

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO**

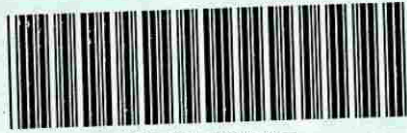
**BASES PARA UN
NUEVO DERECHO PENAL MEXICANO**

Los límites al delito y a la pena

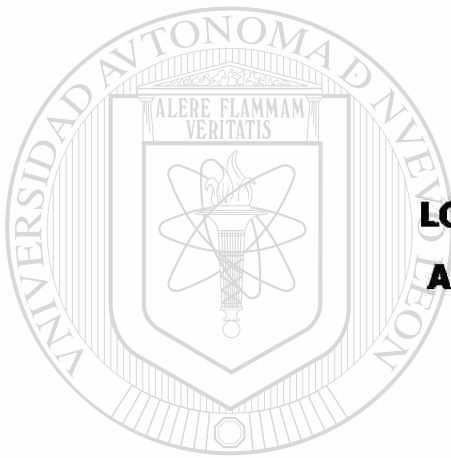
TOMO II

ANTONIO BERCHELMANN ARIZPE

TM
K1
FDYC
2003
.B4
v. 2



1020148587



SEGUNDA PARTE

**LOS LÍMITES «FORMALES»
A LA POTESTAD DE PUNIR**

UANL

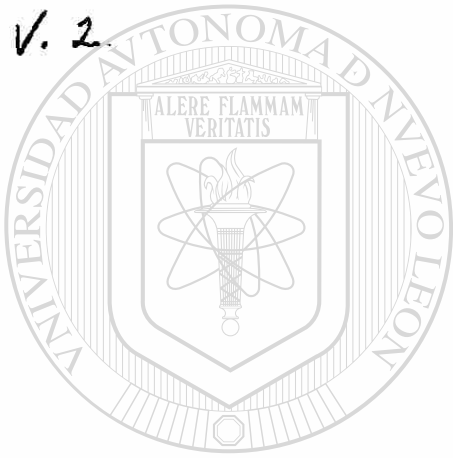
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

312627

TM
KI
FDYC
2003
1/2
V. 2.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO
TESIS

CAPÍTULO CUARTO LEGALIDAD Y LEY PENAL

— I —

Los límites formales a la norma penal

La coercibilidad es un signo de todas las normas jurídicas creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos. En tal sentido, la coercibilidad de las normas jurídicas es indispensable a todo sistema de control social. Y el Derecho Penal obedece a un sistema de control social. Pero quizá lo que en el ámbito jurídico diferencie la coercibilidad del sistema normativo penal de las demás instituciones de control social, es su carácter limitado y especialmente enérgico. En el primer aspecto, las limitaciones de la norma penal son tan de naturaleza formal como de carácter material. Los cotos formales de las normas del sistema penal se distinguen —o se deberían distinguir— de las de otros sistemas, porque le restan a aquellas el carácter de sorpresa. Precisamente, a través de reglas previas y claras que se creen a tal efecto. Esos límites formales se conjugan en un principio constitucional: *el principio de legalidad*. En efecto, la Constitución impone al poder punitivo del Estado un límite formal para su ejercicio que es el principio de *legalidad*. Mismo que fluye del artículo 14 C. Y en ese orden de ideas, el principio de legalidad en los delitos y las penas, más que un fundamento de la potestad de punir, es un límite constitucional a esa facultad estatal.

El principio de legalidad del artículo 14 C, consistente en que *[la]... pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...*, se desdobra en el de «*estricta legalidad*» y en el de «*mera legalidad*» de la manera siguiente: El primero se dirige al legislador con las precisiones que más adelante se harán. Y él obedece en esencia al imperativo de respetar el derecho que tienen todas las personas de saber lo que no pueden hacer (ámbito de las conductas penalmente prohibidas) a través de las normas legales dadas, así como lo que les sucederá (consecuencias jurídicas) si realizan una conducta penalmente prohibida. El segundo se dirige a los jueces. En cuanto que éstos nada más pueden considerar que merecen sanción penal los hechos que prevea la norma legal dada y los cuales —tras que se verifiquen fácticamente y con cierto grado de confiabilidad en el debido proceso penal— la ley considera delito. Lo anterior se recoge no solo en el artículo 14 de la carta fundamental, sino, además, en sus artículos 16, 19, 20 y 21. Pero a éstos artículos también se les deduce una consecuencia más con relación al principio de *mera legalidad*, por la cual los jueces sólo se deben someter a ley. Es sólo a ellos a quienes les compete declarar —y sólo con base en la ley— que el hecho es delito (artículo 14 C.) Y sólo a ellos les incumbe imponer las penas que para ese delito prevé la ley (artículo 21 C.) Todo ello conforme al debido proceso penal que también regulan los citados artículos de nuestra carta fundamental. El principio de legalidad lata se dirige pues a los jueces, a quienes se les prescribe que apliquen con exactitud las normas de las leyes penales. Principio que en el Derecho Procesal Penal tiene implicaciones importantes al consagrar la garantía del monopolio de la jurisdicción penal con vinculación a la ley. Enlaces que trascienden al fondo de la estructura constitucional del proceso penal mexicano, en cuanto al equilibrio que ha de haber entre la función acusatoria que incumbe al Ministerio Público con relación a un hecho que estima delito y la función jurisdiccional de declarar la existencia del delito e imponer las penas con

apego estricto a la ley penal y la cual le atañe a los jueces. Mismos que la legislación no destaca lo suficiente; y de los que la propia jurisprudencia contribuyó a su distorsión.³¹⁹ Aunque no me ocuparé de ellos, pues su estudio es más propio del Derecho Procesal Penal.

En su turno, como ya se dijo, el principio de *legalidad estricta* se dirige al legislador. A quien se le prescribe la taxatividad y la precisión fáctica-normativa de las formulaciones legales acerca del delito, de la pena y de su ejecución. Porque así como el principio de legalidad *lata* trasciende a los jueces para que sólo consideren delito lo que la ley señala previamente como tal y nada más apliquen las penas que para ese delito prevea la ley. También sólo puede ser la ley la que prevea al delito, a la pena que le sea aplicable y su forma de ejecución. De ello se sigue que el principio de legalidad se manifiesta en formas y momentos diferentes con relación a los delitos y las penas. Pues si bien es cierto que el principio de legalidad se ha de observar respecto al *delito* en los momentos de su creación en la ley —*legalidad estricta*—. Al igual que cuando el juez declara su existencia en un caso concreto, previo el debido proceso legal —*legalidad lata*—. También lo es, que el principio de legalidad respecto a la *pena* se ha de acatar no sólo en los momentos en que el legislador previamente asigna sanciones específicas a cada delito —*legalidad estricta*—. Y no nada más cuando el juez las impone por esos delitos con sujeción a la ley —*legalidad lata*—. Sino también en el momento en que las penas se han de ejecutar. Por cuanto que las penas que se impongan se han de cumplir con arreglo a las disposiciones legales vigentes que normen la ejecución de esas penas. De aquí entonces que el principio de legalidad tenga diversas manifestaciones que se dirigen al legislador y/o al juzgador en los diferentes momentos de intervención del poder penal del Estado frente a las personas. Ferrajoli sintetiza esas manifestaciones en diez garantías penales o límites. Los que precisa de la manera siguiente: (...) No hay pena sin delito. No hay delito sin ley. No hay ley sin necesidad. No hay necesidad sin lesión. No hay lesión sin acción. No hay acción sin culpabilidad. No hay culpabilidad sin juicio. No hay juicio sin acusación. No hay acusación sin prueba. No hay prueba sin defensa.³²⁰

Por supuesto, me ocuparé sólo de los principios de naturaleza sustantiva penal. Primero de los que atañen a la fuente y a la forma de descripción del delito y las penas; así como de la interpretación de la ley penal. Para luego ocuparme —en el capítulo siguiente— de los límites del principio de legalidad a los ámbitos temporal, espacial, competencial y personal de aplicación de la ley penal. Finalmente, en cuanto a los límites que impone el principio de legalidad a la ejecución de las penas, me ocuparé de ellos en el último capítulo de este libro.³²¹

Sin embargo, no resulta ocioso destacar que el principio de legalidad también gobierna a las medidas de seguridad aplicables a los menores y a ciertos inimputables. En tanto la naturaleza de estas medidas es equivalente a la de la pena en cuanto ellas afectan la libertad personal u otros derechos y en cuanto su regulación misma se halla en los mismos códigos penales o bien se hace referencia a estos para definir las conductas que como "infracciones penales" se ajusten al tipo penal de un delito. (Artículo 1° de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en

³¹⁹ Infra, ver INTRODUCCIÓN, número VII. Las aporías, las falacias y las disfunciones en la legislación.

³²⁰ Idem, pp. 34 y 35.

³²¹ Ver infra, , CAPÍTULO DECIMOSEPTIMO.

materia Federal.) (Y artículos 496 y 497 del CFPP.) De tal guisa que tratándose de menores el artículo 119 de la referida ley dispone que: “el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años”. Y respecto a los inimputables, el artículo 69 del CPF dispone que: “*En ningún caso la medida de tratamiento impuesta a un inimputable por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito*”. Iguales disposiciones existen en los artículos 66 del CPDF y 150 del CPC.

— II —

No hay delito ni pena sin ley

El aforismo *no hay pena ni delito sin ley* es un mandato de legalidad. Tan de «mera» legalidad, como de «estricta» legalidad. Y aunque pueda parecer en la práctica que el primer aspecto es el más interesante, en realidad ambos relieves son de suma trascendencia. Sin embargo, por lo pronto importa volver a destacar que el enunciado del artículo 14 C., consistente en que: *[La]... pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...* no solo se debe ver como la potestad que el pueblo le dio al Estado para que éste pueda punir a través de leyes. Ya que ese señorío se deriva de una garantía individual; y ésta es una protección del individuo frente a tal poder del Estado, al que se le limita por la propia Constitución. La expresión de que no debe haber delito ni pena sin ley va pues mucho más allá de la facultad para punir que se da al Estado por la carta fundamental. Pues si se le mira bien, en realidad aquella es una garantía y, por lo tanto, es una condición limitativa que se impone al poder penal del Estado. Para que éste sólo pueda punir con base en una previa ley vigente en su ámbito espacial, en la cual se debe puntualizar con claridad el delito y su penalidad.

La exigencia de ley penal previa y cierta es una garantía insoslayable del estado de derecho: El ciudadano tiene derecho a saber a través de leyes, en todo momento, lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido) y las consecuencias jurídicas que con el nombre de pena se le impondrán si acaso infringe la prohibición. En el plano de legalidad estricta, sólo es posible entonces que el delito, las penas y su ejecución existan a través de leyes previas. La *fuerza* del delito, de sus penas y de su ejecución sólo puede ser la ley.

Unos delitos cuyas conductas y el ámbito de prohibición en el que éstas se realicen se deben delimitar y precisar por el legislador. Al igual que al legislador le compete fijar unas penas cuya naturaleza y medida sean inteligibles y mensurables con relación a cada delito. Como igual a él le incumbe regular la ejecución de esas penas en la ley. Pues un delito sin conducta específica ni materia de prohibición determinable, al igual que un delito con pena ininteligible o incalculable o sin ámbito legal que regule su ejecución, equivaldría a que se permita la arbitrariedad del Estado cuando éste actúe contra las personas para punirlas en nombre de ese delito con trasgresión del principio de estricta legalidad en los delitos y las penas que se deriva del artículo 14 C.

Nullum crimen nulla poena sine lege es entonces un postulado básico del Estado de derecho en favor de las personas. Mismo que se reconoce por todas las Constituciones de ese giro.

— III —

La función garantizadora del principio de legalidad estricta

A. Evolución y fundamentos adicionales. El principio de legalidad de los delitos y las penas es producto de un lento proceso histórico cuyos antecedentes se remontan hasta el siglo XII con la carta magna inglesa de Juan Sin Tierra. Aunque en realidad, más propiamente el principio de legalidad penal se motivó como tal y en cuanto al delito y las penas por la falta de certeza de qué conductas y con qué condiciones eran delito, cuál era su sanción aplicable y cómo habría de imponerse y de ejecutarse aquella. Toda vez que ello se decidía por los reyes y sus jueces en cada caso concreto y solo a posteriori. Con lo que así estos tenían un poder creador desmesurado de los delitos y de las penas. Lo que favoreció la incertidumbre y los abusos. De aquí que la focalización más reciente del principio de legalidad se halle en la época de la Independencia de Norteamérica y de la Revolución Francesa. Cuando el pueblo pasa de ser objeto del poder del Estado a ser el sujeto al que le corresponde originariamente ese poder. El cual él deposita en la Constitución para que el Estado lo ejerza en beneficio de la gente y de las personas que la integran. Sujetándose así al Estado en el ejercicio del poder al respeto a los derechos de las personas y a la observancia de las garantías que les protejan plasmadas en la C., así como al imperativo de que los actos del Estado han de ser benéficos para el pueblo o al menos sin que ellos le perjudiquen.

Una de esas limitaciones es, precisamente, el principio de legalidad en los delitos y las penas. El principio de legalidad en los delitos y las penas surge pues, propiamente, en la «época de la Ilustración» del siglo XVIII. Y alcanza su consolidación durante el siglo XIX con el afianzamiento del Estado liberal. Mismo que evolucionó hacia el ideal actual del estado de derecho o democrático. En aquel período ven la luz las declaraciones de derechos fundamentales de las personas, como son por ejemplo: la Petitions of Rights de los Estados americanos de Filadelfia (1774) y Virginia (1776); la Josephina austriaca de 1787; y, sobre todo, la famosa Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. En la que se estableció que «nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada» (artículo 8.)³²² El principio de legalidad se encuentra también proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en la ciudad de Nueva York, E. U. A., de 19 de diciembre de 1966, ambos tratados internacionales aprobados por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980 y cuyos decretos se publicaron el 9 de enero de 1981 en el Diario Oficial de la Federación.

B. La función garantizadora del principio de legalidad estricta con relación a la estructura del delito. Así entonces, del artículo 14 C. se deriva que el legislador debe delimitar con precisión en la misma ley penal todas las características por las que un hecho se ha de considerar punible y, por lo tanto, delito. Al legislador le incumbe —y sólo a él— el plasmar los tipos penales delictivos en la ley en acato a la garantía de legalidad estricta; junto con las demás condiciones de punibilidad del hecho. Y, precisamente, de las causas de exclusión del delito se deducen —en sentido contrario— las demás condiciones para la punibilidad del hecho, cuales son su carácter antijurídico y la culpabilidad en la conducta de quien lo realiza. En efecto, *los tipos penales son los supuestos legales de hechos punibles que involucran un daño o peligro (lesivos*

³²² Cit. por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 95.

significativamente) a uno o más bienes jurídicos. Tal es el concepto del "tipo penal" (en sentido estricto.) Mas los tipos penales así entendidos no agotan lo que jurídicamente se puede considerar delito. En tanto que de la ley penal se deducen otras condiciones adicionales para la punibilidad de las conductas que prevén los mismos tipos penales. En tal sentido, el principio de legalidad estricta con relación al delito parte del tipo penal. Pero el mismo se extiende, además, a todas las demás condiciones adicionales que se deducen de la propia ley penal para afirmar que una conducta es delito y amerita una pena. Surgiendo así la concepción del "tipo garantía". El "tipo garantía" es el conjunto de condiciones legales que ha de reunir una conducta para ser delito y digna de pena. Respecto del CPF, el CPDF y el CPC, el segundo es el único que consigna de manera expresa esa garantía en su artículo 1 del tenor literal siguiente: "(Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la acción u omisión prevista expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta". Sin embargo, con la misma orientación se revela el contenido del artículo 7° del CPC al preceptuar que: "La Parte General de este código se aplicará necesariamente a todos los tipos penales que en él se prevengan, para determinar sus ámbitos de aplicación; cuándo un hecho es o no es delito; cuáles son sus consecuencias jurídicas y las causas por las que se extinguen".

Aún así, el "tipo penal" —más que el "tipo garantía"— es el principal punto de referencia para examinar el principio de legalidad estricta en los delitos y las penas. Porque sin el tipo penal —entendido como supuesto legal que acota al hecho punible— las personas no podrían saber con precisión cuál es la materia de prohibición cuya violación a través de su conducta que lesione un bien jurídico les ameritará una pena. Sin que se pierda de vista que aun cuando una persona realice una conducta que ensamble en el tipo penal de un delito, es posible que esa conducta no sea delito si acaso concurre alguna causa legal que lo excluya. De aquí que se hayan deducido de la ley otras condiciones de punibilidad diversas a la conducta y al tipo. Y que junto con ellos en México se les conoce como elementos del delito. Desde ese enfoque, los tipos penales y la interpretación deductiva en sentido contrario de las causas que excluyen al delito cumplen —o deberían cumplir— la función de hacer eficaz el principio de legalidad estricta en los delitos y en las penas —*tipo garantía*—. Nos dice Ferrajoli que: [Conforme al]... principio de la «reserva de ley» en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez, éste no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.³²³ Sin embargo, los nuevos CPDF y CPC también consignan de manera expresa y positiva dichos presupuestos de punibilidad. Así, en sus artículos 1 a 5 el CPDF alude expresamente a los principios de conducta, tipicidad, bien jurídico y antijuridicidad material, culpabilidad y prohibición de responsabilidad objetiva. Mientras que el CPC hace lo propio en los artículos 12, 13, 15 a 19, 41, 43 y 48 que se refieren, respectivamente, al concepto del delito, a la conducta, al tipo, a la lesión jurídica, a la antijuridicidad y a la culpabilidad y lo cual es mejor, dando un concepto de cada uno de esos presupuestos de punibilidad.

³²³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, pp. 34 y 35. Nota. El corchete es mío.

En un plano de estricta legalidad solo es posible que el delito y las penas existan con base en leyes. Unos delitos cuyos presupuestos el legislador debe delimitar y precisar. Unos delitos que se basen en conductas concretas. Para las cuales a cada una se le especifique un ámbito objetivo realizable y conocible, deslindado en la propia ley. Mismo que constituirá la materia de prohibición de la conducta concreta que se puna. Y el cual debe encerrar el daño o el peligro (lesivos) a uno o más bienes jurídicos. Así vistas las cosas, el principio de legalidad cumple una función político-criminal y jurídica muy importante para limitar el poder punitivo del estado. Y esa función primero se ha de manifestar a través de la especificación previa en la ley de los contenidos del tipo penal de cada delito. Así como de los supuestos adicionales de los que se deducen los demás presupuestos o categorías para la punibilidad —también llamados elementos del delito—, en especial, de la conducta, la antijuridicidad y la culpabilidad.

C. La función garantizadora formal y material del principio de legalidad estricta: Ley escrita y ley cierta. (Los tipos en blanco y los tipos abiertos como negación de ley escrita y ley cierta.) En el contexto anterior la función político-criminal y jurídica del principio de legalidad estricta en los delitos y las penas se manifiesta en dos vertientes: La vertiente formal y la vertiente sustancial. La primera se expresa en el sentido de que *la ley es la única fuente de las normas penales (ley escrita.)* Y la segunda adquiere sentido en cuanto a *las características que las mismas normas penales han de reunir en la ley para garantizar la certeza de sus contenidos (ley cierta.)* «Ley escrita» y «ley cierta», dos expresiones simples que en materia penal tienen íntima relación con la garantía de seguridad jurídica y que trasciende tan a la libertad de las personas como a la impartición de una justicia que en la Constitución aspira al acato de la garantía de igualdad en una de sus varias manifestaciones. El desafío principal para el cumplimiento de la ley penal escrita y de la ley penal cierta se halla en los tipos penales abiertos y en los tipos penales en blanco, según los llama la doctrina.

Aunque las expresiones tipo abierto y tipo en blanco son de carácter convencional en la doctrina, la concepción más difundida —en sentido amplio— del tipo “abierto” es la del supuesto legal en el que se describen los caracteres del hecho punible con expresiones difusas o normativas de las que en la misma ley falta su noción para así poder saber con certeza cuál es el aforo material de prohibición del supuesto legal punible, o bien cuando el mismo tipo contiene una descripción tan vaga del hecho punible que deja en manos del juez determinar su contenido en cada caso concreto. Mientras que la del tipo “en blanco” es la del supuesto penal en el que se contiene o permite un reenvío expreso o implícito a otra norma que no es ley o bien a una ley que no es penal, a efecto de completar una parte del mismo. Los tipos abiertos se asemejan a los tipos en blanco en que tan en unos como en otros el tipo estaría incorrectamente formulado. Mas los tipos en blanco se diferencian de los abiertos, en que en aquellos su contenido está trunco, mientras que en los tipos abiertos tal contenido es difuso o vago. Por lo tanto, mientras es posible que los tipos en blanco se completen por otra norma a la cual el mismo tipo reenvía. Ello no es posible en los tipos abiertos, en los que es el juez —y no ya la ley— quien “valora” cuál ha de ser el aforo regulativo del tipo penal que vendrá a definir la materia de prohibición penal. Claro es que también se puede dar el fenómeno de un tipo en blanco y abierto a la vez. Es decir, cuando el supuesto penal contiene o permite un reenvío a otra norma, pero en ella o con relación a otra

parte de aquel supuesto hay insuficiencia u oquedad en su aforo regulativo legal. Desde aquella perspectiva, el llamado tipo abierto o bien los elementos normativos abiertos de un tipo pueden ser más peligrosos que el simple tipo en blanco, dada la sutileza con la cual aquellos minan la garantía de certeza de la ley penal. Por otra parte, como ya se puede advertir: mientras el dilema de los tipos en blanco se enfrenta más con la garantía de ley penal escrita; los tipos abiertos desafían en especial a la garantía de ley penal cierta. Y en uno y en otro se viola la garantía de estricta legalidad penal del artículo 14 C. Es por la primera razón que los analizo por separado al ocuparme de cada una de esas manifestaciones de la garantía de legalidad estricta en los delitos y sus penas, sin desconocer que en realidad un tipo "abierto" puede implicar problemas de un tipo "en blanco" y más aún, que éste último también puede tener relieves que se relacionan con la certeza de la ley penal por adolecer de imprecisiones debido a la vaguedad de sus normas. Y que en cualquier caso de tipo abierto, de tipo en blanco o mixto se viola la garantía de estricta legalidad penal que prevé el artículo 14 C.

1. La exigencia formal de ley escrita como fuente del Derecho Penal y los tipos en blanco. Como ya se dijo, la doctrina es uniforme en el sentido de que *la única fuente para la creación de las normas penales es la ley*. Postulado que también se deriva de la exigencia del artículo 14 C., consistente en que: *"La pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata"*. Mismo al cual hace alusión el artículo 1° del CPDF al señalar que la *"acción u omisión"* deben estar (...) *previstas expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización*. Y —añade el artículo 1°— (...) *siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta*. Asimismo, ya destacó que esa máxima no se debe ver sólo como la potestad que el pueblo le dio al Estado para que éste pueda punir a través de leyes. Porque el señorío de punir se deriva de una garantía individual; y ésta es una protección del individuo frente al poder punitivo del Estado, el cual se encuentra limitado por la propia Constitución. La expresión de que no debe haber delito ni pena sin ley va pues mucho más allá de la facultad implícita que la carta fundamental da al Estado para punir. Pues si se le mira bien, aquella es una condición limitativa que se impone al poder punitivo estatal. Para que sólo se pueda punir con base en una ley vigente que sea previa al delito que aquella misma prevea puntualizando su penalidad.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En un plano de estricta legalidad, sólo es posible entonces que el delito y las penas existan a través de leyes. La fuente del delito y de sus penas sólo puede ser la ley. Más de aquí cabe preguntar: ¿Qué acaso todo el contenido del tipo penal se ha de plasmar en la ley penal? ¿O habría espacio para las excepciones? Pareciere ser que no, dados los términos del artículo 14 C, de que *"la pena debe estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata"*. Y lo mismo se podría decir del contenido del artículo 1° del CPDF. Mas si eso es así, ¿qué sucede entonces con los tipos penales "en blanco"? Esto es, ¿Cuál es la situación de los tipos penales que de manera implícita o expresa reenvían la determinación de la norma penal aplicable a un ámbito de competencia distinto del reservado al propio poder legislativo? Ya que es éste quien sólo puede enunciarla a través de los mecanismos formales constitucionales de formulación de la ley.

Por supuesto que cuando el complemento del espacio en blanco se da en la misma ley penal o incluso en otra ley, no debiera haber reparos al respecto. Pues independientemente de que la técnica legislativa aconseja evitar en lo posible los reenvíos, a menos que éstos sirvan a su vez para impedir repeticiones innecesarias o dar mayor certeza a la ley, de todas suertes en aquellos casos sigue siendo la misma ley la fuente del tipo penal o de los mismos presupuestos de la pena. Lo mismo sucede con los reenvíos "implícitos" con aforo legal. Es decir, cuando el tipo penal contiene expresiones tales como "ilegalmente", "contraria a la ley", "sin los requisitos legales", o incluso «normativizadas» como serían las palabras "sin derecho", o de simple apreciación jurídica como cosa "mueble", "bien inmueble o derecho real", "sentencia o resolución judicial", "autoridad competente", "título-valor", "sociedad mercantil", "pariente colateral en segundo grado", etc.; en tanto ellas sólo pueden decidirse en el caso concreto conforme a la «ley» que se relacione con la materia de prohibición del tipo penal de que se trate y la cual provee del concepto acerca del elemento que el tipo penal omite. Es más, en esos supuestos —dice Antonio Doval Pais—: (...) las estructuras en blanco proporcionan un instrumento que posibilita distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, al mismo tiempo que se conserva sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores normativos que los recogen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad".³²⁴ Sin que sea ocioso estimar que en realidad en esos eventos ya no estamos ante una norma legal en blanco, sino frente a una norma legal completa, ya integrada por su complemento de igual naturaleza legal. (Y sin desconocer que en materia de sucesión temporal de leyes, esos tipos penales presentan un problema especial de aplicación temporal cuando sin cambiar el contenido de los mismos sí cambia el contenido de la norma legal a la cual se hace el reenvío expreso o tácito.)

Pero diferente es el desafío que representan las leyes penales en blanco: **1)** Cuando incorporan remisiones de rango distinto al requerido para la regulación de la materia penal, no obstante que aquél solo puede ser la ley. Igualmente: **2)** Cuando aluden a disposiciones que emanan de órganos distintos del poder legislativo y mediante procedimientos formales diferentes a los mecanismos constitucionales de producción de la ley. **3)** Cuando se dan en el tipo expresiones normativas "abiertas" que en realidad involucran un espacio "en blanco" en el tipo penal, como lo son, por ejemplo, "indebidamente", "ilícitamente", etc. y por los que podría colarse la invocación de normas no penales de la materia regulada según el bien jurídico protegido, sin que aquellas normas tengan el carácter de leyes ni el tipo penal reenvíe a las mismas. Ello acontece cuando al tipo penal que contiene la expresión "abierta" o que en sí mismo es "abierto" se le pretende basar en "reglamentos", "manuales", "lineamientos", "circulares" u otras disposiciones de carácter administrativo que emiten órganos formalmente distintos del legislador, ya sea que aquellos pertenezcan al poder ejecutivo, al judicial o a los ayuntamientos, etc. O bien, que aún surgiendo del mismo órgano legislativo se den a través de mecanismos formales distintos al procedimiento legislativo. Todo ello ya apareja un proceso de deslegalización que irrumpe contra la garantía de legalidad estricta en materia penal. Y aunque a ese argumento se le podría oponer el que el fenómeno obedece al objeto de la materia regulada por el tipo cuando aquella resulta ser "competencia" de la autoridad diversa. Al mismo cabe replicar que desde el momento en que a la materia de prohibición —que

³²⁴ Antonio Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 112 y 113.

de ordinario incumbiría regular a otra autoridad— se le toma en cuenta para la imputación penal, queda fuera de la competencia de aquella autoridad y pasa a ser atribución del legislador para plasmarla en ley. Porque dejar la facultad en manos de esa otra autoridad es dejar la norma penal a merced de quien precisamente carece de competencia constitucional para formularla.

Aún así, esta postura amerita ciertas precisiones: **1)** Ninguna duda cabría de la inconstitucionalidad de una ley que directamente permitiese punir conductas en un ordenamiento distinto a la ley, o que delegara esa atribución a otras autoridades diferentes del órgano legislativo. **2)** Como tampoco la habría de tal inconstitucionalidad, si el legislador se concretara a señalar la pena y dejara la conducta o la esencia del ámbito material de prohibición a otra autoridad. **3)** Menos aún debe haber hesitación de la inconstitucionalidad del fallo de la autoridad judicial que pretendiese sustentar la punibilidad de conductas en la infracción de reglamentos o alguna otra "normatividad" aplicable de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal diferente a la ley misma, sin que en el mismo tipo penal o en otra previsión de la ley penal se haga algún reenvío expreso del elemento normativo de desvalor o especial valoración a dichas regulaciones. **4)** Pero no sucede lo mismo cuando el legislador precisa la pena así como la conducta y la esencia del ámbito material de prohibición penal que la amerita. Y sólo deja a normas extra-penales y no legales, condiciones adicionales o accidentales y que no constituyan por sí mismas un determinado ámbito material prohibido penalmente. Ni tampoco involucren un aspecto sustancial que —al menos— no esté ya implicado en el tipo. Y las que sólo vienen a completarlo de aquella manera. Por ejemplo, si el legislador de una entidad federativa puniera a quien por dos o más ocasiones, dentro de cierto lapso de tiempo, en vías públicas estatales o municipales conduzca un automóvil a exceso de velocidad según las normas reglamentarias aplicables y con peligro concreto para la vida o la salud de una o más personas. En tal caso, en el mismo tipo penal tan se precisaría la conducta como la esencia del ámbito material de prohibición —conducir un automóvil en vías públicas estatales o municipales a exceso de velocidad por dos o más ocasiones dentro de cierto período de tiempo y colocando en peligro concreto de dañar la vida o la salud de una o más personas—, y sólo se dejaría la determinación de qué velocidad es la permitida, precisamente a las autoridades que tengan la competencia constitucional para reglamentar los límites de velocidad del tránsito automovilístico en las vías públicas. Diferente sería el caso —también a guisa de ejemplo—: si algún tipo penal puniese la venta de los productos que la autoridad administrativa prohíba. Pues en tal supuesto, se precisaría la conducta y el objeto del tipo —vender productos—. Mas es claro que en aquél se omitiría en realidad el ámbito de prohibición —al no precisar qué productos ni cuáles serían las condiciones por las que la autoridad administrativa prohibiría su venta—. Y lo cual sólo compete determinar al legislador mediante el procedimiento formal de la ley. Cuyo discernimiento sí se dejaría entonces en mano de autoridades sin competencia constitucional para formular la ley penal en cuanto a la esencia prohibida de las conductas que se sancionan con penas.

Sobre esas bases sí cabe denunciar a las leyes penales en blanco que incurran en esas remisiones delegatorias. Pero igualmente cabe impugnar la interpretación judicial en el mismo sentido "abierto" que se haga con base en "reglamentos", "lineamientos", "manuales", "circulares", etc. Esto es, de acuerdo con

expresiones normativas "abiertas" contenidas en algunos tipos penales que no hagan reenvío expreso a normas de esa naturaleza, en tanto que con ello se viola la garantía de legalidad penal en su manifestación de ley escrita. En efecto, también sería contrario a la C. el que se pretendiese sustentar la aplicación de un tipo penal en infracciones reglamentarias o de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal distinta a ésta cuando el mismo tipo o la ley penal no hacen algún reenvío en tal sentido. Ni siquiera sería admisible tal interpretación con base en expresiones normativas tales como "indebidamente" o "ilícitamente" que contenga el tipo penal. *Porque mientras el contenido y alcance de esas locuciones no se regulen en la misma ley penal o ésta no haga un reenvío específico a otras normas aplicables de jerarquía inferior a la ley o de naturaleza formal distinta a aquella, en acatamiento del artículo 14 C. sólo se podrá atender a las conductas cuyo carácter indebido o ilícito se funde en la trasgresión del «precepto de una ley» según la materia de prohibición a la que aluda el tipo penal o a la cual éste sea aplicable.* Dicho de otro modo, a falta de norma legal regulativa, las expresiones "indebidamente" o "ilícitamente" que se contengan en un tipo penal se deben entender como "ilegalmente" —ya sea como contrarias a un deber legal o como contrarias a lo que la ley prevé—; y todas aquellas otras expresiones de cualesquier tipo penal que involucren una conducta que se aparte de cierto ámbito de regulación sin que el tipo haga un reenvío expreso, deben entenderse como conductas que contradigan a preceptos de la ley de la materia y no a otras normas de jerarquía inferior o de naturaleza formal distinta a aquella según la materia de prohibición en la cual el tipo penal sea aplicable. En suma, si no hay una norma regulativa en la misma ley penal de las expresiones "ilícitamente" o "indebidamente" o cualesquier otra que aparejando un juicio de desvalor sea necesario acudir a otro campo del Derecho, sólo podrá ser típica la conducta que en un caso concreto contradiga alguna ley y sin que se pueda atender como base de la conducta típica penal aquella que contradiga alguna "normatividad" de menor jerarquía a la ley o de naturaleza formal distinta a ella, porque de lo contrario se conculca el artículo 14 C. que consigna la garantía de estricta legalidad de los delitos. Y la cual ahora se consigna con claridad plausible en el artículo 1 del nuevo CPDF. La que de todas maneras tiene su calidad sustancial para limitar validamente el poder punitivo en protección de la libertad de los individuos en un estado democrático.

Resta aún por examinar si los tratados internacionales pueden o no pueden ser fuentes validas de las normas penales. Ello viene a cuenta porque ciertamente los tratados no son ley aunque contengan disposiciones o previsiones de carácter general. Eso es obvio. Pues les faltan los procedimientos constitucionales necesarios para la formación de la ley. (Artículos 70, 71 y 72 C.) Sin embargo, a esto se podría replicar que la misma Suprema Corte de Justicia resolvió en jurisprudencia definida la supremacía de los tratados sobre las leyes federales y comunes. La tesis es la siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho

federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.³²⁵

A mayor abundamiento, el artículo 6° del CPF alude a "*delitos que estén previstos en tratados internacionales de observancia obligatoria en México*" para decidir la aplicación supletoria de las normas de ese código penal que no prevean aquellos tratados internacionales con relación a los delitos que éstos llegaren a contener.

No obstante, lo anterior no debe llevar a confusión. Primero hay que destacar que aun cuando el criterio de la SCJN precisa que en los tratados internacionales no hay limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas y, por tanto, aquellos se pueden referir tan al Derecho federal como al común; y si bien es cierto, además, que ella pone en claro la supremacía de los tratados sobre las leyes.³²⁶ Sin embargo, es por igual verdad que **1)** la tesis no equipara ni concede igual naturaleza formal —que sino material— a los tratados y las leyes; por el contrario, los distingue. —Y **2)** lo mismo hace el artículo 133 C. —. Como igualmente **3)** el criterio jurisprudencial señala —tal como lo preceptúan los artículos 15 y 133 C—: Que los tratados se deben arreglar a la Constitución y a las garantías que la misma establece y, precisamente, es la misma carta fundamental la que en su artículo 14 dispone que los delitos y las penas se hayan de prever en una ley. **4)** Esto es, la única fuente de las normas penales es la ley. Y obviamente un tratado no es una ley. Por ende, **5)** es la Constitución la cual sí reserva a la ley la previsión de los delitos y las penas. Límite constitucional que, por lo tanto, excluye a los tratados como fuente de normas penales. Por ello, no debe haber duda de la inconstitucionalidad de la aplicación de las normas penales que se contuviesen en un tratado; es decir, del que definiere supuestos de hechos punibles o alterara normas penales en perjuicio de las personas. Como tampoco la debe haber del carácter inconstitucional del artículo 6° del CPF, en cuanto consiente una delegación de facultades que la C. reserva al poder legislativo al dar por sentada la posibilidad de que los tratados prevean delitos. Más aún cuando la reserva del artículo 14 C. al legislativo, para que sólo él formule las leyes penales, se da en garantía de las personas. Con lo que esta garantía se viola si la creación de delitos y de penas se da por órganos diferentes al legislativo y por fuentes distintas a la ley o de los procedimientos

³²⁵ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: S. J. F. y su Gaceta Tomo: X, Noviembre de 1999 Tesis: P. LXXVII/99 Página: 48 Materia: Constitucional Tesis aislada. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA." Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: S. J. F. y su Gaceta, Tomo: X, agosto de 1999 Tesis: P. LX/99. Página: 55. Materia: Penal. Tesis aislada.

