

C. Normas en el sistema de contravenciones

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

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

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

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

D. Norma legal en el sistema militar

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

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

E. Norma y arbitrio en el sistema de menores infractores

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

F. Norma jurisprudencial

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

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

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

G. Normas particulares: sentencia y resolución administrativa

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

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

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

2. *Concurrencia de normas aparentemente incompatibles entre sí*

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

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

IV. DELITO Y DELINCUENTE

1. *Elementos del delito*

A. Aspectos positivo y negativo

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

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

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

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

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

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

B. Conducta o hecho

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

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

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

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

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

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

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

C. Tipicidad

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

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

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

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

D. Antijuridicidad

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

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

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

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

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

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

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

a) Consentimiento

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

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

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

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

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

b) Legítima defensa

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

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

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

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

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

c) Estado de necesidad

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

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

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

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

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

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

d) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

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

e) Obediencia debida

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

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

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

f) Impedimento legítimo

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

E. Imputabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. Culpabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) No exigibilidad de otra conducta

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

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

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

b) Miedo grave y temor fundado

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

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

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

c) Caso fortuito

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

d) Error

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

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

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

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

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

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

G. Condiciones objetivas de punibilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

H. Punibilidad

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

I. Exceso

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

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

2. El delincuente. Autoría y participación

A. Responsable de los delitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Responsabilidad por delitos conexos

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

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

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

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

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

C. Comunicabilidad de circunstancias

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

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

3. *Iter criminis*

A. Fase interna

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

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

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

B. Actos preparatorios

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

C. Tentativa

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

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

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

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

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

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

D. Consumación y agotamiento

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

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

4. *Concurso*

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

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

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

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

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

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

5. Reincidencia

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Reflejo procesal de la teoría del delito

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

A. Cuerpo del delito

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

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

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

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

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

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

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

B. Probable responsabilidad

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

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

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

V. SANCIONES

1. *Planteamiento general y aplicación de sanciones*

A. Pena y medida de seguridad

Bajo el rubro de “Sanciones”, paso a ocuparme en las penas y medidas de seguridad. Hay ordenamientos donde se deslinda entre ambas categorías, que se unifican en el concepto de “consecuencias jurídicas del delito”. Esto apunta a su naturaleza formal; aquéllo, a su carácter material. El Cp. destina a la materia el título segundo del libro primero; el capítulo I se denomina “Penas y medidas de seguridad”. El sistema adoptado sobre sanciones pone de manifiesto la orientación del código punitivo.

Ya dijimos (v. *supra* II, 4.B.) que la pena, consecuencia normativa del delito, tiene siempre naturaleza retributiva. No hablo de *vindicta*, ni califico moralmente la retribución. Me remito al carácter natural de la pena en el sistema jurídico. Otras finalidades pueden ser el ejemplo (se sanciona “para que los demás no delincan”) y la expiación de la culpa. En la etapa reciente destaca la readaptación, resocialización, rehabilitación, reinserción, regeneración o repersonalización del sentenciado.

La idea de “medidas de seguridad” se apoya en la consideración, sustentada por el positivismo, de que hay ciertas reacciones jurídicas que enfrentan la peligrosidad o temibilidad del individuo. Ésta no se agota en el delito —su síntoma—, al que corresponde la pena. Tiene sus características propias. Así, se tienen cuatro conceptos principales que integran dos parejas enlazadas: delito-pena y estado peligroso-medida. No es fácil el deslinde (más allá de una abstracción) entre pena y medida de seguridad, sobre todo si se toma en cuenta que hoy la pena tiene precisamente el mismo propósito que la medida: contrarrestar o disminuir la peligrosidad, por la readaptación.

A partir del artículo 18 de la Constitución, domina el ideal de la readaptación social. El artículo 2 de la Lnm. desarrolla ese *desideratum* en su propio peldaño normativo.

