

LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL

Dr. Sergio GARCÍA RAMÍREZ

1. *Los derechos humanos.*
2. *Desarrollo histórico.*
3. *Recepción en el Derecho internacional.*
4. *Relevancia de la materia penal.*
5. *Justicia penal estatal.*
6. *Principio de legalidad.*
7. *El problema de la integración.*
8. *Igualdad ante la ley penal.*
9. *Retroactividad.*
10. *Territorialidad y Derecho penal internacional.*
11. *Extradición y asilo.*
12. *La pena.*
13. *El límite penal de los derechos humanos.*

1. *Los derechos humanos.* Hasta un cercano pasado el conjunto de la materia constitucional se absorbía en dos porciones, de fronteras tradicionales, la dogmática y la orgánica, sedes de realización de los principios llamados de distribución y de organización.¹ En aquella parte, la dogmática, hallaban cabida y suelen encontrarla los derechos civiles y políticos, referidos los primeros a la vida social del individuo y los segundos a su existencia en el Estado, dotados en todo caso del más puro sabor individual.² Históricamente, estos derechos se ligan, con extraordinaria frecuencia, a las concepciones contractualistas.

La idea misma de los derechos humanos se relaciona intensamente con la teoría del Derecho natural. Sea lo que fuere sobre la existencia, tan objetada, de un régimen suprapositivo, anterior y superior al Estado, oponible al soberano e intangible por éste,³ lo cierto es que la doctrina del Derecho natural ha jugado un papel importante en la conquista y preservación de los derechos del hombre. A ello no obsta, desde una perspectiva histórica, el descrédito o la decadencia o, más aún, la franca refutación del jusnaturalismo.

Por lo demás, se ha puesto énfasis en los contactos importantes que median entre derechos humanos y democracia,⁴ como también se ha subrayado el diverso alcance de aquéllos ante los distintos regímenes político-jurídicos. En efecto, al paso que en algunos supuestos se trata de facultades frente o aun contra el Estado, en otras son, como se ha dicho, derechos dentro del régimen, del Estado, instrumentos de consolidación de éste.⁵

¹ Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*. Editora Nacional, México, 1952, p. 147.

² Cfr. García Oviedo, Carlos, *El constitucionalismo de la posguerra*. 1a. edición, Sevilla, 1931, p. 142.

³ Cfr. Verdross, Alfred, *La filosofía del Derecho en el mundo occidental*. Trad. Mario de la Cueva. UNAM, 1a. edición, México, 1962, p. 375.

⁴ Cfr. Unión Panamericana, *Derechos humanos y democracia representativa*. Washington, D.C., 1965, p. 1.

⁵ Cfr. García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*. Cuadernos de la "Revista de Occidente", 7a. edición, Madrid, 1964, p. 596.

En el artículo 1º de la venerable Constitución mexicana de 1857 se cifró una fórmula de genuino sabor jusnaturalista, que no dejó de suscitar reparos.⁶ El rubro mismo de esta porción constitucional, “De los derechos del hombre”, fue sustituido en 1916-1917 por otro, “De las garantías individuales”, exento de la pretensión naturalista de aquél, aunque se haya creído que las garantías individuales fueron, para los constituyentes de 1917, verdaderos derechos naturales.⁷

A la materia tradicional de las Constituciones ha venido a asociarse otra, novedosa y expansiva, en el corriente siglo. La línea precursora, luego seguida por numerosos textos, particularmente los de países menos desarrollados, fue trazada por los supremos ordenamientos mexicano de 1917, soviético de 1918 y alemán de 1919. Esta es la porción social de las Constituciones, que compone una gran superficie declarativa, preceptiva y programática en el Derecho constitucional moderno.⁸

2. *Desarrollo histórico.* Hasta lograr su actual situación preeminente, su presente reconocimiento universal, los derechos del hombre cursaron una lenta y difícil historia. Fueron primero derechos por reflejo, esto es, mera consecuencia de los deberes impuestos al monarca, no facultades dadas directamente a los hombres. A continuación se les entendió como facultades de privilegio, conferidas a estamentos y corporaciones, mas no a los individuos en su calidad de tales. Finalmente se llegó a su actual forma, acaso definitiva, como derechos del hombre.⁹

El Derecho español es fecundo en muestras del régimen estamental, *verbi gratia* en el Privilegio concedido por Alfonso I a Tudela y a otros treinta pueblos en 1122, o en el Privilegio de 1287, del reino de Aragón, que contuvo libertades personales en favor de “ricos omes, mesnaderos, caballeros, infanzones, procuradores e universitat de la dita ciudad de Zaragoza, así clérigos como legos, presentes e avenireros”. Varios de estos textos españoles ofrecieron materia penal. Así, el Privilegio General de Aragón, de 1348, instituyó los procesos forales, tan importantes en el cuadro general del enjuiciamiento, y el Fuero de Vizcaya, de 1527, planteó normas tutelares en cuanto a la aprehensión.

En la misma línea del Derecho estamental se sitúa la Magna Charta inglesa, efecto de un convenio de privilegiados concertado en 1215. De la formulación definitiva de 1225, bajo Enrique III, quedan preceptos trascendentes para el Derecho penal. Es el caso de los artículos 13, sobre inquisidores reales, suprimido en 1863; del 14, en torno a la necesaria proporción entre el delito y la

⁶ Cfr. la opinión de Emilio Rabasa, en *El artículo 14 y el juicio constitucional*. Ed. Porrúa, 2a. edición, México, 1965, p. 69.