³²⁶ La tesis a la que se alude es cuestionable desde la visión del ámbito constitucional de competencia para formular las leyes y, asimismo, respecto a la distribución de competencias en el esquema del pacto federal. Sin embargo, no es este el lugar ni la materia para ocuparse de esas cuestiones.

formales para su creación, pues aquella se estructura de acuerdo con las formas que la misma C. prevé. La postura reflejada en el artículo 6° del CPF, al igual que la del artículo 50-I-a) de la LOPJF —al dar por sentada la posibilidad de que los tratados prevean delitos— ayuda a potenciar un proceso de deslegalización de las normas penales que irrumpe contra la garantía de legalidad estricta en materia penal que se desprende del artículo 14 C.³²⁷

1) Cabe, eso sí, que las previsiones de un tratado se incorporen luego en la ley penal, pero en tal caso, será la ley penal y no el tratado lo que dará sustento al poder punitivo estatal. 2) Igualmente es posible que el complemento de la materia esencial de prohibición penal que ya se contenga en el tipo penal, la misma ley penal le reenvíe a un tratado internacional. Mas en tal caso es el propio legislador el que describe la materia esencial de prohibición y sólo deja al tratado las cuestiones complementarias. Como sucede en los delitos contra la salud que prevé el CPF. En los que se sancionan ciertas modalidades de conductas que incidan sobre “narcóticos”. Considerando el artículo 193 del CPF como tales: ... [A] los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, otras leyes (“disposiciones legales aplicables”) y los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México. Toda vez que es la misma ley penal la que especifica la esencia de la materia prohibida —ciertas «modalidades de conducta» que inciden sobre “narcóticos”— (artículos 193 a 198 del CPF.) Por lo tanto el legislador sólo deja a normas extra-penales condiciones que, por sí mismas, no constituyen la esencia del ámbito material prohibido penalmente, como son las de señalar cuáles sustancias específicas se estiman con tal carácter. Y las que sólo de esta manera vienen a completar al tipo e incluso a restringirlo. En tanto que, por un lado, sólo podrán estimarse como narcóticas las sustancias que enumeren la ley y los convenios internacionales; y, por la otra, estos no podrían señalar como narcóticos los que no tengan propiedades narcotizantes.³²⁸

3) Tampoco hay problema de inconstitucionalidad cuando el Estado se comprometa en un tratado a promover la inclusión de ciertos delitos en la legislación. En los términos que luego la misma ley penal tipifique. Igualmente, tampoco es problemático cuando en un tratado solo se reenvía a los delitos ya previstos en la ley penal. 4) Pero de todo ello también se sigue la inadmisibilidad de que alguna norma de naturaleza penal pueda apoyarse sólo en un tratado. Tal sería el caso, por ejemplo, de pretender sustentar la imprescriptibilidad del delito de genocidio en el tratado que México firmó al respecto en 1968 (el delito de genocidio se incorporó un año antes en el artículo 149 Bis del CPF.) Porque —con independencia de lo deseable o indeseable de tal pretensión— el hecho es que aquella regla de imprescriptibilidad es de carácter sustancialmente penal —como más adelante se verá³²⁹— y la misma no se incorporó por el legislador al CPF o a alguna otra ley. Por lo tanto, de acuerdo con el mismo artículo 14 C. la prescripción de la acción penal respecto al delito de genocidio sólo

³²⁷ La tendencia a rebasar la Constitución a través de tratados no ocurre solo en materia sustantiva penal, sino también en la procesal penal. Por ejemplo, contra lo que dispone el artículo 16 C., de que ninguna persona será detenida sin orden judicial de aprehensión siempre y cuando existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del inculcado, la Ley de Extradición Internacional y la mayoría de los tratados de extradición celebrados por México autorizan la detención provisional para fines de extradición de la persona requerida, sin que para ello se exija que se satisfaga la prueba del cuerpo del delito y la causa probable de la responsabilidad del inculcado respecto al delito por el que se pide la extradición, extremos que la misma ley prevé que serán parte de la materia del juicio de extradición... ¡pero una vez que ya esté detenido el extraditable! Y respecto del cual no parece que le sean aplicables las reglas para obtener su libertad provisional bajo caución —que se prevé como garantía en el artículo 20-A-I C.

³²⁸ Sólo cabría así la hipótesis —dificilmente concebible en la práctica— que un tratado señalase como «narcótico» una sustancia que en realidad no tenga ese efecto. Pero en tal supuesto el problema sería diferente: Porque el tratado excedería el límite impuesto por el propio tipo penal.

³²⁹ Ver en el Capítulo siguiente el inciso G del apartado I, “La distinción sustancial entre normas penales y normas procedimentales o procesales penales para los efectos de la sucesión de leyes”.

podrá sujetarse a las reglas que al respecto haya señalado el mismo CPF al momento en que aquel delito tuvo vigencia “legal” y según cuando el mismo hubiese sido cometido después de su inclusión en la ley —y sin excluir la regla de aplicar la norma más favorable de haberse dado sucesión temporal de normas (según se verá en el capítulo siguiente) —. Así pues, en tales eventos podría ser deseable la persecución y sanción de crímenes del pasado que hayan quedado impunes al abrigo de un determinado régimen político concreto. Pero la lucha contra la impunidad como aspiración lícita no puede pasar por alto las garantías que la C. establezca a favor de las personas, sin que —de hacerlo— pierda el sello de su legitimidad esencial y se asiente en ella la estampa del autoritarismo.

Aún con todo ello quedaría una segunda objeción a la postura que aquí se sostiene: La literalidad del artículo 133 C. En tanto el artículo 133 dice que tan las leyes federales como los tratados que se celebren de acuerdo con la Constitución serán la «ley suprema» de la Unión. De ello se seguiría que el artículo 133 C. sí da el carácter de “ley” a los tratados. Y, por ende, que éstos podrían definir delitos y penas, o más ampliamente, normas penales. Esa interpretación, empero, estaría fuera de contexto. Porque, **1)** por un lado, ella pasa por alto que la misma carta fundamental es la que dice qué es lo que puede ser una ley, a través de señalar el procedimiento formal que se ha de seguir a tal efecto (artículos 70, 71 y 72 C.) Igualmente, **2)** la tesis que se critica no advierte que el mismo artículo 133 C. distingue a las leyes de los tratados. Y, por último, **3)** aquella hermenéutica ignora el sentido de la expresión «ley suprema» del artículo 133 C, en cuanto que en el artículo 133 C. se alude a ella como equivalente a normas “jurídicas”. Las que, como tales, son de observancia general. (Tal como se desprende del citado criterio de la SCJN.) Características que son comunes a la Constitución, los tratados y las leyes. **4)** Más sin que por ello se pueda decir que los segundos —esto es, los tratados— sean formalmente iguales a las últimas —es decir, a las leyes—. Por lo tanto:

Las normas jurídicas podrán tener una fuente distinta a la ley. Más de acuerdo con el artículo 14 C. sólo la ley puede ser fuente de las normas jurídico-penales.

En tal contexto, lo que sí es posible es que un tratado contenga normas que —por la vía de reconocer derechos— vengan a limitar al poder punitivo del Estado. Como sería el caso de que México se adhiriera al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 15 de diciembre de 1989.³³⁰ O como sucede con la Convención sobre los Derechos del Niño que se firmó en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y la Convención de Beijing de 1997, las que establecen la minoría de edad hasta cumplir los dieciocho años. Incluso para un trato diferente al de los adultos en materia penal. Porque ellas deberían prevalecer respecto a aquellas leyes penales que sujeten a sus normas a personas menores de dieciocho años de edad. Como sucede en Coahuila. Donde el CPC fija la edad penal en dieciséis años.

2. La exigencia material de certeza de la ley penal y los tipos abiertos. En el principio de estricta legalidad penal del artículo 14 C. subyace ya la exigencia de «certidumbre» del contenido de los tipos penales. De nada valdría la reivindicación de cierto rango formal de las normas penales, si su contenido fuese incierto,

³³⁰ Sin embargo, México no ha ratificado ese Protocolo y no encontré datos de si el mismo ya se habría aprobado por el Senado.

ambiguo, lagunoso. La determinación del supuesto de hecho al que la misma ley penal le asigna una pena es pues imprescindible para el acato de la garantía de estricta legalidad penal en concordancia con la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos.

a. El postulado de certeza de la ley penal. La necesidad de una ley penal cierta aparea la taxatividad fáctica del mensaje normativo que se dirige a los ciudadanos conminándolos con penas si realizan ese hecho. Sin que sea válido alegar las necesidades preventivas de las conminaciones penales para el sacrificio de la garantía de poder saber con seguridad cuáles conductas prohíbe la ley con pena. Esto es, porque —según aquellos alegatos— se cumplirían mejor los fines preventivos de la pena —y la norma misma sería más eficaz— si contuviere expresiones “amplias” sin que su aforo material esté delimitado por la propia ley, permitiéndole así abarcar supuestos que de otro modo no tendrían cabida en su texto. Es más, arguyéndose que también de esa manera se permitiría la realización de la justicia en el caso individual. Porque aún desde el enfoque de la eficacia de la prevención general: ¿cómo espera el Estado lograrla si dicta normas difícilmente entendibles? ¿Y a costa de la libertad y de la seguridad jurídica de los individuos? Porque esa clase de “eficacia” (sic) lo que realmente facilita es la tortuosidad y la arbitrariedad. Pero de ningún modo permite una eficacia real, ni menos aún a una concebida dentro de un estado de derecho. Por ello, desde el punto de vista preventivo podrían ser aconsejables textos no muy determinados, pero ciertamente esa idea de política criminal sería una concepción arbitraria y ajena a los límites que impone el estado de derecho que no mira solo a la gente sino, además, a las garantías y los derechos de las personas que integran a esa gente. Las cuales tienen el legítimo derecho a la seguridad jurídica y, por lo tanto, se les debe garantizar que puedan saber qué conductas y en qué condiciones claras que se delimiten en la ley a través de supuestos punibles, es que esas conductas se prohíben y se sancionan con penas. Así pues, ya desde el enfoque de estricta legalidad, la norma penal podrá ser formalmente válida —si obedeció a los mecanismos formales y constitucionales de producción de la ley— y, sin embargo, sustancialmente ilegítima si desatiende la garantía de certeza en su contenido material de redacción. La ley penal ha de señalar así delitos en los que el mismo legislador delimite y precise sus presupuestos. Unos delitos que se basen en conductas concretables. Para las cuales a cada una se le especifique un ámbito objetivo deslindable en la propia ley. El que constituirá la materia de prohibición de la conducta concreta que se puna. Unas penas cuya naturaleza y medida sean inteligibles y mensurables con relación a cada delito. Pues un delito sin conducta específica ni materia de prohibición determinable, al igual que un delito con pena ininteligible o incalculable, equivaldría a que se permita la arbitrariedad del Estado cuando éste actué contra las personas para punirlas en nombre de ese delito, con trasgresión del principio de legalidad estricta en los delitos y las penas. Como corolario de lo que hasta aquí se ha dicho, es importante destacar el siguiente criterio jurisprudencial de la SCJN:

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o

demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.³²¹

b. La función de la ley penal cierta: el tipo penal cerrado. Ciertamente, si el delito no fuera más que acción antijurídica —nos dice Mezger— (...) podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esa fundamental característica del hecho punible. El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa. El más importante presupuesto de la pena —la antijuridicidad— sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que «él mismo» se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que su ámbito: la antijuridicidad, por lo menos en lo que concierne a la descripción fáctica del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad al través un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el «tipo».³²² Se debe mencionar el hecho de que es a Beeling a quien se debe el que ahora se reconozca de manera unánime en la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de acuñar a los delitos en tipos penales y no en definiciones genéricas y vagas.³²³ Ya que al deslindarse con precisión las conductas y los hechos prohibidos, el destinatario de la norma podrá apreciar cuáles son las verdaderas y concretas materias de prohibición. En tal sentido, la función concretizadora de la antijuridicidad que realiza el tipo penal es útil no tan sólo para reafirmar el principio "*nullum crimen sine lege*" en función de que las normas penales puedan motivar adecuadamente a las personas de que se abstengan de incurrir en las conductas cuyo ámbito objetivo de punición está precisado en la ley: al describir en forma específica y clara la conducta y el hecho que se sancionan penalmente. Sino, además, dicha concreción contribuye a enmarcar, determinar y guiar al arbitrio judicial en la aplicación de la ley penal al caso concreto. Pues sin el tipo penal, los jueces no podrían establecer de manera uniforme que es lo que legalmente se prohíbe para los efectos penales. Sin el tipo penal, en suma, quedaría tan sólo el arbitrio judicial para calificar lo antijurídico con relevancia penal. Por ello, en la medida en que el supuesto legal que deba describir el hecho punible sea a tal grado abierto que permita un gran número de valoraciones individuales, el mismo originará un insoportable estado de incertidumbre en la aplicación del Derecho Penal y realmente en esos casos el legislador no creará un tipo sino que renunciará a él trasgrediendo la garantía de legalidad estricta en perjuicio de las personas.

Esto es:

Quando el supuesto legal del hecho punible no es perfectamente inteligible en la ley, con él se viola el límite garantizador consignado en el artículo 14 C. de una ley penal cierta que identifique con precisión la conducta y el evento punible.

³²¹ Novena Época, instancia: Pleno, S. J. F. y su Gaceta, Tomo I, mayo de 1995, Tesis: P. IX/95, p. 82 Amparo directo en revisión 670/93. Reynaldo Álvaro Pérez Tijerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Careño Rivas. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de mayo en curso, por unanimidad de ocho votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Gutiérrez, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios y Olga María Sánchez Cordero; aprobó, con el número IX/95 (9a.) la tesis que antecede. México, Distrito Federal, a quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco. Véase: S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 217, tesis por contradicción 1a./J.46/97.

³²² Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. Cit., pp. 19 y ss. Ver también a Edmundo Mezger, *Derecho Penal, Parte general*, Traducción de Ricardo C. Núñez, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, Baja California, México, 1985, pp. 297 y 298.

³²³ En ello coinciden todos los autores, en México ver a Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Introducción al estudio de las figuras típicas*, T. I, Editorial Porrúa, México, DF., 1978, pp. 24 y ss.

La concreción del injusto es, pues, función fundamental del principio de certeza de la ley en los tipos penales. La cual limita la potestad punitiva estatal a marcos de los que el legislador y el juzgador *no* se pueden salir sin quebrantar el principio de legalidad en los delitos. Y aunque se podría decir que esa función no se distingue de la que corresponde a los supuestos jurídicos que pertenecen a las demás ramas del Derecho, en verdad dicha afirmación descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que —a los efectos sancionatorios— realiza el tipo penal, no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que corresponde desplegar a los preceptos de las demás ramas jurídicas. Pues como dice Jiménez Huerta: (...) Mientras la función constitutiva de estas ramas jurídicas es abiertamente creadora, la del Derecho Penal es restringida, limitada y típicamente encauzada —con exclusión de todo lo que no es en el modelo penal—. ³³⁴ El maestro español agrega también: (...) En el tipo penal la antijuridicidad es siempre descrita mediante referencias concretas y fácticas de la conducta. Y así, a forma de ejemplo, parangonemos la antijuridicidad que hace referencia el artículo 1910 del Código Civil con la tipificada en el artículo 397 del Código Penal. Mientras en el primero no se mencionan las peculiaridades fácticas que condicionan la obligación de reparar el daño causado por quien obró ilícitamente o contra las buenas costumbres —dichas peculiaridades fenoménicas han de ser establecidas por el juez—; en el segundo se describen específica y taxativamente las particularidades fácticas de la antijuridicidad en él recogida, sin que pueda, en forma alguna, admitirse que el juez amplíe dichas particularidades fácticas a otros fenómenos de igual, semejante o mayor intensidad o dimensión. ³³⁵

Hay que subrayar entonces que la determinación legislativa de las conductas que se consideran dañosas para la sociedad y conminables con una pena no se debe realizar por medio de fórmulas vagas e imprecisas. No debe en manera alguna consistir en mera y amplia exposición de lo que se considera ilícito. Sino por el contrario, *ha de ser específica y circunstanciada descripción del «hecho»*³³⁶ que se valora como antijurídico. Para así poder cumplir con la garantía de seguridad jurídica que consagra el artículo 14 Constitucional. Al respecto, Don Sebastián Soler certeramente apuntó: (...) La ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá “el ladrón sufrirá tal pena”. Sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto. Dirá, pues: “el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajena”. Y con figuras de acción como esta se integrará todo el Código Penal.³³⁷ Adviértase también, que al especificarse el hecho en el tipo penal se debe hacer referencia concreta a las particularidades fácticas del mismo. Pues tampoco bastaría perfilar el hecho con base en fórmulas tan amplias que fuere casi imposible determinar cuál es el marco fáctico —«materia de prohibición»— en el que la conducta adquiere relevancia penal. Como por ejemplo punir “al que viole los principios democráticos”. O como sucede concretamente con el supuesto que prevé el artículo 364-II del CPF: “Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de

³³⁴ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 21 y ss.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ Debo precisar que uso la expresión “hecho” en el ámbito típico como: el «marco de prohibición» —fáctico, normativo y en su caso subjetivo— «que se describe o implica por el tipo penal» y al cual se debe ajustar la conducta «específica» que también se describe o implica en el tipo penal. Por lo tanto, ese “hecho” comprende a la conducta y demás elementos del supuesto típico penal. Por lo tanto, puede o no puede comprender al “resultado”, pues ello dependerá de si la figura típica lo describe o implica. A diferencia de Pavón Vasconcelos y Porte Petit, que usan la expresión “hecho” como el primer elemento del delito cuando se trata de delitos de resultado. Y el cual se integra a su vez con la “conducta”, el “nexo causal” y el “resultado”. Lo cual es coincidente con la visión causalista (clásica o neo-clásica) del delito. Ver al respecto el número III del Capítulo Sexto.

³³⁷ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. I, p. 165.

las personas". Tipos penales de tal naturaleza obviamente crean la inseguridad jurídica en vez de eliminarla. Y devienen violatorios del principio de legalidad estricta de los delitos. Pues, por lo genérico de las fórmulas no se puede saber cuáles serían las conductas concretas y los ámbitos fácticos en que se despliegan que estén penalmente prohibidos; mismas fórmulas que amplían esos ámbitos de prohibición a límites insospechados, con lo que se favorece el abuso del poder público en contra de los gobernados a través de la "selección" de casos según circunstancias coyunturales. Bien apunta Barreda Solórzano que: (...) Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y la costumbre «in malam partem» resultarían totalmente inútiles si los preceptos penales no permitieran conocer qué procedimientos humanos quedan abarcados en ellos. En otras palabras, el principio de legalidad resulta nugatorio si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles son las conductas vedadas penalmente.³³⁸ Ello es válido tan en los delitos dolosos, como en los culposos. En los de acción como en los de omisión. En los de simple conducta como en los de resultado. Al igual que para todas las conductas que se les quiera punir. Ya se trate de la forma de autor, o ya se trate de otras formas de intervenir que sean objeto de punición al hacer posible el delito al cual típicamente se conecten. Ceteramente dice también Barreda Solórzano: (...) Es legítima la preocupación por evitar en las normas penales el empleo de abstracciones hipostasiadas. No hay sano espíritu popular que supla al principio de legalidad en su función de garantía. Cuando el legislador no se expresa claramente, no sólo abre la posibilidad a una decisión arbitraria y subjetiva del juez, sino que, en rigor, permite que éste se sustituya al órgano encargado de crear la norma. Es el juez, como en la integración por analogía, el que está creando el Derecho.³³⁹

c. La aporía entre el principio de certeza de la ley penal y la realidad legislativa de los tipos abiertos. ¿Cómo reducirla? No obstante todo lo dicho, muchos Estados llamados "de derecho" —y entre ellos se incluye al Estado Mexicano— no están exentos de incurrir en imprecisiones y vaguedades en la redacción de los tipos penales. Simplemente en las figuras típicas de los delitos en particular a guisa de ejemplo menciono los de "ultraje" al escudo de la República o al pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra del artículo 191 del CPF. Porque ¿qué se ha de entender por "ultraje"? Y en el artículo 200 del CPF ¿Cómo se sabe cuándo un libro será "obsceno" en tanto la ley no da el concepto de lo que es "obsceno", a efecto de que así el librero evite "exponer o distribuir" los que precisamente sean "obscenos"? ¿Acaso siempre que una autoridad "de alguna manera viole con perjuicio de otro los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de las personas" estará cometiendo el delito que prevé el artículo 364-II del CPC? Porque de ser así, tendríamos que empezar con los que redactaron y aprobaron los tipos penales mencionados, si no fuera que ellos mismos no estuvieren exentos de pena en virtud del principio de irretroactividad perjudicial de la misma ley penal que consigna el artículo 14 C. que aquellos mismos deberían haber observado en toda su extensión. Y a final de cuentas todo ello nos lleva a querer saber: ¿Qué tan "cierta" ha de ser entonces la ley penal? ¿Cuáles son las posibilidades reales de que ello se cumpla y a la vez se plasmen las exigencias de justicia que también consagra la Constitución para los ciudadanos? ¿Cómo se puede resolver el problema de los tipos penales «abiertos» en sí por su vaguedad o de las expresiones

³³⁸ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, 2ª Editorial, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 163.

³³⁹ Luis de la Barreda Solórzano, *Justicia Penal y...*, p. 164.

«abiertas» en los tipos penales que también los vuelven inciertos? O al menos: ¿Cómo se puede reducir la distancia entre el ideal de certeza en la ley penal y la realidad legislativa que diseña y redacta los tipos penales de manera “abierta”?

Porque lo que hasta aquí se ha dicho pone en evidencia que para cumplir con la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas, el legislador debe poner sumo cuidado en la redacción de los tipos penales y llenar en lo posible las expresiones con espacios “abiertos” en la ley penal y evitar redactar supuestos penales vagos o imprecisos.

La mayoría de la doctrina rechaza los tipos penales “abiertos” o los que contengan expresiones “abiertas” porque se oponen al principio de estricta legalidad, en cuanto dejan al juzgador cerrar el supuesto legal punible según su propia valoración. Vela Treviño estimó que los tipos “abiertos” son “el más sutil y, por tanto, peligroso embate contra el principio de legalidad”.³⁴⁰ Y, aún así, se ha creído con cierta resignación que en muchos casos son un fenómeno indeseable pero ineludible para el legislador. Así, Zaffaroni llegó a pensar que [e]l reconocimiento de que estos tipos no son deseables, no pasa de ser un consuelo, que de ninguna manera constituye un argumento dogmático, resultando una aspiración legal irrealizable.³⁴¹ Sin embargo, la consideración del ilustre penalista argentino puede ser una verdad en la medida que la aporía existe. Y que es difícil escapar de ella. Pero no es preciso que ella sea necesaria o ineludible en muchos casos, ni tampoco es exacto que esa demanda carezca de sustento dogmático. Lo primero, en cuanto al menos sea posible acotar en la misma ley el supuesto legal del hecho que se describe como punible o bien regular el carácter “abierto” de la alocución que le falte por especificar en el mismo tipo penal. Lo segundo, en cuanto el sustento dogmático está en la misma exigencia de seguridad jurídica que se desprende de la mayoría de las C. que se orientan hacia un estado de derecho, como sucede con el artículo 14-párrafo-tercero de la C. mexicana, especialmente con relación a la ley penal. *Lo cual quiere decir que el legislador tiene la obligación de “cerrar” en la misma ley todos los tipos penales “abiertos” y todas las expresiones normativas de cualquier índole que en ellos se contengan y que carezcan de alguna referencia cierta en la misma ley.* Bien se cuestiona Barrera Solórzano: (...) ¿Obstáculo insuperable para la cabal eficacia del principio de legalidad, los tipos abiertos? La omisión y la culpa, por ejemplo, ¿necesariamente han de establecerse en tipos abiertos que limiten sensiblemente el principio de legalidad y cuya determinación quede confiada a la valoración que realice el juzgador? ¿No le es posible al legislador en estos casos construir las hipótesis típicas pertinentes en las que se concilien la generalidad y abstracción, por una parte? Y, por la otra: ¿La especificidad que evite las vaguedades, los vacíos, las impuntualizaciones, las indeterminaciones, las inexplicitaciones y el casuismo enunciativo? ³⁴²

Sin duda alguna que el legislador debe evitar las imprecisiones y las expresiones legislativas que permitan al juez completar la ley penal en el caso concreto y según sus personales consideraciones. Y aún en los casos en que así se dé, la vaguedad se puede suplir cuando la expresión incierta de un tipo se «complementa» en la misma ley. Y, por lo tanto, por el legislador, quien debe señalar en la misma ley el criterio a seguir por el juez. De no ser así, el tipo penal no solo será “abierto”, sino inconstitucional por oponerse a la garantía de estricta

³⁴⁰ Sergio Vela Treviño, “El principio de legalidad y los tipos abiertos”, *Criminología*, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., No 2, abril-junio 1978, p. 14.

³⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. III, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 182.

³⁴² Luis de la Barra Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, p. 176.

legalidad del artículo 14 C. Además, también viola garantías la aplicación judicial de ese tipo abierto o sin cláusula regulativa que clarifique la expresión abierta, porque es ya el juez y no la ley quien da el contenido del marco de prohibición para cada caso concreto. Un avance significativo contra esta tendencia se logró hasta 1985 en el CPF con las nuevas fórmulas del dolo y de la culpa, en las que se precisó en qué se hacían consistir uno y otra. (Artículo 9° del CPF.) Con ello se superó la vaguedad de las expresiones "intencional" e "imprudencia" que antes se utilizaron, sin decir la ley en qué consistía la primera ni dar el aforo regulativo de la segunda. Y no fue sino hasta 1993-94 que el CPF incluyó la cláusula de «número cerrado» para los tipos penales que la ley considera culposos. (Párrafo segundo de los artículos 60, tan del CPF como del CPDF.) Antes la ley nada decía al respecto. El tipo penal culposo también encuentra en Coahuila una regulación aún más completa —aunque no necesariamente mejor— que en el CPF y el CPDF. Así, el artículo 26 del CPC, además de decir en qué consiste la culpa, señala las fuentes del deber de cuidado, la causalidad y la diferencia de la culpa con la culpabilidad. En tanto el artículo 27 consagra el principio de *número cerrado* con relación a las figuras típicas culposas. Así mismo, fue hasta 1994 que el CPF especificó las «fuentes» del «deber jurídico de actuar» en las que sólo se puede basar una omisión penalmente relevante en los delitos de resultado material que admitan esa forma de comisión. (Párrafos segundo y tercero del artículo 7° del CPF.) Pues antes la ley era omisa acerca de cuáles eran esos deberes, con lo cual de hecho la ley dotaba al juez de poderes creadores de la materia de prohibición, mismos que todavía se manifiestan en parte debido a la amplitud de las fórmulas de las fuentes del deber con las que se trata de resolver los delitos de comisión por omisión y que de mayor a menor medida se advierten en los CPF, CPC y CPDF, respectivamente, como se verá en su oportunidad.

1) Sin embargo, el CPF, el CPDF y el CPC todavía adolecen de un defecto común evidente en el respeto a la garantía de seguridad jurídica con relación a los delitos de comisión por omisión, en cuanto omiten enumerar cuáles delitos en concreto admiten la comisión por omisión—sistema de *numerus clausus*—. 2) Asimismo, el CPF y el nuevo CPDF nada dicen todavía acerca de cuáles deben ser las reglas para decidir sobre el «nexo causal» o la imputación objetiva a la conducta en los delitos de resultado material. Pues si bien es verdad que la SCJN estableció que el criterio a seguir era el de la teoría de la equivalencia de las condiciones, ello solo confirma que fue el propio juzgador y no ya el legislador quien tuvo que completar la ley penal. Y aunque aquel juicio de causalidad se complementa para el homicidio en los artículos 303 a 306 del CPF y en el artículo 124 del nuevo CPDF — de los que se puede deducir que para saber cuándo se considera mortal una lesión es posible acudir a las reglas limitadoras de las concausas o de la causalidad adecuada al caso concreto, al igual que no se excluye la tesis de imputación objetiva que tiene sustento constitucional como se verá en su oportunidad³⁴³—, empero aquellas pautas no dejan de ser insuficientes, pues se circunscriben a reglamentar el nexo causal en el homicidio, sin comprender a los demás tipos penales de resultado que prevé la ley penal. Y los criterios limitadores que surgen de las tesis de la imputación objetiva —aunque muchos de ellos válidos como pautas de interpretación que reducen los excesos punitivos a que puede conducir la aplicación de los

³⁴³ Ver al respecto el número VII del Capítulo Décimo.

tipos penales en los casos concretos— no son más que evidencia de la falta de formulas que debieren estar en la misma ley penal para hacer eficaz el principio de su certeza y así, a la garantía de estricta legalidad.

3) Son también manifestaciones de tipos penales “abiertos” aquellos que contienen elementos típicos «normativos» que requieren de una especial valoración del juez en el orden jurídico no reglamentado o cultural. Porque respecto a los elementos «normativos» de especial valoración “jurídica” que contengan los mismos tipos se debe reconocer que muchos de aquellos sí se pueden delimitar o ajustar por las propias regulaciones de las leyes de la materia a la que se refieren. Así tenemos a las expresiones típicas normativas como son las locuciones siguientes: “atribuciones”, “orden legítima”, “deber jurídico”, “resolución judicial”, “competencia”, “ejercicio de funciones”, “filiación”, “estado civil”, “documento”, “título de crédito”, documento “nominativo”, documento “a la orden” o documento “al portador”, “cheque”, “servidor público”, “patrono”, “notario público”, “persona moral”, documento “público”, “servicio público”, “protocolo”, cosa “ajena” y “mueble”, bien “inmueble”, “derecho real”, etc. El significado y alcance de todas esas expresiones por lo general se colman con regulaciones que se rigen por otras leyes. Lo cual lleva a Roxin a rechazar que con relación a tales tipos penales de delitos que contengan sólo algunas de aquellas expresiones, se pueda hablar en realidad de tipos penales abiertos.³⁴⁴

4) Mas, asimismo, cabe mencionar que en los casos de tipos penales con expresiones “normativas” que a la vez son “abiertas” —sin regulación específica en la misma ley penal— ya sea que impliquen un juicio de desvalor (tales como “ilegalmente”, “ilícitamente”, “indebidamente”, “injustificadamente” etc.), o bien una mera valoración jurídica (tales como “desviar de su objeto”), son supuestos en los que la interpretación de la materia de prohibición de las conductas que pueden ser típicamente relevantes sólo puede fundarse en regulaciones que se hallen en alguna otra “ley” —directamente relacionada con la materia de prohibición—, toda vez que la ley es la única fuente jurídica a la que se puede atender conforme al mismo artículo 14 C. para decidir si la conducta es típica en el caso concreto. Salvo cuando el tipo —cuestionablemente desde el punto de vista de la exigencia de ley penas escrita— reenvíe de manera expresa o necesariamente implícita (en la propia redacción del tipo) a otra norma aplicable de jerarquía menor a la ley (reglamentos, circulares, manuales, instructivos, lineamientos etc.) o de naturaleza formal distinta a ella (tratados.) De no ser así, en la aplicación de la ley penal se viola el principio de legalidad en los delitos por el cual nada más la ley puede ser fuente de las normas penales. Y porque de no hallar soporte regulativo la expresión “normativa-jurídica” en alguna ley —o en disposición secundaria prevista o implicada necesariamente por el tipo— en realidad se dejaría a los jueces el poder creador de los delitos, a menos que, precisamente por esa ausencia, esos tipos “abiertos” se estimen de imposible aplicación al caso concreto de que se trate, el que, como tal se debe estimar atípico. Una clara manifestación de un tipo penal “abierto” en los elementos principales que definen su materia de prohibición es el de peculado. Parte de su esencia es el “desvío o distracción de de su objeto, de dinero, valores, fincas... etc.,... pertenecientes al Estado o al organismo descentralizado... para usos propios o ajenos”. (Artículos 223-I del CPF y 273-I del CPDF). Ya que ante ese supuesto simplemente cabe preguntar ¿cuál objeto?: ¿El

³⁴⁴ Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 272.

asignado en el presupuesto? Y si es así ¿será el asignado en la partida? o ¿el asignado para la cuenta? ¿El asignado por los órganos de dirección tratándose de una empresa paraestatal, o el asignado por alguna autoridad en algún acuerdo administrativo? ¿"Desviar" de su objeto es lo mismo que incumplir regulaciones distintas a la ley al ejercer el recurso? ¿Y de ser así, sería acaso suficiente con que esa regulación se contuviese en un "manual", aunque se cumpliera con las exigencias de la ley que regule el ejercicio del recurso que se supondría desviado?; etc. Para aclarar esas interrogantes bien se haría por empezar delimitando el aforo del tipo de peculado al "objeto legal" de los recursos, esto es, al objeto que se defina en la misma ley que regule el ámbito de competencia en el que el servidor ejerce sus funciones, pues ir más allá sin que el mismo tipo penal lo autorice, es decir, atendiendo a "objetos" y a regulaciones distintas a la ley a la cual está sometido directamente el servidor público para ejercer el recurso, bien sea a reglamentos, circulares, manuales, etc., es irrumpir contra la garantía de ley escrita como única fuente de la norma prohibitiva penal. Para enseguida decidir si el servidor público se excedió de sus atribuciones legales y con base en ello aplicó el recurso a un objeto distinto del que le señala la ley. Lo cual por cierto tampoco sería suficiente para acotar la materia de prohibición del tipo de peculado, ya que el desvío debe ser "para usos propios o ajenos" pues la mera "aplicación pública distinta de los fondos de aquella a la que estuvieren destinados" constituye el diverso tipo penal de ejercicio indebido de funciones que prevé el artículo 217-III del CPF. Sin que se pueda hablar de un concurso ideal de tipos, sino de un mero concurso aparente, dado que es incompatible la coexistencia de los tipos aludidos en virtud de que el elemento especializante "para usos propios o ajenos" del peculado absorbe al ejercicio indebido de funciones, cuyos elementos ya quedan dentro del mismo peculado (norma especial deroga norma general); la solución contraria que sostendría un concurso ideal aparejaría una doble agravación a la que se opone el artículo 23 C. A menos que en el caso concreto faltare el fin de emplear el recurso para uso propio o ajeno, caso en el que nada más se actualiza el ejercicio indebido de funciones del artículo 217-III del CPF. Todo ello sin pasar por alto que el fin de emplear los fondos para usos propios o ajenos apareja precisamente que el mismo servidor público o una persona extraña al servicio público disponga para sí de los fondos, lo cual no sucede en el ejercicio indebido de funciones. Así, es en parte por la especial regulación jurídica en otras leyes que —de esa forma— se puede complementar a algunos de los elementos «normativos» que yacen en aquellas figuras típicas. Pero el complementar toda la materia de prohibición en otra ley distinta a la penal es algo que ya se antoja excesivo. Y sin duda que ya no sólo es excesivo sino inconstitucional cuando sin cláusula legal que lo permita o sin que el tipo haga un reenvío expreso o implícitamente claro y necesario, su aplicación se haga con base en normas distintas a la ley.

5) Así pues, cuando el tipo penal incluya expresiones normativas de desvalor tales como "indebida", "indebidamente" o "injustificadamente" y se refiera a conductas de servidores públicos o relacionadas directamente con funciones o servicios públicos, así como cuando las conductas aluden a una situación que afecte el interés público, será siempre necesario que se les contraste con regulaciones que se hallen en alguna otra "ley" directamente relacionada con la materia de prohibición —toda vez que la ley es la única fuente jurídica a la que se puede atender conforme al mismo artículo 14 C.— para decidir si la conducta es típica en el caso concreto. Salvo, claro está, cuando el tipo reenvíe de manera expresa o necesariamente implícita (en la propia redacción del tipo) a otra norma aplicable de jerarquía menor a la ley (reglamentos, circulares,

manuales, instructivos, lineamientos etc.) De esa manera hay que entender a los tipos penales que contengan esas locuciones, si acaso se quiere respetar la garantía de legalidad en los delitos del artículo 14 C. 6) En el CPF se hallan tipos penales que se redactan con las expresiones "indebida" o "indebidamente" y que aluden a conductas de servidores públicos o relacionadas directamente con funciones o servicios públicos, así como a conductas que afectan el interés público, las siguientes: suministro o prescripción de narcóticos (artículo 197-párrafo-segundo); modificación, destrucción, pérdida o copia de información contenida en sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero (artículo 211-bis-5); abuso de autoridad por retardar o negar un servicio o protección a los que los particulares tengan derecho (artículo 215-III); abuso de autoridad por impedir la presentación o el curso de una solicitud (artículo 215-III); abuso de autoridad por negación de auxilio a otra autoridad de dar auxilio mediante fuerza pública (artículo 215-V); abuso de autoridad por apropiarse o disponer de fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado al servidor público (artículo 215-VIII); uso indebido de atribuciones y facultades (artículo 217 en todos los supuestos de sus tres fracciones y cuatro incisos); concusión (artículo 218); ejercicio abusivo de funciones al otorgar ciertos actos jurídicos (artículo 220-I); cohecho (artículo 222-I); cohecho a servidores públicos extranjeros (artículo 222-bis); peculado por utilización de fondos para realizar los actos del artículo 220 (artículo 223-II); retardo o negativa a la entrega de un cadáver por parte de encargados o administradores de agencias funerarias (artículo 230-párrafo-último); contra el consumo y riqueza nacional por negarse a vender artículos de consumo necesario o generalizado o las materias primas necesarias para elaborarlos, o las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto a los consumidores (artículo 253-I-A); contra el consumo y riqueza nacional por destruir materias primas, productos agrícolas o industriales o medios de producción, que perjudique el consumo nacional (artículo 254-I); contra el consumo y riqueza nacional cometido por funcionarios o empleados de cualquiera entidad o dependencia pública que nieguen o retarden la entrega de semillas, fertilizantes, plaguicidas, implementos y otros materiales destinados a la producción agropecuaria subsidiados (artículo 254-VI); y, equiparado al abuso de confianza por disposición de un vehículo recibido en depósito de autoridad competente (artículo 385.) 7) Asimismo, los tipos penales que en el CPF se redactan con la expresión "injustificadamente" y que se hallan en la misma posición de los tipos que se acaban de enlistar, son los siguientes: Contra el consumo y riqueza nacional por manipulación de bienes para mantener un precio injusto (artículo 254-I-B); negativa del encargado de administrar justicia de despachar un negocio pendiente dentro de los términos establecidos por la ley (artículo 215-IV); abstenerse de consignar a una persona detenida como probable responsable de algún delito, cuando ello sea procedente (artículo 225-IX); y, demorar el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido (artículo 225-XXVI.) En suma, en todos esos supuestos para poder afirmar el carácter "indebido" o "injustificado" de la conducta, es preciso que el juez se apoye en la contravención que realice el sujeto activo de una ley, según la materia de prohibición del tipo que corresponda.

A lo dicho se podría contra-argumentar que en realidad esas expresiones ("indebido" o "injustificado" de los tipos referidos) aluden a la antijuridicidad de la conducta cuya contrariedad lesiva no necesariamente habría de ser respecto de una ley, sino que también es posible que aquella antijuridicidad se dé cuando se contraría un

reglamento u alguna otra "normatividad" aplicable. Pero éste razonamiento adolecería de las fallas siguientes: **a)** Pasaría por alto a la garantía de legalidad estricta en materia penal que requiere de la ley penal como su fuente y toleraría la deslegalización del tipo sin norma expresa o necesariamente explícita en el mismo tipo que reenvíe a otra norma que carezca de la naturaleza de ley. **b)** Asimismo, ignoraría que una cosa es el tipo penal —cuyo aforo sólo y nada más puede quedar aclarado y precisado por la misma ley— y otra muy diferente la es la antijuridicidad de la conducta. **c)** Omitiría también el carácter de intervención mínima al que se debe sujetar toda norma penal, pues no toda conducta antijurídica tiene por qué ser punible. **d)** Y, finalmente, en contravención a la garantía de certeza de la ley penal, dejaría totalmente "abierta" la esencia del tipo, esto es, la descripción precisa del injusto quedaría abierta al inconmensurable campo de conductas antijurídicas y sin que la misma "ley" estuviese en realidad especificando la materia penalmente prohibida.