B. Individualización

La ley previene hipótesis generales, pero contiene un principio de individualización, sobre todo, de los grados de culpabilidad. Se afirma que en la individualización se halla el interés medular del derecho penal contemporáneo. Por aquélla, el proyecto general de punición se transforma en un hecho personal.

Asimismo, se indica que la individualización (cuyo objetivo es “dar a cada quien lo suyo”; lo que se necesita para la defensa y la readaptación sociales) se desenvuelve en etapas legal, judicial y ejecutiva.

La individualización legal (que se califica de “falsa” individualización) norma la culpabilidad, fija los rangos de punición, estipula genéricamente la naturaleza y cuantía de penas y medidas, y ajusta éstas, *in specie*, a los supuestos de mayor o menor gravedad en cada conducta típica.

La individualización judicial, que tiene ante sí un delito concreto y un delincuente particular, se mueve en el espacio que dejan las penas relativamente indeterminadas, por medio del arbitrio judicial. El arbitrio obliga al diagnóstico y al pronóstico de personalidad (temibilidad y recuperabilidad). Esto se halla en la base de la sanción particular: método de readaptación y correctivo o reductor de peligrosidad. La individualización judicial se concentra en la sentencia.

La sentencia, título ejecutivo, inicia la fase de ejecución. En ésta se cumple el siguiente tramo de la individualización: avanza en el examen y el “tratamiento de personalidad”, hasta desembocar en la liberación.

El instrumento de la individualización jurisdiccional es el arbitrio judicial. Aludimos a la desconfianza frente al juzgador, consecuencia del absolutismo judicial. El juez, a quien se prohibía “interpretar” la ley (en rigor, integrarla), debía reducir su tarea a la formulación de un silogismo; era “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Las sanciones se hallaban rigurosamente tasadas y las atenuantes y agravantes tenían valor aritmético sobre las penas. Limitaciones semejantes imponía el derecho procesal: prueba tasada y valoración legal de las probanzas. Sólo quedaba libre el poder jurisdiccional del jurado, integrado por los “pares” del inculpado, que resolvían mediante veredicto dictado en conciencia.

Alejado el periodo de absolutismo judicial, y patentes los nuevos requerimientos de la justicia, se devuelve arbitrio al juzgador. Hoy se sus-

tenta en los artículos 51 y 52 del Cp., inspirados en el derecho argentino. Otras normas van en la misma dirección: así, la segunda parte del artículo 60, que guía al juez en la calificación sobre la gravedad de la imprudencia; igualmente, el artículo 213, que suministra elementos para el arbitrio cuando se juzga a servidores públicos. Este precepto advierte que “la categoría de empleado o funcionario de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena”.

Los juzgadores fijan la pena dentro de los límites máximo y mínimo que la ley estipula. Para ello tendrán en cuenta “las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente” (artículo 51), es decir: el delito y la persona.

En el artículo 52 se forma una lista con datos relevantes: naturaleza de la conducta, medios empleados para ejecutarla, peligro corrido y daño causado, edad, ilustración, educación, costumbres y conducta precedente del infractor, condiciones económicas de éste, móviles, condiciones en que se encontraba al delinquir, calidad del ofendido, circunstancias en que se cometió el delito.

Para el despacho de su encomienda, el juez debe ajustarse al principio de inmediación: “tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso” (penúltimo párrafo del artículo 52). También “requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales” (último párrafo). Esta expresión sugiere diligencias para mejor proveer, en materia de individualización.

C. Perdón judicial

Hay casos en que el agente sufre daños graves en su persona como consecuencia del delito; se cita el ejemplo de la colisión con motivo del tránsito de vehículos, en que resultan heridos los pasajeros y el conductor recibe lesiones severas que lo invalidan. Si éste es el caso, la pena pudiera resultar desmesurada o impertinente. Por ello, el artículo 55 faculta al juez para prescindir de pena “cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad”.