⁷ Es el punto de vista de Alfonso Noriega en *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, UNAM, 1a. edición, México, 1967, p. 96.

⁸ Cfr. García Ramírez, Sergio, *El derecho social*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, t. xv, núm. 59, 1965; *Lo social en los sistemas jurídicos constitucionales e internacionales contemporáneos*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, año 1, núm. 1, 1968; y *Tres textos precursores del constitucionalismo social*, en *idem*, t. I, núms. 2-3, 1968.

⁹ Cfr. Dorn, Herbert, *Los derechos humanos como fuerzas formativas del desarrollo económico y social*, en “Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional”, *Cursos monográficos*. La Habana, 1953, vol. III, pp. 152-153.

pena; del 22, que inició el destierro de la pena confiscatoria; y del 29, donde se fundan el principio de legalidad, el debido proceso legal y el acceso a la justicia pública. Otros textos de importancia penal, de importancia suma, en verdad, lo fueron la Petición de Derechos de 1628; el Bill of Rights de 1689, el Acta de Habeas Corpus de 1679, precedida en la práctica por el Derecho común, y el Act of Settlement.

Con todo, es preciso reconocer que no deriva de las normas escritas la gran prestancia de los derechos humanos, entre ellos los penales, en el régimen inglés. Resulta de los supuestos no escritos y, sobre todo, de la singular, definitoria psicología del pueblo inglés, ejemplo de lucha por el Derecho.¹⁰

No es, empero, sino hasta las grandes declaraciones americanas y francesa, que se entronizan las facultades concebidas al hombre por el hecho mismo de serlo, los derechos del sujeto individual, de cualquier sujeto individual. Ha habido debate, en el que no incurriremos, acerca de la prioridad en este campo.¹¹

La materia penal fue abundantemente contemplada por la mayoría de los muy numerosos anteproyectos de que conoció, jornada tras jornada, la Asamblea Nacional de 1789. No en balde preocupaba intensamente a sus componentes el opresivo régimen punitivo y procesal. De los anteproyectos y vaivenes del debate brotó, como eje para las deliberaciones, el presentado por la Sexta Comisión el 12 de agosto de 1789.¹²

En esta Declaración jusnaturalista la libertad funge como derecho natural e imprescindible, de donde resulta lógico que su cercenamiento o privación en fuerza de propósitos sancionadores o procesales, se observe con recelo y se rodee de garantías diversas. Lo penal importa al parco conjunto integrado por los artículos 7 y 9. El primero contiene el principio de legalidad y fija en su porción última el deber procesal de someterse a los actos del enjuiciamiento; el segundo afirma tácitamente el dogma *no hay delito sin ley*, expresamente el postulado *no hay pena sin ley previa*; el último, a su turno, acoge la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento de resolución judicial sobre culpabilidad, y conjura los excesos conectados a la prisión cautelar o preventiva.

Desde sus orígenes, el constitucionalismo americano acuñó Declaraciones de derechos, que figuraron en ocho ordenamientos de las colonias, entre los que el primero y más famoso fue el virgínico de 1776.¹³ Empero, la Constitución de 1787 no contuvo porción dogmática, a la que el autorizado expositor consideró, a más de innecesaria, peligrosa.¹⁴

¹⁰ Cfr. Ihering, Rodolfo, *La lucha por el Derecho*. Trad. Leopoldo Alas, en "Revista de Ideas y Cultura", p. 28; y Carrancá y Trujillo, Raúl, *Meridianos del mundo*. México, 1960, p. 29.

¹¹ Cfr. Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*. UNAM, México, 1956, pp. 13-15 y 18; y Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa, 5a. edición, México, 1968, p. 81.

¹² Cfr. Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, cit., pp. 106 y ss.

¹³ Cfr. Verdross, *La filosofía del Derecho en el mundo occidental*, cit., p. 379; y Friedrich, Karl Joachin, *La filosofía del Derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. "Fondo de Cultura Económica", 1a. edición, México, 1964, p. 372.

¹⁴ Cfr. Hamilton, Alexander, *El Federalista*. LXXXIV. Trad. de Gustavo R. Velasco. "Fondo de Cultura Económica". 2a. edición, México, 1957, pp. 368-369.

El tiempo corregiría, a través de enmiendas sucesivas, la omisión original. Ésta no fue, en modo alguno, total. El artículo 1º muy extenso, incurrió frecuentemente en la materia penal, y el 4º se refirió a la extradición interna. Mas el caudal mayor de esta área ha sido el aportado por las enmiendas, tanto las primeras, que cobraron vigencia en 1791, como la 13 de 1º de febrero de 1866-21 de julio de 1868, y la 14, de 16 de junio de 1866-21 de julio de 1868.

La enmienda 4 se pronunció contra registros y detenciones arbitrarios; en la 5 se precisaron el juicio popular, el *ne bis in idem*, la defensa frente a la autoincriminación y el debido proceso legal; la 6 consagró las garantías de celeridad, publicidad e imparcialidad de la justicia, fallo a cargo del pequeño jurado, careo y defensa; la 7 volvió sobre los jurados, ahora en la órbita civil; la 10, con evidente adhesión al Derecho británico, proscribió fianzas y sanciones desmesuradas; la 13 admitió el trabajo forzado penal; y la 14, que tan fecunda jurisprudencia ha provocado, estableció la protección de la persona frente a las leyes estatales.