8) En un tenor diferente se encuentran los tipos penales que en el CPF emplean las expresiones "indebida" o "indebidamente" y que se refieren a bienes jurídicos disponibles, mismos que también se apoyan en el disfrute de derechos de sus titulares que la misma ley prevé, como son los siguientes: violación de correspondencia (artículo 173); conocimiento o copia de información contenida en equipos de informática (artículo 211-bis-4 párrafo-segundo); revelación, divulgación o uso de información de comunicaciones privadas (211-bis); utilización de información confidencial reservada (artículo 240-bis-párrafo-último); falsificación de documentos por aprovechar una firma o rubrica en blanco ajena (artículo 244-II); y, administración fraudulenta (artículo 388.) Ya que en esos tipos penales hubiese sido suficiente con que en vez de emplear las palabras "indebida" o "indebidamente" se aludiese a la falta de consentimiento del titular bien o del legitimado para darlo, porque en realidad aquellas alocuciones no se refieren a la desvaloración de la conducta por su contraste con alguna norma legal que expresamente la regule salvo la del tipo mismo, sino de la responsabilidad —obligación— que tenemos todos de respetar los derechos de los demás y la libre autodeterminación para el disfrute de los mismos.

9) Más por otra parte, también se debe admitir que hay ciertas expresiones normativas relativamente "aisladas" cuya regulación jurídica es imprecisa. Porque, aún en su significado literal, las expresiones tales como imagen o exhibición "obscena", acto "degenerado", escrito "pomográfico", contamine o dañe en forma "grave" el medio ambiente, lucro "inmoderado", medio de "extrema" violencia, "depravación", "escándalo", "medio social" del ofendido, "crueldad", "brutal ferocidad", "casta" y "honesta" en materia sexual, ganado "mayor" o "menor", etc., son ejemplos —entre otros muchos que se podrían citar— de esos elementos típicos que implican una especial valoración y que sí requieren de una regulación legal expresa en los tipos penales que las contengan. La que con frecuencia falta en la ley penal y en otras leyes y cuya oquedad les vuelve inconstitucionales. A esas expresiones Roxin les llama «cláusulas generales» de suyo criticables.³⁶ Sin que lo anterior implique desconocer que en todos los ámbitos jurídicos —y difícilmente la materia penal puede ser la excepción— se emplean expresiones cuyo contenido conceptual es indeterminado y se caracterizan por su fungibilidad relativa. Su tenor material obedece en gran medida a la idea predominante que tiene la gente

³⁶ *Idem*, p. 273.

sobre el significado material del concepto. Su aforo puede ser jurídico. Como la idea de «orden público», del que la misma jurisprudencia de la SCJN —en materia de suspensión en el amparo— sostiene su indeterminación apriorística, en tanto depende de cada caso concreto determinar si se afecta o no se afecta a aquél y, por ende, por lo general sólo se puede verificar a posteriori. O bien, el empleo de esos vocablos puede responder a conceptos formados prejurídicamente. Esto es, cuando toman su materia de ámbitos extrajurídicos, del ser, de la vida y de concepciones sociales que se consolidan como pautas o patrones culturales. Como lo son las palabras “obsceno”, “pornográfico”, “depravado”, “corromper”, etc. Las que el legislador asume en su materia típica de regulación. Contenidos que pueden cambiar según lo que la gente aprecie en el tiempo y en el espacio como conductas de tal clase. Así, en los llamados conceptos normativos «prejurídicos» o «culturales» como también se les conoce —y como lo son la gran mayoría de las expresiones antes dichas— se podría argumentar que en realidad la ley deja al juez ser el interprete de la comprensión social o cultural conceptual de las palabras que aquélla utiliza en el tipo, para que él decida en el caso concreto si el comportamiento obedece en su aspecto material al contenido conceptual social de la expresión; lo cual se justificaría, precisamente, por el carácter cultural relativamente cambiante de su tenor en los diversos tiempos y espacios sociales. Empero, ya Jiménez Huerta se refirió a esos elementos normativo-culturales en el Derecho Penal Mexicano. El maestro ibérico señaló: (...) si se profundiza sobre la verdadera significación de los elementos normativos, forzoso es concluir que obedecen a imperativos de técnica legislativa. Sin embargo, preciso es subrayar que su innecesaria inclusión en las figuras típicas afecta a la seguridad jurídica.³⁴⁶ Por su parte, Bettioli afirmó que (...) Con la introducción de elementos que requieren por parte del juez una valoración normativa se viene a ampliar considerablemente los poderes discrecionales del juez y a hacer elásticos los tipos delictivos. Es notorio que un pensamiento individualístico-liberal soporta mal que la libertad individual sea entregada a la discreción del magistrado. Esto puede acaecer no sólo cuando el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) no es la base de la legislación, sino también cuando en lugar de “tipos rígidos” se introducen “tipos elásticos” impregnados de elementos normativos.³⁴⁷

La solución estriba pues en: a) Denunciar y —el legislador— erradicar cualquier tipo penal abierto; es decir, todos aquellos que por la misma vaguedad de su redacción no sea posible determinar con precisión la materia de prohibición que los mismos pretendan punir. Así como también: b) Que el legislador evite en lo posible los tipos penales con elementos normativos que les falte una regulación en la ley. c) Y de no ser ello posible, establezca en la misma ley cláusulas que regulen el significado del elemento normativo, en especial el de carácter cultural, o incluso jurídico cuando su contenido conceptual no se precise en el tipo o en las leyes que corresponda y a las que el tipo reenvíe expresamente o de modo necesariamente implícito.

En el último aspecto, Henkel piensa que: (...) cuando el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa creación de norma, sino, por el contrario, renuncia a la norma, negación de la norma legal, indicando que a partir del caso concreto desarrolle la norma el juez”.³⁴⁸ Sin embargo, aun cuando es cierto que con tales preceptos regulativos —referidos a expresiones “culturales” que se contengan en los tipos— sería incorrecto construir conceptos «jurídicos» en el sentido de pretender que sean fijos, determinados y siempre estáticos y sin eludir el peligro de caer en contradicción con la opuesta naturaleza propia de los mismos; ello sólo

³⁴⁶ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 50.

³⁴⁷ Bettioli, *Derecho Penal*, pp. 150 y 151, cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Idem*.

³⁴⁸ Henkel, cit. por Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, trad. de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano de Murillo, 7ª Editorial, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, p. 137.

corroborar que debe ser flexible el ámbito material con el cual se diseñe el contenido legal conceptual de las cláusulas que regulen tales expresiones "culturales". La fungibilidad en el tiempo y en el espacio del significado de expresiones "culturales" en el tipo penal, de ninguna forma justifica que se deje de diseñar su noción legal; aunque sea relativamente elástica. Esto es, un concepto incrustado en la misma ley, determinable en lo posible en cuanto a su aforo material y que deje sólo los aspectos accesorios o marginales en manos del juez. Ya que sólo así es posible respetar la descripción específica del hecho que es materia de prohibición y de sanción penal y hacer medianamente eficaz la exigencia de certeza que se desprende de la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas que preceptúa el artículo 14 C. El legislador podrá decir que se le impondrá tal o cual pena a quien en público y en lugar abierto realice con su cuerpo exhibiciones "obscenas". Pero si omite dar un concepto material regulativo de lo que estima "obsceno" o de cuándo y de qué modo considera que sería "obscena" una exhibición corporal, dará entrada al espacio exento de Derecho permitiendo con ello el decisionismo judicial que venga a colmar el vacío legislativo del tipo penal. Lo que se torna más delicado aún, cuando la abierta expresión «cultural» —esta es, la carente de un parámetro legal conceptual de su contenido material— se refiera a la conducta misma con la cual se diseña el tipo penal. La conducta punible queda de esa manera hueca en su contenido material. Y ante la incertidumbre que se origina por la falta de respeto del legislador a sus deberes constitucionales de determinar los caracteres del hecho punible en la misma ley, es intolerable para el derecho de libertad general de acción que los ciudadanos se debiesen abstener de realizar cualquier conducta que a lo mejor pudiese ingresar en el terreno prohibido de un tipo penal defectuosa o imprecisamente redactado. Ferrajoli señaló con razón que: (...) Para que la desviación punible no sea «constituida», sino «regulada» por el sistema penal, no es suficiente, en efecto, que esté prefigurada por reglas de comportamiento. Comportamientos como el acto obsceno (...), por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo «en blanco», cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible.³⁶ El carácter sociológico cambiante del significado de las expresiones «normativas» es lento y no ocurre de la noche a la mañana. El legislador, en caso de fallar e incurrir en un error regulativo estrecho o rígido de la expresión normativa del tipo, o de verse precisado a su cambio por transformarse de manera importante la concepción social del contenido material de la expresión que regule, podrá adaptarla a través de la reforma legislativa a la cláusula regulativa correspondiente. Pero sin duda que el legislador incumple su deber constitucional cuando incurre en la oquedad material o regulativa de lo que en el tipo prohíbe con pena. En las expresiones «abiertas» —sin regulación complementaria— de los tipos penales que las contienen, subyace su inconstitucionalidad latente. Porque esas lagunas permiten que se colmen por el juez las implicaciones de las expresiones «normativas» no reguladas de esos tipos penales, cuando es la ley la que debe prever las incidencias esenciales verificables por las que el hecho ha de ser delito, de acuerdo con lo que dispone el artículo 14 C.

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 36.

No obstante lo anterior, algunos podrían ver en esa normativización un exceso de dogmatismo. Y reclamar, además, el carácter de “manual” que tendrían los códigos penales con motivo de esas ordenaciones, las que se considerarían sobradas. Y no faltarían otros que podrían afirmar que una ordenación así hace difícil el entendimiento de la ley penal para el pueblo al que está dirigida. Pero con independencia que el último argumento partiría de la falsa premisa de que todos los ciudadanos tenemos un código penal de cabecera que sacamos todos los días de la cómoda de nuestra recámara para consultarlo y leerlo como si fuera la Biblia, en el fondo de las cosas, con dichos raciocinios se pasaría por alto la función garantizadora de la libertad humana y de seguridad jurídica que tienen las precisiones y complementos legales de los tipos «abiertos» frente al poder punitivo del Estado. Esta función garantizadora se materializa en el juzgador que le compete aplicar «exactamente» la ley penal, sin que él la debiera completar. Por lo tanto, esas precisiones y complementos legales hacen eficaz el principio de certeza como vertiente material de la garantía de «estricta legalidad» en los delitos. Y así evitan —o al menos reducen— los espacios «abiertos» en la materia de prohibición penal. Porque son esas fugas las que si generan inseguridad, facilitan la arbitrariedad y toman en inconstitucionales a los tipos “abiertos”, al incumplir la garantía de legalidad estricta cuando les falta su complemento regulatorio que toma en incierta a la ley penal. Mucho más que en la Parte General, en el recinto de las figuras típicas de los delitos en particular —como ya se apuntó— es cuestionable que el legislador federal, el del Distrito Federal el de Coahuila y el de cualquier otra entidad federativa, omitan especificar legalmente los conceptos o criterios que acoten las expresiones de especial valoración cultural, así como todas las expresiones «normativas» cuya regulación jurídica es imprecisa en los códigos y, de ser el caso, que las mantenga aún cuando sean innecesarias e induzcan a confusión. Y es perfectamente posible que el mismo legislador cierre los tipos penales con todas las cláusulas regulativas que sean necesarias para dejar clara y cierta la materia penal de las conductas que prohíbe en cada uno.

— IV —

La aplicación de la ley penal y su interpretación

A. La aplicación exacta de la ley penal y la prohibición de la analogía y de la mayoría de razón. El

postulado del párrafo tercero del artículo 14 C. reza de la manera siguiente: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, «por simple analogía», y aún «por mayoría de razón», pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*.³⁶⁰

Esa prohibición de simple analogía y de mayoría de razón para imponer penas atiende más al principio de legalidad lata. Esto es, se dirige de manera prevalente al juzgador. La garantía de no imponer pena alguna por analogía o mayoría de razón impide que el juez imponga una pena parecida o más grave, a la que la ley prevé para el delito. Pero también prohíbe que el juzgador imponga una pena por un hecho si la ley penal no le prevé exactamente como delito. El delito que prevea la ley penal debe ser, pues, «exactamente aplicable» al hecho. Por lo tanto, incumpliría en yerro quien crea que dicha garantía sólo se limita a prohibir que se apliquen penas análogas o más graves a las que prevea la ley para el delito; pero que no limita considerar como delito a un hecho cuando él sea análogo o más grave al que prevea la ley penal; porque si el «delito» que prevé la ley penal no es «exactamente aplicable» al hecho, por este hecho no se podrá aplicar la pena que la ley prevé para aquél delito.

³⁶⁰ Las comillas y los corchetes son míos.

Ahora bien, «analogía» y «mayoría de razón» significan trasladar una regla jurídica a otro caso que no se regula en la ley penal, por la vía del argumento de la semejanza de los casos o de la mayor gravedad o peso de argumento de uno frente al otro. Si se tiene un gato crema, esa tenencia no puede ser punible porque la ley penal sancione tener gatos blancos y éstos sean similares a los gatos crema. Porque ello implicaría punir por analogía. O si se sanciona tener gatos, la tenencia de un león no puede ser punible porque los leones sean más peligrosos que los gatos. Porque ello aparejaría punir por mayoría de razón.

B. La interpretación de la ley penal. Las reflexiones hechas llevan de la mano al problema de saber: ¿Se permite la interpretación de la ley penal? Y, en su caso: ¿en qué medida se permite la interpretación de la ley penal? Es decir: ¿cuáles son los límites a la interpretación de la ley penal cuando su aplicación deviene en que se impongan penas a las personas? Porque está claro que se prohíbe imponer penas por «analogía» o «por mayoría de razón» a los casos que la misma ley penal no los prevé exactamente como delito. Pero ello deja sin respuesta el planteamiento inicial: ¿en qué medida es permisible que se interprete la ley penal? El hecho mismo de que se prohíba la analogía y la mayoría de razón al imponer penas y el que se exija la exacta aplicación de la ley penal, plantea la posibilidad de que esa ley sea susceptible de que se le interprete. Lo que va en disonancia con los motivos originales de quienes en la época de la ilustración idearon el *principio de legalidad*. Ellos partían de la base de que el juez no tiene nada que interpretar de la ley penal, sino que sólo tiene que «aplicarla». Así, el aforismo de Montesquieu es célebre. Él afirmó que «los jueces no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley».³⁶¹ Y la idea de Beccaria por la que imaginó al juez como un «autómata de la subsunción de la ley».³⁶²

Sin embargo, la concepción mecanicista del juez al aplicar la ley es impracticable. Pues salvo las cantidades, las medidas precisas y las fechas, todas las palabras o conceptos que emplea la ley admiten en mayor o menor grado varios significados. Ello es propio de la naturaleza del lenguaje y del idioma. Y resulta que el lenguaje escrito es el único medio que el legislador penal puede emplear para dar a conocer en la ley sus mandatos y prohibiciones. De aquí que el interpretar la ley penal no sea solo aceptable, sino necesario en muchos casos. Como así lo reconoció la SCJN fijando los criterios básicos para ello.

1. Los criterios básicos. La primera tesis de la SCJN, de la que se pueden desprender criterios básicos de interpretación de la norma penal, es la siguiente:

LEYES PENALES. Si bien el artículo 14 constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los tratados preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no debe ser ni extensiva, ni restrictiva sino solo declarativa de la voluntad del legislador.³⁶³

Empero, esa primera pauta de la SCJN amerita precisiones y complementos. 1) En efecto, si hemos de aceptar en un sentido racional el espíritu y la letra de la Constitución, en el sentido de que la ley penal debe ser «exactamente» aplicable al delito que se ha de punir; y sobretudo, que la disposición de la «exacta aplicación

³⁶¹ Cit. por Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 148.

³⁶² Cesar B. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, citado por Claus Roxin, *idem.*, p. 148.

³⁶³ Rubén Olivera Tamborini, 2 de julio de 1929, Quinta Época, Primera Sala, en *S. J. F.*, Tomo XXVI, p. 1277.

de la ley penal» se contempla en el artículo 14 C. como una garantía para las personas y, por lo tanto, como un límite para la facultad estatal de punir; al igual hemos de admitir que el lenguaje escrito es el único medio que el legislador emplea para dar a conocer en la ley penal sus mandatos y prohibiciones cuya violación sanciona con pena. 2) Y que esa interpretación literal será inadmisibles cuando conlleve a un disparate. 3) O bien, cuando esa sinrazón se desprenda ya no del contenido literal mismo de la norma, sino de su oposición al contexto sistemático de las demás normas en la misma ley y con las que aquella se relaciona.

La interpretación literal y la interpretación contextual son así los dos baremos rectores para interpretar la ley penal.

3.1) La compaginación «contextual» dentro del mismo código penal es de por sí necesaria en incontables ocasiones. Ejemplos: El CPF dice que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (artículo 7°); y, asimismo, señala que comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro (artículo 302), conminando la conducta con pena de prisión. Sin embargo, para que sea delito el acto u omisión de privar de la vida a otro, será necesario, además, que la acción u omisión sea antijurídica y culpable; esto es, que la conducta de matar a otro sea un injusto culpable. Lo cual se deduce de la interpretación sistemática de aquellas normas con las causas excluyentes de delito del mismo código penal. Asimismo, muchos tipos penales omiten aludir al daño o el peligro de daño que la conducta ha de ocasionar para que ella sea típica. Empero, esa condición se deduce de la agrupación sistemática de los delitos en los códigos penales, según lesionen a ciertos bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.

3.2) Pero el método «contextual» para interpretar la ley penal va mucho más allá de los cercos de las normas penales; esto es, de los preceptos de los códigos penales y de los que se incluyen en otras leyes con aquella naturaleza. Eso es obvio cuando se trata de los llamados elementos normativos específicos de índole especialmente jurídica que se insertan en las figuras típicas: como “ilegalmente”, autoridad “competente”, cosa “mueble”, “documento público”, etc. Pues en muchos casos el significado de esas expresiones solo adquiere sentido con relación al régimen legal que norma y conceptúa a las mismas. Pero incluso las expresiones normativas de desvalor como ilegalmente, indebidamente, ilícitamente, etc., se deben interpretar a partir de su significado literal. Por ejemplo, si el tipo penal alude a que la conducta se da fuera de los casos previstos por la “ley” o al carácter “ilegal” de la conducta, se debe buscar el contraste de esa conducta con la previsión de la “ley” y no será admisible indagarla respecto de alguna otra norma que no sea precisamente una “ley”, ya sea que se trate de “reglamentos”, “circulares”, “manuales”, “lineamientos”, etc. Así sería inaceptable que con base en el tipo de uso indebido de atribuciones o facultades (artículo 217-III del CPF) se pretendiese sustentar la tipicidad de un pago que realice un servidor público contrariando una “circular” o un “manual”, en tanto el citado tipo penal se refiere a un pago “ilegal”, que literalmente significa contrario a la “ley”. Como también lo sería el que se pretendiese sustentar la punición de un permiso de salida temporal a una persona recluida, que otorgue un servidor público, sin apoyar la pretensión en que aquél permiso se concedió “fuera de los casos previstos por la ley” según lo prevé el tipo penal del artículo 225-XXVI del CPF. (Tipo penal que —dicho sea de paso— hoy por hoy es de imposible concreción en materia federal, habida cuenta que la única “ley” federal que existe al respecto es la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de

Sentenciados y ésta “ley” no prevé permisos temporales, sin que sea válido argumentar que si es posible la tipificación penal federal de la conducta que prevé el artículo 225-XXVI del CPF con base en que precisamente la aludida Ley de Normas Mínimas no prevé ningún caso de permiso de salida temporal, o bien porque estos permisos podrían estar regulados en alguna otra “normatividad” diferente a la “ley”. Pues la primera interpretación ya se sale del cerco literal del tipo, en tanto tal artículo no puede dar un permiso de salida cuando la ley no los prevea, sino el darlo fuera de los casos en que la misma ley los autorice, (lo cual es distinto.) Y en cuanto al segundo entendimiento porque además de salirse del cerco literal, conculca la garantía de legalidad del párrafo tercero del artículo 14 C., (según ya se razonó en el número anterior de este capítulo.). E incluso si la voz contenida en el tipo penal es más amplia como “indebidamente”, “injustificadamente”, “ilícitamente”, etc., sin que el tipo o la ley penal hagan mayor reenvío expreso o tácito claro, no queda en tela de duda que el fundar tales vocablos amplios en normas que tengan una jerarquía inferior a la ley o sean de naturaleza distinta a la misma, significa violar la garantía de legalidad del artículo 14 C., especialmente cuando con base en una interpretación así se pretenda sustentar la punición de una conducta. **3.3) La necesidad de la interpretación contextual de las normas penales con otras materias del Derecho es también evidente cuando se trata de entender y precisar el aforo material de las excluyentes del delito por causa justificante.** Ya que con frecuencia se tendrá que acudir a las normas de otra materia jurídica diversa a la penal para decidir si se actuó con derecho o en el cumplimiento de un deber, por ejemplo. En el campo de las causas de justificación precisamente por su conexión con todas las materias del Derecho, es no solo admisible sino necesario acudir a criterios de interpretación más amplios que los que rigen el cerrado campo del tipo penal, pues ya no se trata de sustentar la punición sino de excluirla y porque según la materia jurídica de que trate, ésta puede hacer factible una interpretación o incluso una aplicación por analogía o mayoría de razón para excluir el delito.

3.4) Es asimismo trascendente la interpretación contextual que se deriva del sistema normativo penal inserto en la misma ley penal. De ese sistema se desprende que los tipos penales están imbuidos de una esencia normativa que no se debe desatender. En tanto todos los tipos penales encierran la descripción de una conducta que la norma prohíbe. Por lo tanto, es insuficiente examinar el tipo sólo en la perspectiva óptica del supuesto de hecho de la conducta que contemple. Esto es, nada más en relación a los elementos expresos de carácter material y la realización óptica de la conducta que los actualiza según el contenido de fin de la misma. Y, sólo por excepción, atender a aspectos “normativos” cuando el tipo penal los describa. Porque la exigencia de que la conducta siempre ha de atacar a un bien jurídico ya conlleva de por sí un examen “normativo” de este elemento en el contexto del tipo y en atención a los fines preventivos de la norma por la cual se intenta evitar el peligro o daño lesivos a los bienes jurídicos que la misma tutela. Más igual lo conlleva la esencia misma de la conducta típica en el contexto descrito por la norma penal, pues la conducta sólo podrá ser típica si ella está prohibida por la norma penal que subyace en el tipo. Esto podrá ser obvio en los tipos penales delictivos de simple conducta activa en la medida que se ajusten a las circunstancias descritas por el tipo y sea claro que son lesivas al bien jurídico protegido. Pero no lo es tanto en muchos casos y menos en los tipos de resultado ni en los de omisión —ya sean de simple omisión o ya sean de comisión por omisión. En los primeros lo decisivo no es sólo causar el resultado. Como tampoco sólo lo es el resultado que devenga de la

realización de una conducta cuyo fin lo comprenda. Ya que el hecho de que la conducta esté prohibida en sí misma juega un papel primordial. Como también lo es que el resultado esté dentro del dominio de la acción del autor. Al igual que decidir si y hasta qué punto aquella es realmente lesiva al bien jurídico tutelado del cuya noción misma ya hay oquedad en la ley. Es así incorrecto, en el primer aspecto, estimar como típico el hecho de que se lesione al bien jurídico disminuyendo el riesgo de un mal mayor para el mismo bien jurídico no atribuible al autor; simplemente porque cuando se realiza una conducta permitida, ésta ya no se adecua a la prohibida del tipo penal. Así, de la misma interpretación contextual se deduce que la misma ley exige que para que una conducta sea típica es preciso que esté prohibida y que toda vez que hay muchos tipos que describen la acción de tal forma neutral que es preciso determinar —a través de la interpretación contextual de la norma— ¿cuándo se debe en realidad considerar como prohibida por la ley penal? En el segundo aspecto, porque cuando el resultado que se produce haya estado fuera del control del autor —en cuanto éste haya carecido de la posibilidad de dominar su producción— tal resultado no debe serle atribuido a aquél aún cuando se establezca que su conducta fue causa del resultado, a menos que se le quisiera responsabilizar por el azar. Del mismo modo la simple omisión es irrelevante para fundar un delito de resultado por conducta omisiva. En tanto que sólo se pueden prohibir omisiones que se apoyen en el incumplimiento de deberes jurídicos de actuar posibles de evitar ciertos resultados. A menos de conceder a los jueces poderes creadores de la misma ley penal. Y el que también las omisiones sólo adquieran relevancia penal si en el caso concreto había la posibilidad de actuar en el sentido de la norma, simplemente porque nadie está obligado a lo imposible. Por lo que una omisión de tal naturaleza no debe estimarse prohibida a menos que la persona misma se procuré tal imposibilidad. Como esas hay muchas otras cuestiones de imputación no resueltas por la ley penal y que es preciso responder con una interpretación ajustada a un estado de derecho.

4) De ahí que la misma Constitución también entre en consideración en el método «contextual» para poder precisar conforme a ella los contenidos de los elementos del delito; esto es, de los presupuestos de la pena.

Porque en un estado de derecho, donde los derechos humanos y sus garantías se inscriben en la carta fundamental del país —como sucede en México— esos derechos fundamentales también sirven de pauta para decidir el aforo material y normativo de lo que es la conducta típica, antijurídica y culpable. El concebir jurídicamente al delito —y el saber cuál es el significado de los elementos del delito— no es cosa pues de forjar cualquier teoría que se nos antoje. Ya sea de índole lógico-formal, sociológica, normativa o de cualquier otra clase. Pues en tanto que el objeto que se regula, lo que se prohíbe y lo que se pune en los tipos son las conductas de personas como manifestación de lo que son esas conductas y lo que deben ser en el marco social que norma el Derecho. Habrá entonces que tomar en consideración los límites y las pautas que se derivan de la Constitución de un estado de derecho respecto de nuestros derechos, para saber hasta qué punto llega el ejercicio de los mismos y cómo y hasta qué extremo puede el Estado con licitud prohibir con penas las conductas de las personas; como al igual para estimar la culpabilidad del sujeto. La exégesis jurídico-penal no debe pues desatender la luz que le den los valores de la carta fundamental para concebir el delito. Los derechos y las garantías individuales reflejan los ámbitos en los que el individuo se ha de desenvolver en el ejercicio de su libertad. Y en qué medida ella puede ser limitada o incluso debe limitarse en el mundo de relación con los demás a través de las normas penales es algo en lo que aquellos derechos tienen

mucho que ver. Ello vale tan para evitar distorsiones al entendimiento de lo que es la conducta; como para circunscribir por medio de la interpretación el aforo material y normativo de muchos tipos penales. Es decir, para precisar el ámbito de las conductas que prohíbe el tipo penal. Y, por tanto, de cuándo se trata realmente de la conducta prohibida que enmarca el tipo. Ello es válido incluso cuando se trata de conceptos regulativos. Pues —por ejemplo—: tendrá mucho que ver el ejercicio de la libertad en sociedad, para saber los márgenes de los riesgos que se desapruaban en el tipo penal culposo —y dentro de los cuales se dé la “culpa”—. Es decir, cómo y en qué medida es y no es permisible ejercer tal libertad creando un riesgo para los demás. De ello se deduce que no cualquier causación de un resultado dañoso “previsible” configurará un tipo penal culposo. Sino sólo el resultado dañoso previsible que se produzca en virtud de un riesgo jurídicamente desaprobado que genere una conducta. En igual línea de pensamiento, para ponderar los intereses jurídicos en juego en los casos de estado de necesidad, de ejercicio de un derecho o de cumplimiento de un deber, será preciso acudir no solo a otras materias del Derecho; sino, además, a las pautas que dé la carta fundamental sobre esos intereses en juego. Igualmente, la noción de “culpabilidad” —lo mismo que la gravedad de esa culpabilidad a efecto de medir la pena— se ha de fundar y ajustar a los derechos de dignidad, de libertad, de la propia conciencia, de la información, de la igualdad, etc. En la interpretación contextual con enfoque democrático importan pues los límites sustanciales que se derivan de tal visión. Porque ellos contribuyen a dar contenido y cauce a los cercos formales y a los aforos materiales de muchas normas “abiertas” o incluso regulativas de los tipos penales y de los demás presupuestos de la pena.

Por todo ello se deberá conceder que: en el estrato de la interpretación del tipo penal —como supuesto de hecho punible descrito por el legislador— el sistema de interpretación de la ley penal debe ser racional y coherente con el significado literal que no sea absurdo en sí o por su contexto sistemático tan con las normas penales como con el Derecho como un todo. El cual ha de tener como punto de referencia permanente a las normas constitucionales; es decir, los derechos y por excepción a las obligaciones jurídicas sustanciales del ser humano en sociedad. Esto es lo que se podría llamar un método de interpretación sistemático —literal y contextual— democrático.

5) Por ende, así como es inadmisibles una interpretación literal que sea absurda según aquellos parámetros. 6) También quepa sostener la validez de la interpretación literal no absurda y que parta de un texto legal claro y congruente con su contexto normativo en un estado de derecho. Sin que se le pueda excluir para aplicar la ley penal con base en algún otro criterio contrario al sentido literal y contextual democrático que no sea absurdo. Ya que la interpretación literal no absurda —ya sea de índole gramatical o acorde al uso corriente del lenguaje— y ajustada a su entorno contextual en aquél sentido, es un límite objetivo que garantiza que no se extienda la facultad estatal de punir con base en otras consideraciones contrarias a aquella interpretación. Más aún cuando esa interpretación obedece al mismo lenguaje escrito que utiliza la ley penal como único medio para consignar sus preceptos. Y que en tal sentido se constituye en garantía de seguridad jurídica para las personas. Bien dice Roxin que: (...) la vinculación de la interpretación al límite del tenor literal de la ley penal no es en absoluto arbitraria, sino que se deriva de los fundamentos jurídicopolíticos y juídicopenales del principio de legalidad. El legislador solo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no «rige».³⁶⁴

³⁶⁴ Claus Roxin, op. cit., p. 149. Nota: El corchete es mío

7) Por lo tanto, *el tipo penal se debe interpretar conforme a su significado literal y contextual. Y sólo cuando el tenor literal o frente a su entorno contextual conduzca a un absurdo —como también cuando aquél tenor sea confuso o vago— sin que ni uno ni otro caso se puedan salvar con la interpretación contextual, es que será admisible como alternativa acudir al sistema «histórico» —como lo son la historia, los estudios preparatorios, las exposiciones de motivos y los dictámenes de la norma objeto de interpretación— y al «teleológico» —fin de la ley— como expresión del anterior y de los fines preventivos generales de las conminaciones penales. Y sólo en tanto esos métodos aclaren el significado «literal» vago o poco claro del tipo penal que se interpreta, o le den sensatez a su tenor literal y contextual en el ámbito de la prevención general.²⁶⁵ En tal sentido, presenta especial interés la tesis siguiente de la SCJN:*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL. No es verdad que los tribunales deban normar su juicio atendiendo a la intención que tuvo el legislador al expedir la ley; sino que, en materia penal, debe ser la letra y el espíritu de la propia ley la que norma el criterio del juzgador, acatando los preceptos de su significado gramatical; y solo le es permitido dirigirse a la interpretación cuando los términos de la ley no son lo bastante nítidos para dejar entender su significado preciso.²⁶⁶

8) *Así sí se puede admitir que el sistema de interpretación de la ley penal deba ser el mismo tan para aplicarla fundando la punición del hecho, como para no aplicarla excluyendo dicha punición.* De esa manera se orienta la elucidación de la ley penal por los cauces correctos. Por ello es que el sistema de interpretación de la ley penal que sirva para aplicarla y de ahí fundar la punición podrá ser el que más se ajuste al significado no absurdo del tenor literal y el sistemático-democrático posibles de la ley penal que se aplique. E incluso podrá ser el que se derive del significado del lenguaje gramatical más próximo al legislador histórico y de acuerdo con el contexto sistemático legal en el que el concepto se enmarca, mismo que sea acorde con los motivos del legislador y el fin preventivo de la norma siempre y cuando no se desajusten a los ideales valorativos de la C.

9) *Mas sólo es admisible que se aplique la ley por la que se puna el hecho a través de la unión compatible de los criterios de interpretación apuntados —literal, contextual-democrático, histórico y teleológico—. Es decir, que sea coherente y no excluyente de esos criterios de interpretación. Y en la cual:*

La interpretación literal que no sea absurda y sí acorde con el significado corriente del lenguaje y en su caso ajustada a su contexto normativo democrático, es la que debe servir como criterio rector. Y los restantes criterios como complementos de los primeros, mas sin que alteren la esencia del significado literal y contextual-democrático de la norma penal. Sino que le den sentido. Tal es el caso de las siguientes tesis del TSJC:

ROBO EN "LUGAR HABITADO". INTERPRETACIÓN LITERAL Y CONTEXTUAL COMPARATIVA DE LA CALIFICATIVA (DELITO DE PELIGRO CONCRETO O ABSTRACTO.) La modalidad especialmente agravante de robo en lugar habitado, apareja a un delito de robo en lugar concreto y no a un delito de robo en lugar abstracto. Este último sí quedaba comprendido (antes de las reformas de 1993) bajo la expresión lugar "destinado para habitación" que es diferente a lugar "habitado". Así, en la fracción III del artículo 340 del Código Penal de Coahuila antes de su reforma del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y tres, publicada en el *Periódico Oficial* con fecha siete de septiembre del mismo año, el legislador distinguía entre: ". . . edificio, vivienda, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación . . ." De esta manera, lo que en la anterior legislación del Estado se ponderaba a través de dichas calificativas, era tanto la morada del ofendido y por tanto, su seguridad en abstracto. Como su seguridad en concreto si el lugar está habitado. Protegiéndose así, a través de la antelimita modalidad que se transcribió, la seguridad en abstracto de las

²⁶⁵ La referencia a que la interpretación literal no sea absurda se justifica porque a veces hay errores de redacción o sintaxis legislativa que pueden conducir a ese resultado. En tal caso, sí serán especialmente valiosos los restantes criterios hermenéuticos integrados en una interpretación lógica sistemática. Al respecto, ver a Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 147 a 155. Sobre los distintos criterios de interpretación de las leyes ver a Héctor Gerardo Zertuche García, *La Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mexicano*, Segunda edición comentada, Editorial Porrúa, S. A., México, 1992, pp. 3 y ss., en especial sobre la interpretación lógico-sistemática de la ley. Sobre la interpretación en el Derecho Penal, ver, además, a Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, op. cit., pp. 129 y ss.; y en México, a Miguel Ángel Cortés Ibarra, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., pp. 69 y ss., Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Pivas, *Código Penal Anotado*, op. cit., pp. 17 y 18, y Gustavo Mato Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, pp. 169 y ss.

²⁶⁶ SCJN, Primera Sala, Quinta Época, S. J. F., Tomo CXIX, p. 3063, Amparo penal directo 5030/51, 16 de octubre De 1953, mayoría de 3 votos.

personas. Cuya lesión se producía por el sólo hecho de introducirse a un lugar destinado a la habitación. Independientemente de que se encontrara habitado o no en el momento de ejecutarse el delito. Interpretación que ya no podrá sostenerse cuando la modalidad agravante del tipo ya no se refiere a lugar destinado para habitación sino sólo a lugar habitado y no obstante, se pretenda incorrectamente agravar la conducta como si tal circunstancia todavía estuviese incluida en la ley penal.³⁵⁷

ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS. INTERPRETACIÓN LITERAL Y CONTEXTUAL PARA EL ALCANCE DE LA CALIFICATIVA "INSTRUMENTO IDÓNEO PARA LA AGRESIÓN". La fracción IV del segundo párrafo del artículo 338 del Código Penal, establece como circunstancia agravante del delito de robo cometido con violencia o intimidación en las personas, "*cuando además del empleo de la violencia o de la intimidación, el hecho se efectúe llevando el agente un arma de fuego o de otra clase u otro instrumento idóneo para la agresión*". En exacta aplicación de la ley penal y de acuerdo al tenor literal de la calificativa en examen: La "*idoneidad*" se emplea como adjetivo del instrumento. Es decir, es el instrumento el que debe ser idóneo para agredir. Por *idóneo*, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, se entiende "... lo que es suficiente, o apto, o propio para algo conveniente...". Por *instrumento* se entiende "... el objeto, utensilio, aparato o máquina que sirve para un trabajo o una operación..." En consecuencia, el *instrumento idóneo para la agresión es aquél objeto que es propio o apto para agredir*. Y no cualquier instrumento que por la forma en que se utilice resulte apto para agredir. Así, un cinto, por su naturaleza, es una prenda de vestir. No es instrumento idóneo para el empleo de la violencia constitutivo de la modalidad agravante en estudio. Aun cuando eventualmente, como sucedió en el caso, se empleó para agredir a la víctima. Esta Sala no pasa por alto, que si bien es verdad que la ley refiere la "*idoneidad*" al instrumento y no a la forma en que éste pudiera ser utilizado para agredir. También lo es, que según se desprende del texto de la calificativa contenida en la fracción IV del segundo párrafo del artículo 338 del Código Penal, en esta calificativa además se incluye a las "*armas*". Pero lo anterior no es óbice para excluir la interpretación que se ha dado de "*instrumento idóneo para agredir*", en virtud de las razones siguientes: a) Esta modalidad de la calificativa debe ser diferenciada de las "*armas*" que ahí también se tipifican como contenido de otra modalidad. Las cuales por su propio diseño original son útiles para agredir. b) Para los efectos de la calificativa especialmente agravada del robo violento, instrumento idóneo para la agresión será aquél que sin haber tenido el diseño original de un arma, se le altere su conformación física y se le convierta por sí en un objeto de carácter lesivo. Como acontece con las "*puntas*" o "*correas con balas*" *hechizas*. Pues unas u otras pueden corresponder a objetos que originalmente no tenían un diseño lesivo. c) Si en la oración típica que se examina, el adjetivo "*idóneo*" determina al sustantivo "*instrumento*" y además se habla de "*armas*" como modalidad diversa, debe entonces concluirse que lo que la ley agrava de manera especial, es que para robar se utilice un arma, o bien un instrumento cuyo diseño original no hubiere sido lesivo, pero al que se le alteró su conformación física para que tuviere tal carácter. d) Debe decirse también, que si la calificativa en examen fuese interpretada en sentido amplio, dejaría sin esencia el empleo de la "*violencia*" como contenido de la materia de prohibición que contempla el primer párrafo del artículo 338 del Código Penal. Pues en todos los casos resultaría especialmente más agravada la pena por el sólo hecho de utilizar cualquier objeto para tal fin. e) Si se procediere de la forma anotada, se caería en el absurdo de que se agravaría de manera especial el robo violento cuando por la forma en que se utilizase cualquier objeto, éste pudiera resultar lesivo. Y la violencia como calificativa del robo quedaría restringida sólo a los casos en que no se empleare ningún instrumento. O bien cuando se utilizare un instrumento que en sí sea inidóneo para agredir. Cuando es evidente que no se legisla para el absurdo.³⁵⁸

10) El que se interprete entonces la ley penal sólo con base en uno de aquellos criterios —como lo son la historia, los estudios preparatorios, las exposiciones de motivos y los dictámenes de la norma objeto de interpretación— y el «teleológico» —fin de la ley— como complementarios al tenor literal y su significado contextual para estimar que el hecho enmarca en el tipo penal, cuando ello sea inadmisibles según el mismo significado literal y contextual no absurdo del tipo penal, en realidad conlleva a que se aplique de manera «inexacta» la ley penal. **11)** Y significa, además, que se pase por alto que la garantía de «exacta aplicación de la ley penal» se da por la Constitución en favor de las personas y no para que se le utilice desvinculada de su noción de garantía y sólo acorde a los afanes preventivos. **12)** Y menos aún cuando de esa manera se desprecie el significado literal y contextual no absurdo de la ley penal, invocando algún otro criterio de interpretación en perjuicio del inculpado. **13)** Como también sería una aplicación inexacta de la ley penal, el adecuarla a un hecho con base en alguno de esos criterios aun cuando el sentido literal y contextual no absurdo del supuesto legal penal sea discrepante con la conducta fáctica que se trata de punir. Es más, si de acuerdo con alguno de los criterios para interpretar la ley penal, la conclusión es de que el delito no es exactamente aplicable al caso concreto, sin que exista razón válida para excluir ese criterio, ello debiera ser razón suficiente para impedir la aplicación de la ley penal a ese caso. **14)** De aquí que sea insostenible una

³⁵⁷ T. P. 590/96. Sentencia 704/96. 8 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Magdo. Ponente: Xavier Díez De Urdaniva Fernández. Srío. de Estudio y Cuenta: Luis Efrén Ríos Vega. Antonio Berchermann Arzpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., tomo II, p. 778.