No se trata de excusa absolutoria, porque no cancela, de plano, la punibilidad. Existe, más bien, un perdón judicial. La impunidad queda a discreción del juez, como lo están sus datos fundantes. Esta solución sólo se acuerda a propósito de penas privativas y restrictivas de libertad.

No opera en las otras; quedan vivas, pues, la multa y la reparación del daño.

2. Derecho ejecutivo penal

Al hablar de los principios ejecutivos (v. *supra* II, 4, A), hice ver que el desarrollo de las ideas, la legislación y la práctica penales, sustantiva y adjetiva, no tuvo correspondencia suficiente en la rama penal ejecutiva. En ésta se ha desenvuelto más el derecho penitenciario.

El derecho nacional analizaba la ejecución de penas en algunos preceptos de los códigos penales y de procedimientos. La doctrina procesal suele reivindicar el procedimiento ejecutivo para el derecho adjetivo. Esto, admisible en materia civil, no lo es en la penal, salvo, tal vez, cuando intervienen los jueces ejecutores; así, el *giudice di sorveglianza* o el *juge de l'application des peines*.

El Cfpp. no determina el carácter procesal de la ejecución; se limita a decir cuáles son los procedimientos que “comprende”; entre ellos cita al “de ejecución”, que “comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas” (artículo 1, fracción VI).

En dos décadas ha variado la situación. Paulatinamente se integra la pirámide normativa penitenciaria. A la Constitución siguen las leyes especiales, los reglamentos de reclusorios (generales y particulares) y los actos administrativos.

Las entidades federativas cuentan con ley de ejecución, principalmente penitenciaria. La fuente de esta evolución reciente se localiza en la ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971.

Previene que “el tratamiento [concepto en el que se concreta la ejecución penitenciaria] será individualizado”, y que a él concurrirá la “aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto [objetivo de la ejecución, sinónimo de readaptación social, giro que utiliza tanto el artículo 2º, como el 18 de la C.], consideradas sus circunstancias personales” (artículo 6, primer párrafo).

Algunos ordenamientos mexicanos han recibido la influencia de las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Delincuentes, de Naciones Unidas (1955). Así, en su nombre y en su “espíritu”, la Ley de Normas Mínimas. En este camino avanzó la Ley de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, del Estado de Jalisco, del 14 de junio de 1979.

Incorpora explícitamente los “principios y recomendaciones” de la Organización de las Naciones Unidas.

Se comienza a reclamar la autonomía del derecho penitenciario. Hay creciente bibliografía especializada y existe la cátedra correspondiente en la carrera de derecho. No ha avanzado, todavía, la indispensable formación de profesionales para la ejecución penitenciaria.

3. *Pena de muerte*

La pena de muerte tiene larga historia. En general, el liberalismo penal miró con repugnancia la pena capital. Beccaria la impugnó, haciendo notar que el Estado carece del derecho a privar de la vida, y que la pena capital no tiene la utilidad que se le atribuye para disuadir o contener la delincuencia.

Ultimamente toma nueva fuerza la corriente favorable a la pena de muerte, por el auge de la criminalidad violenta; los fracasos de la pena privativa de libertad, que se advierten en la reincidencia; y la peligrosidad e inadaptabilidad de numerosos infractores, los psicópatas sobre todo.

Reitero mi punto de vista. Esta “desesperación social” contempla sólo la superficie del fenómeno, sus síntomas dramáticos. No es tan diligente en corregir los factores de la delincuencia; tampoco lo es en exigir el mejoramiento sustancial de los métodos penales de conservación y rescate.

En el Constituyente de 1857 hubo vigoroso debate sobre la pena de muerte, que subsistió mientras se esabecía el régimen penitenciario. Pocas veces ha sido tan explícita la alternativa entre muerte y prisión. Hoy, en el artículo 22 de la C., se prohíbe la pena de muerte —como antes recordé— para los delincuentes políticos, y la permite (no la ordena; la opción queda a la ley secundaria) para el traidor a la patria en guerra extranjera, el parricida, el homicida con premeditación, alevosía y ventaja, el incendiario, el plagiarlo, el salteador de caminos, el pirata y los reos de delitos graves del orden militar. La ley castrense califica la gravedad del delito.