3. *Recepción en el Derecho internacional.* No se han detenido los derechos humanos en el marco interno, sea éste secundario, sea fundamental. Su virtud expansiva los ha llevado a ganar las tierras del Derecho de gentes, ostensiblemente dinamizado.¹⁵

El Derecho internacional público de mayor antigüedad consideró sujetos suyos sólo a los Estados. Para él vinieron al caso los individuos únicamente en condición de súbditos de una potencia;¹⁶ mas progresivamente ha llegado el Derecho internacional a la regulación directa de los derechos individuales. Precedentes de esta nueva actitud social fueron las promociones humanitarias que remataron en tratados benéficos para los esclavos o las minorías, así como aspiraciones diversas conducentes a la mundial consagración de los derechos humanos.

El valor preceptivo de los textos internacionales ha sido materia de abundante debate. Como resultado de éste y pese a casos aislados de aplicación inmediata de la Declaración Universal,¹⁷ se suele afirmar que tanto ésta como la Americana, ambas de 1948, carecen de poder imperativo. Sólo son documentos programáticos dotados de fuerza moral.¹⁸ En la Declaración Universal importan a los fines de este estudio sobre todo los artículos 3, 5, 9, 10, 11, 12 y 14. De la Declaración Americana interesan, particularmente, los artículos 5, 9, 18, 25, 26, 27 y 28.

Hoy día uno y otro documentos cuentan con el respaldo de sendos pactos para los países que los han incorporado a su Derecho interno. De tal modo viene a resolverse, en los planos mundial y americano, una cuestión que para el europeo solucionó la Convención suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950.

¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*. Trad. de Moisés Nilve. EUDEBA, 3a. edición, Buenos Aires, 1963, p. 203.

¹⁶ Cfr. Verdross, *Derecho internacional público*, Trad. Antonio Truyol y Serra. Aguilar, 2a. edición, Madrid, 1957, p. 57.

¹⁷ Cfr. Sayagués Laso, Enrique, *Los derechos humanos y las medidas de ejecución*, en "Academia Interamericana de Derecho Comparado", *Cursos monográficos*, cit., pp. 52-53 y 65.

¹⁸ Cfr. Camargo, Pedro Pablo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*. México, 1960, p. 174.

Conviene subrayar el papel descollante que para la vigencia efectiva de las normas a que nos hemos referido tiene la existencia y evidente operancia de una jurisdicción internacional.

4. *Relevancia de la materia penal.* Es cuádruple la acción estatal contra el crimen, a saber: preventiva, represiva, persecutoria y ejecutiva. Las normas que componen este horizonte amplísimo poseen importante conexión, como ya hemos sugerido, con la política en su conjunto. De allí que se haya afirmado una y otra vez que las normas constitucionales que regulan tanto el campo penal material como el ámbito penal adjetivo, constituyen manifestaciones elocuentes del mayor o menor carácter democrático, del más amplio o estrecho espíritu, de una ley suprema y del orden de cosas al que ésta sirve.¹⁹

5. *Justicia penal estatal.* En nuestro tiempo el Estado ha asumido, con excepciones escasas y a menudo circunstanciales, el control total del jus puniendi. Aquí son muy limitadas las apariciones en escena de organismos particulares, corporativos o paraestatales.

En el artículo 17 de nuestra Constitución se ha proscrito la autodefensa. En otros textos de igual jerarquía, correspondientes a distintos países, hay variantes sobre tal cuestión: prohibición de autojusticia y violencia, establecimiento de la justicia como servicio público de la nación, derecho de acceso a la justicia y derecho de defensa o de audiencia. Todavía entre nosotros, la función estatal de administrar justicia penal se subraya, además de una atribución de competencia en razón del territorio o de la materia, en los artículos 1º del Código procesal para el Distrito y Territorios Federales y 4º del equivalente federal.

El monopolio estatal sobre el pronunciamiento de justicia choca contra dos obstáculos, legalizado el uno, jurídicamente irrelevante el otro. Aquél se resume en la defensa legítima; el segundo en cierta consideración social de la venganza. Así como acontece en la narrativa, al golpe criminal sobreviene la justificación: "luego he comprendido que la ley de la sangre me consentía matarla a ella, pero no a mi padre";²⁰ extraña transparencia del Derecho no escrito. En la misma línea se halla el linchamiento, que en Estados Unidos produjo, entre 1889 y 1930, 3 714 víctimas, de ellas 66 acusadas, simplemente, de haber faltado al respeto a una mujer blanca.²¹

Es una vieja, necesaria e incuestionable institución la legítima defensa. Acaso a su pesar, el Estado la reconoce y tutela. Algunas veces se ha asociado a la facultad de portación de armas, cual ocurre en el artículo 10 de la Constitución nuestra, heredera aquí de una vieja tradición que tiene su arranque en el Bill of Rights, donde se facultó a los súbditos protestantes para tener armas para su defensa conforme a su condición y permitidas por la Ley. Con el tiempo

¹⁹ Cfr. Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*. Trad. de Constancio Bernaldo de Quirós. Ed. Cajica, Puebla, 1957, p. 135; Bettiol, Giuseppe, *Derecho penal* Parte general. Trad. de José Luis Pagano Ch. Ed. Temis, 4a. edición, Bogotá, 1965, p. 28; y Garraud, R., *Précis de Droit Criminel*. "Société Anonyme du Recueil Sirey", 14e. édition, Paris, 1926, pp. 24-25.

