativa de libertad. A ese ordenamiento seguiría el citado Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal, de 1979, sustituido por el de 1990. Existe, asimismo, un Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social, de 1991. Existe un anteproyecto sobre ejecución de sanciones elaborado en la Comisión Nacional de Derechos Humanos; igualmente, en el Senado de la República se planteó la expedición de un Código Federal de Ejecución de Sentencias. En ambos casos se pretende introducir el régimen de control jurisdiccional sobre la ejecución de sanciones. Adelante se hará mención del régimen que estatuye la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (véase Derecho ejecutivo penal).

## **Readaptación social**

---

Se sabe cuáles son las finalidades declaradas de la pena (resultado de una idea social; acerca del delito, el delincuente y la sanción) y cuál es su naturaleza, desde el punto de vista rigurosamente jurídico, como consecuencia de la violación de una norma (supuesto jurídico). La pena es siempre retribución o correspondencia: reparación ideal del orden quebrantado por el delito. Además —considerada psicológica y sociológicamente— puede tener finalidades de expiación y ejemplo; en éste, residen la “prevención general” y el carácter disuasivo de la punición. La decadencia de la pena de muerte y el auge de la privativa de la libertad ponen en

relieve otro propósito de la pena, que desde hace tiempo domina la doctrina y la ley: readaptación social. Con pena de muerte se pueden lograr los otros objetivos de la sanción penal, pero no, es evidente, la readaptación. Con la prisión, en cambio, ésta se puede intentar, sin abandono de los otros fines. Por último, la sanción siempre se propone —particularmente en el supuesto de privación de libertad— contener a los infractores en bien de los demás ciudadanos. En esto reside la más intensa expresión de la defensa social.

El concepto mismo de readaptación social es polémico, como es paradójico que se quiera preparar para la libertad en reclusión. Hay otras expresiones utilizadas: rehabilitación (que deriva de la idea de que el infractor es un inválido o minusválido social), “repersonalización”, reinserción, regeneración, recuperación, etc. La readaptación social implica, por definición, un cambio, una nueva adaptación. Se convierte en una especie de “medicina del espíritu” y factor de conciliación (axiológica o sólo conductual) entre la sociedad y el infractor. Desde un punto de vista particular, la readaptación no es sinónimo de “conversión”; sólo se pretende que el individuo pueda conformar su conducta al orden jurídico vigente. El exceso en este campo puede traer consigo pésimas consecuencias autoritarias, encubiertas bajo la capa de la readaptación.

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

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

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

Más lejos fue el actual párrafo quinto y final del artículo 18, que proviene de la reforma de 1976-1977. Introdujo —por primera vez en el continente americano—

el régimen de ejecución de la pena en el país de origen o residencia del penado, y no ya, por fuerza, en el de comisión del delito y juzgamiento y condena, según ha sido tradicional. Para esta “repatriación de sentenciados” se requiere la voluntad favorable del Estado que sentenció y del que habrá de ejecutar la sentencia, y también del “consentimiento expreso” del reo.

Con apoyo en ese ordenamiento, a partir de 1976 México ha celebrado convenios bilaterales con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice, España, etcétera.