La pena de muerte desapareció en el Distrito Federal —y en el orden federal— en 1929. Escasamente impuesta o ejecutada, siempre ineficaz o aun contraproducente, fue excluida de los códigos estatales. Quedó abolida para el derecho común en 1975, al suprimirse en el Cp. de Sonora, a raíz de la sugerencia formulada durante el Quinto Congreso Nacional Penitenciario. En consecuencia, sólo resta en el régimen castrense (artículo 122, fracción V, del Código de Justicia Militar).

4. *Pena privativa de la libertad*

A. Consideración general

Se dice que la prisión punitiva tiene historia breve, en contraste con la prisión cautelar. Las cárceles antiguas fueron empleadas, sobre todo, para la custodia del inculcado mientras se le sentenciaba. No es posible aceptar sin reservas una afirmación tan general. Como sea, la reclusión tuvo finalidades principalmente cautelares o precautorias hasta la época —distintos momentos de la Edad Media— en que la Iglesia le asignó objetivos penales. En la vida civil, aparecieron primero las prisiones promiscuas —la “cárcel cloaca”—; luego, el sistema celular, de encierro estricto, que no alcanzó los propósitos proclamados por sus partidarios.

La prisión ofrece graves contradicciones internas. Es una paradoja recluir para liberar.

Hubo, y en algunos países persiste, variedad de medidas de privación de libertad, según su duración y rigor: arresto, prisión —mayor o menor—, penitenciaría, cadena perpetua. Actualmente, en nuestro país sólo hay arresto y prisión.

Se ha impugnado la duración excesiva del encarcelamiento, que contradice sus fines recuperadores, aunque en determinados casos no parece haber alternativa razonable. También se combate la duración muy reducida; en este rango, las “penas breves privativas de la libertad”. Para sustituirlas existen diversos expedientes, entre ellos la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la condena.

En el artículo 21 constitucional reformado en 1982, se estipula que el arresto por falta administrativa no durará más de treinta y seis horas; originalmente, quince días como máximo.

El Cp. incluye a la prisión entre las penas que menciona el artículo 24 (inciso 1). Según el artículo 25, aquélla “consiste en la privación de la libertad” por tres días, como mínimo, y cuarenta años, como máximo, o cincuenta si se trata de homicidio intencional, “a propósito de una violación o un robo por el sujeto activo de éstos contra su víctima o víctimas”; homicidio intencional “en casa habitación, habiéndose penetrado en la misma manera furtiva, con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo” (artículo 315 bis); homicidio calificado (artículo 320); parricidio (artículo 324); y homicidio del secuestrado por secuestradores (artículo 366 *in fine*). La referencia a la pena máxima de cincuenta años procede de reformas del 30 de diciembre de 1988; la

máxima de cuarenta años fue establecida por reformas del 31 de diciembre de 1954.

La prisión se extingue en las colonias penitenciarias, establecimientos penales y demás lugares de reclusión que señale el órgano ejecutor de sanciones (artículo 25). En los términos de la Lnm, ese órgano es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. Le compete la ejecución de penas (aplicación de las Normas Mínimas) a los sentenciados federales en toda la República y a los del fuero común en el Distrito Federal (artículo 3).

De la ley mexicana desapareció la relegación. Con todo, la colonización penal (de la que hay diversas modalidades) conserva la nota geográfica de la relegación, aun cuando haya perdido sus demás rasgos, que se resumen en la exclusión social del penado. El último dato de la colonización penal en México lo constituye el traslado de sentenciados a las Islas Marías, cuyo concepto ha tenido variaciones en los últimos lustros.