²⁰ V. Guzmán, Martín Luis, *Islas Marías*. "Compañía General de Ediciones", 2a. edición, México, 1963, p. 55.

²¹ Cfr. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 452.

se hubo de objetar las leyes, apoyadas en falsas ideas de utilidad, que prohíben la portación de armas.²² Siempre dentro del tema de la defensa justa, no ha faltado ley que, consciente de una áspera realidad, la presuma en ciertas circunstancias de modo que acaso parezca heterodoxo a la doctrina, pero que no por ello deja de ser útil para el ciudadano.²³

6. *Principio de legalidad.* El que sea la Ley fuente única del Derecho penal, con exclusión de costumbre y jurisprudencia, es una conquista vigorosamente difundida. No es factible ya el castigo *ad exemplum legis*, ni practicable dejar el desarrollo de los principios penales, como lo hizo el artículo 105 de la Ordenanza criminal de Carlos V, a la costumbre y a la ciencia.²⁴

Ayer y hoy, inclusive, la cuestión de los delitos de Derecho consuetudinario posee interés en los países del *Common law*, principalmente Inglaterra, por más que el impacto práctico de la cuestión tiende a decaer. Tuvo poder para crear delitos la Court of Start Chamber, suprimida en 1671. También, la Court of King's Bench. En 1774, Lord Mansfield manifestó: "todo lo que es contra *bonos mores et decorum*, los principios de nuestro Derecho lo prohíben, y el tribunal de la ley como censor y guardián general de las costumbres públicas, está obligado a reprimirlo y castigarlo". Nueva conmoción hubo en 1933 en el caso R. contra Manley, posición jurisprudencial hoy abandonada.²⁵ Mejor es para el caso de laguna la fórmula ecléctica del artículo 2o. del Código Penal español.

También hay problema en cuanto a la legalidad de las contravenciones. En esta área se planteó debate con motivo de la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958, en cuyos términos tanto la fijación de las contravenciones como la de las penas respectivas se confían al reglamento. Menudearon las expresiones críticas contra este abandono parcial del principio de legalidad, que se dijo incongruente con la Declaración de 1789: dos fuentes del Derecho penal, revolución en el Derecho penal, decadencia de la ley, etcétera.²⁶

El principio de legalidad posee triple implicación: penal, procesal y ejecutiva. Sólo nos ocuparemos de la primera, enmarcada en el giro "no hay delito ni pena sin previa ley", cuyo origen se hace remontar a la Carta otorgada por el rey Alfonso IX en las Cortes de León en 1188,²⁷ y cuya formulación científica se debe a Von Feuerbach.

El principio vigoroso de legalidad se encuentra firmemente atado a los derechos humanos en materia penal. Se le proyecta sobre la tipicidad penal,

²² Cfr. Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., pp. 168-169.

²³ Cfr. en torno a la fracción III del artículo 15 del Código Penal, Carrancá y Trujillo, *Las causas que excluyen la incriminación*. México, 1944, pp. 302-303; y Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*. Ed. Porrúa, 2a. edición, México, 1960, pp. 398-399.

²⁴ Cfr. Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Luis Jiménez de Asúa. "Instituto Editorial Reus", 3a. edición, Madrid, t. II, p. 95.

²⁵ Cfr. Friedman, W., *El Derecho en una sociedad en transformación*. Trad. Florentino M. Torner. "Fondo de Cultura Económica", 1a. edición, México, 1966, p. 67.

²⁶ Cfr. Stefani, Gastón, *Domínio de la ley y del reglamento en material penal (según la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958)*. Trad. Gerardo Mille. "Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas" (Caracas), 1967, núm. 1, pp. 91-98 y 104-105.

²⁷ Cfr. Franco Guzmán, Ricardo, *El principio de legalidad de los delitos y las penas*. "Revista Michoacana de Derecho Penal", 1968, núm. 9, p. 179.

que en los regímenes liberales posee función agotadora, contrariamente a la eficacia sólo instrumental que tiene en los sistemas dictatoriales. Por contraste con la ley civil, en cuya provincia deben ser colmadas las lagunas, en la penal los tipos ofrecen naturaleza discontinua.²⁸

A este orden de cosas gobierna el artículo 14 de la Constitución de México. Aquí el adverbio "exactamente" posee una virtud abrumadora, que en el precedente, la Constitución de 1857, produjo algunos reparos. Entonces se quiso albergar la legalidad sólo en los artículos 181 y 182 del Código penal de 1871,²⁹ fuertemente inspirado el primero en la máxima, que tan singular prestigio poseyó en viejos tiempos, *optima lex minimum arbitrio iudicis relinquit*;³⁰ e impregnado el segundo de la repugnancia por la integración analógica, no así por la simple interpretación.

Varias declaraciones de derechos incorporadas en sendas Constituciones consagran asimismo el principio de legalidad, adoptado a veces de modo directo o recibido en ocasiones de manera implícita, por medio de la garantía, que es preciso entender simultáneamente sustantiva y procesal, de ley previa o anterior al objeto que nutre el proceso. Alguna incompleta redacción del párrafo 2o. del artículo 27 de la Constitución italiana ha suscitado oscuras interpretaciones en detrimento de la legalidad penal.³¹

No está de más advertir aquí contra las consecuencias extremas a que pudiera llevar, de aplicársela preceptivamente, la tan anhelada definición material del delito.³² Sería indeseable, como es obvio, que en sus términos se suprimiese la parte especial del código y se buscase, solamente, la adecuación entre el comportamiento y el muy dilatado concepto material.