³⁵⁸ T. P. 739/95. Sentencia 78/96. 22 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Magdo. Ponente: Antonio Berchermann Arzpe. Srío. De Estudio Y Cuenta: Francisco Ángel Rangel Mendoza. Antonio Berchermann Arzpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., tomo II, p. 779.

interpretación contraria al significado literal de las palabras de la ley o al de su uso corriente de acuerdo con el significado literal o semántico más próximo al legislador histórico que no sea absurdo y, en su caso, ajustado por el método contextual. Esa interpretación inaceptable es la que se da por ejemplo en la tesis jurisprudencial siguiente:

ARMAS PROHIBIDAS, PORTACIÓN DE VEHÍCULOS. Para la integración del delito de portación de arma prohibida, es indiferente que se lleve en el asiento o en el piso del automóvil, puesto que para considerar que una persona porta un arma, no es necesario que ésta la traiga en la cintura o en el bolsillo, sino que esté a su alcance en determinado momento.³⁹⁹

Ello es como se indica, **14.1)** en virtud de que el uso corriente de la palabra «portar» es la de *llevar o traer consigo una cosa*. Y el significado literal de «consigo» es *sobre sí*, como verbo transitivo. Por ello, cuando el arma *se lleva en el asiento o en el piso del automóvil* y aunque *esté al alcance de la persona en determinado momento*, es inconcuso que esa arma no la «porta» la persona en el sentido que la lleve o traiga *consigo*, es decir, *sobre sí*. La solución de la ejecutoria es pues contraria al uso corriente de la palabra «portar» y al significado literal de lo que significa traer o llevar *consigo* o *sobre sí* como verbo transitivo de «portar»; al igual que discrepa con el uso corriente —o semántico— del lenguaje de lo que se entiende por portar un arma. Y la extensión del verbo «portar» a situaciones ajenas a ese término —cuando la interpretación literal del mismo no es absurda— deviene inconstitucional por violar la garantía de la exacta aplicación de la ley penal. **14.2)** Más cuestionable resulta aún el criterio que equipara la conducta de “portar” a la de “poseer”. Pues esta tiene un significado más amplio que el de la mera “portación”. Pues si bien es verdad que cuando se «porta» un arma se le «posee», también lo es que al arma se le puede «poseer» de muchas otras maneras distintas a la de “portarla”. Con ello, en el fondo se aplica la ley penal sin que el delito se adecue *exactamente* al hecho.

15) Y también es objetable que una interpretación se base en un solo criterio de exégesis —aunque sea de carácter preventivo— cuyo resultado se opone o discrepa con los restantes criterios admisibles, en especial con el literal o el de uso corriente del lenguaje que utilizó el legislador y que no es absurdo. Como también sucede con la tesis siguiente:

ARMAS, PORTACIÓN DE, DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. La circunstancia de que el inculpado acostumbrara llevarla a su alcance en el automóvil que tripulaba y que allí le haya sido encontrada el arma de uso exclusivo del ejército, armada y fuerza aérea, no es óbice para configurar el delito previsto y sancionado por la fracción I del artículo 83 de la Ley de Armas de Fuego y Explosivos, puesto que portar significa traer consigo una cosa, no siendo requisito indispensable que tal arma la tenga en la cintura, o en el bolsillo, sino simplemente que se encuentre a su alcance en un momento determinado, ya que en el referido ilícito queda incluida la sola posesión de las mencionadas armas de fuego, pues el legislador lo que protege es la exclusividad del Ejército para la posesión y uso de determinadas armas.³⁹⁹

15.1) En este caso, es claro que el fin de protección de la ley penal —aunque sea el que se deriva de la interpretación en su sentido de prevención general— no puede por sí mismo justificar al juez que interprete el tipo penal en contra del significado literal no absurdo que tenga la conducta descrita en aquél. Pues de ser así, cualquier método de exégesis sería admisible para punir, aun cuando ese método en el caso concreto diverja con el resultado de otros métodos que la propia SCJN ha aceptado. **15.2)** Porque la disposición del artículo 14 C. es una garantía y por lo tanto es un límite al poder punitivo estatal. De aquí entonces que la interpretación

³⁹⁹ Séptima Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo 187-192, Segunda Parte, p. 85.

³⁹⁹ Séptima Época, Primera Sala, S. J. F., Tomo 115-120, Segunda Parte, p. 35. Amparo directo 2283/78, Enrique López Gaxiola, 8 de septiembre de 1978, 5 votos, Ponente: Mario G. Rebolledo F., Secretario: Salvador Ramos Sosa.

del juzgador para aplicar «exactamente» la ley penal se debe limitar a la que obtenga una misma y razonable conclusión, de acuerdo con los diversos procedimientos aceptables. Lo que no sucede en la ejecutoria transcrita. **15.3)** Igualmente, el hecho de que una conducta pueda ser antijurídica no significa, necesariamente, que por ese dato se trate de la conducta que la ley penal prevé como delito. O dicho de otro modo, que se trate de una conducta típica. Como así parece darlo a entender la tesis que se critica. Porque en realidad la ley penal siempre pune conductas que son antijurídicas. Pero no todas las conductas antijurídicas se punen como delitos por la ley. De aquí que pueda ser antijurídico en ciertos casos que se «posea» un arma, pero ello no autoriza a afirmar que por ese motivo aquella arma se «porta» —como en la misma tesis se reconoce que no se «porta»—. El que se sostenga lo contrario en esos casos significa —no más, pero no menos— aplicar «inexactamente» la ley penal a una conducta atípica e imponer una pena a una conducta análoga a la que realmente prevé y pune la ley como delito. **16)** *Cabe tener entonces muy presente que si bien es válido que se interprete la ley penal. Ello no se puede usar como medio para extender la potestad punitiva del Estado más allá del límite racional que le imponga el texto legal según su sentido literal posible y acorde con el uso corriente del lenguaje si es que el significado del mismo no es absurdo. Mismo que sin alterar su sentido se puede ajustar con la interpretación contextual-democrática. Y complementar, en su caso, con los métodos histórico y teleológico de la ley penal.* Todo ello significa ni más ni menos que ajustarse a la visión del estado de derecho que da la C. Como también son admisibles estos métodos de interpretación para dilucidar el sentido de la norma penal cuando su tenor literal y aún el contextual sean confusos o imprecisos. **17)** Por lo tanto, si hemos de atenernos a que la interpretación se admite en virtud de hacer viable la garantía de la exacta aplicación de la ley penal y no para trastocar esta garantía y en detrimento de ella extender la facultad de punir. No será jurídicamente tolerable que simplemente se use alguno de los criterios de interpretación de la ley penal para excluir a cualquiera de los restantes posibles que admita el tenor literal o el uso corriente del lenguaje no absurdo de la norma penal —ajustado en su caso por su sentido contextual-democrático— y que, por ello, se afecte a quien se impute el hecho como típico sin realmente serlo.

2. La interpretación analógica y las cláusulas analógicas de tipos abiertos. Con lo que se expuso queda clara la completa sumisión al significado no absurdo de los términos textuales de la ley penal —y en su caso ajustado por el método contextual-democrático— por parte de quienes les compete aplicarla. Lo cual también apareja que la ley penal no se debe aplicar a casos distintos a los supuestos que la misma comprenda. Lo cual encuentra nítida expresión en la garantía de prohibición de analogía del artículo 14 C. En tal sentido, la analogía consiste en aplicar la ley a supuestos que ella no prevé, pero que son muy similares a los que la misma contempla. Por lo tanto, una vez que se establece el significado de la ley penal y se precisa así el alcance de la norma, ésta no se debe aplicar a situaciones afines por muy parecidas que sean estas.

1) Sin embargo, con base en que una cosa es interpretar la ley —lo cual apareja definir el significado de la norma— y que otra la es el aplicarla, se ha estimado que la prohibición de analogía del artículo 14 C. se refiere a la “aplicación” analógica de la ley, pero no a su “interpretación” analógica. La distinción parece lógica y clara; pero ella conlleva en la práctica riesgos serios de inconstitucionalidad. **1.1)** Porque se conculcará la garantía

del artículo 14 C. en cualquier caso en el que se use una "interpretación" analógica para en realidad "aplicar" la norma por analogía en perjuicio de la persona. Éste hecho ya lo reconoce expresamente el artículo 2 del nuevo CPDF al señalar, en lo conducente, que: *"(Principio de... prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). ...Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón en perjuicio de persona alguna".* **1.2)** Asimismo, la analogía es discutible como método de interpretación de la ley penal cuando con ella se trate de punir. Porque ya se puso en claro el respeto de la interpretación al significado no absurdo de los términos textuales y contextual-democrático de la ley penal por parte de quienes les compete aplicarla. En su caso complementados por los métodos histórico y teleológico orientados a las razones y fines de las conminaciones penales. **1.3)** Por lo que cabría tan solo la interpretación analógica como parte de un método contextual-democrático. Aunque entonces ya se está frente al sistema contextual que aclara o corrige un significado literal absurdo. Por otra parte, también se evidenció cuáles son los métodos aceptables para complementar el significado textual y contextual de la norma penal. Pero sin que alteren el significado no absurdo que se derive de ellos. Y sin que la ley penal se deba aplicar a casos distintos a los supuestos que la misma comprenda aunque sean similares. Aunque al respecto volveré a tocar el tema un poco más adelante.

2) Por otra parte, *se distingue entre la aplicación analógica de la ley penal y la aplicación de las cláusulas legales de analogía. Las que, por tanto, se hallan insertas en la propia ley.* Estas cláusulas se dan cuando en la misma norma penal se incrustan expresiones destinadas a ampliar el supuesto legal a otros similares. Esto es, cuando la norma penal dispone que se aplique a casos afines al supuesto que sancione con pena. **2.1)** *Claro que esto no sucede cuando el legislador acude a una descripción casulística, pero él completa a la vez la norma con alguna fórmula que cierra aquella exposición.* Como acontece con el concepto de lesiones, donde casulísticamente se enuncia a las excoriaciones, fracturas, dislocaciones, heridas y quemaduras, para luego rematar con *"cualquier otro daño a la salud que deje una huella externa".* **2.2)** *Pero a diferencia de aquellas fórmulas, las llamadas cláusulas legales de analogía por lo general van precedidas con expresiones enunciativas, pero concluyen con otras expresiones que no cierran el supuesto sino por el contrario, aquellas permiten aplicar el supuesto a casos parecidos.* Por ejemplo, en la figura típica de portación prohibida de ciertas armas, con frecuencia el legislador ha acudido al expediente del «cajón de sastre», en tanto que después de describir determinadas armas cuya portación prohíbe, ha remendado con la fórmula de que también quedaba prohibido portar "instrumentos similares". **2.3)** En estos eventos, si con base en una expresión así el juez aplica la norma penal a un caso concreto, donde el instrumento no coincide con los descritos pero sí es uno similar, se argumenta que en estricto sentido aquél no estaría más que sujetándose a la previsión de analogía de la norma penal. Y, por lo tanto, la estaría aplicando exactamente. Ya que es el mismo tenor literal de la ley penal el que le permite esa interpretación extensiva. Así lo han considerado los tribunales federales para negar que haya una «aplicación» analógica de la ley que amerite el amparo en tales casos; y para estimar, igualmente, que sólo haya una «interpretación» analógica que la misma norma penal autoriza en esos casos. En rigor, puede ser que el argumento sea correcto a la luz de una lógica formal. Más con ello se pasan por alto los verdaderos problemas subyacentes. **2.3.1)** El primero: Las normas penales con

cláusulas de analogía son tipos penales «abiertos» que pugnan con la garantía de certeza de la ley penal. El vicio de las llamadas cláusulas de analogía, no es entonces el que conduzcan a una aplicación inexacta de la ley penal, sino el de la falta de certeza de la norma misma debido a su absoluta amplitud al permitir la analogía que la misma C. prohíbe. **2.3.2)** Y el segundo –y no menos importante–: El contenido de las cláusulas de analogía no solo ataca al principio de legalidad estricta de la norma penal; sino, además, burla a la proscripción de analogía del artículo 14 C. por la vía tramposa de autorizar en la misma norma penal la aplicación por analogía que la Constitución prohíbe. **2.4)** En suma, cuando se aplica una cláusula legal de analogía, no es el mero acto de “aplicación” de la ley penal el que deviene inconstitucional, sino que además es la misma norma penal abierta que se aplica la que también es inconstitucional cuando con base en ella se pretenda declarar a una conducta como delito y por tanto, imponer penas al autor.

3. La interpretación y la aplicación analógica en bonam partem. No es ocioso reiterar el postulado del párrafo tercero del artículo 14 C. Él reza de la manera siguiente: “En los juicios del orden criminal *queda prohibido imponer, «por simple analogía, y aun por mayoría de razón», pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*”.³⁶¹ **1)** *La prohibición de analogía y de mayoría de razón impide poner pena alguna con base en ellas.* Por ende, es una limitación que se impone al Estado en favor de las personas. Es decir, su objeto es impedir la aplicación analógica de la ley penal sólo en cuanto a sus disposiciones perjudiquen con pena a una persona. Lo cual es válido en cuanto a las normas que fundamentan la existencia del delito y de ahí la aplicación de la pena. **2)** *Mas nada parece impedir que las normas penales sí se puedan aplicar analógicamente en beneficio de los individuos.* Y lo confirma ahora el enunciado plausible del artículo 2 del nuevo CPDF: “...*Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón en perjuicio de persona alguna*”. Por lo que interpretada en sentido contrario la expresión “*en perjuicio de persona alguna*”, ella conlleva a la validez de la *aplicación analógica y por mayoría de razón en beneficio de las personas*. **2.1)** De ello no cabría duda cuando fuere la misma norma la que contuviere una cláusula de analogía referida a una causa excluyente o atenuante de delito. Empero, como ya se ha dicho, en tal caso se estaría ante la aplicación de una cláusula analógica. La que en sí misma permitiría ese proceder. No habría, pues, aplicación por analogía, sino aplicación exacta de la permisón legal que autorice la analogía en favor de la persona. Por ello, la misma no se podría objetar de inconstitucional ya que favorecería al individuo y limitaría de aquella forma el poder punitivo del Estado. Más aún cuando las garantías no se pueden restringir pero sí se pueden ampliar. **2.2)** Pero con independencia de las posibles cláusulas por analogía, por igual es válida la aplicación analógica o por mayoría de razón de la ley penal en favor de las personas de una situación que no capten las normas pero que sí sea análoga a la prevista en una excluyente o atenuante o quepa mayor razón para proceder de igual forma que la prevista por aquellas, porque en Derecho Penal los actos de autoridad que se tildan de inconstitucionales son aquellos que perjudican a las personas en detrimento de los preceptos constitucionales pero no cuando tal aplicación que de por sí parte de una base racional del entendimiento de la ley las proteja del poder punitivo, esto es, cuando el acto conlleve favorecer a la persona sin afectar a otras directamente amparadas por la garantía. Esto se pondrá de manifiesto en su oportunidad con la aplicación

³⁶¹ Las corchetas y cursivas son mías.

analógica en el CPF de las normas acerca de las omisiones penalmente relevantes en los delitos de resultado por omisión y en los casos de los delitos de omisión simple cuando exista imposibilidad de realizar la acción debida, así como en ciertos casos de las excluyentes de delito por causas de justificación e inculpabilidad respecto a las normas que las regulan en aquellos códigos al igual que en el CPC.

4. Conclusiones. Si se tiene presente que **1)** el principio de legalidad reside esencialmente en aplicar la ley penal de manera exacta, según su correcta interpretación. **2)** Y que ésta se rige prevalentemente por su tenor literal y entendimiento contextual democrático. Esto es, atendiendo a la esencia de la literalidad de la norma penal, en su caso ajustada a su contexto normativo-democrático. **3)** Y solo como complemento —ante la eventual insuficiencia de los métodos anteriores— ese significado se puede llenar con los procedimientos histórico y teleológico. **4)** Y que tales proceder es en su conjunto permiten desarrollar teorías y criterios a la doctrina y a la jurisprudencia sobre las “condiciones” para la punibilidad de una conducta. De tal suerte que si faltan esas “condiciones” o “categorías” —conocidas también como «elementos» del delito— la pena no se ha de imponer. **5)** Ello trae como consecuencia que se reduzca sobremanera el ámbito posible de interés de la aplicación analógica beneficiosa de la ley penal. Simplemente porque la pena no se impondrá cuando el hecho se inajuste al tenor literal del supuesto de la norma penal y de ser absurdo tal tenor, se aparte del que se derive de una interpretación contextual-democrática; como tampoco se impondrá pena si aún dándose el supuesto de un hecho típico concurren las causas que legalmente excluyen el delito por impedir la antijuridicidad o la culpabilidad; o incluso dado un caso de aparente conducta típica, falta la primera o concurren causas que excluyen al tipo. Las unas y las otras se suponen lo suficientemente amplias para acoger en su aforo regulativo los múltiples supuestos en los que se da ausencia de conducta, de tipo, de antijuridicidad o de culpabilidad. **6)** Y como ya se dijo y en su oportunidad se razonará con mayor amplitud: La relación de las causas de justificación con todas las materias del Derecho hace necesario acudir a criterios de interpretación más amplios que los que rigen el cerrado campo del tipo penal. Pues ya no se trata de sustentar la punición sino de excluirla y porque según la materia jurídica de que trate, ésta puede hacer factible una interpretación o incluso una aplicación por analogía o mayoría de razón.³⁶² Mas aún, si estas nociones se dan dentro de los cauces y límites que marcan los derechos y garantías individuales. **7)** El problema en esencia existiría pues, cuando esas causas de exclusión del delito —o las diversas que lo atenúan— dejen fuera un caso que por su similitud debiere ser tratado de igual modo. Eso puede ser cierto. Pero también lo es, que si el hecho no actualiza el supuesto de una circunstancia atenuante o el de una excluyente de delito ni siquiera por analogía o por mayoría de razón y por el contrario, aquél se ajusta a los elementos de un delito, su punibilidad se ha de sostener.

8) Finalmente he de reiterar que si por un lado razones de prevención general —vía la interpretación teleológica— pudiesen apuntar hacia una interpretación «amplia» del texto de la norma, ella es inadmisiblesi se le usa para punir cuando a la vez se trastoca el tenor literal de la expresión y se desatiende su contexto-democrático de interpretación o bien cuando se trata de suplir una oquedad legislativa sin asiento en la misma

³⁶² Ver al respecto los números VI y VII del CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO.

ley. En tales eventos se debe mantener el sentido literal o contextual-democrático. **9)** Y si es el caso que el legislador incurrió en oquedades o en imprecisiones y éstas no pueden ser salvadas satisfactoriamente por medio del sentido literal o contextual-democrático, la falta de certeza de la norma no se debe poner a cargo de la persona que se le hace la imputación penal. **9.1)** Porque aquella es una infracción del legislador a la garantía de legalidad estricta en los delitos y las penas que se deriva del artículo 14 C. (...) El ciudadano tiene derecho a esperar que se le digan con claridad cuáles son los comportamientos que llevan consigo una reacción tan radical —dice Gimbernat Ordeig—. ³⁶³ Y agrega: (...) puede exigir que se le garantice que no va suceder que, de buenas a primeras, se encuentre sorprendido con que el Estado le priva de bienes tan fundamentales como la libertad y los honores, empleos y cargos públicos que tuviera el sujeto por acciones respecto de las cuales no se pudo informar que estaban prohibidas antes de su comisión. ³⁶⁴ **9.2)** Por ello, si hubiese defectos en las expresiones literales de la norma penal o su tenor conlleve lagunas no salvables por la interpretación contextual-democrática, la interpretación ha de limitarse de acuerdo con el sentido menos drástico. **9.2.1)** Sin que sea válido el argumento de que en tales eventos tendría que entrar en consideración la función preventiva general en vista de los fines de las conminaciones penales en el cerco del tipo penal —en tanto no convenza el tenor literal y el contextual sea insuficiente para desentrañar el sentido de la norma— ni siquiera con el alegato de no se estaría sino cumpliendo con una función legítima de protección de las condiciones indispensables para el desarrollo de las personas en la sociedad, con lo cual no se estaría sino efectuando una interpretación contextual-democrática. **9.2.2)** Ya que tal alegato esconde una falacia, porque con él lo que se pretendería es punir a las personas en nombre de la C. pero con apoyo en oquedades legales. Y el individuo no tiene porqué soportar los vacíos y las fallas legislativas del Estado al ejercer el poder punitivo, menos aún cuando éste se concibe en el capítulo de garantías individuales sin que al mismo se le deba trastocar precisamente para afectar esas garantías. Y en tanto que la misión de proteger bienes jurídicos no tiene —ni debe tener— sólo y siempre el signo de la pena, sino que tal protección es también consubstancial a otras ramas del Derecho privado y público que prevén consecuencias adversas no penales. Por ejemplo, en el ámbito federal sería inconstitucional pretender sustentar la punición de un servidor público que otorgue un permiso de salida temporal a una persona reclusa, con base en que tal permiso habría contrariado alguna circular o manual de la autoridad administrativa federal, pero sin apoyar la pretensión en que aquél permiso se habría concedido *“fuera de los casos previstos por la «ley»*”, según lo prevé el tipo penal del artículo 225-XXVI del CPF. Más aún, cuando hoy por hoy tal tipo penal es de imposible concreción en materia federal de acuerdo con su tenor literal, habida cuenta que la única “ley” federal que existe al respecto es la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y ésta “ley” no prevé permisos de salida temporal. Así pues, la tensión entre las interpretaciones contrapuestas del mismo rango aparente, siempre se debe resolver a favor de la persona, pues en el ámbito penal aquellas que respalden al individuo sirven precisamente para limitar el poder punitivo estatal.

³⁶³ Enrique Gimbernat Ordeig, *concepto y método de la ciencia del derecho penal*, op. cit. p. 47.

³⁶⁴ *Idem*.

CAPÍTULO QUINTO
LOS LÍMITES TEMPORAL, ESPACIAL, COMPETENCIAL
Y PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

— I —

El ámbito temporal de aplicación de la ley penal

A. Los principios rectores que limitan la aplicación de la ley penal en el tiempo.

El principio de no hay delito ni pena sin ley apareja que «antes» de que se cometa un hecho, tanto a éste como su punibilidad les debe prever la ley en supuestos generales. **Principio de ley previa.**

El principio así visto es de *legalidad estricta*. La ley penal que motive la punición ya debe estar en «vigor» al momento del hecho que la misma ley prevea del igual modo. Así lo señala de manera expresa el artículo 1° del nuevo CPDF: La “acción u omisión” deben estar (...) *previstas expresamente como delito en una ley vigente al tiempo de su realización*. Disposición a la cual se debe cohesionar la disposición de los subsecuentes artículos 9 y 11 del mismo CPDF, en el sentido de que: “*Es aplicable la ley vigente al momento de la realización del hecho delictivo*”. Y de que: “*El momento y lugar de realización del delito son aquellos en que se concretan los elementos de su descripción legal*”. Previsión similar se contiene en el artículo 3° del nuevo CPC: “*Se aplicará la ley penal vigente al momento de la conducta típica...*”. Pero, además, esa «vigencia» debe perdurar durante el tiempo en el que permanezca la pretensión o la afectación penal estatal al individuo con motivo de aquél hecho. Lo cual también se desprende del artículo 1° del nuevo CPDF cuando agrega: “...*siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena y la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta*”; es decir, en la “...*ley vigente al tiempo de realización de la acción u omisión*”. Pues si la ley deja de prever un hecho como delito, o si modifica de manera sustancial el supuesto que le contemple, dando lugar a un delito nuevo, aquel hecho, de haber sido delito, dejará de serlo. Y cuando la ley suprima la pena, así como cuando le cambie al delito la clase de su pena o a ésta le atenúe su entidad, todo ello también será motivo para que se beneficie, necesariamente, al individuo. Pues en el primer caso la conducta ya no se podrá punir con la pena derogada por la ley. En el segundo, por regla general se deberá sustituir a la pena por la de clase nueva y menos perjudicial. Y en el último, se reducirá el alcance de la punición. Todo esto también encuentra sustento en el principio de “irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna”, que como garantía consagra el párrafo primero del artículo 14 Constitucional.

El antecedente inmediato de este precepto constitucional es el similar del artículo del mismo número de la Constitución de 1857, que prohibía la expedición de leyes retroactivas. Éste se dirigía directamente al legislador y, por lo tanto, aludía al principio de legalidad estricta. Por ese motivo se consideró que no era inconstitucional la aplicación judicial retroactiva, si es que la ley no adolecía de ese vicio. Y aunque en la exposición de motivos de la Constitución de 1917 no se dice nada al respecto, ni de ello aparecen razones en los dictámenes y debates del Constituyente, lo cierto es que aquella interpretación antigarantista ya es inadmisibles de acuerdo con la actual redacción del precepto, en tanto que el artículo 14 C. acentúa la prohibición de «aplicar» en forma retroactiva la ley. Con ello, como ahora lo reconoce la doctrina y la

jurisprudencia, *el precepto ya se dirige tan al legislador como al juzgador: es él un mandato de legalidad estricta y lafa*. La garantía de que no se aplique de manera retroactiva la ley penal en perjuicio de persona alguna opera por igual en sentido contrario: *La ley penal se debe aplicar de manera retroactiva en favor del inculpado*. De todo lo cual se deriva como principio rector que *cuando hay sucesión temporal de normas penales, se debe aplicar la más favorable al reo*. Este principio igual se acepta de manera unánime por la doctrina mexicana y se recoge por la mayoría de la legislación penal de la república mexicana. Como sucede con los artículos 3º, 4º y 5º del CPC. Al igual que con el artículo 56 del CPF y el artículo 2 del nuevo CPDF. El primero de los dos últimos artículos nombrados dispone que: (...) *Cuando entre la comisión de un delito o la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto a lo más favorable al inculpado o sentenciado*. Mientras que el artículo 2-párrafo-primero del CPDF señala en lo conducente: *(principio de prohibición de la aplicación retroactiva...)* (...) *Queda prohibida la aplicación retroactiva... de la ley penal en perjuicio de persona alguna*. Y en su párrafo segundo apunta: *"La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo cuando favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable"*.

B. El lapso para la aplicación de la norma penal y de sus consecuencias. Ahora bien, tan de los artículos 1º y 8 del nuevo CPDF como del artículo 3º del CPC se desprende la regla general de que: *Toda conducta delictiva se juzga conforme a la ley vigente al momento en que aquella se realizó*. (Garantía de ley previa.) Fórmula que es útil para: Primero. Precisar *a partir de cuándo se puede imputar el hecho delictivo*, cual es a partir de *cuando se exterioriza la conducta ejecutiva*. Y segundo. Asimismo, para enfatizar que esa conducta se ha de dar después de que inicie su vigencia la ley penal que la prevea. Es decir, el momento en el que se dé la conducta que prevea como delito la ley penal vigente, es el que marca el punto de partida del lapso temporal durante el cual tal delito se le podrá imputar al individuo que lo realizó. Y ese lapso concluye cuando la persona cumpla la pena que se derive de ese delito; o bien hasta que se extinga la acción o la sanción penal respecto a ese delito. Sólo dentro de esos intervalos es posible plantear los problemas de aplicación de la ley penal que surjan con motivo de sucesión temporal de leyes penales con relación a ese hecho delictivo. Antes del inicio de esos lapsos, esto es, previamente a una ley penal vigente que llegue a prever al hecho como delito, sería imposible aplicar una ley penal que no existía cuando aquél se llevó a cabo. Después de que tales lapsos concluyen, esto es, luego de que se cumple la pena o se extinga la acción o la sanción penal, es asimismo ocioso plantear la aplicación de una ley penal nueva que, por ejemplo, habría beneficiado al individuo. Sencillamente porque conforme a la misma ley penal ya se acabaron las consecuencias jurídicas del delito.

Para el efecto de precisar el *inicio temporal* para la aplicación de una norma penal que prevea un delito, en el CPDF y el CPC no tiene relevancia el momento en el que se produzca el resultado. Tal como se infiere de la expresión *"al tiempo de la realización de la acción u omisión"* que emplea el artículo 1º del nuevo CPDF y *"al momento de la conducta típica"* que utiliza el artículo 3º del nuevo CPC. Aspecto que no soluciona de manera expresa el CPF en tanto el artículo 56 de ese código se refiere a la "comisión" del delito, mas no dice cuándo se estima cometido. Sin embargo, ese tiempo se puede deducir de igual modo al momento de la conducta

típica. Ello es así, dado el significado literal de la expresión "comisión" ("acción" de cometer), como también por la función de "motivación" que tiene la norma penal para que las personas se ajusten a sus prohibiciones. "Motivación" que sólo se puede referir al momento en que se expresa la conducta, con independencia de cuándo se dé el resultado. Pensar lo contrario llevaría al absurdo de poder imputar el delito a una conducta que se dio antes de la vigencia de la ley que lo prevea. Por lo tanto, si en un delito de resultado la conducta se da antes de la vigencia de la ley penal, aunque el resultado se dé dentro de la vigencia de la misma, ello será del todo insuficiente para que esa ley penal se le aplique a la conducta que originó ese resultado. Y ello es válido en cualquier clase de delito, sea el mismo instantáneo (de simple conducta o de resultado), permanente (continuo) o continuado. Pues en los delitos permanentes y continuados la solución es la misma, con la particularidad de que como en el delito permanente hay un período de consumación, durante el cual la conducta lesiva se prolonga hasta que la misma cese, y en el continuado hay varias conductas que se unifican en función de la identidad del fin, el sujeto pasivo y el precepto legal violado (artículos 102 del CPF, 108 del CPDF y 165 del CPC.) Puede darse el fenómeno de que en un delito permanente la conducta se inicie antes de la vigencia de la norma penal que lo prevea o en el continuado suceda lo mismo con relación a algunas de las conductas, sin que la nueva ley pueda alcanzarlas, sino sólo respecto de la conducta lesiva que aún continúe (respecto al delito permanente) o de aquellas que vuelvan a repetirse (en el continuado) después del inicio de vigencia de la norma nueva.

Para el efecto de determinar el momento en el que se inicia la pretensión de perseguir el delito tiene influencia decisiva el tiempo en el que cesa la conducta delictiva que es objeto de la imputación, porque a partir de ese momento se inicia la pretensión penal de perseguir y sancionar el delito hasta que sobrevenga alguna causa que extinga la acción —o la pretensión— penal (artículos 102 del CPF, 108 del CPDF y 165 del CPC.) De las causas que motivan la extinción de la acción —o la pretensión— penal sobresalen los términos de prescripción de la misma acción o pretensión punitiva, lapsos cuyo cómputo se inician a partir de cuando haya cesado la conducta delictiva. Lo cual, según lo ya dicho, es válido se trate de delito consumado o en grado de tentativa, o de delito instantáneo (de simple conducta o de resultado) o de delito permanente (continuo); aunque respecto del delito continuado caben precisiones de acuerdo con la concepción que cada código penal tiene de ese delito. En efecto, los artículos 7º y 64 del CPF, 17-III y 28-párrafo-tercero del CPDF conciben al delito continuado como un solo delito (mismo que se configura cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal), con la consecuente previsión de los artículos 102-III del CPF y 108-III del CPDF, de que en delito continuado la acción penal o la pretensión punitiva se iniciará a partir de cuando cesa la última conducta. Mientras que el artículo 60 del CPC no concibe al delito continuado como un mismo delito sino como un caso especial de concurso de delitos para los efectos de una punibilidad legal especial, menos severa que si se tratase de concurso real de delitos (delitos distintos cometidos en tiempos diferentes) pero más onerosa que para el concurso ideal de delitos (varios delitos cometidos a través de la misma acción.) Lo cual apareja que en Coahuila cada una de las conductas de lo que equivale a un delito continuado a efectos de la punibilidad siga su propio término de prescripción de la acción penal, mismos que se inician a partir de cuando cesa cada una de aquellas conductas. Las causas por las que la pretensión penal o la acción penal y las sanciones penales se extinguen se prevén en el Título Quinto del

Libro Primero del CPF y del CPDF; así como en el Título Sexto del Libro Primero del CPC. Y es el caso que —como se verá— dentro de esos lapsos también puede plantearse la extinción de la pretensión o de la sanción penal si acaso sobreviene un ley penal nueva que implique una modificación sustancial de la situación jurídica del inculpado o sentenciado. Por ello, cuando haya sucesión temporal de normas penales, también son importantes los momentos en que se ha de decidir la aplicación de la ley penal al delito y sus consecuencias según la situación jurídica del imputado. Esto es, según se trate de un inculpado o de un sentenciado ejecutoriadamente. Por lo que aquellos momentos son básicamente dos. El primero: desde la realización de la conducta típica hasta cuando se dicte sentencia al inculpado en primera o segunda instancia o se extinga la acción penal respecto de aquella conducta.³⁶⁵ Y el segundo: desde que se dicta la sentencia de condena que cause ejecutoria y se inicia la ejecución de la sanción penal por aquél hecho, hasta que ella se cumpla; o por otros motivos se extinga la sanción que el sentenciado debió cumplir. Todas las fórmulas de sucesión temporal de las normas penales obedecen a un principio rector cual es la aplicación de la norma más favorable de las leyes en sucesión, pero aquellas presentan variaciones según la situación jurídica del imputado, conforme se verá enseguida.

C. El principio de la norma penal más favorable en la sucesión de normas sustantivas penales. En la última parte del artículo 2-párrafo-segundo y en el artículo 10 del CPDF, en la parte final del artículo 3° del CPC y en la primera parte del artículo 56 del CPF se consagra una regla de abolengo constitucional, tan en su interpretación simple, como en sentido contrario, ella es la «*aplicación de la norma más favorable*» si hay sucesión temporal de leyes penales. Principio que también se conoce como de "extractividad de la ley penal", concebido como género de las dos especies de "retroactividad" y de "ultractividad" de la ley penal más favorable. Se admite así —con base en el Art. 14 C. — la "retroactividad" de la ley ulterior si ésta es la más favorable al reo. O la "ultractividad" de la ley anterior, si acaso le es más benéfica. De este modo se respeta la garantía constitucional de no aplicar retroactivamente la nueva ley en perjuicio del delincuente y de sí hacerlo en su beneficio.

Elo es válido —aplicar retroactivamente una nueva ley penal en favor del inculpado— cualquiera que sea el nuevo contenido de la ley penal nueva; el que se puede referir a cualquier norma de la Parte General o de la Parte Especial del código penal o a las normas penales contenidas en otras leyes. La única limitación es que la aplicación retroactiva de la norma penal en favor del inculpado no afecte directamente al derecho de un tercero. (Artículo 14-párrafo-primero de la C.) Por ejemplo, si la ley ulterior exige la querrela para un delito que antes se perseguía de oficio, no sería aceptable alegar la extinción de la acción penal, porque antes de la nueva norma la querrela no se formuló oportunamente. Elo es como se indica, porque la querrela es un derecho del ofendido que sólo puede precluir por su inejercicio si realmente transcurre cierto tiempo a partir de cuando se tuvo tal derecho; mas no antes de que él mismo exista, si es que se quiere respetar el derecho del ofendido que no se le debe afectar por la aplicación retroactiva de la ley. Y es que en aquél evento de aplicar en forma retroactiva la ley para beneficiar al inculpado a la vez se perjudicaría al ofendido con violación de la

³⁶⁵ Aunque también cabe la posibilidad que se interponga amparo directo contra la sentencia de segunda instancia y entre una y otro la norma penal se derogue o modifique, de tal suerte que de conceder el amparo para efectos, se ocupe o no aquél de la variación, si ésta favorece al inculpado sea preciso que en la nueva sentencia se aplique la norma más benéfica.

garantía de irretroactividad del artículo 14 C. pues éste la prohíbe cuando aquella perjudique a cualquier persona y no solo al inculpado. En el mismo orden de ideas, el artículo 4° del CPC dispone que: *"Si con relación a la conducta que se juzga, una ley deroga o modifica en esencia el tipo penal, cesarán los efectos de los procesos o las sentencias, salvo la reparación del daño en lo que ya fue satisfecha. Pero si deroga o modifica en esencia lo que complementa o agrava, se aplicará el tipo penal básico". Asimismo, que: "Se aplicará la ley ulterior que privilegie o atenúe al tipo penal básico".* Análoga previsión se contiene en el artículo 117 del CPF que, en lo conducente, prevé: *"La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto en el artículo 56".* (El artículo 56 prevé la regla de la norma más favorable.) Mientras que el CPDF, aparte de las disposiciones del artículo 2 ya referidas, en el artículo 121 contempla como causa de extinción de la pretensión penal o de la ejecución de la sanción penal o medida de seguridad el que se dé la supresión del tipo penal.