B. Sistema penitenciario

El sistema penitenciario implica elementos subjetivos: los integrantes de la “profesión penitenciaria”; y objetivos: los datos del tratamiento: trabajo, educación, atención de la salud, relaciones con el exterior, etcétera. Ya dijimos que el tratamiento ha de ser individualizado e interdisciplinario. Debe existir un régimen de clasificación: por una parte, separación entre procesados y sentenciados, varones y mujeres, adultos y menores de edad (artículo 18 constitucional); por otra, instituciones adecuadas, según categorías (no penales, necesariamente; criminológicas y penitenciarias). A esto corresponden los establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, las colonias y los campamentos penales, los hospitales psiquiátricos y para infecciosos, y las instituciones abiertas (artículo 6 de la Lnm).

Lo anterior constituye el cimiento y los instrumentos del sistema penitenciario. Desde una perspectiva dinámica, éste se califica como progresivo (el dato tradicional) y técnico (el dato moderno). Se divide en fases o periodos: de estudio y diagnóstico, primero, y después de tratamiento, subdividido en etapas de tratamiento en clasificación y en semilibertad (artículo 7). El último puede incorporar permisos de salida y traslado a institución abierta (artículo 8).

Hay dos piezas maestras para el sistema adoptado por el derecho mexicano: el consejo técnico interdisciplinario (artículo 9) y los estudios de personalidad (artículo 7).

C. Prisión preventiva

Preventiva es la prisión que se impone al procesado hasta que hay sentencia ejecutoria, o bien, hasta que se resuelve en firme sobre la extradición.

La detención o prisión preventiva de los extraditables se halla regulada por el artículo 19 constitucional. El auto del juez que ordena cumplir la requisitoria de extradición, justifica esa medida precautoria por un mes, en la extradición entre estados de la República, o por dos meses en la extradición internacional.

La materia está reglada por los tratados internacionales y por la ley de Extradición Internacional, reglamentaria del artículo 119 constitucional.

El artículo 18 es toral en el régimen de prisión preventiva. Dispone “sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”. Puesto que en nuestro derecho no existen las penas propiamente corporales (mutilación, tortura, azotes, marca), la referencia se dirige a la pena privativa de libertad; con fundamento se extiende a la pena de muerte.

La Constitución tiene otras disposiciones sobre prisión preventiva; así, el sitio de ésta será diferente del asignado para el cumplimiento de la pena, y estarán completamente separados (artículo 18); la detención del inculcado se justifica con el auto de formal prisión (artículos 19 y 107, fracción XVIII); la ley y las autoridades reprimirán los malos tratos en las prisiones y las molestias que se infieran en éstas sin motivo legal, así como toda gabela o contribución en las cárceles (prescripciones aplicables, desde luego, a todos los reclusorios) (artículo 19, *in fine*); no ha lugar a prisión por deudas o responsabilidad civil, ni podrá prolongarse la preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso; en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (artículo 20, fracción X).

Como las demás medidas cautelares, la prisión preventiva pretende garantizar las finalidades del proceso. El artículo 34 del Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal establece sus propósitos: asegurar el éxito del enjuiciamiento, proteger a terceros que intervienen en el

proceso y evitar nuevos delitos, todo asociado a la tarea, tan difícil, de impedir la desadaptación social del encausado.

Ya mencioné que en algunos casos —así, los de pena alternativa— es inaplicable la prisión precautoria. Esta tiene una contrapartida: la libertad provisional, con garantía pecuniaria (bajo caución) u honoraria (bajo palabra, promesa o protesta del imputado).

La libertad bajo caución tiene doble vertiente. Por una parte, la tradicional, que se desprende de la fracción I del artículo 20 constitucional: derecho público subjetivo del inculcado, que se ejerce ante la autoridad judicial, cuando no excede de cinco años la media aritmética de la prisión aplicable; por la otra, la “libertad previa”, ampliación de la garantía constitucional, que se solicita y obtiene ante el Ministerio Público (artículo 271 del Cppdf. y 135 del Cfpp) en la averiguación previa.