También a las situaciones de peligro y a las medidas de seguridad se ha extendido el manto legalista por conducto del artículo 25 de la Constitución italiana. Ésta opera, desde luego, para la peligrosidad postdelictiva,³³ no así para la predelictiva. En cuanto a los menores infractores, aquí el principio *nullum crimen sine lege* tiende a disolverse; así acontece tanto en el panorama internacional como en el mexicano.

7. *El problema de la integración.* No es cierto que los dogmas a que hemos aludido excluyan la interpretación. Ésta se acepta sin reparos cuando es declarativa o restrictiva; no se acoge sin reservas, en cambio, cuando pretende ser extensiva.

Ahora bien, hay una diferencia cualitativa, no sólo de cantidad, entre integración e interpretación: la primera, como ampliación del Derecho crea nueva norma jurídica; la segunda sólo aclara y precisa el alcance de las ya existentes.

²⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. "Ed. Losada", S. A., Buenos Aires, t. II, 1964, pp. 478-479; y t. III, 1965, p. 782.

²⁹ Cfr. Rabasa, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, cit., pp. 57, 66 y 114.

³⁰ Cfr. Pessina, Enrique, *Elementos de Derecho penal*. Trad. de Hilarión González del Castillo. "Ed. Reus", 4a. edición, Madrid, 1936, pp. 539-540.

³¹ Cfr. Bettiol, *Derecho penal, Parte general*, cit., p. 31.

³² Cfr. Garofalo, Rafael, *La criminología*. Trad. de Pedro Borrajo. Daniel Jorro, editor. Madrid, 1912, pp. 9 y 37.

³³ Cfr. Antolisei, Francesco, *Manual de Derecho penal, Parte general*. Trad. Juan del Rosal y Ángel Torio. "UTEHA", Buenos Aires, 1960, p. 565.

La integración ha sido admitida, en épocas y bajo formas distintas, en la URSS, la Alemania nazi, la República Popular China y Dinamarca. En aquélla quedó incorporada en el artículo 10 del Código penal ruso en 1922 y en el 3 de los Fundamentos del Derecho Penal. Cesó conforme a las bases de 1958. De hecho, había desaparecido la integración en la práctica,³⁴ sea porque ningún acto peligroso quedase fuera de la previsión legal, por lo que no resultaba necesario echar mano de la analogía, o bien, porque los tribunales deliberadamente, como medida de política general, se abstuvieron de recurrir a ella, aun en las hipótesis de hechos que pudieran reclamarla.

Desde el 28 de junio de 1935 hasta el 20 de octubre de 1945 tuvo vigencia la analogía en el párrafo 2 del Código penal alemán. Se reemplazó de esta suerte el principio "no hay delito sin ley", por la máxima "no hay crimen sin pena".³⁵

En la República Popular China, que en sus momentos iniciales aceptó la formulación judicial libre de delitos y penas, coexisten la *analogía legis* con la *juris* y, nuevamente, la posibilidad de libre creación, recibida aquélla en la Ley penal de seguridad de la administración, de 22 de octubre de 1957, y en la Ley para la represión de la contrarrevolución.³⁶

Hay también analogía bajo el artículo 1º del Código Penal de Dinamarca: "sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a este acto".

8. *Igualdad ante la ley penal.* Entre las más caras conquistas contemporáneas figura la igualdad de todos los hombres ante el Derecho, referida en numerosas Constituciones extranjeras con fórmula normalmente breve y lapidaria. Hay ciertas variantes: algunas de éstas garantizan igualdad a los ciudadanos solamente, y otras en exclusiva a los nacionales; varias hablan de los hombres o de los seres humanos en general; alguna carta contiene una declaración particularmente retórica, de viejo sabor: así en Uruguay, donde se dice que "todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes".

Al principio de la general igualdad ante la ley, que en materia penal se resume en la frase "las penas deben ser las mismas para el primero y el último de los ciudadanos",³⁷ forman excepción los institutos de la inviolabilidad o impunidad, la inmunidad funcional y el enjuiciamiento especial o privilegiado.³⁸ La justificación de inviolabilidad y de inmunidad y procedimiento especial en el

³⁴ Cfr. Smirnov, L., *Acerca de las bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas federales*, en *Bases de la legislación penal, organización judicial y del procedimiento criminal de la URSS*. Trad. de José Echenique. "Ed. Progreso", Moscú, s.f., p. 28; y Margadant, Guillermo F., *El procedimiento penal soviético*. "Themis", 1968, Núm. 1, p. 29.

³⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, cit., p. 511.

³⁶ Cfr. Cohen, Jerome A., *The criminal process in the People's Republic of China. 1949-1963. An introduction*. "Harvard University Press", Cambridge, Massachusetts, 1968, pp. 298 y 509.

³⁷ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 143.

³⁸ García Ramírez, Sergio, *Los límites de la jurisdicción penal*. Sobre el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", año XIX, 1966, núms. 56-57.

caso de ciertos funcionarios, es puramente política. No resulta necesario acudir a otras fuentes de legitimación, por más que los penalistas lo hayan intentado.³⁹

Es uniforme la prevención sobre intangibilidad del jefe de Estado y también lo es la inviolabilidad parlamentaria. Sobre este último respeto, las Constituciones hablan frecuentemente de opiniones, iniciativas y/o votos, que quedan a cubierto de persecución. Las más de las veces se protege la emisión del parecer cuando se manifiesta en ejercicio de las funciones del parlamentario, pero en otros casos la exención es restrictiva y se habla de expresión en la Cámara o asamblea. Como modalidades interesantes existen las siguientes: responsabilidad disciplinaria ante el propio Congreso, ampliación temporal de la inviolabilidad y posibilidad de que, con autorización del Congreso, se exija responsabilidad al parlamentario.