En estricto rigor las fórmulas anteriores son innecesarias a la luz del principio de la ley más favorable de los artículos 56 del CPF, 10 del CPDF y 3° del CPC. Adviértase, empero, que cuando se da una modificación del tipo penal, podría pensarse que ella no implica la supresión del mismo tipo que haga aplicable la previsión del artículo 121 del CPDF, lo cual sería correcto si aquella modificación no hubiese sido esencial. Pero, además, cualquier modificación a la norma ya apareja la necesidad de ver su contenido y analizarlo con relación al anterior, a efecto de decidir cuál es el más favorable al inculpado; asimismo, la modificación de la norma penal será esencial con relación al hecho cometido cuando altere cualquier condición de punibilidad sin la cual el hecho ya no puede estimarse que se ajusta a la norma nueva. Por ejemplo: si se modifica la norma penal suprimiendo alguna modalidad básica alterna del tipo penal o una agravante del mismo, pero a la vez se conserva el tipo penal con relación a otras modalidades básicas alternas o agravantes, sólo operará la regla de aplicar retroactivamente la ley penal a favor del reo, con relación al delito cometido bajo la modalidad suprimida. Esto es, extinguiendo la acción penal o la pena impuesta sólo si el delito se cometió nada más bajo la modalidad básica alterna que se derogó. O sólo aplicando la pena del tipo básico o reduciéndola hasta la medida de la penalidad de aquél si se trata de modalidad agravante. Ya que en el primer caso no hay por qué declarar extinguida la acción penal o la sanción si es que el delito se cometió con otra modalidad básica alterna. Aunque también puede darse el caso de que la sanción impuesta haya de reducirse si es que el delito se cometió con dos o más modalidades —de las que nada más una se deroga— y, sin embargo, la pena sí se agravó por virtud del concurso de las modalidades con las que el delito se cometió. No es ocioso señalar que es correcto que se exceptúe del principio de aplicación de la ley más favorable al reo a la reparación del daño en lo que ya fue satisfecha, pues la solución contraria perjudicaría al ofendido. Como así lo prevé el artículo 4° del CPC. Mas sin que el artículo 117 del CPF y el artículo 121 del CPDF exceptúen de esa regla a la reparación del daño. Sin embargo, ello es quizá innecesario, pues de perjudicarse al ofendido en el pago ya hecho a su favor se viola el principio de irretroactividad de la ley, ya que de acuerdo con el artículo 14-párrafo primero de la C. aquél principio sólo opera si no perjudica a persona alguna. Lo que no sucede en los demás casos, en los que la retroactividad de la ley penal favorece al inculpado pero no perjudica particularmente a ninguna otra persona.

En su turno, los artículos 56 del CPF, 5° del CPC y 2° del CPDF se ocupan de la sucesión temporal de leyes «antes» y «después» de dictar sentencia con relación a las sanciones. Si la sucesión de leyes por las que se modifique la pena en cantidad o calidad se da «antes» de dictar sentencia, aquellos preceptos disponen que es a la autoridad jurisdiccional que esté conociendo a la que le corresponde *aplicar la norma más favorable*. Ahora bien, ningún problema representa identificar las sanciones de la misma clase que son más favorables cuando hay uniformidad en los mínimos y máximos punibles. Es decir, cuando la ley anterior o la ulterior es la que en ambos extremos prevé los límites más favorables de la sanción de igual clase. Pero: ¿Cómo proceder cuando falte la coincidencia favorable entre los mínimos y máximos de las sanciones de ambas leyes? Esto es, sólo el mínimo o el máximo de la nueva ley es más favorable, pero sus contrarios son más severos. La doctrina sostiene que en estos casos el juez no tiene facultades para dividir las sanciones³⁶⁶, es decir, para que el juez tome los extremos más favorables de ambas leyes, pues con ello el juez estaría integrando una norma nueva, atribución que no es de su competencia sino que la es del legislativo. Eso es correcto. A menos que sea el mismo legislador quien prevea esa posibilidad y la resuelva en una fórmula legal. Como sucede en Coahuila. Pues el artículo 5° del CPC precisa que: *"En su caso, se estará a cualquier mínimo y máximo punible de las leyes en sucesión, que sean más favorables"*. Cuestión esta que no zanján los sendos artículos 56 del CPF, 2, 10 y 121 del CPDF.

Otro punto interesante —aparentemente sin solucionar en la ley— es el fenómeno de sucesión temporal de más de dos leyes «antes» de que se dicte sentencia. Manifestación que se conoce como el problema de "la ley intermedia".³⁶⁷ Sin embargo, en tal caso opera la pauta de los artículos 56 y 117 del CPF, 2 y 10 del CPPDF y 3° del CPC, que como regla general señalan que se atenderá a la ley más favorable. Por lo tanto, si la ley más favorable resulta ser la "intermedia", ésta se aplicará. Lo cual es válido tan para la modificación de sanciones, como para la derogación o modificación sustancial de tipos penales. Es claro, en mi concepto, que tales artículos de los CPF, CPDF y CPC respetan en su conjunto la garantía constitucional de aplicación de la ley penal vigente y de irretroactividad de la ley penal en perjuicio de la persona, que se traduce en observar el principio de la ley más favorable. Mas los tribunales federales también se han ocupado del problema de la ley penal intermedia, decidiéndose por la aplicación de la norma más favorable como se desprende de la tesis jurisprudencial siguiente:

LEY PENAL FEDERAL INTERMEDIA. CASO EN EL CUAL, POR SER MÁS BENIGNA PARA EL INCUPLADO, ES APLICABLE EN LA SENTENCIA. En relación con una de las hipótesis referidas en el artículo 56 del Código Penal Federal cabe señalar que con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta (1960), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de cuatro votos bajo la ponencia del Ministro Juan José González Bustamante, el amparo directo 1661/60, promovido por Vicente Félix García, y que en la ejecutoria de tal caso judicial, sustentó el criterio publicado en la página 56 del Volumen XL, Segunda Parte, Sexta Época, del Semanario Judicial de la Federación, que dice: "LEY PENAL, APLICACIÓN DE LA, EN EL TIEMPO.-Si los hechos imputados al reo se cometieron antes de que entrara en vigor el código cuya aplicación se pretende, y éste había dejado de tener vigencia al dictarse la sentencia de primer grado, es indudable que la referida ley penal tiene carácter de intermedia y aun admitiendo que estableciera penalidad inferior y por lo mismo beneficiosa al acusado, resulta indudable su inaplicación por no haber regido al cometerse los hechos ni al dictarse la sentencia respectiva.". Sin embargo, debe considerarse que el criterio acabado de copiar fue superado por la posterior tesis que sobre el mismo tópico sustentó dicha Sala al resolver por unanimidad de cuatro votos, bajo la ponencia del Ministro Agustín Mercado Alarcón, el diez de noviembre del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), el amparo directo 7033/64, promovido por Luis Moreno Góngora, publicado en la página 50 del

³⁶⁶ Ver al respecto a Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea, Tipográfica Editora Argentina, 8ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 194.

³⁶⁷ Ver al respecto también a Sebastián Soler en op. cit., p. 194. Igualmente, a Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, tomo II, Editorial Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah., México, 1999, p. 809; y la ejecutoria que arriba se transcribe.

Volumen CI, Segunda Parte, Sexta Época, del Semanario Judicial de la Federación, que reza: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincente.". Del análisis de dicha tesis se desprende con claridad que la ley sustantiva penal denominada intermedia, porque nace después del hecho delictuoso, pero antes o durante la tramitación del proceso y muere dentro del periodo de duración del proceso respectivo, cuando es favorable al inculcado, puede serle aplicada, no obstante que al momento de juzgarlo en la sentencia que al respecto se dicte haya cesado la vigencia de dicha ley. Y, siendo ello así, tal criterio conduce a considerar que conforme al texto del actual artículo 56 del Código Penal Federal, cuando se surte la hipótesis consistente en que si entre la fecha en que el inculcado cometió el delito, a la en que se dicta la sentencia respectiva, surge una ley que contemple penas más benignas que las señaladas en la ley que estaba vigente en la época de la comisión del delito, debe aplicársele la nueva ley aunque ésta ya no estuviere en vigor el día en que se le dictó la sentencia de primera instancia o la de segundo grado apelada por el inculcado. Por otra parte, cabe considerar que para concederle al inculcado el beneficio de aplicarle la ley penal más benigna, resultaría absurdo condicionar tal aplicación a un requisito que carece de sentido lógico como lo es el de que, aunque dicha ley hubiese surgido en fecha posterior a la de la comisión del delito, exigir que la misma deba encontrarse vigente todavía en la fecha en que se le dicta la sentencia de primer o de segundo grado, pues tal exigencia carecería de sustento racional, teniendo en cuenta que no se encuentra bajo el control de la exclusiva voluntad del inculcado el hecho de que la duración del trámite completo del proceso penal en su primera o segunda instancia desde su inicio hasta la emisión de la sentencia respectiva, coincida exactamente con una fecha en la que todavía permanezca vigente dicha ley penal benigna. Debe tenerse en cuenta, que en la realidad la duración de los procesos depende no sólo de la voluntad del inculcado, sino de las gestiones del Ministerio Público y las demoras a veces no justificadas del Juez para dictar la sentencia, quienes con sus propios actos pueden válidamente prolongar el término de duración del proceso, y por tanto en muchos casos dependería de tales funcionarios el que se lograra que la sentencia se dictara hasta un mes, una semana, un solo día, o un solo minuto, después de que dejó de tener vigor la ley penal intermedia y con ello se propiciaría una injusta situación con la demora del dictado de la sentencia, al obstaculizar arbitrariamente con ello que el inculcado se viera favorecido con la aplicación de la ley penal más benigna que hubiera nacido y fenecido dentro del término de la vida que tuvo el proceso.³⁹⁹

Me ocupo ahora de la modificación de sanciones en la ley «después» de sentencia ejecutoria. El artículo 5° del CPC dice que: (...) *Después de sentencia ejecutoria, el ejecutivo sólo reducirá la pena con base en el grado punible que se fijó en la sentencia. Si cambia la calidad de la pena y lo pide el sentenciado, se ejecutará la ulterior.* El artículo 5° del CPC previene que la proporción para reducir la sanción que ya se impuso, se decida con base en el grado punible que fijó la sentencia. Ese criterio se corresponde con el principio de medir la pena judicial con base en la gravedad de la culpabilidad. La que en nada cambia cuando la pena legal cambia y que se debe respetar por reflejar la adecuación de la pena al caso concreto. Lo que no sucede con las fórmulas de otros códigos, que atienden a límites abstractos que pasan por alto a la gravedad de la culpabilidad del autor. Tal es el caso del artículo 56 del CPF que dispone que la autoridad que esté ejecutando la sanción *atienda a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.* La postura del CPF de que se reduzca la pena que ya se impuso según un criterio abstracto es incongruente con los fundamentos de punir de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad que preceptúan los artículos 51 y 52 del mismo CPF. Pues como ya señalé, la gravedad de la culpabilidad en nada cambia cuando la pena cambia. Y aquella referencia se debería respetar por reflejar la adecuación de la pena a la culpabilidad concreta del responsable. La aplicación de la fórmula abstracta del artículo 56 del CPF conlleva el riesgo de la desproporcionalidad de la pena con dicha gravedad de la culpabilidad, atentando, por ende, contra el principio de congruencia de la pena con la intensidad de dicha culpabilidad. Por cuanto al cambio de la clase de penas es correcto que en el CPC se deje a elección del sentenciado cuál de ellas estima la más favorable (artículo 5° del CPC.) A diferencia de que la ley —CPF y CPDF— deje a la autoridad ejecutiva o judicial la determinación de la misma (artículos 56 del CPF y 10 del CPDF.) Porque si bien a primera impresión podría parecer evidente que, por ejemplo, la multa sea más favorable que la pena de prisión, no necesariamente sucede así en todos los eventos. La duración de la

³⁹⁹ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, julio de 2000 Tesis: IX2o.17P. Página: 781. Materia: Penal. Tesis aislada. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo directo 163/2000. 25 de mayo de 2000. Mayoría de votos. Disidente: María del Carmen Torres Medina. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretaria: Juana Teresa Flores Hernández.

pena de prisión puede ser relativamente menor en un caso concreto —de días o semanas— y en el mismo caso concreto el pago de la multa puede ser inalcanzable o excesivamente onerosa para el sentenciado según sus posibilidades y circunstancias personales, en especial cuando la misma ley no limite la cuantía de la multa imponible a la posibilidad económica de aquél, como sí lo hace el artículo 100-párrafo tercero del CPC y sólo relativamente los artículos 29 del CPF, 38 y 39 del CPDF. Así, tratándose del cambio de la clase de penas en virtud de sucesión de leyes, el sentenciado podría preferir la pena de prisión —y la cual eventualmente se le supla o ya esté suplida por algún sustitutivo penal— en vez de pagar la sanción pecuniaria a costa de sus ahorros y los de su familia, mismos que en su particular situación pueden devenir vitales para su subsistencia y/o protección en su vejez. Por lo demás, al menos en los casos en que cambie la calidad o naturaleza de la sanción —quizás también debiere ser cuando cambie la entidad de la sanción— y según esto se tenga que aplicar la nueva por ser más favorable, es plausible que a diferencia del CPF y el CPC, el artículo 10 del nuevo CPDF deje tal facultad al juez, porque se trata en realidad de imponer una sanción nueva la que asimismo se tendrá que individualizar y en su caso tomar en cuenta el tiempo que el sentenciado haya cumplido en prisión, facultades que —al menos la primera— constitucionalmente compete a los jueces (artículo 21 C.)

Resta por último insistir que los supuestos que expresamente regulan los artículos 56 y 117 del CPF, 2, 10 y 121 del CPDF, 3°, 4° y 5° del CPC no son los únicos en los que opera el principio de la "ley más favorable". Pues el CPF, el CPDF y el CPC implican también como regla general el principio de aplicar la ley más favorable al sujeto activo «cualesquiera» que sea la norma a la que se refiera la ley ulterior con los límites que ya se señalaron, en los que la aplicación de la ley más favorable al inculcado a la vez no perjudique a otra persona en sus derechos. Es decir, aquella se puede referir no solo al tipo penal o a la clase o entidad de la pena sino a la modificación de las demás condiciones de punibilidad o de los ámbitos espacial o personal de aplicación e incluso de aplicación y ejecución. De aquí que la reforma a cualquier norma penal que implique beneficio al sujeto activo con relación a las consecuencias penales del delito, le deba favorecer a aquél aunque no se trate de derogación o modificación del tipo penal o de su penalidad. Ejemplos: Con base en los artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 3° del CPC se debe aplicar la suspensión o sustitución de sanciones nuevas o con condiciones más favorables al inculcado o sentenciado que llegue a contemplar una ley ulterior; o reconocerse al inculcado el anterior derecho al beneficio vigente cuando cometió el delito y que la ley nueva venga a restringir. O bien los casos paradójicos que se dieron en el CPC con motivo de las reglas de individualización de la pena de prisión, en tanto que hasta 1994, para fijar la pena de prisión el juez debía de ponderar tres grados: el de gravedad de la culpabilidad, el de gravedad del ilícito y el de peligrosidad, de cuya conjunción se obtenía el de punibilidad con base en el cual se aplicaba la sanción privativa de libertad; mas a partir de 1995 el CPC suprimió la ponderación del llamado grado de peligrosidad, el que se sustentaba en conductas precedentes negativas del inculcado. Pues bien, respecto a los inculcados que hubieren cometido un delito antes de 1995 y carecieren de conductas precedentes negativas, el grado mínimo de su peligrosidad necesariamente impactaba en su favor al grado de punibilidad de su conducta acuerdo con las normas vigentes cuando habían cometido el delito y, por ende, esas reglas les resultaban más favorables que si la pena se les individualizaba de acuerdo con las reglas nuevas, motivos y razones que daban lugar a la ultra-actividad de la ley anterior en su beneficio. En realidad, los artículos 4° y 5° del CPC y 56 del CPF solo regulan

de manera expresa algunos casos específicos de aplicación de la ley más favorable; mas no reglamentan con igual detalle o en lo absoluto a muchos otros que quedan fuera de los supuestos expresamente reglamentados por esos artículos, pero que sí se captan por la amplia fórmula de "aplicación de la norma más favorable". En tal orden de ideas, cabe incluso la posibilidad —con base en artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 5° del CPC— de que la ley ulterior motive que se reduzca la pena al sentenciado. Y en virtud de esa reducción, que el sentenciado tenga derecho a obtener el beneficio de condena condicional o algún sustitutivo penal que no habría procedido con la pena judicial anterior, mismos que se le deberán conceder de acuerdo con la fórmula de aplicación de la ley más favorable de los artículos 56 del CPF, 2 y 10 del CPDF y 3° del CPC.

D. La vía autoritaria de la norma especial para aplicar una ley penal muerta. Con base en todo lo que ya se expuso resulta recusable la opinión que sustenta la idea de que continúan o deben continuar siendo punibles los delitos que se dejen de prever o de sancionar por virtud de una reforma legal, si es que se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior. O bien cuando las personas que los cometieron ya se encuentran sujetas a proceso o cumpliendo la pena. Esa postura ganaría apoyo, además, con el criterio de que el artículo 14 C sólo prohíbe la aplicación retroactiva en perjuicio de las personas, pero que tal artículo no le garantiza al individuo que se le aplique al hecho una ley penal posterior que sea más benéfica para aquél, aunque con ello no se perjudique a otra persona. En suma se aduciría que la Constitución prohíbe la aplicación retroactiva de la ley que sea perjudicial, pero no impide la ultractividad de la ley penal.

Al argumentarse de esta última forma, es claro que el razonamiento se centra en la literalidad de la garantía de irretroactividad perjudicial de la ley y se niega la regla de que la letra de la Constitución se pueda interpretar en sentido contrario, no obstante que se trate de garantías individuales. Opinión que no resiste la pauta que la misma SCJN ha empleado en infinidad de tesis para resolver la aplicación de la norma más benéfica cuando se trata de sucesión temporal de leyes penales. La misma regla de "interpretar el tenor literal de la ley en sentido contrario" de la que la doctrina jurídica se vale en todas las materias del Derecho y que sólo sufre excepción si la solución que se obtiene pugna con norma expresa o con su contexto jurídico o perjudica los derechos de otra persona. Mas con independencia de lo anterior, la postura que aquí se objeta pasa por alto un principio toral: La facultad punitiva estatal sólo puede sustentarse en una «auténtica» ley penal «vigente» que funde la punición.³⁶⁸ (Garantía de ley previa vigente.) Ello es como se indica, porque: para punir es insuficiente que esa potestad estatal exista en una ley vigente «cuando» se comete el hecho. Lo que por cierto

³⁶⁸ Se ha creído ver esa idea en el Decreto por el que se derogó la fracción XVI del artículo 387, se reformó el artículo 419 y se adiciona un Título Vigésimo Sexto al Libro Segundo, del CPF, Diario Oficial 24/12/96, fecha de promulgación 18/12/96, en el artículo SEGUNDO TRANSITORIO que dispone: "A las personas que hubieren cometido delitos contemplados en la Ley Federal de Derechos de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1956, con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto, les serán aplicables las sanciones vigentes al momento en que se hubieren realizado dichas conductas. Al efecto, los artículos 135 a 144 de dicha ley, seguirán vigentes y se aplicarán a la persecución, sanción y ejecución de sentencias por hechos ejecutados hasta antes de la entrada en vigor del Título Vigésimo Sexto que se adiciona al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal por este decreto". Así mismo, en el Decreto por el que se reforman los artículos 40, párrafo segundo; 164, párrafo primero; 196; la denominación del Capítulo II del Título Decimotercero del Libro Segundo, y las fracciones XIV y XV del artículo 381; se adicionan un segundo párrafo al artículo 176; los artículos 240 Bis y la fracción XVI al artículo 381, publicado en el Diario Oficial 08/02/99, con fecha de promulgación 29/01/99, pues en el párrafo primero del artículo SEGUNDO TRANSITORIO se dispone que: "A las personas que a la fecha de entrada en vigor del presente decreto se encuentran sujetas a proceso penal por alguno de los delitos contenidos en las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de fuero federal, mencionadas en el Artículo Primero de este Decreto, les serán aplicables las disposiciones de dichos artículos vigentes al momento de la comisión del delito". Sin embargo, esa impresión es errónea, pues en todos los casos de esas reformas, la ley ulterior mantuvo el ámbito de tipificación penal de la ley anterior. La ley ulterior sólo «ampli» ese ámbito de prohibición, pero «conservando el anterior», sin que éste sufriera modificación sustancial. Ésta se da cuando los elementos esenciales para la punibilidad del hecho ya no son los mismos en la nueva ley, la que da origen en realidad a un delito nuevo y a la derogación del anterior. Si éste hubiera sido el caso, entonces sí se estaría ante un problema de inconstitucionalidad.

sí es imprescindible. Ya que, además, es preciso que la punición del hecho esté aun *vigente* en la ley «cuando» por tal hecho se aplique la pena y «durante el tiempo» que a la misma se le *ejecute* —o se le *pretenda ejecutar*— con motivo de aquel hecho. Lo cual ahora queda fuera de duda en el artículo 1° del nuevo CPDF. De no ser así, cuando el juez haya de punir, sancionaría sin auténtica ley «*vigente*» que sustente la punición. Y cuando la pena se *ejecute*, se le ejecutaría sin «*auténtica*» ley «*vigente*» que apoye el motivo de la ejecución de aquella pena.

La limitación que impone el principio de legalidad estricta en los delitos y las penas no se salva porque en la ley que derogue delitos o penas se prevea que continuarán siendo punibles los hechos que ya se cometieron bajo la vigencia de la ley anterior. Porque ello sería acudir a la vía autoritaria de expedir una ley para punir con base en una ley muerta. Y la cual, además, sería cuasi-especial-privativa, porque se semejaría a decretar una pseudo ley de contra-amnistía. Pues no sería otra cosa el pretender que se aplique o que se mantenga una pena por una conducta que la misma ley ya deja de punir. De no ser esto así, entonces se tendría que admitir que en realidad la ley penal anterior —y que se derogó— todavía está “*vigente*”. Lo cual no sería cierto. Porque es del todo rechazable que una ley nueva pueda hacer sobrevivir una norma punitiva que ella misma deroga, para los casos que acaecieron durante la vigencia de aquella norma. Porque en el fondo seguiría siendo una no-ley. Puesto que la ley anterior ya no es ley vigente. Es una norma derogada, a la que sólo de manera artificial se le haría respirar. En tal sentido son ilustrativas las tesis siguientes:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. CASO EN QUE SE AUTORIZA LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEGISLACIÓN AUN CUANDO UN ARTICULO TRANSITORIO PREVEA LA VIGENCIA DE LA LEY ABROGADA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.) El decreto sin número publicado en el Diario Oficial del Estado de Baja California, el diez de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, que suprimió el delito de vagancia y malvivencia, tipificado por el artículo 214 del código penal vigente desde el diez de septiembre de mil novecientos setenta y siete, debe aplicarse a favor del reo aun cuando el artículo 2° transitorio de aquel decreto que creó el nuevo código penal autorice la aplicación del código penal abrogado, por los delitos cometidos durante su vigencia, lo anterior, a efecto de que no quede consumada de un modo irreparable una violación constitucional al sancionar al acusado por una conducta que dejó de ser delictuosa, pues de lo contrario se atentaría, además, contra el principio de jerarquía de la ley, conforme al cual ninguna disposición de carácter secundario puede prevalecer sobre la ley suprema, que en su artículo 14 a contrario sensu, autoriza la aplicación retroactiva de la ley cuando es favorable al reo.³⁷⁰

DERECHOS DE AUTOR. EL ARTICULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE ADICIONÓ EL TÍTULO VIGÉSIMO SEXTO AL LIBRO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, EN TANTO QUE PRETENDE SANCIONAR PENALMENTE LA CONDUCTA CONSIDERADA DELICTIVA, SÓLO HASTA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROPIO DECRETO, EN EL ARTICULO 135, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA ABROGADA, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL INCUPLADO, PROCESADO O SENTENCIADO. Si bien es cierto que una norma de tránsito tiene como función regular el paso ordenado de una ley anterior a una nueva, precisando cuál es el tratamiento que se debe dar a las situaciones o hechos jurídicos que habiendo surgido durante la vigencia de aquélla, puedan tener alguno o algunos de sus efectos durante la vigencia de ésta, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica, también lo es que tratándose de la derogación o abrogación de leyes penales sustantivas, la regulación que al respecto realice una norma de tránsito debe observar los principios de exacta aplicación de la ley en materia penal y de retroactividad de la ley en beneficio del inculpaado, procesado o sentenciado, previstos, respectivamente, en los párrafos inicial y tercero del artículo 14 constitucional. En congruencia con lo anterior, es de estimarse que el artículo segundo transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, al disponer que los tipos penales contenidos en la abrogada Ley Federal sobre el Derecho de Autor, específicamente el previsto en la fracción II de su artículo 135, seguirán vigentes por cuanto a la persecución, sanción y ejecución de sentencias por los hechos ejecutados hasta antes de su entrada en vigor, viola los principios constitucionales referidos, pues en el catálogo de figuras típicas reguladas en el título vigésimo sexto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, establecido en virtud del citado decreto, no se tipifica la conducta considerada anteriormente como delictiva en el aludido precepto de la abrogada ley autoral y, por ende, no se presenta una sucesión de normas sustantivas penales en el tiempo, al no preverse idénticas conductas típicas en la ley

³⁷⁰ Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Criterio: 0000185 SCJIN, Tribunales Colegiados, S. J. F., Octava Época, Tomo VIII-julio, Tesis XV, 10, 18P, p. 208. Precedentes: Amparo Directo 263/89, Heriberto Cázarez Millán, 19 de octubre de 1989, Unanimidad de Votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretario: Benigno Larios Ival.

anterior y en la nueva, por lo que los hechos cometidos durante la vigencia de aquella al dejar de tener el carácter delictivo no pueden surtir efecto alguno, y por ello, durante la vigencia de la nueva ley, ya no pueden ser objeto de persecución, investigación, procesamiento, ni de una sentencia condenatoria y su ejecución. Además, si se estimara vigente el mencionado artículo de la abrogada ley del derecho de autor, como la conducta tipificada en él dejó de tener el carácter delictivo en el ordenamiento vigente, constituiría una norma privativa prohibida en el artículo 13 constitucional, al aplicarse sólo a aquellos individuos ubicados en el supuesto normativo hasta antes de la entrada en vigor del ordenamiento penal.³⁷¹

El que se pudiera apoyar una pretensión punitiva del Estado para los casos señalados, aparejaría que se procurara una inconstitucional aplicación de pena «*sin ley vigente*» que la sustente. Y significaría, además, que la pena se debiere apoyar en la sola idea de una retribución pura y contradictoria en sí; o tan sólo para que aquella sirva de ejemplo de que no quedará impune la desobediencia responsable de la ley. En tanto que si es el legislador mismo quien estima que la conducta que antes consideró punible, en adelante ya no se punirá, ¿cómo podría entonces sostener él mismo, que por el simple transcurso del tiempo se trate de manera desigual a conductas iguales? Si no fuese sólo para reafirmar de manera arbitraria la negación a la negación del derecho y sin ningún otro sentido más que el ejemplar. Más aún, porque la punición en realidad se apoyaría en artículos de la misma ley penal que deroga. Mas la ley que deroga a la anterior no regía cuando se cometió el hecho. Por lo tanto, todo ello implicaría en el fondo la vía de autorizar que en perjuicio de las personas se aplique una la ley no vigente al momento del hecho, con violación del principio de igualdad y de la garantía de ley previa.

Sin que a ello se le pudiera oponer la excepción de una cosa juzgada en favor del Estado, en el sentido de que si a la persona ya se le juzgó y se le está ejecutando la pena, la derogación de la ley penal ya no le puede deparar beneficio a esa persona; pues ya se le aplicó la ley y se violaría el principio de *seguridad jurídica*. Porque con ese argumento se pasa por alto que la *seguridad jurídica* se instituye en beneficio de las personas y no en favor del Estado. Igualmente, se desatendería que el Estado manifiesta su facultad de punir en tres momentos: cuando en la ley conmina con penas, cuando el juez las impone y cuando el órgano ejecutor las hace cumplir. Mas la ejecución de una pena no tan sólo depende de la ley que rige su ejecución; sino, además, esa ejecución se basa en la pena que el juez aplicó de acuerdo con la ley penal y conforme al hecho que el mismo legislador es quien ya dejó de prever como delito o de sancionar con la pena que se ejecuta. Por lo tanto, no se elimina el injusto contrasentido de que el Estado ejecute una pena que él mismo dispone en la ley que ya no se imponga. Sinrazón que se agrava aún más, si se tiene presente que ella deviene de la violación al principio de *estricta legalidad* por el que el artículo 14 C limita al poder punitivo del Estado y protege a las personas. Por otra parte, es verdad que el principio de *seguridad jurídica* debe prevalecer en los casos en que ello sea más benéfico para la comunidad. Empero, no queda nada claro ¿cómo puede ser más benéfico para la comunidad que el Estado continúe con la pretensión de punir una conducta, que él mismo ya declaró que no se habrá de penar? Podrían alegarse quizás motivos de «prevención general»; es decir, como un ejemplo de que la desobediencia de la ley penal nunca quedará impune. Y puede ser que en eso haya algo de cierto. Pero

³⁷¹ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, Septiembre de 2000. Tesis: P. CXLIV/2000. Página: 21. Materia: Constitucional, Penal. Tesis aislada. Amparo en revisión 471/98. 8 de junio de 2000. Mayoría de seis votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Genaro David Góngora Pimentel. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número CXLIV/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

con ello se olvida que la facultad de punir no se puede fundar en motivos de prevención general sin el límite de sustentar la pena en la culpabilidad del autor ajustada a los cauces constitucionales. En la cual al autor no se le debe usar como «objeto» para ejemplo de otros. Porque entonces se le castiga en consideración a los demás y no en atención a la conducta que él realizó. Y «antes» que eso, se relegaría la razón de que la pena se funda en la estimación del legislador de que ese hecho lesiona bienes jurídicos de tal forma que se hace necesaria su punición. Y es el caso que, precisamente es el legislador quien considera que la punición del hecho ya dejó de tener la legitimación de su necesidad social.

F. La sucesión de normas procesales penales. Contra lo que pueda parecer, el principio de aplicar la norma más favorable no funciona de manera muy diferente en las normas procesal-penales de como opera en las normas penales. Por cuanto que para las normas procesales rigen dos puntos clave que también se aplican para las normas penales. Y los que pueden enmarcarse en la tesis que llamo «situación motivacional» que rige la aplicación temporal de las normas. Y que tiene como punto de partida la máxima «tempus regis actum». A partir de ésta primera clave —“el tiempo rige al acto”— se puede delimitar el lapso durante el cual es posible plantear la aplicación de normas —en este caso de naturaleza procesal— que se sucedan en el tiempo. Esto es, aquél punto clave marca el inicio del lapso temporal durante el cual puede plantearse un problema de sucesión de leyes, a la vez que permite delimitarlo. Y el mismo es válido tan para las normas penales como para las procesales-penales. La segunda clave atañe a la situación que da origen a la aplicación de la norma. Tratándose de la aplicación de normas procesales tan el acto como la situación en ocasiones difieren en el tiempo del momento en el que se cometió el delito y de las consecuencias jurídicas inherentes al mismo. Y sin embargo, ello no apareja un cambio radical en el tratamiento de las normas procesales penales del que se da a las normas penales que se suceden temporalmente como luego se verá. Por lo pronto, en este apartado me ocupo de manera principal de los dos puntos clave respecto a las normas procesales. Para en el siguiente ocuparme de la distinción sustancial entre normas penales y normas procesales penales y, por último, reiterar mi postura.

Jurisprudencialmente se ha dicho que la ley procesal penal se rige por los actos que dan motivo a su aplicación. Es decir, la aplicación de la norma procesal se motiva a partir de cuando se dan ciertos actos regulados por la ley que dan pie a una situación jurídica regida por aquella. De tal manera que cuando cesa la situación que dio lugar a la aplicación de la norma procesal, se extingue la relación jurídica que vinculó a los sujetos con relación a esa situación. Así, el lapso dentro del cual se puede plantear un problema de aplicación de normas procesales que se suceden en el tiempo es a partir de cuando se da el motivo que origina la aplicación de la norma hasta cuando cesa la situación jurídica que se originó por su aplicación. Por ello, como regla general, una norma procesal nueva no puede ser retroactiva —o mejor dicho, es inaplicable— a situaciones jurídicas que ya se extinguieron o consumaron al amparo de una ley procesal anterior. Todo ello apareja independizar ese acto y la situación procesal del tiempo en el que se dio el delito. Lo cual es correcto sólo si se trata de normas sustancialmente procesales, mas no así cuando se trata de normas formalmente procesales pero sustancialmente penales como se verá en el apartado siguiente.

En efecto, mientras la relación jurídica «sustantiva» penal que motiva la aplicación de la ley penal de ordinario surge desde el momento en que la persona comete el delito y culmina hasta cuando se extingue la acción o la sanción penal por aquél delito. En cambio, la relación jurídica «procesal» penal —que motiva la aplicación de la ley procesal penal— nace cuando al inculpado se le somete a las situaciones del procedimiento y del proceso penal y termina cuando se agotan esas situaciones de índole procedimental o procesal. Son pues los actos de la averiguación previa y del proceso —y no el delito mismo— los que dan motivo a la aplicación de las normas procedimentales y procesales que los rigen. Pero en uno y otro caso, las relaciones jurídicas procedimentales o procesales sólo pueden darse con relación al inculpado con motivo de los actos que dan pie a su aplicación durante la averiguación previa y el proceso originando precisamente las situaciones reguladas por las normas de aquella clase. En consecuencia, la aplicación de aquellas normas de carácter procedimental o procesal no cabe plantearla antes de que se dé el motivo que origina la aplicación de la norma procedimental o procesal de que se trate, ni después de que en virtud de la aplicación de aquella norma se extinga la situación jurídica originada por dicha aplicación.

Ello también quiere decir que las relaciones y situaciones jurídicas que se derivan de la averiguación previa y del proceso aún no existen cuando el inculpado comete el delito. Aquéllas apenas podrán surgir a partir de cuando se dan la denuncia o la querrela o se someta al inculpado al proceso penal. Por ende, resultaría de entrada un falso problema de sucesión temporal de normas procesales, el cuestionarse si es o no es correcto que al entrar en vigencia una ley procesal nueva se deba aplicar la norma procesal —anterior— que regía cuando el inculpado cometió el delito por serle más benéfica, toda vez que cuando la norma anterior estaba vigente precisamente aún no nacía la averiguación previa o la relación jurídica “procesal” penal ni tampoco se daban los motivos que dieran origen a la aplicación de la norma procedimental o procesal con relación al inculpado. Dicho de otro modo, si se modifica la ley procesal penal “después” de que el inculpado comete el delito pero “antes” de que se le someta a situaciones jurídicas concretas que impongan las normas del procedimiento o del proceso, de tal suerte que la nueva norma procesal contemple situaciones o consecuencias jurídicas que serán más onerosas para el inculpado que las que preveía la ley cuando aquél cometió el delito, no se podrá sostener con validez que al inculpado le es aplicable la ley procesal “anterior” bajo el argumento de que esa era la norma procesal vigente cuando cometió el delito, ni siquiera con la tesis de que ella le era la más favorable. Y ello es así, porque en el momento en el que se comete el delito, aún no se daban los motivos para que se actualizaran los supuestos legales que habrían de regir esas situaciones o consecuencias de mera índole procesal. El sostener lo contrario aparece confundir la «clase» de relación jurídica, esto es, la de carácter *sustantivo* penal con las relaciones jurídicas de carácter *procedimental* o *procesal* penal. Y lo que es más importante, se pasa por alto el tiempo en el que se da el motivo que origina la aplicación de las norma —«tempus regis actum»—. Porque es claro que no hay razón para invocar la aplicación de normas derogadas si cuando son sucedidas por otras aún no se da el acto —o una situación jurídica originada por ese acto— que motive —y regule— su aplicación. En otras palabras, si cuando se dio la sucesión temporal de normas todavía no había motivo para se aplicase la norma, ninguna razón existe para invocar la preferencia de la norma anterior sobre la posterior o viceversa. La tesis federal siguiente es ilustrativa al respecto:

RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES. NO EXISTE POR REGLA GENERAL. Una ley procesal se forma, entre otras cosas, por normas que otorgan facultades que dan la posibilidad jurídica a una persona de participar en cada una de las etapas que conforman el procedimiento. Al estar regidas esas etapas por las disposiciones vigentes en la época en que van naciendo, no puede existir retroactividad mientras no se prive de alguna facultad con que ya se contaba. Por tanto, si antes de que se actualice una etapa del procedimiento: el legislador modifica la tramitación de éste, suprime un recurso, amplía un término, modifica la valoración de las pruebas, etc., no existe retroactividad de la ley; ya que la serie de facultades que dan la posibilidad de participar en esa etapa, al no haberse actualizado ésta, no se ven afectadas.³⁷²

También es clara la siguiente tesis del TSJC: SUCESIÓN TEMPORAL DE LEYES PROCESALES. LA VALORACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES SE SUJETA AL MOMENTO EN QUE SE REALIZÓ EL ACTO PROCESAL Y NO AL TIEMPO DE COMISIÓN DEL DELITO. El argumento toral del recurrente consiste en que se debe aplicar la ley procesal anterior, porque era la que estaba vigente cuando se cometió el delito. Sin embargo: la persona apelante pasa por alto que la aplicación de la ley procesal penal surge con motivo del proceso y no antes. Es decir, cuando se comete el delito nace apenas la pretensión punitiva de la acción penal para el caso concreto, que regula el Código Penal y, por tanto, de carácter sustantivo. Cuya existencia se deberá resolver previo el debido juicio legal. Pero es obvio que en el momento en que se comete el delito y nace la pretensión que sustenta a la acción penal, el proceso aún no se inicia. Y mientras no se ejercite dicha acción, ni siquiera se puede hablar de una relación jurídica procesal. Es a partir de cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal, y no antes, cuando se plantea la aplicación de la ley procesal penal. Como es a partir del momento en que el inculcado queda sujeto a la potestad del juez, cuando la relación jurídica procesal se perfecciona. En tal línea de pensamiento: la aplicación de la ley procesal vigente cuando se cometió el delito, sólo se puede dar si para cuando se inicia el proceso, dicha ley procesal continúa vigente. Ya que es el ejercicio de la acción penal y, con ello, el surgimiento de una relación procesal, lo que motiva la aplicación de la ley procesal. Por ello, la ley procesal que se aplica durante el proceso es la que se encuentre vigente cuando el proceso se inicia y desarrolla. Pero ningún sustento existe para pretender que, al modificarse la ley procesal, se aplique ultra-activamente la norma procesal que se encontraba vigente al tiempo en el que se cometió el delito. Ni siquiera bajo el argumento que la ley procesal anterior era más favorable. Y no sólo porque se pretende que sin regulación legal alguna se aplique ultra-activamente la ley procesal derogada. Sino porque también, tal caso, por tratarse de aplicación "ultra-activa" no se comprende por la garantía de aplicación "retroactiva" de la ley en beneficio de la persona. Pues es evidente que no se trata de retrotraer la nueva ley a una situación anterior. Sino de sostener la ultra-aplicación de la ley anterior, en vez de la nueva. Además, porque el tiempo de comisión del delito rige como regla general para aplicar la ley penal y las normas sustancialmente penales. Pero no rige para aplicar ley procesal penal. De tal manera que es irrelevante que se modifique la ley procesal después de que se comete el delito y antes de que se inicie el proceso. Pues es el ejercicio de la acción penal lo que motiva aplicar la ley procesal. La que por, regla general, no puede ser otra que la ley procesal vigente cuando se ejerció la acción y durante el desarrollo del proceso. Pero de ningún modo la anterior. El apelante también pasa por alto el tiempo del acto procesal que combate y que fue el que, precisamente, apenas dio lugar a la aplicación de la norma procesal vigente que él impugna. Del cual es claro que su motivo de agravio deviene improcedente. En efecto: con base en el artículo tercero transitorio del decreto número 558, de fecha 2 de noviembre de 1994; que se publicó en el Periódico Oficial del Estado en noviembre 4 del mismo año; los actos procesales se rigen por la ley procesal vigente cuando aquellos se realizaron y no por el tiempo de consumación del delito.³⁷³

En tal orden de ideas, sólo es válido hablar de un posible problema de sucesión temporal de normas cuando se dan los actos que motiven su aplicación y mientras dure la situación jurídica —sustantiva penal, procedimental o procesal penal— que dé lugar a la aplicación y la ejecución de esas normas. Ese es el único lapso posible durante el cual puede plantarse la aplicación más favorable de normas que se sucedan durante ese tiempo. En suma, *sólo es correcto plantear un problema de sucesión temporal de normas partir de cuando se dan los actos que motivan la aplicación de esas normas. Y sólo mientras dura la relación jurídica sustancialmente penal, procedimental o procesal de igual índole o las consecuencias materiales directas de las primeras, motivadas por la aplicación de las normas en sucesión. Pero no antes, ni después.*

Ahora bien, la relación jurídica procedimental y procesal penal es compleja. En tanto que —en uno de los aspectos de tal complejidad— aquélla se modifica según las diversas situaciones jurídicas que se dan en el procedimiento y durante el proceso. Sea en lo principal o en sus incidentes. Por lo general, la nueva norma procesal se apodera de inmediato de las relaciones jurídicas procesales preexistentes, tan de la relación principal como de las incidentales, a efecto de regular las nuevas situaciones jurídicas que se generen con motivo de los actos que den pie a su aplicación. Pero sin que en dichas relaciones se afecte a las situaciones

³⁷² S. J. F., Última Época, Tema I, Párrafo Parto, enero-junio de 1989, p. 170. Tesis de rubric "RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PROCESALES, NO EXISTE POR REGLA GENERAL". Y Apéndice al 656, p. 604. De rubric "RETROACTIVIDAD TRATÁNDOSE DE LEYES PROCESALES, RESULTA INAPLICABLE LA.."