En la excarcelación provisional, el procesado y la medida se sujetan a la autoridad jurisdiccional. Desconociendo esta regla, que tiene base constitucional, el Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal resolvió algunas formas de libertad del inculcado por decisión administrativa (artículos 47 a 49 y 85).

En 1984 se añadió un párrafo al artículo 18 de la Lnm. El inicial sostiene: “Las presentes Normas se aplicarán a los procesados en la conducente”. El nuevo párrafo prohíbe a la autoridad administrativa disponer la libertad provisional de procesados. Constituye delito “permitir, fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas” (artículo 225, fracción XXVI, Cp.).

5. Sustitutivos. Tratamiento en libertad

Existe desconfianza hacia la prisión, y rechazo de las penas de corta duración. Además, se ha fortalecido la creencia en que muchos casos pueden ser resueltos con medidas en libertad. Esta corriente avanzó primero en el régimen penitenciario, donde generó la preliberación. En el sustantivo produjo los sustitutivos de la prisión: por la previsión legal de la medida como consecuencia directa del delito; o por la conversión de la cárcel en una sanción no privativa de libertad, mediante sustitución (consecuencia jurídica indirecta).

La reforma de 1983 trajo los más importantes sustitutivos junto a otros de menor trascendencia que ya contemplaba la ley. El inciso 2 del artículo 24 estipula: “tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad”.

El tratamiento en libertad constituye un sustitutivo de la prisión; opera por determinación judicial. Se aplica a imputables (el Cp. habla también del “tratamiento” en libertad de inimputables) y consiste en “medidas laborales, educativas y curativas” (o de todas ellas, conjuntamente), que autorice la ley y que, en concepto del juzgador, sean “conducentes a la readaptación social del sentenciado”. Del tratamiento se hace cargo la autoridad ejecutora de sanciones (primer párrafo del artículo 27).

Esta medida sustituye a la prisión que no excede de tres años (se alude a la impuesta por el juez, y por él sustituida, no a la prevista en abstracto por la ley). Además, es preciso que el sentenciado sea primerizo y haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del delito; y que el juez presuma que no volverá a delinquir, tomando en cuenta “sus antecedentes personales o modo honesto de vivir”, así como “la naturaleza, modalidades y móviles del delito” (artículo 70, fracción I, en relación con el 90, fracción I, b y c). Se debe reparar el daño u otorgar garantía de repararlo (artículo 76). Finalmente, la estimación de las circunstancias mencionadas en los artículos 51 y 52 (rectores de la individualización judicial y las otras consideraciones apuntadas, respaldan la sustitución.

La duración del tratamiento no excederá de la que corresponda a la prisión sustituida (primer párrafo del artículo 27). Pese a existir condena firme, el ejecutado puede pedir al juez la sustitución si al dictarse la sentencia existían los elementos para obtenerla (artículo 74, en relación con el 90, fracción X). Me referiré a este punto al hablar de la condena condicional; fue a propósito de ella que el Cp. dispuso, originalmente, la posibilidad de nueva resolución judicial.

La sustitución es revocable; en este caso se tomará en cuenta, para el cómputo de la prisión, el tiempo que duró el tratamiento (artículo 71).

6. *Semilibertad*

La semilibertad se estableció en el régimen penitenciario progresivo. También es sustitutivo de la prisión. Implica alternación de periodos de prisión y periodos de tratamiento en libertad. Hay tres modalidades en el Cp.: “externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana; salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna” (segundo párrafo del artículo 27).

Es aplicable a la semilibertad lo que se dijo acerca del tratamiento en libertad, en cuanto a prisión sustituida, condiciones o requisitos, ejecución, duración, otorgamiento después de la sentencia firme y revocación.