9. *Retroactividad*. Es lógico, en principio, que la ley carezca de extraactividad. El problema de ésta se analiza en dos especies, a saber: la retroactividad o imperio de la ley sobre actos realizados antes de su vigencia, y la ultraactividad o dominio de aquélla sobre actos que se llevan a cabo una vez concluida su vigencia, cuando se encuentra en vigor una nueva ley que ha sustituido a la primera. Nos importa exclusivamente el tema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, cuestión que se plantea de modo muy singular al efecto de los derechos humanos.

El lineamiento regularmente aceptado aquí se formula diciendo que la ley penal no es retroactiva cuando perjudica al individuo, sea inculpado, sea condenado; así, habrá *reformatio in melius* pero no *reformatio in pejus*, de donde se sigue la ultraactividad de la ley derogada benéfica para el individuo.

Es en el primer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución donde se acuña la norma máxima sobre esta materia, corrientemente interpretada en el sentido de prohibir la aplicación, no la expedición de leyes retroactivas.⁴⁰ La legislación ordinaria ha extraído las consecuencias del precepto constitucional.

En Derecho constitucional comparado se maneja de diversa manera el problema de la retroactividad, sea prohibiéndose de plano, sin más puntualizaciones, dar fuerza o efecto retroactivo a la ley; sea prohibiendo la retroactividad en general, pero permitiendo la favorable al reo en materia penal y autorizando la de otras leyes, fundamentalmente las de orden público o interés social; sea, por último, autorizando en casos específicos la retroactividad de la ley desfavorable al reo, norma basada en razones políticas.⁴¹

Casos importantes de posible o actual retroactividad desfavorable los hay en el parágrafo 2 del Código penal alemán, introducido el 28 de julio de 1935; en la factibilidad de expedición y aplicación de leyes retroactivas que existe en

³⁹ Cfr. Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. "EDIAR Editores", Buenos Aires, 1948, t. 1, vol. 1, pp. 644-648.

⁴⁰ Cfr. Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., pp. 488-489; Herrera Lasso y G., Eduardo, *Algunas garantías constitucionales en materia penal*. "Derecho Penal Contemporáneo", 1967, núm. 23, p. 93; y Ramírez Fonseca, Francisco, *Manual de Derecho constitucional*, "Ed. Porrúa", 1a. edición, México, 1967, p. 82.

⁴¹ Así, los artículos 48 y 49 de la Constitución de Guatemala; 31 de la cubana; y 135 de la correspondiente a la República Democrática Alemana.

Inglaterra y en Israel,⁴² riesgo inherente a los regímenes de Constitución no escrita, donde el Parlamento, creador del único Derecho estatutario, llega a ser todopoderoso; y en la República Popular China, al través de la Ley para la represión de la contrarrevolución, la Ley para la represión de la corrupción y la Ley para la represión de los delitos que ponen en peligro la moneda oficial.⁴³

En torno a los famosos procesos de Nuremberg se ha suscitado igualmente el tema de la retroactividad. Para sostener la ilicitud de estos procesos se argumentó que constituye ley penal retroactiva el Tratado de Londres, de 8 de agosto de 1945, sobre castigo de criminales de guerra de los países del Eje. Tal afirmación se funda en el hecho de que aun cuando ya estaban formulados antes del Tratado los delitos contra el Derecho de la guerra y contra la humanidad, no existían en el ámbito del Derecho internacional los crímenes contra la paz, consistentes en la planeación, la preparación, la iniciación y la ejecución de guerras de agresión, así como en la participación en los respectivos proyectos. En la trinchera contraria, la opinión de la doctrina quiere apoyarse en el pacto Kellogg, concertado en París el 27 de agosto de 1928, ratificado por la mayoría de los Estados.⁴⁴

10. *Territorialidad y Derecho penal internacional.* Acaso por ser la ley penal del Estado la más fuerte proyección del imperio de éste en tiempo de paz, se ha difundido el carácter territorial del Derecho punitivo, que se deduce del concepto tradicional de soberanía.⁴⁵ Al principio enriquecen, empero, otros más, diversos y limitantes de aquél: el personal o de la nacionalidad, el real o de la protección y el universal o de la justicia universal.⁴⁶

Mueve este tema a considerar el Derecho penal internacional, cuya existencia misma se ha negado con base en argumentos que rehusan al individuo calidad de sujeto del Derecho de gentes.⁴⁷ Tampoco hay acuerdo sobre lo que denota la expresión Derecho penal internacional, pues si a veces se la entiende como comprensiva de ciertas normas del mismo Derecho internacional acogidas internacionalmente, en otras ocasiones se la presenta como designación de un orden jurídico independiente dotado de propia existencia.⁴⁸

Se ha querido ver el origen del Derecho penal internacional en el reconocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los principios de los estatutos de los numerosos proyectos.⁴⁹ Aquéllos y éstos han acogido o

⁴² Cfr. Cohn, Haim H., *Les droits de l'accusé dans la procédure pénale en Israël.* "Revue Internationale de Droit Pénal", 1966, 1-2, p. 196.