³⁷³ TSJC, T. P. 566/95, sentencia 809/96, 5 de noviembre de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Bercheimann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, tomo II, p. 815.

jurídicas que ya se consumaron bajo el amparo de la norma procesal anterior. Ello conlleva a que cuando se extingue la situación jurídica procedimental o procesal que se generó de acuerdo con la ley previa, no pueda ser aplicable de manera retroactiva la ley nueva. Esto es, **1)** la nueva norma procesal será inaplicable retroactivamente a situaciones que ya se extinguieron y se rigieron por la aplicación de la norma anterior — derogada—. Y, además, **2)** la norma procedimental o procesal derogada será ya inaplicable a las nuevas situaciones jurídicas, en virtud de que éstas se regirán por la norma nueva. Finalmente, **3)** respecto a las situaciones jurídicas preexistentes que todavía no se agotan, de las normas procesales en sucesión será aplicable la más favorable o menos gravosa para el inculpado. Pues en tales eventos, la situación jurídica procedimental o procesal aún es la misma. Por lo tanto, en esos casos la «nueva» norma procedimental o procesal se aplica retroactivamente si ella es más benigna o menos onerosa para el inculpado. O si la ley anterior es más benéfica o menos onerosa, ella se aplica ultra-activamente. En tanto ya había surgido y aún permanece la situación jurídica que motiva su aplicación. *Lo cual es válido incluso cuando se llegare a tratar de sucesión de normas constitucionales que regulen garantías dentro del procedimiento.* Al respecto, son también orientadoras las tesis del TSJC que enseguida se citan:

SUCESIÓN TEMPORAL DE LEYES PROCESALES. REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN. De la interpretación contextual de los artículos tercero y cuarto transitorio que se contienen en el decreto de reformas al Código de Procedimientos Penales que inició su vigencia en 1995; así como con base en los principios generales de derecho que rigen en materia de sucesión temporal de leyes procesales; se pueden derivar una regla general y dos excepciones. La "regla general" consiste en que tan pronto se inicia la vigencia de la nueva ley procesal, al implicar la cesación de vigencia de la ley sucedida, las relaciones procesales formales dejan de estar tuteladas por las normas anteriores e inmediatamente se sujetan a las nuevas. Es decir: tratándose de sucesión temporal de leyes procesales, la ley que se debe aplicar es la vigente al momento de realizarse el acto procesal. De ésta manera se explica que con relación a las situaciones adjetivas que se agotaron durante la vigencia de la ley anterior, la nueva ley es inaplicable retroactivamente para valorar el acto procesal agotado conforme a la norma anterior. Sin embargo, la "primera excepción" se presenta respecto a las situaciones jurídicas de orden procesal que se iniciaron bajo la vigencia de la ley anterior, pero que aún estén por consumarse bajo la vigencia de la nueva ley. Pues en tal caso debe prevalecer la ley más favorable al inculpado. La "segunda excepción" estriba en las situaciones procesales que ya se consumaron, pero en las que continúa la causa que les dio origen. En tanto aquellas se pueden plantear de nuevo con base en la nueva ley, si ésta le resulta más favorable al inculpado. Aunque en este caso en realidad no existe aplicación retroactiva, ni ultra-activa de la ley procesal. Simplemente se aplica la ley vigente.³⁷⁴

CAREO CONSTITUCIONAL OBLIGACIÓN DEL JUEZ PARA CELEBRARLO, CON INDEPENDENCIA DE QUE LO HAYA SOLICITADO EL INculpADO (APLICACIÓN ULTRA-ACTIVA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL DEROGADA). El juez violó la fracción IV del artículo 20 constitucional, vigente hasta antes de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Así como los artículos 303 y 306 del Código de Procedimientos Penales, vigentes hasta antes de la reforma que entró en vigor en enero del año próximo pasado, con relación al segundo párrafo del artículo 235 del citado ordenamiento legal: Relativos a la "obligación del juez de acordar los careos necesarios para la conclusión válida de la primera instancia". Ello es así, pues al observar la norma actual que prevé la fracción IV del artículo 20 Constitucional, el juez aplicó retroactivamente la ley en perjuicio del inculpado con violación al primer párrafo del artículo 14 constitucional: Cuenta habida de que cuando el juez acordó el careo necesario, lo hizo bajo el amparo de la ley procesal anterior, cuya ultraactividad debió aplicar con base en el artículo 3º transitorio del decreto de reformas al Código de Procedimientos Penales publicado en el *Periódico Oficial* el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. En consecuencia, si el inculpado, bajo el amparo de la ley anterior, ya había adquirido el derecho de ser careado con la persona que declaró en su contra, independientemente que lo haya solicitado o no, el careo debió celebrarse. Ya que la ley posterior relativa al careo constitucional necesario no debe afectar los derechos procesales del inculpado, de la misma índole constitucional, ya adquiridos con antelación.³⁷⁵

G. La distinción entre normas sustantivas penales y normas procedimentales o procesales penales para el efecto de la sucesión temporal de leyes. Ahora bien, de acuerdo con lo dicho presenta especial

³⁷⁴ TSJC. , T. P. 568/95, sentencia 809/96, 5 de noviembre de 1996, unanimidad de votos. T. P. 714/96, sentencia 768/96, 29 de octubre de 1996, unanimidad de votos. T. P. 69/95, sentencia 387/96, 25 de junio de 1996, unanimidad de votos. T. P. 495/95, sentencia 385/96, 25 de junio de 1996, unanimidad de votos. T. P. 569/95, sentencia 206/96, 8 de mayo de 1996, unanimidad de votos. T. P. 632/95, sentencia 188/96, 23 de abril de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Berchelmann Arizpe y Eirén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, Tomo II, pp. 815 y 816.

³⁷⁵ T.P. 312/96, sentencia 462/96, 16 de julio de 1996, unanimidad de votos. En Antonio Berchelmann Arizpe y Eirén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, Tomo I, p. 147.

interés la pregunta siguiente: ¿Cuáles normas son realmente de carácter sustantivo penal y cuáles son de naturaleza procesal penal? ¿Cuál es el punto toral de distinción entre ellas? ¿Y cuáles son las consecuencias de esa distinción?

Esos planteamientos se han tratado de resolver de diversas maneras. Varias de ellas insatisfactorias. Otras tantas inadmisibles. Así, podría pensarse que la primera cuestión se resuelve según la norma se halle en el código penal o en el código procesal. Mas esta postura formal, al igual que la que estima —sin mayor consideración— que las normas que rigen la acción penal tienen naturaleza penal —desconociendo que ella también es una cuestión central de análisis en el ámbito procesal— son planteamientos que devienen inconvincentes por su falta de fundamentación jurídico-sustancial acorde con un estado de derecho. ¿Pues qué acaso la prohibición constitucional de irretroactividad perjudicial dependería de la mera ubicación formal de la norma? Porque un criterio así dejaría a la garantía al mero arbitrio del legislador ordinario. En tanto él podría decidir, por ejemplo, que la regulación de la prescripción de la acción penal pase del código penal al código procesal penal. Cancelando con esa simple maniobra la naturaleza esencialmente penal de las normas que rigen la prescripción de la acción penal como más adelante se verá. ¿O qué acaso esa cuestión pendería del simple argumento de que las normas penales estarían dirigidas a los particulares y las procesales a los jueces, funcionarios y auxiliares? Porque esta tesis —que parte de la teoría de las normas— involucra también una solución poco plausible. Así, Zaffaroni dice: (...) esa distinción no es sostenible en el ámbito punitivo, donde todas las leyes están dirigidas a estos últimos, entre otras razones porque lo contrario sería difícilmente compatible con la concepción fragmentaria del poder punitivo (el llamado carácter sancionador del derecho penal.)³⁷⁶ Piénsese también en la distinción —que Zaffaroni llama «sutilísima y artificial»³⁷⁷— de que las normas procesales afectan a la perseguibilidad y no a la punibilidad del hecho. Zaffaroni apunta que con aquél argumento en Alemania se estimó que una norma nueva que amplíe el plazo de prescripción de la acción penal puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del inculpado. Y el mismo Zaffaroni refiere que aun cuando en Argentina se sostuvo que una ley de esa naturaleza sería inconstitucional, también se consideró que, tratándose de ley extranjera, los tribunales nacionales deben conceder la extradición con base en ella, porque el Derecho Internacional no exige la ley previa en su ámbito. Con lo que se consagra la *tesis del doble derecho*. Respecto de ella Zaffaroni señala: (...) No puede explicarse de otro modo que una ley que por violar garantías no pueda tener vigencia nacional, deba valer para los jueces nacionales si es producida por un parlamento extranjero.³⁷⁸

Todo ello obliga a plantearse entonces dos puntos torales: 1°. ¿Cuál es el contenido sustantivo-penal de una norma o al cual ella misma condicione su aplicación? Y 2°. ¿Cuál es el momento en el que surge la relación jurídica por algún acto que motiva la aplicación de aquella clase de normas? Siguiendo a Zaffaroni en el primer punto arriba citado: ***La norma será "penal" cuando su aplicación conlleve en sí una medida o una consecuencia igual o substancialmente equivalente a la pena, a la reducción de la misma o de sus consecuencias, o a la exclusión o extinción de esa pena.***

³⁷⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Proceso Penal y Derecho Humanos: Códigos, Principios y realidad, en América Latina: Análisis Regional*, p.10.

³⁷⁷ *Idem.* op. cit., p. 11.

³⁷⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 10.

Esa postura tiene un indudable soporte constitucional en casi todos los estados de derecho: La potestad punitiva del Estado —por virtud de la creación de delitos y penas— se traduce en medidas que afectan la libertad personal; aquella interesa pues, a uno de los principales derechos del ser humano que garantiza la C., cual es la libertad personal. Por ende, las normas que incidan en sí sobre la libertad personal atañerán siempre a un derecho público subjetivo —de naturaleza sustantiva—. Y las cuales, por ello, serán normas de naturaleza penal sustantiva. Y precisamente por lo mismo, esas normas se han de regir por las garantías que señala la misma C., dentro de las cuales está la irretroactividad perjudicial de las leyes y la derivación en materia penal del principio de aplicación de la norma más favorable.

Por lo demás, cuando por virtud de la propia ley, la aplicación de una norma —que formalmente es procesal— depende —según la propia norma— de la clase de pena o de la gravedad del delito y aquella afecta materialmente la libertad personal, es claro entonces y a mayoría de razón, que esa norma se deba considerar de índole sustantiva penal, cuyo ámbito temporal de aplicación se decide a partir de cuando se comete el delito; porque es desde ese momento que existe la referencia para saber la clase de pena o la gravedad del delito para decidir la aplicación de la norma aparentemente procesal, pero sustancialmente afectatoria de la libertad personal.

Por último, no debe pasarse por alto la garantía que también consagra el artículo 14 C. relativa al derecho de ser juzgado (...) conforme a leyes expedidas con anterioridad al «hecho».³⁷⁹ Y éste «hecho» no puede ser otro que el delito mismo al cual hacen referencia las normas sustancialmente penales (aunque sean formalmente procesales.) En tal línea de pensamiento es conducente citar la importante jurisprudencia por contradicción de tesis 44/2000 de la SCJN, del tenor literal siguiente:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN ES UN DERECHO SUSTANTIVO RESPECTO DEL CUAL RIGE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL, CONSISTENTE EN LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY EN BENEFICIO DEL REO. La libertad provisional bajo caución establecida en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Federal es un derecho sustantivo o fundamental del gobernado, y no una cuestión meramente adjetiva o procesal, por que además de esta consagrado como tal en la Carta Magna, invoca uno de los derechos sustantivos más preciados del hombre, como es su libertad y la afectación que produce su negativa, no es susceptible de ser reparada, aunque el interesado obtuviera una sentencia absolutoria; y, por ende, le es aplicable la excepción contenida en el artículo 14 constitucional en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, en este caso, del indiciado, procesado o sentenciado; lo que significa que al resolver sobre el derecho de referencia, se debe aplicar la ley más benéfica para aquel, ya sea la vigente en el momento en que se cometió el ilícito, si ésta permitía que se otorgara dicho beneficio, o bien, la vigente en la época de la emisión del acuerdo respectivo, si esta última le es más favorable.³⁸⁰

Por lo tanto, si ya se dio el motivo —comisión del delito— para que una norma penal —cualquiera que sea su ubicación o naturaleza formal— se tenga en cuenta en cuanto a su aplicación y consecuencias, la norma nueva que punitivamente haga menos benéfica o más gravosa la situación a una persona, a ésta no se le podrá aplicar retroactivamente dicha norma en acato del artículo 14 C. Ejemplo: Las normas de la prescripción de la acción penal inician sus consecuencias —vinculadas a la gravedad de la penalidad— con motivo de la comisión del delito; esto es, a partir de cuando se comete el delito. Por ende, será conforme a Derecho aplicar una norma nueva que haga menos gravosa o más benéfica la regla de prescripción preexistente. Pero será anticonstitucional que se aplique retroactivamente una ley ulterior que amplíe el plazo de prescripción de la acción penal; es decir, con relación a un delito respecto del que, cuando se cometió y según los momentos a

³⁷⁹ Los corchetes son míos por supuesto.

³⁸⁰ Contradicción de Tesis 44/2000-P.S. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Cuarto Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 24 de enero de 2001. 5 votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Sra: Ma. Elizabeth Acevedo Gascón. Tesis de Jurisprudencia 10/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de 28 de marzo de 2001, por unanimidad de 5 votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventivo V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Mesa y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

partir de los cuales se debe computar el término de prescripción de la acción penal, ésta prescribía en un lapso menor.³⁶¹ Más todavía si dicha aplicación se intenta cuando de acuerdo con la ley anterior ya prescribió la acción penal por aquél delito.³⁶² Contra éste criterio —aunque conforme al Derecho anglosajón— se manifiesta Fletcher. Él estima en esencia que la aplicación retroactiva es permisible en virtud de que los plazos de prescripción de la acción penal son de naturaleza procesal debido al criterio de “perseguidibilidad”. Y que, por ello —en su concepto— es inadmisibles que dichos plazos puedan servir de cálculo y motivo a favor de los delincuentes para que busquen la impunidad con base en ellos.³⁶³ Sin embargo, Fletcher deja sin respuesta tres interrogantes. Primera: ¿Sería igual de válido ese criterio cuando quien comete el delito no tiene en cuenta ese cálculo? —Como de ordinario sucede—. Segunda: ¿Será razonable pensar que los delitos se cometan de ordinario con base en el cálculo de que la pena de ese delito se pueda aumentar en el futuro por el legislador, así que más vale cometerlo desde luego? Y tercera: ¿Dónde quedan entonces los principios de ley previa y de irretroactividad perjudicial en materia penal? Porque la verdad es que la ley es la que regula los plazos de prescripción de la acción penal sin establecer aquellas condiciones como motivos de excepción a la operatividad de esas normas. Como igual es verdad que tan el legislador como el aplicador de la ley están sujetos al respeto de las garantías individuales por las que se limita al poder punitivo del Estado. Y por lo que concierne al sutil criterio de la “perseguidibilidad”: ¿qué acaso es “perseguido” un delito y con ello se puede sostener la pretensión de punir, cuando es la misma ley la que antes ya declaró que dejaba de perseguirlo o que lo perseguiría en un lapso menor y que, por ende, cesaba antes la pretensión de su persecución por parte del mismo estado? La ubicuidad del criterio de “perseguidibilidad” denota su intrínseca naturaleza como un juego sucio que vuelve ilusas las normas sobre prescripción de la acción penal (o de la pretensión punitiva) contra la garantías antes dichas y la de seguridad jurídica en general, a menos que se llegare a demostrar precisamente lo contrario, es decir, que un régimen en el poder hubiese reducido los términos o señalado algunos de tal manera para escapar a los delitos cometidos por los funcionarios de ese régimen, lo cual ya entra en el campo de ciertos delitos en el Derecho Penal Internacional del cual nos ocuparemos más adelante.

Otras normas procesales de índole sustantiva penal son las relativas al arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional, en cuanto ellas implican una consecuencia materialmente igual que la pena de prisión o la afectación de la libertad personal y, además, en tanto que la aplicación de esas normas depende de la clase de delito, de la clase la pena o de la gravedad de uno o de la otra. Por ejemplo: si cuando se comete el delito éste tiene una penalidad alternativa —con independencia de cuándo se llegue a iniciar el proceso y se dé el motivo para que al inculpado se le someta al mismo— no podrá aplicarse a aquél una norma nueva que imponga la prisión preventiva para delitos como el imputado y el cual antes no daba lugar a esa medida de seguridad afectatoria de la libertad personal. Sucede lo mismo si cuando se comete el delito, las normas relativas al arraigo —sean las que se dan como medida de aseguramiento del inculpado durante la

³⁶¹ El momento a partir del cual se inicia el cómputo de la prescripción depende de si el delito es instantáneo, permanente o continuado. Con base en los artículos 7° y 102 del CPF, 17 y 108 del CPDF y 165 del CPC.

³⁶² Piénsese por ejemplo en la nueva previsión del artículo 164 del CPC. La que a partir de septiembre de 1999 estableció la imprescriptibilidad de la acción penal que surja y de las sanciones penales que se impongan con motivo de los delitos de homicidio simple doloso o que se cometa con cualquier modalidad agravante o calificativa; así como de secuestro o secuestro equiparado, consumado o en grado de tentativa.

³⁶³ George P. Fletcher, *Principios Básicos de Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1997, pp. 30 y 31.

averiguación previa o bien durante el proceso como consecuencia del auto de sujeción a proceso o de la misma libertad caucional— sean menos severas que las que luego rijan en razón de ciertas clases de delitos o penalidades cuando se da el motivo para aquella afectación, porque serán inaplicables las normas nuevas del arraigo al ser más gravosas y tener naturaleza sustancialmente penal, dado que unas y otras inciden directamente en actos de molestia sobre la libertad personal.

No obstante lo anterior, es posible que se aduzca que si antes de la sucesión de normas aún no se daban los motivos procesales o procedimentales para que las normas anteriores se aplicaran al inculpado, entonces no habría razón para alegar la ultractividad o la retroactividad de las normas. Porque esas normas que rigen esas afectaciones a la libertad personal sólo se pueden aplicar a partir del momento en el que se da el motivo para su aplicación y no desde cuando se cometió el delito. Por ejemplo, a partir de la detención o del auto que dé lugar a la prisión preventiva. Ya que serían esos actos los que motivarían por primera vez la aplicación de las correlativas normas vigentes en ese momento y, por ende, el problema de sucesión temporal de normas solo se podría plantear en el futuro y mientras dure la situación jurídica derivada de la aplicación de la norma vigente al momento en el que se dio el acto que originó esa situación. De lo que se seguiría que tal problema de sucesión no se puede esbozar con relación a las normas que regían antes del acto que motivó la situación procesal y que antes del mismo fueron derogadas y sustituidas por otras nuevas más gravosas. Sin embargo, en todo ese razonamiento hay una falacia escondida: Porque una cosa son los motivos que dan origen a la aplicación de las normas que rigen el arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional y otra muy distinta es que la aplicación de esas normas sólo dependa de la realización de aquellos motivos. Lo cual no es cierto, porque su aplicación también depende de la gravedad del delito o de la pena o de la clase de ésta última o de la medida afectatoria de la libertad personal con relación al delito que se pretende imputar al inculpado. Y para decidir lo anterior, se tiene que atender precisamente a las normas configurantes del delito y de la penalidad que estaban vigentes cuando el inculpado incurrió en el hecho delictuoso que se le atribuye. O dicho de otro modo, se pasaría por alto que aquellas normas tienen naturaleza sustantiva penal al traducirse en afectaciones a la libertad personal que se rigen según la clase de la pena y la gravedad del delito y que, por ende, solo se pueden justificar a partir de las normas que estaban vigentes al momento de comisión del delito que se atribuya al inculpado.

De aquí que en toda norma de índole sustantiva penal en el sentido antes dicho —y aunque formalmente aparezca como procesal— el momento a partir del cual se puede plantear la sucesión temporal de normas es desde cuando se comete el delito. De tal suerte que se debe atender a la norma más favorable de todas las normas que se sucedan desde cuando se comete el delito hasta cuando se deba decidir su aplicación o mientras duren sus consecuencias de afectación a la libertad personal del inculpado con motivo de la aplicación de las mismas.

Tal es el caso también de la libertad caucional. Porque bien puede ocurrir que después de que se cometa el delito y antes de que se detenga al inculpado sobrevenga una norma nueva que restrinja los supuestos en los que aquella libertad procede y que si al inculpado se le hubiere detenido antes de la norma nueva se le habría concedido aquella. Sin embargo, si luego a éste se le detiene, es válido alegar la aplicación de la norma anterior vigente al momento de comisión del delito imputado, por ser aquella norma de naturaleza sustancialmente penal y más benéfica que la nueva. Y es que para cuando se dio la sucesión de las normas ya

se había dado el motivo del que también depende la aplicación de las normas en sucesión, y el cual no es nada más la situación que dio pie a la aplicación de las normas vigentes al momento de la detención del inculpado y cuando éste pida su libertad caucional, sino, asimismo, las normas vigentes desde el tiempo de comisión del delito, por ser la gravedad o la no gravedad del mismo delito lo que decide la improcedencia o procedencia de la libertad caucional. Es pues correcto vincular al tiempo de comisión del delito la aplicación de las normas formalmente procesales pero sustancialmente penales. Porque el momento en el que se comete el delito no solo da lugar a que se apliquen las normas que rigen al delito y a la pena; así como las causas por las que uno u otra se excluyen, modifican o atenúan; sino, además, para que en función de aquellos extremos sustantivos se puedan aplicar las normas que regulan el arraigo, la detención, la prisión preventiva y la libertad caucional, aunque para ello se requiera de otros actos posteriores. Tal es el criterio que también subyace latente en la tesis siguiente:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SU NEGATIVA, CONFORME AL CÓDIGO PENAL VIGENTE, IMPLICA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN PERJUICIO DEL INculpADO SI LA LEY QUE REGÍA EN LA ÉPOCA EN QUE SE COMETIÓ EL DELITO PERMITÍA EL BENEFICIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si se niega al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución, en consideración a que el Código Penal vigente al momento en que es detenido el indiciado señala como grave el delito que se le imputa, no obstante que en la época en que presumiblemente se cometió el ilícito la ley penal permitía el beneficio solicitado, es evidente la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del quejoso y, con ello, la contravención al artículo 14 de la Constitución General de la República.³⁸⁴

Con ello no se confunde el momento en el que se comete el delito —que da lugar a la aplicación de las normas que regulan al mismo delito y a sus penas— con el momento en el que se da la causa que origina la aplicación de las normas que regulan a la libertad caucional. Sino que al ser dichas normas de carácter sustancialmente penal por estar condicionada su aplicación a la gravedad del delito, de la pena o a la clase misma de la pena que la ley penal atribuye al delito e incidir directamente en la libertad personal, es necesario acudir al momento en que se comete el delito imputado para decidir la aplicación de las mismas. De lo que se sigue que es a partir de que se inicia ese lapso que se pueden plantear los problemas de sucesión temporal de esas normas formalmente procesales pero materialmente de índole sustantiva penal.

Menos problemático es que mientras se resuelve la petición de la libertad caucional o después de resuelta esta sobrevenga una ley nueva que amplíe o restrinja la procedencia de la libertad caucional. Y, como antes de la nueva norma ya se dio el motivo para la aplicación de la norma anterior —en tanto no solo el delito se cometió antes, sino que ya se detuvo al inculpado— hay aquí doble motivo para la aplicación de la norma más favorable. También prevalece el principio de norma más benéfica cuando el inculpado esté sujeto a prisión preventiva por un delito que la ley considere grave y se modifique la norma permitiendo al inculpado acceder a dicha libertad, dado que todavía hay motivo —mientras subsista el proceso y la detención en prisión preventiva— para la aplicación de la norma nueva, la cual es de carácter sustancialmente penal.³⁸⁵

³⁸⁴ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: S. J. F. y su Gaceta, Tomo: VII, enero de 1998. Tesis: IV. 2o.16 P. Páginas: 1124, Materia: Penal. Precedentes: Queja 38/97. Ramón Aguilar Guevara. 10 de septiembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretario: Enrique Morán Piña.

³⁸⁵ Consideraciones análogas cabría hacer respecto a las normas que dan el contenido conceptual del cuerpo del delito y la responsabilidad penal, pues aún cuando aquellas se hallan en los Códigos de Procedimientos Penales, en realidad instrumentan directamente al delito. Y en tal sentido, si por ejemplo se cambiara el contenido del tipo penal, deberá estarse a la norma más favorable. Diferente es la cuestión de si el principio de la norma más favorable operaría en las normas relativas a la prueba de esas dos categorías procesales, en la medida que el legislador secundario haya cambiado tal contenido conceptual con base en las reformas al artículo 19 C. de 1999. La respuesta debe ser sí. Porque aunque se hablase de sucesión temporal de normas constitucionales, la misma deja intocada a la garantía de irretroactividad de la ley penal que la misma C. consagra en su artículo 14.

Por último, cabe también plantear la retroactividad o irretroactividad de las normas procesales según las normas nuevas aparejen reglas o requisitos más favorables o más severos con los que se condiciona una resolución procesal de fondo —ajena a la sentencia— cuando ella incida directamente en la libertad de la persona, como lo son el auto que ordena la aprehensión, el auto de formal prisión y, en general, todos los autos que decidan un incidente de libertad. Tal es el caso de la flexibilización de la prueba con relación a algunos elementos del tipo penal según lo que ahora se entiende por cuerpo del delito como categoría procesal y la cual se dio en virtud de la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 C, con relación a la reforma de 1993 a esos artículos. Toda vez que si el inculpado cometió el delito dentro del lapso de 1993 a 1999 y durante el cual estuvo vigente una mayor exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público con relación a los contenidos de la citada categoría procesal y se le pretenda procesar después de ese tiempo, es válido invocar la extractividad de aquellas normas por ser más benéficas al inculpado que las exigencias de las vigentes y con las cuales se decidirá su aprehensión o formal prisión, situaciones que indudablemente afectan a su libertad personal. Lo mismo sucedería, por ejemplo, respecto al incidente de libertad por desvanecimiento de datos, si acaso la norma anterior admitía su procedencia cuando se desvaneciesen los concernientes a la causa probable de la responsabilidad y la nueva norma restringiese la procedencia de la libertad sólo al desvanecimiento de los que atañesen al cuerpo del delito.

G. Fijación de postura con relación a cuál norma es aplicable cuando hay sucesión temporal de normas penales y procesales penales. Todo ello lleva a considerar que para decidir cuál norma es la aplicable cuando hay sucesión temporal de normas: **1) Primero es esencial determinar si se trata de normas sustantivas penales o procesales penales. 2) Sentado lo anterior, lo decisivo será determinar enseguida el momento en el que se da el "motivo" que origina y decide la aplicación de la norma.** Y de lo cual se deriva que aquella distinción no debe implicar un trato diferente a la regla de aplicación de la norma más favorable tratándose de sucesión temporal de normas, sean éstas penales sustantivas o de naturaleza procesal penal. Ya que en realidad aquél criterio básico aplicable a las dos clases de normas deviene de dos garantías que recoge el artículo 14 C.: La de ley vigente al momento del acto y la de irretroactividad perjudicial de «cualquiera» ley —y no sólo de las normas penales— en perjuicio de persona alguna. En otras palabras, *cuando esté claro que la norma sea en esencia "penal" porque conlleve «en sí» una medida o una consecuencia igual o substancialmente equivalente a la pena, a la reducción de la misma o de sus consecuencias o a la exclusión o extinción de esa pena, o de lo anterior dependa la aplicación de otra de naturaleza formalmente procesal pero que incide directamente sobre la libertad personal, la naturaleza esencialmente penal de la norma predetermina que la aplicación de todas las normas nuevas con aquél carácter y que sean más favorables se deba retrotraer al momento en el que se comete el delito o en su caso, de ser más gravosas, que se permita la ultra-actividad de la norma vigente al momento del delito, por ser esta más favorable al inculpado.* En tanto que: **1. 1) Por un lado, la comisión del delito da motivo para que se apliquen las normas que regulan al delito y a las penas por ese delito. 1. 2) Y, por el otro, aunque es cierto que la comisión del delito por sí misma no da lugar en la mayoría de los casos para que se apliquen otras normas también penales (aunque formalmente procesales) cuyo empleo depende de un motivo distinto al de la mera comisión del delito, es igualmente verdad que en la aplicación de dichas normas —que aparejan afectación directa a la libertad personal— sí decide la**

clase de pena y la gravedad del delito cuya comisión se imputa. Y, además —como se acaba de decir—: 1. 3) Esas normas inciden directamente en la libertad personal que es un derecho humano garantizado por la C. De tal suerte que si dichas normas varían, se debe aplicar la más favorable que medie entre el tiempo de comisión del delito y el acto o situación que motiva o dio pie directamente a la aplicación de la norma procesal pero sustancialmente penal.

Ahora bien, el que las normas sean de naturaleza puramente procesal no implica que con relación a las mismas se deban abandonar las garantías de ley previa —o vigente— al tiempo del acto y de irretroactividad perjudicial de cualquier ley en perjuicio de persona alguna. Pues estas garantías rigen también para las normas procesales. En cuanto que la norma que se debe aplicar es la que ya esté vigente desde el momento en que se da el acto o motivo para la aplicación de aquella. Y esa norma, en principio, regirá hasta cuando se agote la situación que motivó la aplicación de la norma procesal. Pero si dentro de ese lapso hay cambio de norma, se deberá aplicar la más favorable al inculpado. Antes o después de tal lapso carece de sentido preguntarse cuál sería la norma más favorable que se habría de aplicar, en tanto que aún no se da o ya se consumó la situación que motivaría o motivó la previa aplicación de la norma. En conclusión:

a) La clave para decidir a partir de cuándo se debe suscitar la aplicación de una norma radica por un lado en la naturaleza penal o procesal de la norma. a. 1) Por cuanto que en las de carácter sustantivo penal decidirá la norma que sea más favorable entre el tiempo de comisión del delito y hasta cuando se extingan las consecuencias de la pena o —dándose el acto que motiva la aplicación de la norma procesal que sea sustancialmente penal— hasta cuando concluyan los efectos de la aplicación de tal norma. a. 2) Pero en las segundas, esto es, en las de mero carácter procesal, decidirá la más favorable desde el momento en el que se dé el motivo o acto que origina la aplicación de la norma procesal penal hasta la consumación de la situación procesal o de las consecuencias jurídico-materiales que se deriven de la aplicación de tales normas procesales.

Es durante tales lapsos cuando puede plantearse la aplicación de la norma más favorable si acaso durante el mismo se da sucesión de leyes. Porque siempre será posible durante ese tiempo plantear la aplicación de la norma más favorable de las que se den en sucesión. Esto es, durante el tiempo que medie entre cuando se da el motivo para la aplicación de la norma vigente —al momento del motivo o acto— y las que hayan regido hasta la consumación de las consecuencias jurídicas derivadas de aquellos actos o motivos. Mas no antes del motivo o acto que dé origen a que se aplique la norma, ni después de que la norma ya se aplicó y, en su caso, se consumen las consecuencias jurídicas del acto que originó su aplicación. Sin que se olvide que *en las normas formalmente procesales pero sustancialmente penales, el punto de partida para tal motivo es el tiempo en el cual se cometió el delito, dado que de ese delito y/o de su penalidad también depende la aplicación de esa clase de normas.*

H. Las garantías de ley penal vigente e irretroactividad perjudicial de cualquier ley en materia de extradición internacional. Por cuanto a la “tesis del doble derecho” para resolver la extradición internacional, coincide con la postura de Zaffaroni en la disparidad del tratamiento que implica aquella propuesta. Esto es, el sostener la irretroactividad perjudicial de la ley penal nacional y negarla cuando se atiende a la extradición en acato de la ley extranjera. Con lo cual esa tesis violaría en México la garantía de igualdad del artículo 1° C.

Asimismo, es falso que el Derecho Internacional no reconozca el principio de ley previa, para de ahí sostener la procedencia de la extradición por un delito cuya acción o sanción penal ya prescribió en el país donde se cometió el delito. Porque 1) desde el punto de vista del mismo Derecho Internacional, está la vigente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Su artículo 28 dispone la “irretroactividad” de

los tratados. Y, además, **2)** el artículo 46 señala que "el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse en un tratado, haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por Estado como vicio del consentimiento, a menos que dicha violación sea manifiesta y afecte a una norma fundamental para su Derecho interno." La violación manifiesta que invalida a la propia norma internacional debe afectar pues a una "norma fundamental del Derecho interno". Y las "normas fundamentales" no pueden ser otras que las que se contienen en la Constitución de los países que convienen. Dentro de las cuales se halla la exigencia de que los delitos y sus penas deben estar previstos en ley previa; así como también está la prohibición constitucional de la aplicación retroactiva perjudicial de la ley. De ello se sigue que la eficacia del mismo Derecho Internacional escrito en gran medida se subordina a su ajuste con la Constitución de los países pactantes. Lo cual se vuelve a confirmar en la Convención de Viena sobre los tratados de 1985.³⁶⁶ Igualmente, **3)** en materia de extradición internacional está la tesis de la "doble incriminación" como derivación del principio de reciprocidad internacional. Misma que es una norma interna e internacional tan de carácter consuetudinario como escrito. Por la cual el hecho delictivo por el que se requiera la extradición debe ser delito tan en el Estado requerido como en el requirente. La cual se consigna en la mayor parte de los tratados de extradición. Y que no es más que la consecuencia de reconocer la exigencia de que toda norma penal esté consignada en ley previa y, además, de que en el caso de extradición la persona se encuentra dentro del Estado requerido. Y a la cual le son aplicables las normas jurídicas de ese Estado. Tal como lo declaró la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 20 de noviembre de 1950, al deslindar los campos del asilo territorial diplomático y el de la extradición.³⁶⁷ De tal manera que la extradición será improcedente cuando conforme al Derecho interno del país requerido o del país donde se cometió el delito, ya prescribió la acción penal con relación al delito por el cual aquella se requiere.