7. Trabajo en favor de la comunidad

El trabajo en favor de la comunidad es sustitutivo de la prisión (como la multa) que no excede de un año. También es sanción directa, si lo resuelve el juzgador, en ciertos casos de pena alternativa: conducción de vehículos en vía general de comunicación, hallándose el agente en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares. La alternativa se plantea entre multa y trabajo en favor de la comunidad (artículo 537, primer párrafo, de la Ley de Vías Generales de Comunicación); asimismo, hay alternativa entre prisión y trabajo, en la forma básica de atentados al pudor (artículo 260 del Cp.).

Esta medida consiste en la “prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales”. El juez dispone la duración de la jornada, tomando en cuenta las circunstancias del caso; se cumplirá en “periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder la jornada extraordinaria que determine la ley laboral”.

Nunca se desarrollará el trabajo en “forma que resulte degradante o humillante para el condenado”. Se diferencia, pues, de ciertas labores de servicio público que se proponían la exhibición y mortificación del sancionado. Una jornada de trabajo en favor de la comunidad sustituye a un día de prisión (párrafos tercero a sexto del artículo 27).

Se aplican aquí las consideraciones formuladas en la referencia al tratamiento en libertad, acerca de condiciones o requisitos, ejecución, otorgamiento después de la sentencia firme y revocación.

8. Suspensión de la ejecución

La condena condicional evita los males de la prisión breve. Tal es el objetivo de la *probation* desarrollada en los Estados Unidos. Se advirtió que la prisión indiscriminada constituye un factor criminógeno. Por ello se procura aliviar la sanción; no sólo por motivos humanitarios: además, por conveniencia social.

La medida consiste en suspensión de la sentencia o solamente de la ejecución de la condena. Esto último ocurre en el derecho mexicano. Hay opiniones diversas sobre el acceso a la condena condicional: muy amplio, a discreción del juzgador, o restringido por la ley, que la niega a los responsables de ciertos delitos; esto implica (aquí, como en la libertad preparatoria y otros sustitutivos y correctivos de la prisión) un “prejuicio legal”, que resta poder al juicio sobre la persona que formula el juzgador.

Incumbe al juez que dicta la condena, suspender “motivadamente” su ejecución, de oficio o a instancia de parte. Hay lugar a la suspensión cuando la pena no pasa de dos años de prisión. Es más amplio el horizonte del tratamiento en libertad y la semilibertad. El Cp. fija otras condiciones y requisitos: entre ellos, que el reo sea primerizo y se presuma que no volverá a delinquir. Esto apareja, como dijimos, un pronóstico acerca del comportamiento; el juez debe acreditar los datos de que se vale para conceder el beneficio, cuyo otorgamiento es “motivado”. La suspensión es revocable (artículo 90).

El interés público en favorecer la condena condicional llevó a instituir una vía para que el juzgador la conceda, aunque exista sentencia ejecutoria: cuando el reo considere que el dictarse ésta, “reunía las condiciones fijadas [para obtener el beneficio] y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional” (*idem*, fracción X). Así, el juez no “pierde” o “agota” la jurisdicción, en el caso concreto, al pronunciar sentencia; y no se trata, desde luego, de la mera aclaración de aquélla.

9. *Otros sustitutivos*

La falta de pago de la multa se traducía en incremento de la prisión. No se trataba de prisión por deudas, pues la multa es una pena y no un crédito ordinario en favor del Estado. En todo caso, era desafortunada la conversión, y por ello varió el sistema: si el sentenciado demuestra que no puede cumplir la multa, o que sólo puede cubrir una parte, se sustituirá por trabajo en favor de la comunidad; cada jornada salda un día multa. De este modo se acentúa el sentido social de la pena. Cuando es imposible o inconveniente la sustitución de multa por trabajo, el juez dispondrá la libertad bajo vigilancia, “que no excederá del número de días multa sustituidos” (artículo 29, cuarto y

quinto párrafos). Por aplicación del artículo 74, cabe la sustitución después de la sentencia firme.