⁴³ Cfr. Cohen, *The criminal process in the People's Republic of China. 1949-1963.* An introduction, cit., p. 349.

⁴⁴ Cfr. Verdross, *Derecho internacional público*, cit., pp. 115-116.

⁴⁵ Cfr. Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, t. 2, cit., p. 113.

⁴⁶ Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho penal mexicano.* Ed. Porrúa, 2a. edición, México, 1967, pp. 100-102.

⁴⁷ Cfr. Manzini, *Tratado de Derecho penal*, t. 1, vol. 1., cit., pp. 186-188.

⁴⁸ Cfr. Schwarzenberger, Georg, *The problem of an international law*, en Gerhard O. W. Mueller and Edward M. Wise, *International criminal law*, "New York University", New York, 1965, pp. 4 y ss.

⁴⁹ Cfr. Glaser, Stefan, *Le Droit international pénal et sa codification*, en *Estudios penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda*, S. J. Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, p. 397.

determinado el rumbo de la doctrina y actuado poderosamente sobre el Derecho interno.

11. *Extradición y asilo.* Otras dos cuestiones han de ser consideradas en el marco de la territorialidad del Derecho penal: la extradición y el asilo, anverso y reverso de una medalla. Extradición es afirmación de la territorialidad de la ley: si se devuelve al delincuente al Estado que lo requiere, por haber éste delinquido en su territorio, se acepta la potestad territorial de la ley punitiva del Estado requirente; en cambio, si se le asila, sea territorial, sea diplomáticamente, se acoge una excepción al principio normal sobre el alcance espacial de la ley sancionadora.

En orden a la extradición se plantean preguntas diversas: ¿cuáles son las fuentes del Derecho extradicional? ¿privará la arbitrariedad en la extradición o ésta se sujetará al régimen de legalidad? A la primera pregunta se advierte que fuentes de la extradición son, como también del derecho de gentes en general, pues aquélla es un instituto fincado en éste, los tratados, la ley nacional, la costumbre y la reciprocidad.

En cuanto a la norma que gobierna esta materia, sin reservas se acepta la de legalidad, que en fórmula hermana de la legalidad para el Derecho rigurosamente interno se expresa: *nulla traditio sine lege*.⁵⁰ Así, si el Código penal es la carta magna del delincuente, en otro sentido el tratado y la ley lo son de ese mismo delincuente en cuanto se pretende extraerlo del Estado en que ha obtenido refugio. La legalidad extradicional se desdobra en otros dos principios: especialidad e identidad de la norma.⁵¹

Hay problema en cuanto a delitos políticos, dado que no existe una connotación uniforme de los mismos, y debe el Estado requerido, por lo tanto, entrar en el camino de las valoraciones.

Es frecuente en Derecho constitucional comparado que el tema se maneje en común con el asilo. En cuanto al Derecho internacional, en América tiene importancia suma la convención sobre extradición, suscrita en Montevideo, de fecha 26 de diciembre de 1933, que no abrogó ni modificó los tratados bilaterales o colectivos, vigentes a la sazón.

En lo que toca al asilo, tuvo éste antiguamente marcada inspiración religiosa.⁵² Luego, el diplomático remató en los abusos conectados al "derecho de barrio". Hoy el asilo se respeta en todos los lugares sobre los que el Estado asilante ejerce jurisdicción: territorio, misiones diplomáticas, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares.⁵³

No es frecuente que en las Constituciones se consigne el asilo diplomático, pero sí es que se aluda al territorial, ofrecido como salvaguarda para el perseguido, generalmente por razones políticas y sociales, desdoblables en variados aspectos: lucha por la democracia, libre investigación, defensa de la causa de los obreros, batalla por la libertad, etcétera.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, cit., p. 936.

⁵¹ Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, cit., pp. 936 y 941.

⁵² Cfr. Torres Gigena, Carlos, *Asilo diplomático*, La Ley, Buenos Aires, 1960, pp. 3 ss; y Díaz, Eusebio, *Asilo*, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. III, pp. 669 y ss.

⁵³ Cfr. Ursúa, Francisco, *El asilo diplomático*, Ed. Cultura, México, 1952, p. 81.

El 20 de febrero de 1928 se suscribió en La Habana una convención multilateral sobre asilo, firmada por México y aprobada por el Senado de nuestro país el 7 de diciembre del mismo año. Hubo una fundamental reserva de los Estados Unidos, quienes “no reconocen y no firman la llamada doctrina del asilo como parte del Derecho internacional”. En la Séptima Conferencia Interamericana de Montevideo, en 1933, se suscribió una convención sobre asilo político. Un nuevo convenio acerca del asilo diplomático se concluyó en Caracas el 28 de marzo de 1954 y fue aprobado por la Cámara de Senadores el 26 de diciembre de 1956. También en 1954 se suscribió entre los Estados miembros de la OEA un convenio sobre asilo territorial.

Una de las preguntas fundamentales relacionadas con el tema que ahora estudiamos es: ¿se trata, en el asilo, de una fuente de derechos y deberes en que son partes, por modo exclusivo, el Estado asilante y el Estado territorial? o bien, ¿existe un derecho individual al asilo? La respuesta a estas preguntas se vincula con la que se aporte al papel que los individuos tienen frente al Derecho internacional. La respuesta más generosa se pronunció en favor del derecho individual al asilo. Otro es el camino seguido, sin embargo, por el artículo II de la Convención de Caracas: “todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”.