Con independencia de lo anterior, si en un tratado se acuerda la creación de delitos o la imprescriptibilidad de los mismos, ello es insuficiente para que se apliquen por sí mismas las normas del tratado dentro del Estado Mexicano. Porque **1)** de acuerdo con el artículo 14 C. la única fuente posible de las normas penales es la ley. Y el tratado no es formalmente una ley, por más que sus normas sean de mayor jerarquía que las leyes mismas según tesis de la SCJN. En tal orden de ideas, si será posible que las normas penales que se llegaren a contener en un tratado luego se incorporen en la misma ley. Pero en tal evento será la ley y no el tratado la fuente de las normas penales ya incorporadas a aquella. Y será a partir del momento en que la ley penal inicia su vigencia—y no antes— cuando podrán plantearse problemas de sucesión temporal de normas penales que se den en el futuro y en los cuales de todas suertes rigen los principios de aplicar la norma más favorable y de irretroactividad de la ley en perjuicio de las personas. **2)** Todo ello es también claro en el Derecho Interno Mexicano conforme a los artículos 15 y 133 C. Así como de acuerdo con el artículo 2º de la Ley sobre la

³⁶⁶ Dicha Convención no está todavía vigente, pero sí lo está la de 1969. México es parte en ambas. Y ambos tratados están aprobados por el Senado y ratificados por el Presidente de la República. La *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969* se publicó el 14 de febrero de 1975 en el *Diario Oficial de la Federación* e inició su vigencia internacional el 27 de enero de 1980. La segunda *Convención de Viena sobre los tratados de 1985* se publicó el 28 de abril de 1988 en el *Diario Oficial de la Federación* y aún no tiene vigencia internacional.

³⁶⁷ Resolución citada por Alfonso Gómez-Rebolledo Venúzco, *Extradición en derecho internacional, aspectos y tendencias relevantes*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, p. 15.

celebración de los Tratados.³⁸⁸ Y, además, según el artículo 5° de la Ley de Extradición Internacional. La primera disposición constitucional *prohíbe "la celebración de tratados o convenios por los que se alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano"*. La segunda norma fundamental —lo mismo que el primer artículo citado— también sujetan la validez de los tratados a su arreglo a la Constitución. Y en tal sentido, **3)** la misma SCJN también ha sostenido que la extradición no excluye al extraditado de disfrutar las garantías individuales que consagra la C, como se ve en la tesis siguiente:

EXTRADICIÓN. NO EXCLUYE AL EXTRADITADO DE DISFRUTAR DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la Ley Fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la Carta Magna.³⁸⁹

Y es el caso que la C. consagra como garantía tan la exigencia de ley previa; como igual prohíbe la irretroactividad perjudicial de la ley para toda persona que se halle en su territorio —con independencia de su nacionalidad—. (Artículos 1° y 14 C.) Por su parte, el artículo 5° de la Ley de Extradición Internacional prevé que sólo darán lugar a la extradición los delitos dolosos o culposos definidos en la ley penal mexicana. De lo que se sigue que no procederá la extradición si la acción u omisión sancionadas por la ley penal ya no pueden producirle una consecuencia penal a la persona cuando por virtud de la misma ley penal ya haya operado a favor de aquella la prescripción de la acción o pretensión penal. Por último, **4)** el principio «pro homine» — como derivación del estado de derecho— ya se concede también por el mismo Derecho Internacional. Y no podía ser de otro modo. Porque aunque los sujetos del Derecho Internacional sean los Estados y los organismos internacionales, éstos no pueden desconocer su razón y destino, como lo son las personas y la gente que los conforman. Y por ende, la sujeción de las pretensiones punitivas de los Estados a los derechos de las personas que se derivan de un estado de derecho y de las garantías que les den las leyes. De todo ello se obtiene que la aplicación de los pactos internacionales que aparejen consecuencias sustancialmente penales a las personas no pueda sustraerse del régimen de garantías que las mismas cartas fundamentales consagren para aquellas. Entre ellas, las de los principios de ley previa, de irretroactividad perjudicial de la ley penal (artículo 14 C.) y de igualdad (artículo 1° C.) Más aún, cuando los afanes del mismo Derecho Internacional tienden a favorecer a los ideales del estado de derecho. Y más todavía cuando las Constituciones no consignan casos de excepción en su régimen de garantías en satisfacción del mismo principio «pro homine», como pudiere ser el caso de los delitos contra la humanidad (genocidio) y los crímenes de guerra para que a los inculpados se les juzgue y sancione por tribunales internacionales. (Y que la carta fundamental todavía no autoriza.)³⁹⁰

³⁸⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de enero de 1992. Inició su vigencia el 3 de enero de ese año.

³⁸⁹ *Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P. XX/2001 Página: 23 Materia: Constitucional, Penal. Tesis aislada. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagotía y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número XX/2001, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no trata el tema de la contradicción que se resolvió.*

³⁹⁰ México es parte del *Estatuto Internacional que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. La firma de México se dio el 7 de septiembre de 2000. Dicho tratado aún no se aprueba por el Senado —de acuerdo con los artículos 76 y 133 C—. Menos aún se le ha ratificado por el Presidente de la República.

En el contexto anterior, también deviene insostenible la postura que aparentemente habría deslizado la Cancillería Mexicana en el caso Cavallo.³⁸¹ Aquella habría argumentado que cuando se trate de una solicitud de extradición por un delito de tortura, son inoperantes para impedir la extradición las reglas de prescripción de la acción penal que respecto de ese delito regula la ley penal en el Derecho Interno Mexicano. Y para sostener esta postura la Cancillería habría invocado las tesis de la SCJN en el sentido de que los tratados internacionales deben prevalecer sobre el Derecho nacional.³⁸² Sin embargo —además de todo lo que ya se razonó— **1)** se pasaría por alto que el criterio de la SCJN precisa —tal como lo preceptúan los artículos 15 y 133 C.— que los tratados también se deben arreglar a la Constitución y a las garantías que la misma establece. De lo cual se sigue que su aplicación también se debe ajustar a la carta fundamental. De aquí que si el artículo 14 C. dispone la irretroactividad perjudicial de la ley y que los delitos y las penas se han de prever en una ley. Reservando así a la ley como fuente única de los delitos y de las penas. Por ende, en el mismo sentido se le reservan a la ley penal las causas por las que las sanciones se extinguen. Reserva a favor de la ley que, por tanto, excluye a los tratados como fuente de normas penales contrarias a la misma ley. Pero, además, **2)** el Tratado de Extradición entre México y España y su Segundo Protocolo por el que se modifica ese tratado,³⁸³ no excluyen la prescripción de la acción penal que regula la ley para decidir la procedencia de la extradición que se requiera. En pocas palabras:

Conforme a la garantía de legalidad de los delitos y las penas que prevé el artículo 14 C en correlación con lo previsto por los artículos 15 y 133 C, en México no cabe aplicar un tratado de extradición a una persona en detrimento de lo que en su beneficio prevea la misma ley penal o la C. aunque se trate de leyes extranjeras. Garantía de seguridad jurídica que la carta fundamental establece para todas las personas y no en favor del Estado ni aunque fuere para cumplir compromisos entre Estados. Más aún cuando ello se funda en las mismas normas del Derecho Internacional.

Asimismo, son inconvincentes los argumentos que vertió el juez español Baltasar Garzón respecto al caso Cavallo. Aquél arguyó —en esencia— que al ser la tortura un delito contra la humanidad —si es que trata de un hecho cometido sistemáticamente como política de un Estado para reprimir a los ciudadanos indefensos— aquél participa de la naturaleza de un derecho consuetudinario internacional necesario, que impide que pueda prescribir el hecho y el que en todo caso debe perseguirse. Para ello invocó la Declaración de Nueva York contra la tortura de 1975 y la Convención contra la tortura de 1984. Al igual que el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1988. Más todavía —arguyó— cuando ello obedece a cumplir con uno de los postulados del estado de derecho, el combate a la impunidad.³⁸⁴ Pero el ilustre jurista ibérico también habría pasado por alto ciertos detalles: **1)** Que de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la costumbre no prima sobre los tratados. **2)** Que la cláusula de “doble incriminación” es práctica internacional reiterada y consignada en los tratados de extradición. **3)** Que las mencionadas convenciones contra la tortura —por ejemplo: los artículos 6 a 9 de la última Convención contra la tortura de 1984— condicionan la extradición que ellas prevén a los tratados de extradición entre los Estados; y en los cuales, precisamente, se

³⁸¹ Según las declaraciones del Secretario de Relaciones Exteriores, publicadas en la Sección Nacional, p. 8A del periódico *Palastra*, Saltillo, Coahuila, México, el 25 de agosto de 2001.

³⁸² Ver el texto de la tesis de la SCJN en el CAPÍTULO CUARTO, número IV, apartado B, inciso 1.)

³⁸³ Dicho Segundo Protocolo se aprobó por el senado el 14 de noviembre de 2000, según el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 2001. Inició su vigencia internacional el 1° de enero de 2001.

³⁸⁴ Publicados en el periódico *Palastra*, p. 10A de la Sección: Nacional, de 16 de septiembre de 2001, Saltillo, Coahuila, México.

incluye la cláusula de la "doble incriminación". 4) Que esa cláusula de "doble incriminación" existe en el Tratado de Extradición entre México y España y su Segundo Protocolo de diciembre de 2000. 5) Que el Estatuto de la Corte Penal Internacional aún no tiene vigencia internacional con relación al Estado Mexicano. 6) Que el mismo Estatuto reconoce el principio de irretroactividad perjudicial y la regla de aplicación de la norma más favorable. (Artículos 11 y 22 a 27 del Estatuto.) 7) Que en un estado de derecho todo combate a la impunidad debe tener como base y límite el respeto a las garantías que consignan la C. y las leyes en favor de las personas. Si se desatiende esto, la lucha deja de ser legítima y se convierte en autoritaria.

— II —

El ámbito espacial de aplicación de la ley penal según el lugar de comisión del delito u otras circunstancias

El principio de «no hay delito ni pena sin ley» conlleva no solo que la ley penal que funde la punición ya debe estar en «vigor» al momento de la conducta y mientras perdure la pretensión de punir —ámbito «temporal» de validez de la ley penal—; sino, además, que el delito se cometa en un lugar en el cual la ley rija —ámbito «espacial» de la ley penal— o en su defecto, por una circunstancia que dé lugar a que se aplique la ley penal del Estado.

Me ocuparé primero de la aplicación de la ley penal vinculada al territorio donde ella rige y se comete el delito. En efecto, sabido es que toda norma jurídica tiene «vigencia» en el espacio geográfico del Estado que la dicta. De aquí que todos aquellos delitos que se cometan en el territorio de un Estado se deban juzgar y sancionar por los tribunales competentes de ese Estado y conforme a las leyes vigentes en él. En los extremos anteriores, el ámbito «espacial» de validez de la ley penal se delimita en los artículos 7° y 11 del CPDF, los cuales acogen al «principio de territorialidad de la ley penal», que opera tal como se expresa en esos numerales: para aplicar el código penal "...en el Distrito Federal por los delitos que se cometan en su territorio". Lo mismo sucede con el artículo 1° del CPC que dispone que: "el código se aplicará...por los delitos que regula, que se cometan en el estado". Por su parte, el carácter de mera legalidad de la garantía se acentúa en el artículo 1° del CPF al disponer que: "Este código se «aplicará» en toda la república para los delitos del orden federal"; lo que se relaciona con el artículo 6 del CFPP que establece como principio general que: "Es tribunal competente para conocer de un delito, el del lugar en que se comete, (...)". Sin embargo, con independencia de que ese principio se dirige a los jueces, lo que importa es apuntar que el CPF³⁶⁶ omite precisar «dónde» se comete un delito. Es decir, no da una regla que decida «cuál» es el lugar donde un delito se "comete". Cuestión que no deja de tener importancia, pues si la competencia de un juez se determina porque el delito se «comete» dentro del territorio donde tal juez tenga competencia, entonces la ley penal sólo podrá ser aplicable por el juez cuando el hecho se «cometa» en su ámbito territorial de competencia. Tratándose de las entidades federativas y el Distrito Federal la regla general constitucional —con base en el artículo 20-A-VII de la C.— vendría a ser que los jueces sólo podrán aplicar la ley penal de sus Estados o del Distrito Federal si el delito se cometió dentro de ellos y en el ámbito territorial de competencia del juez. Aunque cabe señalar que respecto al CFPP —contra lo que indica el texto de la C. de manera expresa y lo que es admisible en un estado de derecho— la SCJN se ha desentendido de aquél derecho de vecindad con el criterio restrictivo de que dicha

³⁶⁶ Código Federal de Procedimientos Penales.

garantía sólo opera para el jurado popular según —interpretó la SCJN— las deliberaciones del constituyente de 1917.³⁶⁶ De todos modos, la regla general en el orden federal sigue siendo la del artículo 6 del CFPP y sólo por excepción —la que se da con importantes restricciones que ha fijado la misma SCJN³⁶⁷— es posible que de acuerdo con el artículo 10 del CFPP conozca un juez distinto al del lugar donde se cometió el delito. Por lo que para aplicar aquella regla general de competencia del juez del lugar donde se comete el delito y ante aquella deficiencia del CPF de precisar dónde se comete el delito, no cabe sino acudir al criterio literal: en cuanto la voz “comete” del artículo 6 del CFPP se refiere a la realización de un conducta por la que se realiza la infracción; por ende, el lugar donde se debería estimar cometido el delito para los efectos del CPF es donde se realizó la conducta típica con independencia del lugar donde se dé el resultado o de donde se den sus demás elementos típicos. Sin embargo, en una interpretación contextual también cabría aducir que el delito realmente se comete hasta que se den todos sus elementos constitutivos, de tal guisa que tratándose de delitos de resultado sería donde el resultado se produzca si acaso ese resultado lo exige la figura típica del delito en cuestión, mismo que puede acaecer en un lugar diferente del lugar donde se realizó la conducta. Alguien lesiona a otro en Toluca, quién muere en la ciudad de México. ¿Dónde se cometió el homicidio? La laguna de que se habla en el CPF genera inseguridad jurídica por la ausencia de un criterio que precise «dónde» se comete un delito. Lo que todavía adquiere mayor importancia si se tiene presente que depende de ello el que se respete la distribución constitucional de competencias para aplicar la ley, así como también la garantía de ser juzgado por un juez de «donde se cometió» el delito según lo preceptúa el artículo 20-A-VII de la C. o al menos el artículo 6 del CFPP. Estas precisiones son importantes no nada más para delimitar en casos normales del orden federal, la competencia territorial entre los diversos jueces de distrito, sino también en casos límite para determinar si el delito se cometió dentro o fuera de territorio nacional, pues en el primer evento será competente el juez del distrito donde se cometió el delito y no el juez federal de cualquier otro

³⁶⁶ La tesis es la siguiente: **COMPETENCIA PENAL LA GARANTÍA QUE OTORGA A LOS INCUPLADOS EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VI, CONSTITUCIONAL, NO SE TRANSGREDE POR LOS NUMERALES 6o., PÁRRAFO PRIMERO, Y 10, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, QUE PERMITEN CONOCER DE UN DELITO A UN JUEZ DE DISTRITO DISTINTO AL DEL LUGAR EN QUE AQUÉL SE COMETIÓ.** Si bien el citado precepto constitucional garantiza a los inculcados que se les juzgue en audiencia pública por un Juez, o bien por un jurado popular integrado por vecinos residentes en el lugar o en el partido en el que se cometiere el delito, de ello no se sigue que el procesado ineludiblemente deba ser juzgado por el Juez del lugar en el cual se cometió el ilícito que se le imputa, pues la interpretación histórica de aquella norma constitucional, conforme a los trabajos deliberativos del Constituyente de 1916-1917, conduce a considerar que el requisito de vecindad es exigible únicamente para quienes integren el jurado popular, por entenderse que ellos conocen al acusado, el medio, costumbres y antecedentes, así como las circunstancias fundamentales que les servirán de base para normar su criterio. Por tanto, el requisito de vecindad no es exigible a los Jueces penales, dedicados ordinariamente a la impartición de justicia, lo que no sucede con el jurado indicado, cuyos integrantes sólo eventualmente realizan dicha tarea. Además, cabe resaltar que el cambio de Juez del lugar sólo se da entre los de igual jurisdicción, fuero y categoría, por motivos que se consideran justificados, como son la seguridad en la prisión y las características personales del inculcado; por lo que no se viola la garantía constitucional especificada. (Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XVI, Julio de 2002 Tesis: P. XXX/2002 Página: 5 Materia: Constitucional, Penal Tesis aislada. Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Amparo en revisión 444/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verdúzco. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos. PRECEDENTES: Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías. Amparo en revisión 444/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verdúzco. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXX/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos.)

³⁶⁷ **COMPETENCIA TERRITORIAL POR EXCEPCIÓN. EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL ESTÁ OBLIGADO A SATISFACER LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 10 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.** Si el tercer párrafo del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales establece determinados requisitos para que surta la competencia territorial por excepción ante un determinado Juez, y el agente del Ministerio Público Federal consigna la averiguación a uno diferente al del lugar en que se cometieron los hechos delictivos, está obligado a satisfacer tales requisitos. De no ser así, debe estarse incompetente la autoridad judicial ante quien consignó y rehusó seguir conociendo de la causa penal de que se trata y, en consecuencia, remitir los autos del juicio al del lugar en que se cometieron los hechos, pues, de aceptar lo contrario, bastaría la apreciación subjetiva del representante social para determinar el lugar de radicación de las causas penales, contrariando las reglas de competencia que establece el ordenamiento legal antes mencionado. (Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: 1a. XGU98 Página: 249 Materia: Penal Competencia 546/97. Suscitada entre el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal y el Juez Sexto de Distrito, con residencia en Tijuana, Baja California. 25 de febrero de 1998. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús E. Flores González.)

distrito. Como igualmente sirve para delimitar la competencia constitucional entre los jueces del Distrito federal y de las entidades federativas o entre jueces de varias entidades federativas —o incluso de la misma entidad federativa— para aplicar sus respectivas leyes penales según el delito se haya cometido en el territorio donde aquellos jueces tienen competencia.

Por su parte, el artículo 1° del nuevo CPC sí delimita «dónde» se considera que el delito se “comete”. Así, en el segundo párrafo dispone: “Según se prevenga en la figura típica penal, el delito se comete donde se ejecuta la conducta y, en su caso, donde se produce o se pudo producir el resultado”. Interesa pues destacar que, para la legislación penal coahuilense, la “conducta” y el “resultado” que incumben para determinar «dónde» se «comete» el delito son los que se prevengan en la figura típica penal. Pues así se especifica con la expresión: “según se prevenga en la figura típica penal”. Es decir, interesará el lugar de la conducta del autor o coautor mediato, material o directo y, en su caso, el lugar donde se dé el resultado material que la «figura típica» describa o implique de manera necesaria. Por lo tanto, serán irrelevantes para tal efecto, los lugares donde se realicen otras formas de intervención típica diversas a la del autor o coautor mediato, material o directo que son las formas de intervención que las figuras típicas prevén o admiten con relación a las conductas en ellas descritas; como igual será intrascendente donde se den resultados distintos a los que describan o impliquen esas figuras típicas. Ello viene a cuentas, porque para tal efecto no importará «donde» se resienta el *daño jurídico* por el titular ni menos el domicilio de éste, sino sólo donde se dé el *resultado material o externo* que describa o implique la figura típica. Lo que interesa, pues, para determinar el lugar de comisión delictiva en aquellos delitos que sean de resultado, además del *lugar de la conducta*, será «donde» se dé el resultado que *la figura típica describa o implique*”. En la ejecutoria siguiente del TSJC vemos un ejemplo:

COMPETENCIA POR TERRITORIO. FRAUDE: LUGAR DE COMISIÓN Y DETERMINACIÓN DE JUEZ COMPETENTE POR TERRITORIO. Como en todo delito de resultado el fraude requiere para su integración típica conceptual, de un nexo de causalidad entre la conducta engañosa y la obtención de la cosa o del lucro, como consecuencia del engaño. De tal suerte que la conducta falaz constituye un punto de inicio en el proceso ejecutivo, que culmina luego con la obtención de la cosa o del lucro con lo cual se materializa el daño patrimonial al titular del bien. Lo cual es útil, además, para decidir la aplicación de la ley penal en el espacio. Pues el fraude se comete tanto en el lugar donde se realiza el engaño, como donde se obtiene la cosa o el lucro. Lo que es a la vez determinante para delimitar los criterios de competencia territorial de los jueces. En tal orden de ideas, será juez competente el del lugar en el que se realiza el engaño, o el de aquél lugar en el que el activo obtiene la cosa o lucro; según el que conozca primero. Resultando así intrascendente para tales efectos, el domicilio del ofendido o el lugar donde éste resintió el daño patrimonial si acaso es distinto de aquél donde se entregó la cosa u obtuvo el lucro, para determinar qué juez es competente.³⁶⁶

Conforme a lo anterior, si el tipo penal del delito es de “simple conducta”; es decir, cuando en la figura típica penal del delito se contemple sólo una conducta, sin que se aluda a un resultado, el único criterio rector para decidir el «lugar» de “comisión” del delito y, por tanto, si se aplica o no se aplica la ley penal del Estado, será el de «donde» se realizó la “conducta”. Mas si el tipo penal del delito es de “resultado” —en el que la figura típica del delito contemple o implique a un “resultado”— en Coahuila serán *dos* los criterios rectores que *indistintamente* operarán para decidir el «lugar» de “comisión” del delito. Y, por tanto, si se aplica o no se aplica la ley penal estatal. Pues se estimará que el delito se comete en el Estado tan si dentro de él se lleva a cabo la “conducta”, como si dentro del mismo se produce el “resultado”. Por ejemplo: a una persona se le hiere fuera del Estado pero fallece dentro de éste o viceversa. El sujeto activo pone una bomba dentro del estado como

³⁶⁶ TSJC. , T. P. 74/90, sentencia 142/90, 27 de junio de 1990, Cuarta Sala Unitaria. Antonio Barchelmann Artzpe y Eirán Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, Tomo I, pp. 180 y 181.

acto idóneo para ejecutar un homicidio, pero la misma estalla fuera de aquél hiriendo a la víctima. Con lo anterior se adopta la «teoría de la ubicuidad»³⁹⁹. Pues el delito se estima cometido tan «donde» la conducta típica se verifica como «donde» se produce o se pudo producir el resultado que prevea o implique de manera necesaria la figura típica. Además, con la expresión “se pudo producir” se comprende a los delitos en grado de tentativa. Pues si el delito se queda en la fase de ejecución, es decir, si por causa ajena a la voluntad del agente la conducta no se completa o no se produce el resultado, el delito se estimará cometido *donde* se inició la ejecución de la conducta (tentativa inacabada.) Y si acaso aquella ejecución se completó, también será determinante para fijar el lugar de comisión delictiva, *dónde se pudo producir* el resultado que dejó de darse por causa ajena al autor (tentativa acabada.)

Por su parte, la solución que da el nuevo CPDF a primera impresión parecería que es diferente a la del CPC. En efecto, mientras que en el CPC se adopta el criterio de la “ubicuidad” para decidir el lugar de comisión del delito, pues el mismo se estimará cometido tan el lugar en el que se realizó la conducta como donde se produce el resultado (artículo 1°-párrafo-segundo), el artículo 11 del CPDF dispone que: “*El... lugar de realización del delito... [es aquél] en que se concretan los elementos de su descripción legal*”. Una primera lectura de esa previsión indicaría que en los delitos de resultado sólo importaría el lugar donde aquél se dé, porque a partir de ahí es donde se podría sostener que ya se concretaron los elementos de la descripción legal del delito. De tal suerte que para ese efecto no interesaría donde se haya realizado la conducta. Si alguien es lesionado en el Estado de México y es llevado al Distrito Federal para su curación, sería todavía inaplicable el tipo penal de homicidio que prevé el CPDF y sólo podría serlo si acaso la persona muere en el Distrito Federal. Mas si alguien es lesionado en la ciudad de México y muere en Toluca, tampoco sería aplicable el tipo penal de homicidio del CPDF porque donde se vendrían a concretar los elementos de la descripción legal sería en el Estado de México. Igualmente, conforme a aquella primera interpretación, si alguien engaña a otro en el Distrito Federal, quien presa del engaño entrega la cosa en Querétaro, sería inaplicable el CPDF porque los elementos de la descripción legal del fraude se vendrían a concretar fuera del Distrito Federal. Frente a esta exégesis del artículo 11 del CPDF se halla la del otro extremo, de que con base en ese artículo 11 el CPDF, el delito se cometerá en el Distrito Federal si cualquier elemento de la descripción legal del delito de que se trate se da dentro del Distrito Federal. Ya que dicho artículo se refiere tan sólo a que: “*El... lugar de realización del delito... [es aquél] en que se concretan los elementos de su descripción legal*”. Por lo tanto, la previsión no se refiere a que “*todos*” los elementos de su descripción se den el mismo lugar, ni a que sólo importe donde se viniese a dar el último elemento de la descripción legal si fuere el caso; sino simplemente a que el delito se estima cometido en el lugar “*en que concretan los elementos de la descripción legal*”; por lo que es posible que la concreción de los elementos de la descripción legal se dé en distintos sitios, como sucedería en un fraude donde el engaño se dé dentro del Distrito Federal, pero la obtención del lucro o de la cosa se dé fuera del mismo Distrito Federal irrogándose también por tal motivo el daño patrimonial fuera del mismo Distrito Federal, donde de todas suertes sería aplicable el CPDF, porque uno de los elementos de la descripción legal se concretó dentro del Distrito Federal. La redacción de la norma en examen no excluye pues, sino que por el

³⁹⁹ Entre otros, en México hace alusión a esa teoría Gustavo Malo Carnecho, en *Derecho Penal Mexicano*, segunda edición, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 208.

contrario permite que pueda haber varios lugares donde se pueda estimar cometido el delito, según en ellos se concrete cualquiera de los elementos de la figura típica. De lo cual se sigue que la postura del artículo 11 del CPDF es igual en su esencia a la del artículo 1° del CPC, en cuanto ambos códigos asumen la tesis de la ubicuidad para decidir el lugar de comisión del delito. Sin que en tal aspecto tenga relevancia el lugar donde se halle el titular del bien o el domicilio del mismo tratándose de personas morales, porque el lugar de comisión del delito no se decide por esos baremos, sino por donde se dé el daño jurídico como uno de los elementos de la descripción legal, con independencia del domicilio del titular o de donde el mismo se encuentre.

El artículo 3° del CPF también prevé que el código se aplicará no solo cuando ciertos delitos se cometan en el extranjero, sino cuando un delito cometido en México se "inicie o prepare" en el extranjero. Es claro que en estos casos toma toda su fuerza el principio de territorialidad, en tanto el delito se comete en México, ya sea que en nuestro país ese delito se consume o quede en grado de tentativa. Por ese motivo y de acuerdo con la garantía de la fracción VI del artículo 20-A C, deberá conocer de ese delito el juez de Distrito del lugar donde aquél se cometió, toda vez que de acuerdo con el artículo 50-I-b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se estará ante un delito federal. Como igual acontece con los delitos "continuos" —permanentes— y continuados cometidos en el extranjero y que se sigan cometiendo en México previstos el artículo 3° del CPF. O tratándose de delitos del orden común, cuando aquellos delitos permanentes o continuados se sigan cometiendo en el Distrito Federal o en el Estado de Coahuila respecto a la aplicación de sus respectivos códigos penales por los jueces comunes de esas entidades. (Artículos 8-II del CPDF y 2° del CPC.)

Sin embargo, los límites del «principio de territorialidad ordinaria» favorecerían la impunidad de quienes cometieren el delito fuera del Estado y luego agotaran la afectación a los bienes jurídicos dentro del territorio estadual. De aquí que en los artículos 2° del CPF, 8-I del CPDF y 2° del CPC, se estatuya el *principio de "extraterritorialidad"* como complemento del *"principio de territorialidad ordinaria"*. Los casos que la doctrina conoce como derivados del principio de extra-territorialidad⁴⁰⁰, los recoge el artículo 2° del CPC, pues también resultan sancionables en Coahuila: *"los delitos que se cometan fuera de su territorio, si dentro de éste y de acuerdo con el fin del autor o partícipe se agota la lesión al bien jurídico o se realizan actos para ello"*. A tal efecto cabe recordar que en la doctrina se distinguen varias fases en el "iter criminis": 1) La ideación y la concepción. 2) La resolución. 3) Los medios preparatorios. 4) La ejecución. 5) La consumación. Y, 6) el agotamiento. De ordinario tienen relevancia penal sólo las fases de "ejecución" —delito en grado de tentativa— y de "consumación" —delito consumado—. Sin embargo, la fase del "agotamiento" del delito —que Carrara denominó delito «perfecto»⁴⁰¹ adquiere en este caso interés jurídico penal. En cuanto la fase de "agotamiento" del delito se entiende como la consecución posterior a la consumación, de los fines del autor o partícipes con relación al bien jurídico lesionado. En tanto tal fase se toma en cuenta para decidir la aplicación de la ley penal

⁴⁰⁰ Entre otros autores, se refieren al principio de territorialidad, José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, *La Ley Penal Mexicana*, Ediciones Botas, México, 1936, pp. 30 y ss.; Miguel Ángel Cortés Ibarra, *Derecho Penal Mexicano*, Librería de Porrúa Hnos. y CIA, S. A., México 1971, pp. 69 y ss.; Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, Editorial Porrúa, México, 1972, pp. 17 y 18; Enrique Cardona Arizmendi y Guahutemoc Ojeda Rodríguez, *Nuevo Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato*, Primera Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1978, pp. 69 y ss.; Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López, *Código Penal de Michoacán Comentado, (Parte General)*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1976, p. 8; René González De la Vega, *Comentarios al Código Penal*, Primera edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1975, p. 4; Gustavo Malo Carnacho, *Derecho Penal Mexicano*, pp. 202 y ss.

⁴⁰¹ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, Vol. I, traducción de José J. Ortega Torres y José Guerrero, de las ediciones italianas 5 y 6 de Lucca, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1956, pp. 238 y ss.

a los delitos que se cometen fuera del estado; pero que se *“agotan”* dentro de él. Por ejemplo, cuando en el Estado un cómplice vende un carro o sus partes y que robó fuera de él con tal fin; o cuando el autor o partícipe logran en el Estado la satisfacción económica con el desdoro del patrimonio ajeno, en virtud del dinero que ahí reciben del pasivo por una orden de pago con motivo del fraude equiparado que ya cometieron en su contra fuera de la entidad, al entregarle cosa distinta a la ofrecida (y de la cual el ofendido aún no se percató).

Ahora bien, este principio también se recoge por el artículo 2° del CPF cuando preceptúa que el código se aplicará, asimismo, *“por los delitos que se (...) cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan «efectos» en el territorio de la República”*. E igual lo contiene la fracción I del artículo 8 del CPDF, al disponer que el código se aplique por los delitos *(...) cometidos en una entidad federativa cuando produzcan sus «efectos» dentro del Distrito Federal*. Lo anterior es como se indica, porque si se interpreta la palabra “efectos” en su contexto jurídico racional —y no como cualquier efecto que el delito llegue a producir— esos “efectos” deben ser los que guarden íntima conexión con los fines del autor o partícipes y el bien jurídico que se lesiona. Aunque de nueva cuenta sería deseable que fueran los propios CPF y CPDF los que precisaran el alcance de la expresión «efectos», para así garantizar mejor la seguridad jurídica a través del principio de ley “cierta” que favorezca la exacta aplicación de la ley penal y se eviten criterios arbitrarios, tal como lo hizo el CPC, con la previsión de que la ley penal del estado se aplicará cuando fuera de él se cometa el delito, siempre y cuando *“...dentro [del estado], de acuerdo con el fin del autor o partícipe, se agote la lesión al bien jurídico o se realicen actos para ello”*.

— III —

Las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal

Si los principios de territorialidad y de extra-territorialidad fuesen los únicos que rigieren la aplicación de la ley penal, quedarían sin sanción muchos delitos cometidos fuera del territorio del Estado mexicano o que no produzcan sus efectos en aquél; es decir, cuando los delitos cometidos en otro estado y sin producir efectos dentro del Estado mexicano sí lesionen a éste o a los connacionales o se lleven a cabo por éstos. No obstante, a la luz de los artículos 2° a 5° del CPF es claro que los aludidos principios no rigen de manera exclusiva la aplicación de la ley penal en el espacio. Ella se aplica, además, por los delitos que se cometen fuera del territorio mexicano según otros principios. Por una parte, está el principio «personal». El que se relaciona con la nacionalidad del sujeto activo o pasivo del delito —calidad de mexicano—. Y también se halla el principio «real» o de «protección». Relacionado con los delitos que se cometan en las embajadas y consulados mexicanos en el extranjero o en contra del personal diplomático y consular y cuando los delitos se cometan en buques mexicanos en alta mar o en aeronaves mexicanas fuera del espacio aéreo mexicano.

Por otra parte, tratándose de un Estado federal como lo es el Estado mexicano, están las pautas reguladoras de los órdenes federal y común. En virtud de las cuales la ley da criterios para decidir si el delito es del orden federal o del orden común. En realidad, los principios «personal» y «real» involucran en México a delitos del orden federal conforme al artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Asimismo, son del orden federal los delitos que abarca el principio de extra-territorialidad, esto es, los delitos cometidos en el exterior

que surtan sus efectos en México. Mas también serán delitos del orden federal los cometidos dentro del territorio nacional si acaso se da cualquiera de los demás criterios de atribución federal que señala el artículo 50 de la LOPJF. En caso contrario se aplican las normas del orden común según el lugar donde se cometió el delito. El orden federal y el común es así otro factor que determina y limita la aplicación de la ley penal federal, estadual o distrital en un Estado federal.

Y por último, está el principio «universal». Por el que se pretende la aplicación de normas internas e internacionales de corte punitivo, dentro y fuera del país donde se cometa el delito. Mismo al que la doctrina aludió por mucho tiempo y que ya tiene manifestaciones jurídicas concretas a través del *Estatuto que crea la Corte Penal Internacional* y del cual México es parte. El tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de satisfacer el mínimo requerido de ratificaciones,⁴⁹² pero en México aún están pendientes su aprobación por el Senado —el cual ya aprobó una discutible iniciativa de reforma constitucional a tal efecto⁴⁹³— y la ratificación por el Presidente de la República. Éste principio podría ser también una excepción al de territorialidad. Pues aunque no siempre excluye a ese principio, si permite la aplicación extraterritorial de normas penales —aunque no de normas extraterritoriales, habida cuenta de que el tratado sería parte del Derecho nacional—. Además de otras implicaciones que comentaré. Me ocupo antes de las dos primeras excepciones a los principios de territorialidad.

A. El principio personal. Este principio se consigna en el artículo 4° del CPF por el cual la ley penal mexicana es aplicable a los delitos cometidos en el extranjero por mexicanos o en contra de mexicanos siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: (...) Que el acusado se encuentre en la República —principio de prohibición de juicio en ausencia—. (Fracción I.) Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió —principio non bis in idem—. (Fracción II.) Y que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito tan en el país donde se cometió, como en la República —principio de doble incriminación—. (Fracción III.) Como se puede apreciar, la nacionalidad del sujeto activo o pasivo es el principal vínculo para afirmar en esos casos la aplicación de la ley penal mexicana por delitos que se cometen en el extranjero. El delito se ha de cometer por mexicano o en contra de mexicano. Pero, a la vez, a la aplicación de la ley penal mexicana se le sujeta a las citadas condiciones: 1) La ley penal mexicana sólo se aplicará si el acusado se encuentra en la República. (Lo cual en el ámbito procesal se deriva de la prohibición de los juicios en ausencia.) 2) La ley penal mexicana sólo se aplicará si el hecho también es delito donde se cometió. (Que apareja una manifestación en el Derecho interno de la regla internacional de doble incriminación en materia de extradición y que significa probar la vigencia de la norma penal extranjera y su coincidencia con la mexicana.) Y 3) La ley penal mexicana sólo se aplicará si a la persona no se le juzgó definitivamente en el país en que delinquirió. (Lo cual no es más que reconocer la garantía que prevé el artículo 23 C. de que nadie se le puede juzgar más de una vez por el mismo delito.)

⁴⁹² México es parte del *Tratado Internacional que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. De acuerdo con los artículos 78-fracción-I, 98-fracción-X y 133 C.: México firmó el tratado el 7 de septiembre de 2000. El tratado aún no se aprueba por el Senado y menos aún se le ha ratificado por el Presidente de la República. El tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de reunir la ratificación de 60 países como condición previa estipulada en el tratado para que surta efectos entre los Estados que lo ratifiquen.

⁴⁹³ Ver la Nota final del apartado C de este número de este Capítulo.

B. El principio real. El principio real atiende a la protección de bienes jurídicos nacionales en el extranjero, tutelados por la ley penal. Y, por tanto, a la sancionabilidad de delitos cometidos en el extranjero que afecten a esos bienes jurídicos. El mismo se regula en los artículos 2°-II y 5° del CPF, con excepción de los supuestos de la fracción III y algunos de la fracción IV de dicho artículo 5°, en los que el delito se comete en el espacio nacional en amplio sentido —puertos y aguas nacionales y en atmósfera nacional—. Y en las cuales en realidad opera el principio de territorialidad. Así la fracción II del artículo 2° del CPF dispone que el código penal se aplicará: *“Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron”*. Mientras que el artículo 5° del CPF dispone que: *“Se considerarán como ejecutados en territorio de la republica: I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales. II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto. III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la republica, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad. IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y V.- Los cometidos en las embajadas y delegaciones mexicanas”*.

Las condiciones que señalan las fracciones II de los artículos 2° y 5° del CPF se derivan del reconocimiento a la garantía del artículo 23 C. de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito. Mientras con relación a los supuestos previstos en la fracción III del artículo 5°, la aplicación se condiciona al principio de reciprocidad, como pauta normativa que proviene del Derecho Internacional.

C. El principio universal. A través del postulado de justicia universal se plantea la persecución de delitos que afectan a la comunidad internacional cometidos fuera del Estado que los tipifica o habría de tipificar penalmente. Ese principio se sustenta en el ideal del estado de derecho, por el cual los actos de cualquier gobierno han de tender más a proteger a la gente y a las personas cuando en su contra se cometen delitos que afectan a la esencia de la comunidad internacional de la cual esa gente forma parte. Lo cual se da cuando sean los propios gobiernos de los Estados donde se cometen los delitos, los que los propicien, toleren o fallen en su tipificación o en su persecución penal. En tal sentido, el propósito del principio de justicia universal es el combate a la impunidad que se propicie por un Estado.