El Cp. dispone otros substitutivos, ya no por resolución judicial, sino por decisión administrativa. Cuando se trate de delitos políticos, el Ejecutivo puede conmutar sanciones (artículo 73): la privativa de libertad por confinamiento que dure dos tercios de la prisión prevista en la condena (fracción I); el confinamiento se conmuta por multa: un día de confinamiento salda un día multa (fracción II).

Cabe la sustitución “cuando el reo acredite plenamente que no puede cumplir alguna de las modalidades de la sanción que le fue impuesta por ser incompatible con su edad, sexo, salud o constitución física”. En este caso, el órgano ejecutor de sanciones “puede” modificar la impuesta, “siempre que la modificación no sea esencial” (artículo 75). Si la modificación no es “esencial”, debe tratarse de la misma sanción, ejecutada de manera diferente.

10. *Correctivos*

Impera el sistema de penas legales relativamente indeterminadas. La indeterminación se refiere a la entidad y a la cuantía o intensidad. Por ello se favorece el avance de la individualización auténtica, merced al arbitrio judicial, y luego al “juicio de personalidad” (eficacia de la pena en el caso particular) en sede administrativa.

La determinación judicial de la pena privativa en libertad sirve a la seguridad jurídica; sin embargo, no satisface los requerimientos de la readaptación social ni afronta los problemas de la peligrosidad del infractor.

Así las cosas, han surgido medios “correctivos” de la determinación temporal judicial. Con ellos se busca ajustar la pena al caso concreto, a la luz del propósito readaptador de la prisión.

Este sistema de “conurrencia” entre la jurisdicción y la administración, para precisar la cuantía de la pena, interesa a la separación de atribuciones entre los poderes Ejecutivo y Judicial. En efecto, “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial” (artículo 21 constitucional); “las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”: (tercer párrafo del artículo 17 Constitucional); y es facultad y obligación del presidente de la República (que trasciende a los órganos de la administración) “facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones” (artículo 89, fracción XII, constitucional); la

alteración inherente al indulto está prevista expresamente por la Constitución (*idem*, fracción XIV).

Se ha requerido una interpretación sistemática de los códigos y las leyes ejecutivas para entender que la privación de libertad apareja (desde la norma legal, y por ende en el acto judicial aplicativo, la sentencia) la posibilidad de correctivos; la sentencia incorpora este dato.

En la actualidad, los correctivos legalmente previstos sólo reducen la pena; ya no se autoriza la retención, que aumentaba su duración.

También la amnistía y el indulto son correctivos de la prisión y de otras penas (sin perjuicio de sus más características finalidades) (v. *infra*, VI, 2 y 3).

A. Libertad preparatoria

La libertad condicional, denominada “preparatoria” desde el Cp. de 1871 (*on parole*, en el sistema anglosajón), tiene raíz en el régimen penitenciario progresivo, como última fase del proceso de ejecución. Permite la libertad anticipada (“preparatoria” de la definitiva) y precaria (condicional).

Se tiende a ampliar la posibilidad de conceder la preparatoria. El aspirante debe cumplir “las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales”; además, tener buena conducta durante la ejecución de la sentencia, haber reparado el daño o garantizado la reparación, y “que del examen de su personalidad se presum[a] que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir”. Hay otras condiciones y requisitos (artículo 84). Puesto que es condicional la liberación también es revocable (artículo 86).

El concepto de libertad preparatoria, que descansa sobre la readaptación y el tiempo transcurrido (aquella como elemento de fondo: el tiempo es referencia de oportunidad), se modifica por razones de política de defensa social. Así, se niega a los responsables de delitos contra la salud previstos en el artículo 197 del Cp., a los delincuentes habituales y a quienes hubiesen incurrido en segunda reincidencia. Tratándose de delitos cometidos por servidores públicos (los del título décimo del libro segundo; no hay alusión al título decimoprimer), se exige reparación del daño (incrementada en estos supuestos: artículo 30, fracción III) o caución (garantía patrimonial, precisamente) que asegure el resarcimiento (artículo 85).