12. *La pena.* No sólo en cuanto al delito y a la ley penal contienen régimen las declaraciones de derechos; también lo ofrecen por lo que respecta a la pena, consecuencia jurídica fundamental de la actividad delictiva. En este orden de cosas, doble es la dirección seguida: humanización, por una parte, y tecnificación, por la otra. Predomina la primera dirección en las viejas Constituciones; en las más recientes, suele asociarse con la segunda.

Es frecuente la proscripción de penas inhumanas y trascendentales, esto último no sólo en cuanto alcanza al sujeto después de muerto, al traducirse en medidas que afectan su cadáver (así, la exposición, la incineración o la negativa de inhumación en camposanto), sino especialmente en tanto otras personas vienen a ser directa o indirectamente penadas sin culpa de su parte.

Por trascendental, entre otras razones, se acostumbra proscribir la confiscación,⁵⁴ a menudo inserta en el contexto de medidas de revolución social. En Derecho constitucional comparado caben sobre tal extremo dos situaciones, a más de la autorización contenida en el texto supremo de los Estados Unidos: prohibir lisa y llanamente la confiscación o impedirla en términos relativos, esto es, en ciertas hipótesis o para determinada serie de personas que hubiesen incurrido en un también determinado tipo de delitos.

Referencia especial merece la pena de muerte, de mala gana admitida por algunas legislaciones, como la Constitución mexicana de 1857, y abolida por otras en diversas oportunidades, cual es el caso de sus reiteradas supresiones en Derecho soviético.⁵⁵

Es frecuente que la ejecución de la terrible pena quede supeditada a normas humanitarias, como la suspensión (que en el Derecho griego también alcanza

⁵⁴ Cfr. Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, cit., p. 120.

⁵⁵ Cfr. Smirnov, *Acercas de las bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas federales*, en *op. cit.*, pp. 36-42.

a la pena privativa de libertad) cuando se trata de un sentenciado enfermo o la condenada está encinta o ha dado a luz recientemente. También razones humanitarias han informado en este punto el régimen de la extradición. En algunos tratados se especifica que en caso de imponerse la pena de muerte al inculpaado extraído, el Estado que lo requirió se obliga a sustituirla por la inmediata inferior en gravedad, mediante un indulto. En otros casos, se veda la imposición misma de la pena capital.

En México ha declinado radicalmente esta pena, no obstante su limitada presencia en la norma del artículo 22 constitucional.⁵⁶ En síntesis, las tendencias de abolición tajante de la pena capital y de admisión y restricciones se encuentran equilibradas, sobre poco más o menos, en cuanto al número de Constituciones que las acogen. Algunos textos sólo la establecen, específicamente, para el caso de delitos políticos. En orden de frecuencia descendente y salvo variantes singulares, las causas por las que se suele aceptar la pena capital son: delitos contra la seguridad exterior (especialmente la traición, a veces definida en la Constitución), delitos comunes muy graves y delitos militares, con tendencia, en este último caso, a que se trate de delitos perpetrados en tiempo de guerra.

13. *El límite penal de los derechos humanos.* Los derechos humanos constitucionalmente consagrados son, en principio, intangibles; no obstante, es posible que en su ejercicio ocurran desbordamientos o desviaciones que se traduzcan en perjuicio social o que impidan a otros hombres hacer uso de sus propios derechos y mantener a salvo sus bienes jurídicos. También es factible que, en cierto momento, el ejercicio de estos derechos constituya un obstáculo en verdad severo e infranqueable para hacer frente a graves situaciones de emergencia que ponen en peligro a la sociedad en su conjunto o colocan en difícil trance a sus más calificadas instituciones. En la primera hipótesis nos hallamos ante el límite penal de los derechos humanos; en la segunda, frente a una situación de suspensión de derechos o garantías.

La propia Ley suprema aporta los elementos para marcar el límite penal de los derechos de trabajo,⁵⁷ manifestación de ideas,⁵⁸ imprenta,⁵⁹ petición,⁶⁰ asociación y reunión,⁶¹ posesión y portación de armas,⁶² libre tránsito,⁶³ seguridad en la persona, la familia, el domicilio, los papeles o posesiones,⁶⁴ y libre profesión y práctica religiosas.⁶⁵

⁵⁶ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La pena de muerte*, en *Manual de prisiones (La pena y la prisión)*. Ed. Botas, 1a. edición, México, 1970, pp. 157-159.

⁵⁷ Cfr. C.p. artículos 159, 194 a 198, 207, 208, 212, 225, 250, 253, 254, 255, 257 y 258.

⁵⁸ Cfr. C.p. artículos 123, 124, 125, 135, 200, 209, 210, 211, 282, 348, 350 y 356.

⁵⁹ Cfr. Ley de Imprenta de 9 de abril de 1917, y lo que al respecto manifiesta Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., p. 361.

⁶⁰ Cfr. C.p. artículos 217, 282 y 348.

⁶¹ Cfr. C.p. artículos 130, 131, 132, 155, 164, 167, 178, 180, 181, 185, 189, 190, 191, 192, 216, 282, 288, 302 y 348.

⁶² Cfr. C.p. artículo 162.

⁶³ Cfr. C.p. artículos 156, 157, 158, 178 y 179.

⁶⁴ Cfr. C.p. artículos 178, 180, 184, 185, 187 y 188.

⁶⁵ Cfr. Ramírez Fonseca, *Manual de Derecho constitucional*, cit., p. 125, n. 4.