Tal principio apareja dos paradigmas. **1)** Porque el reconocimiento del principio universal supone no sólo una asunción de competencias por parte de los Estados que lo asuman. Sino, además, **2)** conlleva la eventual declinación de esa competencia a favor de un organismo internacional con poder para juzgar a los inculcados e imponerles penas. El primer aspecto es —en cierta medida— el menos problemático: El Estado asume competencia para conocer de ciertos delitos cometidos fuera de sus fronteras, aunque los hechos no se prevean como delitos donde se cometieron; ni atenten específicamente en contra de connacionales ni de

intereses jurídicos de aquel Estado sino es que el de perseguir los delitos previstos en el mismo tratado. Esto es, sin que se den las condiciones para que operen los principios personal y real para la aplicación extraterritorial de la ley penal. En aquellos casos no opera la excepción de *doble incriminación* si es que el país donde se cometieron los delitos no los tipifica penalmente; o tipificándolos, el Estado dé alguna ley de amnistía o de "punto final". Ello es así, porque tal principio presupone que se hace necesaria la jurisdicción de otros miembros de la comunidad internacional, cuando el Estado donde se cometieron los delitos precisamente falla en el castigo de aquellos delitos.

Más de ello también se deriva que cuando el Estado donde se cometieron los delitos —u otro Estado— juzguen a los inculpados conforme a su ley, ya no cabrá entonces la aplicación del principio universal debido a la garantía que prohíbe el doble juicio. La cual en México se consagra en el artículo 23 C. La doctrina y ciertas legislaciones —como la española⁴⁰⁴— sujetan al principio universal los siguientes delitos: El genocidio; el terrorismo; la piratería y el apoderamiento ilícito de aeronaves; la falsificación de moneda extranjera; la trata de blancas y la corrupción de menores o incapaces; el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por el Estado que regula el citado principio de justicia universal. En México, el CPF no regula el principio universal como criterio de aplicación extraterritorial de la ley penal mexicana. Y de hacerlo, no cabría su aplicación retroactiva en perjuicio de las personas conforme lo prohíbe el artículo 14 C. Sin embargo, el principio de justicia universal quizá no esté en México por mucho tiempo fuera de discusión en el ámbito que parecería más emblemático. Porque México ya forma parte potencial del *Estatuto que crea la Corte Penal Internacional* adoptado en Roma, Italia, el 17 de julio de 1988. La firma de México se dio el 7 de septiembre de 2000. Dicho tratado aún no se aprueba por el Senado ni se le ratifica por el Presidente de la República —de acuerdo con los artículos 76 y 133 C—. Aunque el tratado ya está vigente en el orden jurídico internacional desde el 1° de julio de 2002, después de reunir la ratificación de 60 países como condición previa estipulada en el tratado para que surta efectos entre los Estados que lo ratifiquen. ¿En qué consiste ese tratado? ¿Y cuáles serían sus repercusiones jurídico-penales en el orden constitucional mexicano?

La Corte Penal Internacional se estatuye como un organismo permanente, independiente y vinculado con el sistema de las Naciones Unidas. Su sede está en La Haya, Holanda, y tendrá competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Aquella operará de manera complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, para ejercer jurisdicción sobre personas. (Artículos 1°, 2° y 3° con relación a los párrafos noveno y décimo del Preámbulo.) La Corte ejercerá jurisdicción en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado. (Artículo 4°.) La competencia de la Corte se limita a los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, los de guerra y el de agresión —sujeto éste último a previa definición de sus condiciones (que aún estarían por darse en un Protocolo adicional) —. (Artículo 6°.) Los artículos 7° y 8° tipifican los diversos delitos que se estiman como de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra. El artículo 11 señala que la Corte tendrá competencia únicamente para los delitos que se cometan después de la entrada en vigor del Estatuto. Con lo cual se

⁴⁰⁴ Ver artículo 23,4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de España*.

reconoce la garantía de *ley previa*. Lo que se reitera en los artículos 22 a 24, junto con las garantías de irretroactividad perjudicial y aplicación de la norma internacional más favorable. En los artículos 25 a 29 se define el ámbito personal de aplicación de las normas, de las cuales sólo se excluye a las personas menores de 18 años de edad. Los artículos 17 y 20 condicionan, en esencia, la admisibilidad de un asunto al conocimiento de la Corte, a que el Estado donde se cometió el delito esté incapacitado para investigarlo, perseguirlo o juzgarlo debido al colapso total o sustancial de su sistema de administración de justicia o de hecho carezca de ella; o a que el Estado no haya iniciado la investigación, persecución o juzgamiento por el delito; o cuando el Estado no haya determinado el inejercicio de la acción penal o hubiere juzgado al inculcado conforme a las garantías del debido proceso reconocidas por el Derecho Internacional. Estas excepciones serán inoperantes si se determina que obedecieron a sustraer al inculcado de los crímenes por los que la Corte es competente. Para dictar esa determinación se atenderá a si para pronunciar las resoluciones respectivas se acataron aquellas garantías. Asimismo, se reconoce ampliamente la garantía de cosa juzgada, tan si proviene de la Corte, como si procede de un Estado —con las salvedades antes señaladas en este último caso—. El artículo 29 establece la imprescriptibilidad de la pretensión penal por los crímenes que son competencia de la Corte. En cuanto al Derecho aplicable, el artículo 21 estipula que:

La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los elementos del crimen y sus reglas de procedimiento y prueba. b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

Mientras que los restantes artículos del *Estatuto* establecen ampliamente las reglas generales para estimar la existencia jurídica del delito y sus causas excluyentes. Al igual que reglamentan la constitución, organización y funcionamiento de la Corte. Para después ocuparse de las reglas del procedimiento, del debido proceso, de las pruebas, las resoluciones, las sanciones y su ejecución.

Ciertamente que el *Estatuto de la Corte Penal Internacional* se apega en su contenido a los postulados esenciales del estado de derecho; y, por ende, al respeto y la protección de los derechos humanos. El *Estatuto* no es la primera corporificación internacional escrita, detallada y pactada que avala el principio pro-homine dentro del Derecho Internacional. Tampoco es la primera que supera el viejo paradigma de que los sujetos del Derecho Internacional sólo son los Estados y los organismos internacionales, porque también las personas pueden serlo.⁴⁰⁶ Pero esa convención si es la primera de carácter multilateral que sin duda adopta esa postura con pretensión penal sobre las personas. En el fondo, el *Estatuto* mira a las gentes y las personas que conforman a esas gentes. Pero también atiende al interés de los Estados donde ellas se encuentran. Mas ve aquel interés en la medida que los órganos de los Estados deben estar al servicio de la gente y las personas que los constituyen. Y, por tanto, niega el interés ilegítimo que refleje una postura de mero poder político —o de cualquiera otra índole— ajeno al espíritu del estado de derecho; esto es, por el cual se pretenda hacer valer la impunidad en perjuicio de la gente y las personas que la conforman. Es pues intolerable la conducta de

⁴⁰⁶ Véase, por ejemplo, en las *Convenciones de Ginebra de 1947 en materia de Derecho Humanitario* y sus *Protocolos Adicionales de 1977*, así como en las múltiples convenciones internacionales de derechos humanos. Y aunque cabe señalar que esas convenciones no motivan que sean las personas las titulares de obligaciones que surjan de las mismas, si dan lugar a la titularidad de los derechos humanos que reconocen al tener los tratados jerarquía superior que las mismas leyes según tesis de la SCJN que se cita en el Capítulo Cuarto, número III-C-1.

cualquier Estado que a través de sus órganos de gobierno participe, consienta o no se oponga positivamente a las acciones por las que se cometan en su territorio los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y los de guerra que se definen en el *Estatuto*. En ese sentido el *Estatuto* debe aplaudirse y apoyarse. En esa tesitura el *Estatuto* plantea un hito en materia constitucional y penal que en México está aún por verse. El *Estatuto* simplemente no puede aprobarse por el Senado, ni ratificarse por el Presidente, sin que antes se reforme la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. *Por una parte, sería necesario que la carta fundamental autorice la intervención internacional en territorio nacional para los efectos del Estatuto*. Lo que obliga a plantear una noción diferente de la postura tradicional de “no-intervención” que muchos países —incluso México— han sostenido crípticamente, al separarla de los principios de “libre autodeterminación de los pueblos” y de “no-agresión”. Porque sigue siendo válida la prohibición de que un Estado o un organismo internacional intervenga en los asuntos internos de otro Estado. O simplemente que intervenga en otro Estado sin causa lícita internacional. Mas la intervención que el *Estatuto* prevé —y la cual se debe prever en la C. — es para la detención de inculpados de delitos internacionales mencionados en el *Estatuto* y con las condiciones que el mismo *Estatuto* estipula; y no para inmiscuirse en los asuntos —político-jurídicos— internos del país que sólo compete decidir al pueblo de ese Estado, ni para iniciar una agresión en contra de aquél. *Y por la otra, porque el artículo 14 C. dispone que los delitos y las penas se han de prever en la ley. Y la fracción VI del artículo 20-A C. consagra el derecho a ser juzgado por un juez del lugar donde se cometió el delito. Al igual que el artículo 21 C. reserva la persecución de los delitos al Ministerio Público y, asimismo —en consonancia con el artículo 14 C.— sólo le da a los jueces la competencia de juzgar de acuerdo con leyes expedidas con anterioridad al hecho*. La esencia de la reforma podría ser, pues: 1) En su caso, el señalar con claridad en qué eventos y con qué condiciones el Estado podría a través de convenios internacionales crear delitos y penas o bien —sin necesidad de reformar la C. en aquél aspecto— incorporar en el CPF a los delitos que prevé el *Estatuto*, lo cual en parte ya se dio a través de los delitos de lesa humanidad y de genocidio. (Artículos 149 y 149-Bis del CPF.) 2) Precisar las condiciones en las que una persona que se halle en territorio nacional se le podrá juzgar por tribunales internacionales respecto a delitos cometidos en el propio territorio nacional. En la inteligencia de que aquellas condiciones procesales no podrían ser menos que las garantías que consagra la misma carta fundamental, pero que se han de dar en el enjuiciamiento internacional que se convenga por México de acuerdo con aquellas. Resta pues la voluntad del Presidente y del Congreso⁴⁰⁸ para continuar por ese rumbo hacia un estado de derecho.

Toca ahora ver la determinación de la ley penal aplicable en atención a los ordenes «federal» y «común» en un Estado federal. Lo que a la vez permite examinar una añeja propuesta. Ella se pone de manera reiterada en la

⁴⁰⁸ En diciembre de 2002 con el propósito de poder aprobar el tratado, el Senado aprobó (con más de las dos terceras partes de sus miembros) la adición al artículo 21 C. del párrafo siguiente: “El ejecutivo federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Aunque todavía falta que el texto sea aprobado por la cámara de diputados y luego por las legislaturas de los estados a través del procedimiento de reforma a la C., cabe observar que si bien esa reforma denotaría la intención de aprobar el tratado para su posterior ratificación por el Presidente de la República, el texto de la reforma que se plantea parece que se dirige más a establecer un cuestionable candidato a la futura operatividad de la Corte Penal Internacional frustrando así su aplicación en los casos en que el Senado no reconozca la jurisdicción de la Corte Internacional, con lo cual también se malogra el espíritu que campea en todo el Tratado de combatir la impunidad cuando sea el mismo gobierno quien haya tolerado la comisión de los crímenes o aquél no actúe para su persecución o simule el juicio correspondiente. Faltaría por ver si el tratado mismo permite que se dé una reserva al mismo como la que aquél texto implica.

mesa de las discusiones: El código penal único. Su objetivo es lograr una política criminal coherente con los ideales de un estado de derecho.

— III —

Los ámbitos de competencias en el Estado Federal Mexicano que limitan la aplicación de la ley penal

A. Orden federal y orden común. El Estado Mexicano, en su organización jurídica y política adopta la forma "federal". Misma que consagra el artículo 40 Constitucional, al establecer que:

"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

De ahí que en nuestro país coexistan dos órdenes jurídico-políticos. El que compete al estado federal y el que concierne a las entidades federativas y al Distrito Federal. Esta dualidad, como bien se sabe, es fruto de un singular proceso histórico-político de descentralización a través del cual se crearon entidades autónomas con personalidad jurídica propia. Tal como la voluntad popular se manifestó en las Constituciones de 1824 y 1857; y que se plasmó por el Constituyente de 1917 en el texto del vigente artículo 40 y luego, además, en el artículo 122 en 1997. Se dotó así a las entidades federativas y al Distrito Federal de los consubstanciales elementos que integran a la noción del Estado: población, territorio, gobierno, etc. Desde la perspectiva anterior, resulta que nuestro estado federal tiene un territorio nacional, y éste, a su vez, comprende a los territorios de las entidades federativas y del distrito federal (asiento a la vez de los poderes federales.) En el mismo marco de referencia y conforme, además, al artículo 49 Constitucional, el Estado federal, por conducto de sus órganos, ejerce para todo el territorio nacional las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. División de funciones que se proyecta a la forma básica de gobierno que tienen los estados miembros de la federación y del Distrito Federal respecto a su territorio y población. En tal orden de ideas, las autoridades estatales y del Distrito Federal ejercen las citadas funciones públicas en el territorio de cada entidad federativa y del Distrito Federal y sobre las personas que se encuentren en esos ámbitos espaciales de acuerdo con la misma C., sus respectivas constituciones y sus leyes. Las funciones públicas de esas autoridades locales coexisten pues con las que ejercen los órganos federales. De tal guisa que dentro de los citados ámbitos —espacial y personal— se despliegan los respectivos poderes públicos federal y local.

La dualidad que se apunta, como dice Don Ignacio Burgoa: "podría implicar una trastornadora interferencia entre ambos tipos de poderes, si no existiera un principio cardinal sobre el que se sustentara el sistema competencial entre los órganos federales y los de los Estados Federales".⁴⁰⁷ Ese principio está en el artículo 124 de la C., por el cual las autoridades de la federación sólo pueden ejercer facultades que "expresamente les conceda" la propia C. para desempeñar cualquiera de las funciones legislativa, ejecutiva o jurisdiccional. En tanto se deja a los órganos de los estados miembros y del Distrito Federal todas aquellas funciones que no reserve la Carta Magna como específicas para los poderes federales. Aquel principio hace posible entonces la

⁴⁰⁷ Ignacio Burgoa, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1973, p. 520.

coexistencia en sus respectivos marcos de competencia de dos clases de órdenes jurídicos, los cuales emanan de los órganos legislativos federal y del orden común, referentes a una misma materia. Cual es el caso de la penal. En tanto la fracción XXI del artículo 73 Constitucional faculta al Congreso Federal a “definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”. Se advierte así, implícitamente —al estatuir la fracción en comento que tal ordenación jurídico-punitiva se debe referir a los hechos que atentan *contra la federación*—, que a las legislaturas de los estados miembros y a la asamblea del Distrito Federal les corresponde legislar en materia penal en cuanto a los eventos dañosos que afecten a su orden interno. De esa manera —y en atención al artículo 122-C-base-primer-a-h) de la C., que faculta a la asamblea legislativa del Distrito Federal a legislar en materia penal para el Distrito Federal— resulta la coexistencia del vigente Código Penal Federal con el Código Penal para el Distrito Federal y los códigos penales que cada entidad federativa promulga para regular su propio orden común en su ámbito territorial. De ello se sigue que las autoridades federales y del orden común sólo tengan la competencia de aplicar sus respectivas leyes sin que sea admisible que una u otra conozcan y decidan con base en la ley de otro orden o entidad federativa, salvo los casos de fuero federal atractivo por conexidad a los que más adelante aludiré.

Ahora bien, en el artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, el legislador federal plasmó los criterios con los que se deslinda el ámbito de competencia del orden federal. Es decir, determina cuándo un evento típico-penal se reputa como delito federal. El artículo 50-I de la LOPJF dispone: “Los jueces federales penales conocerán: I. De los delitos del orden federal. Son delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales; b) Los señalados en los artículos 2o. a 5o. del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación; k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal, y l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal. Si a lo anterior se suma lo que establece la fracción I del artículo 104 Constitucional, en el sentido de que los Tribunales de la Federación son competentes para conocer de “todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales”, podemos concluir entonces que los jueces de distrito son los competentes para conocer de los casos en que se den los supuestos de competencia federal que prevé el artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal con relación a los delitos que prevean el CPF y las leyes federales; y que —fuera de

esos supuestos— todos los demás casos se conocerán por los jueces comunes estatales o del Distrito Federal, conforme a sus respectivos códigos penales y adjetivos y dentro de su ámbito territorial de competencia.

No obstante lo anterior, debido a la aprobación y promulgación del nuevo Código Penal Federal se presenta ahora una interrogante con relación a una aparente interferencia entre el orden federal y el orden común en materia penal. El nuevo CPF es una ley federal. Y el artículo 50-I-a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal dispone que son delitos del orden federal todos los previstos en las leyes federales. Por consecuencia, según ello serían delitos del orden federal todos los previstos en el mismo CPF que se cometan en cualquier parte del territorio de la república, siendo que la mayoría de esos delitos también se prevén en el CPDF y en los demás códigos penales de las entidades federativas. Esa supuesta obstrucción no se daba antes de la reforma al artículo 122 C. que ahora concede facultades para legislar en materia penal a la asamblea legislativa del Distrito Federal para éste Distrito. Pues antes de esa reforma el anterior Código Penal del Distrito Federal aplicable en toda la República en Materia Federal no era en sí una ley federal, sino que era un Código Penal para el Distrito Federal y aplicable en materia federal sólo cuando se diese uno de los supuestos de competencia federal del artículo 50-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Fuera de esos casos, los delitos previstos en el anterior CPF cometidos en el Distrito Federal o que en él produjesen sus efectos eran competencia del Ministerio Público del Distrito Federal y de los órganos del poder judicial del mismo Distrito Federal. Y si acaso el hecho se realizaba fuera del Distrito Federal sin que se captase por alguno de los supuestos del artículo 50-I de la LOPJF, sólo podría ser delito si se preveía como tal en el código penal de la entidad federativa donde se hubiese realizado o producido sus efectos. De ahí que quepa preguntar si de acuerdo con lo dicho: ¿con base en que ahora el nuevo CPF es una ley federal, sería posible que se dé la doble incriminación legal de un mismo delito en dos órdenes jurídicos diversos de la república mexicana? Es decir, quien perpetre un homicidio en cualquier parte de la república: ¿estará cometiendo un delito tan del orden federal —al estar previsto en el CPF que ahora es ley federal— como del orden común del Distrito Federal o de la entidad federativa donde se cometa —al estar previsto en sus códigos penales—? Sin embargo, la respuesta a ese planteamiento es negativa por dos razones básicas:

La primera. El artículo 50-I de la LOPJF tiene como objeto fijar los supuestos por los que los delitos pueden ser del orden federal, para así deslindar los delitos federales de los delitos del orden común que se prevean en los códigos penales de las entidades federativas y del Distrito Federal, en acato de los artículos 124 y 73-XXI de la C. Ya que la teleología del artículo 124 C. es evitar cruces entre los órdenes federales y comunes del Estado Federal Mexicano, al disponer que las autoridades de la federación sólo pueden ejercer las facultades que *"expresamente les conceda"* la propia C., dejando a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de los estados miembros y del Distrito Federal todas aquellas funciones que no consigne la carta magna como específicas para los poderes federales. Y porque la fracción XXI del artículo 73 C. faculta al Congreso Federal a *"definir los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse"*. De acuerdo pues con tales principios federalistas de deslinde de competencias y el objeto que para tal fin tiene el artículo 50-I de la LOPJF, el entender que éste artículo en vez de que distinga los ámbitos de competencia federal y

común en materia penal, admitiera precisamente lo contrario, es decir, propiciara que una misma conducta tipificara a la vez delitos del orden federal y del orden común, sería desatender el objeto y fin de la norma, dejándola sin su sentido delimitador de competencias en acato de las previsiones de la misma C. y convirtiéndola, además, en una vía que favorecería el empalme de competencias que precisamente tal artículo y la misma C. quieren evitar.

La segunda. Porque también se le haría perder sentido al inciso b) del artículo 50-I de la LOPJF, que señala que serán delitos federales los que queden comprendidos en los artículos 2° a 5° del mismo CPF. Ya que esa previsión sería innecesaria u ociosa si de todas suertes esos delitos fuesen del orden federal con base en que se prevén en el CPF que ahora es una ley federal de acuerdo con el inciso a) del citado artículo 51-I de la LOPJF. Cuando precisamente el sentido de dicho artículo es acotar al mismo CPF como ley federal para estimar como delitos federales —de los previstos en ese código— sólo los que enmarquen en los supuestos de los artículos 2 a 5 del mismo CPF o en los restantes criterios de competencia federal de los demás incisos c) a l) del artículo 50-I de la LOPJF. Por lo tanto, de acuerdo con una interpretación contextual entre el artículo 50-I de la LOPJF y los artículos 124 y 73-XXI de la C.; así como entre los mismos incisos a) y b) del artículo 50-I de la LOPJF, exégesis que por una parte evite el absurdo de propiciar la interferencia de competencias entre el orden federal y los ordenes comunes y por la otra haga viable el fin de los artículos 124 y 73-XXI de la C. y del mismo artículo 50-I de la LOPJF, de precisamente distinguir la competencia del orden federal de las competencias de los ordenes comunes, no cabe menos el concluir que el mero hecho de que el CPF sea una ley de índole federal no determina la competencia federal respecto de los delitos que aquél prevé, sino que esos delitos sólo podrán ser del orden federal cuando se dé cualquiera de los supuestos de los incisos b) a l) del artículo 50-I de la LOPJF; sin perjuicio de que también se considerarán delitos federales lo que se prevean en otras leyes federales distintas al CPF, de acuerdo con el referido inciso a) del artículo 50-I de la LOPJF.

El problema es distinto cuando opera la previsión del artículo 74-XXI-párrafo-segundo C., al disponer que: *“Las autoridades federales podrán conocer también de los delitos del fuero común, cuando estos tengan conexidad con delitos federales”*, facultad que se reglamenta en el párrafo tercero del artículo 10 del CFPP con relación al artículo 475 del mismo ordenamiento. Porque ninguna duda cabe que los jueces de Distrito tendrán competencia para conocer de los delitos del fuero común cuando estos tengan conexidad con delitos federales, debiéndose aplicar las normas —procedimentales y procesales— del CFPP; pero la previsión constitucional de ningún modo autoriza a los jueces federales para aplicar las normas del CPF para definir la existencia del delito y sus consecuencias jurídicas, pues de acuerdo con lo que prevé el mismo artículo 74-XXI-párrafo-segundo de la C., los “delitos” siguen siendo “del fuero común”. De lo que se sigue que tal precepto constitucional consigna la facultad de jurisdicción excepcional a favor de los jueces federales para aplicar las leyes penales del orden común cuando se trate de fuero atractivo por conexidad de delitos de ese orden con delitos del orden federal. Fuera de los casos de conexidad (que da el artículo 475 del CFPP) será arbitrario cualquier criterio que dé competencia a los jueces federales para instruir un proceso al inculpado de un delito del fuero común. Como igual lo será aquel que —dado alguno de los supuestos de conexidad del artículo 475 del CFPP con relación al artículo 10 del mismo código y por el cual los jueces federales serán competentes para instruir el proceso de

acuerdo al CFPP por un delito del orden común— decida la aplicación de las normas del CPF en vez de las normas del código penal de la entidad federativa conforme al cual el delito es del fuero común y que fue atraído a la competencia del juez federal en virtud de la regla de conexidad de los artículos 74-XXI-párrafo-segundo de la C. y 10 y 475 del CFPP. En todos esos casos el juez de Distrito debe aplicar el código penal de la entidad federativa que corresponda para decidir la existencia del delito y sus consecuencias jurídicas y respecto al procedimiento ajustarse a las normas del CFPP.

B. La diversidad legislativa penal y una política criminal coherente con los principios rectores de un estado de derecho. (¿Unificación penal?) No resulta ocioso destacar que la pluralidad legislativa penal se proyecta en la República Mexicana tan en el ámbito sustantivo, como en el procesal y en el ejecutivo. Ello hace que rijan tantos códigos y leyes de esas materias como ámbitos y entidades federativas existen en México. Esto es, las leyes penales del orden federal, del Distrito Federal y de los Estados. Lo que desde hace décadas provoca duras y acerbas críticas de distinguidos jus-penalistas nacionales y extranjeros.

Por lo que concierne a la materia sustantiva penal, en su tiempo levantaron la voz Raúl Carrancá y Trujillo, Ortiz Tirado, Sánchez Román y Luis Jiménez de Asúa;⁴⁰⁸ sumándose a sus reclamos muchos otros pensadores que ante la diversidad legislativa abrazaron la causa de “unificar” la legislación penal. Insistían en que sólo a través de ella se puede dar coherencia y eficacia a una verdadera política criminal en el ámbito nacional. A lo cual ahora se le agregaría, que sea congruente con un estado de derecho y democrático. El gran mosaico legislativo en materia penal que en México prevalece no se justifica —se dice— pues salvo la variedad étnica, cultural y religiosa de escasas regiones, los intereses que una ley punitiva debe tutelar se pueden salvar en una ley única, en tanto que la Nación que integramos presenta un esquema socio-jurídico más o menos homogéneo. ¿Mas será esto último cierto? Con independencia de ello y en verdad, como Sergio García Ramírez lo relató con elocuencia⁴⁰⁹: Los pronunciamientos para la “unificación” han sido muchos, mismos que se acogieron en congresos y conferencias, y que han desembocado en sendos proyectos de Códigos Tipo, Penal y Procesal, para la República.

Sin embargo, también es verdad que a la luz del Derecho Constitucional encontramos la barrera del sistema federal. Cuya puerta permanece cerrada para que la materia penal sea sustantiva, procesal y ejecutiva sea sólo de la competencia federal. Y lograr así la “unificación” como una de las supuestas bases para una eficaz política criminal. Pero aparte de lo anterior: ¿será la “unificación penal” el mejor camino para lograr una eficaz política criminal? ¿Y qué acaso será el único camino? Lo dudo mucho a menos que a esas propuestas de unificar la ley sustantiva penal se les acote y añadan otras de carácter fundamental. Y las cuales expondré más adelante. De entrada se podría argüir en contra: ¿En dónde quedaría el principio federalista? ¿Cómo se supone que el gobierno federal podría llevar a cabo con más éxito toda la compleja función de los órganos de justicia y del mismo sistema penal? ¿Tendría la capacidad el gobierno federal —económica, de organización y de operación— para realizar tales funciones con más eficacia, eficiencia y calidad en toda la república? O ¿qué

⁴⁰⁸ Cít. por Sergio García Ramírez, *Manual de Prisiones. La Unificación Penal en México*, Editorial Botas, México, 1970, p. 86.

⁴⁰⁹ Sergio García Ramírez, *Manual de*, p. 89.

acaso sólo se trataría de centralizar la facultad legislativa y luego acudir al expediente de la competencia concurrente o a alguno similar para que —como sucede con la materia mercantil— sean los estados quienes deban llevar la carga presupuestal y de instrumentación organizacional y operativa, de prevención, procuración, aplicación y ejecución? ¿Y ello, sin que sus legislaturas hayan intervenido para nada? Claro, como parte del constituyente permanente aquellas intervendrían en la reforma constitucional para aquel efecto. Y también pueden oponerse a través de la acción de inconstitucionalidad contra el contenido de las normas de lo que al menos sería un nuevo código penal único. (Artículo 105 C.)

Más por otra parte, se debe destacar que del panorama evolutivo que nos muestra la legislación penal en la república, claramente se advierte que el problema de la diversidad legislativa en un principio se solventó mediante un proceso de adherencia de las legislaciones locales a los ordenamientos legales federales. Pero tampoco se puede pasar por alto que entidades federativas como Veracruz, Michoacán, Guanajuato, Baja California Norte, Nuevo León, Tabasco y Coahuila —entre otras tantas— se apartaron desde hace tiempo —en mayor o menor medida— de los cauces por los que transcurrió el CPF antes de las reformas de 1983 y 1993-94 y ellas optaron por lo que se podría llamar "*el perfeccionismo divergente*". En tanto estos códigos acogieron más modernas sistemáticas legislativas. Ahora bien, puede ser que esos códigos estatales —y ahora el CPDF— se ajusten o desajusten en mayor o menor medida a los ideales de un «estado de derecho» que el mismo CPF. Quizá mucho más que el CPF. O quizá menos. Que es lo que —en parte— está aún por verse en este libro —respecto del mismo CPF, del CPDF y el CPC—. Y cuenta habida que ya se reconoce el progreso técnico jurídico y de política criminal que muestran algunos de los códigos penales que pertenecen a la corriente "divergente", la tendencia renovadora podría seguir por ese camino. Pero en tal caso, sólo cabría esperar que ello fuese útil para muy lentamente demostrar la necesidad de dotar al país de nuevos códigos penales —también procedimentales penales y de ejecución punitiva— que sean acordes no solo con los avances técnicos que las ciencias penales han logrado; sino sobretodo, que reflejen con claridad una política criminal congruente con los postulados del estado democrático y de derecho que mana de nuestra Constitución. Mismos que concibiesen al Derecho como un instrumento al servicio de las personas y de la comunidad y no como un medio para servirse de unas u otra. La ausencia de una política criminal uniforme en muchos códigos penales y procesales penales de la república y, en especial, que sea coherente con los postulados e ideales de un Estado de derecho de corte democrático, es una deficiencia que se manifiesta incluso en el propio orden federal. Las modificaciones —con orientación democrática— que se le hicieron al CPF desde el año de 1983 y los años de 1993-94, luego se opacaron por contrarreformas, especialmente en el campo procesal y en el del amparo. Estas obedecieron, en múltiples aspectos, más a situaciones de coyuntura que a una concepción garantista y de necesidad real. Y contrastan de por sí con una política criminal que se define en función del respeto a los derechos humanos y a los principios rectores de un estado de derecho que ya rigen en cierta medida a algunos de los códigos de la corriente "divergente". Ni que decir igualmente de los fuertes signos antigarantistas de que adolece el propio CFPP ya sea por exceso o por defecto.

Pero nada de ello quita el hecho de la gran multiplicidad de normas penales —sustantivas, procesales y ejecutivas— en el universo legislativo de la República y la deseable unificación penal. ¿Más qué podría

garantizar la coherencia normativa de la legislación penal, procesal penal y ejecutiva penal con el espíritu del estado de derecho? Porque hoy por hoy nada avala —si no es la misma Constitución— que de concentrarse el sistema penal sólo en la federación —o alguno de sus segmentos— la política criminal que aquella adopte en el futuro sea siempre congruente con los ideales del estado democrático. Por ello, lo que se debe hacer antes de que esa unificación penal se llegare a concretar en al menos un Código Penal único, es que se consagren en la C. —o a partir de ella, en una ley federal reglamentaria— otras garantías «expresas» que refuercen a las vigentes y que tiendan a asegurar más el rumbo hacia un estado de derecho de la que sería una legislación penal única. Y por supuesto, esas garantías adicionales son deseables aún sin la legislación penal única. Esas garantías pueden concretarse como un apartado en el artículo 18 C., de acuerdo con los preceptos siguientes y a los que ya me referí en el capítulo introductorio de este libro:

El ajuste de los fines del sistema penal a los del estado de derecho. El fin del sistema penal es la integración social responsable de la persona conforme a los postulados de un estado de derecho.

El ajuste al principio de intervención mínima en las conminaciones penales y a través de vías alternas. Las leyes penales se regirán para sus conminaciones conforme a los principios de grave lesión al bien jurídico e intervención mínima. Unas y otras se concebirán en el marco de los derechos y las garantías que la Constitución reconoce y que amplíen las demás leyes, así como atendiendo al principio de que ninguna persona se le obligará a hacer lo que no manda la ley, ni se le privará de lo que ella no prohíbe. Igualmente, las leyes no señalarán más penas que las estricta y evidentemente racionales y necesarias. Por lo tanto, las leyes establecerán vías y medidas alternas al proceso penal y a la pena de prisión para los delitos no graves, cuando con ello se pueda promover la integración social responsable de la persona.

El ajuste al sentido regulador de conductas prohibidas de las normas penales. Y a que ellas se delimiten en presupuestos fácticos y normativos cerrados que se especifiquen a través de ley cierta. La autoridad se ajustará al entendimiento ontológico y social normativo de las conductas desaprobadas penalmente cuyo ámbito fáctico de prohibición se especificará de manera cerrada por la ley en los tipos penales. Asimismo, la ley dará pautas regulativas que complementen a las expresiones normativas abiertas que contengan los tipos penales cuya única fuente será la ley.

El ajuste a los principios de culpabilidad y de responsabilidad penal. La ley y la autoridad se ajustarán a los principios de culpabilidad y responsabilidad penal en la concepción del delito. Ellos se entenderán como límites a la pena. Por lo tanto, no se impondrá pena cuando en el caso concreto no le sea razonablemente exigible al imputado una conducta conforme a la norma, o aquella sea irracional o innecesaria en el caso concreto. La ley regulará la ejecución de toda pena privativa de la libertad en atención a una reinserción social digna, oportuna y responsable, así como los medios para suspenderlas, sustituirlas, modificarlas o acortarlas en virtud de tal fin, los que se resolverán en la vía judicial.

Estas nuevas garantías «expresas» —y de las que algunas se razonarán a lo largo de este libro— serían bastantes para garantizar en la república una política criminal coherente y acorde con los ideales de un estado de derecho y democrático en el ámbito sustantivo penal.

Pero a la vez serían del todo insuficientes, si se dejara de lado la reforma procesal con base en los postulados a los que se arribó al final del capítulo de Introducción de este libro. Sentadas al menos esas bases, no habría que poner reparos no sólo a un código penal único, sino también a un código procesal penal único. Porque si se omitiera la reforma procesal, en el fondo se dejarían intactas las graves aporías que actualmente existen entre la legislación y la práctica procesal por un lado y los postulados de un estado de derecho que manan de nuestra C.: Generando así el espejismo de un estado democrático tras el que se guarece un estado autoritario.

— IV —

El ámbito personal de aplicación de la ley penal

A. La regla general y sus excepciones (El principio de igualdad.) El párrafo tercero del artículo 1° de la C. contiene la base esencial de la garantía de igualdad. Él dispone que: *“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”*. Con ello adquiere fuerza el aforismo: “Todas las personas son iguales ante la ley”. Pero según esto: ¿Les será aplicable la ley penal a todas las personas sin distinción? Si se ve bien la garantía de igualdad, ella protege a las personas contra la discriminación por cualquier motivo que atente contra la dignidad humana. O de la que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas según las distintas cualidades que menciona la C. Por lo tanto, cabe pensar que es posible que la ley distinga, para así evitar que se trate igual a los desiguales. En especial, cuando ello signifique un menoscabo a la dignidad personal; o a los derechos y libertades del grupo distinguido. Por ello, un aspecto importante a considerar es que *la igualdad parte de la diversidad, es decir, de una situación de hecho en la que hay en parte igualdad y en parte diferencias*. La diversidad —la diferencia— se contrapone a la homogeneidad, a la identidad, pero no a la igualdad. Igualdad significa que los diferentes deben ser tratados en forma diferente o diferenciada —no desigual— para garantizar su igualdad. Las normas penales diferentes para adultos y menores y para los mismos adultos y los enfermos mentales —como también serían las referentes a garantizar la igualdad de género fuera de la materia penal— no significan generar un *conflicto de desigualdad* entre esos grupos con un coeficiente común: la persona humana. Más bien tratan de erradicar en la norma y en la realidad cualquier tinte autoritario por razón de edad o condición mental, género u otras condiciones, a través de medidas que eliminen las tendencias discriminatorias que pueden resultar de normas iguales, y con ello garantizar una visión y trato de igualdad con base en las diferencias y la dignidad entre todos los seres humanos. En tal sentido, la igualdad ante la ley no tiene como objetivo acabar con la diversidad, con la diferencia, sino reconocerla en su realidad para que no signifique ya discriminación injustificada o desigualdad inadmisibles.

Bajo esos principios filosóficos se edifica el principio de igualdad contenido en los artículos 1° y 4° de nuestra ley fundamental. En efecto, la C. al regular el principio de igualdad quiere decir, en primer lugar, que “todos los individuos gozan de las garantías fundamentales” (garantía de universalidad); por tanto, queda “prohibida toda discriminación que anule o menoscabe los derechos o libertades fundamentales de las personas” (garantía de no-discriminación.) Pero la igualdad ante la ley “no excluye que la ley reconozca la *diversidad* para garantizar la igualdad de los derechos fundamentales” (garantía de la diversidad o diferencia.) Para autores —como Luigi Ferrajoli— este modelo constitucional implica un paradigma de configuración jurídica de la igualdad y de las diferencias, que radica en la igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y de las garantías que aseguren su efectividad. Es decir, el paradigma constitucional de la igualdad y de la diferencia parte de tres principios fundamentales: 1) La igualdad de todos ante la ley bajo un principio de universalidad (artículos 1° y 4° C.) 2) La no-discriminación (artículo 1° C.) Y 3) La erradicación de la discriminación —por desigualdad real— de los grupos vulnerables, minoritarios o discriminados en sus derechos, a partir de acciones positivas para diluir su diferencia real (artículo 1° C. y

tratados internacionales.) (Por ejemplo, los tratados referentes a los derechos de los niños y de la mujer, entre otros.) En otras palabras, la igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad (diferente), en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo como todas las demás personas. Por ello, las diferentes identidades —incluso constitucionalmente reconocidas— se pueden valorar en la medida en que no se parta de la proclamación de una abstracta igualdad, *sino del hecho de sopesar —en el ámbito ontológico y social— los factores reales de desigualdad que van en contra de la norma sobre la igualdad. A efecto de elaborar no sólo formulaciones normativas de los derechos, sino también garantías de efectividad para anular la desigualdad.* En tal contexto se pueden situar ahora las leyes de menores infractores y las normas para los inimputables por enfermedad mental permanente, así como los intentos recientes de acciones legislativas para hacer eficaz la igualdad de género —sobre todo en materia civil, familiar y electoral— a la luz de normas que al identificar las diferencias reales que pugnan contra aquella garantía, introducen pautas que tienden a compensarlas.

Por lo tanto —como lo justifica toda la doctrina filosófica moderna— tan esas leyes que reconocen la desigualdad de los menores e incapaces, como las llamadas cláusulas o acciones afirmativas de género o raza, son perfectamente compatibles con el principio de igualdad: Porque en lugar de desconocerlo lo hacen posible. Ellas permiten que en la realidad se avance en la igualdad de oportunidades y derechos de las personas que pueden sufrir una situación de desventaja en el ejercicio de los mismos o en el desarrollo de su personalidad.

Luego entonces, el hecho de que exista la valoración afirmativa de reconocer las diferencias y a partir de esa realidad generar un modelo de equidad para obtener igualdad, de ninguna manera puede concebirse como una violación a ese principio de igualdad; sino al contrario, lo fortalece en la medida que permite tratar en forma diferenciada a los desiguales, bajo un principio de universalidad. Es decir, si todas las personas han de disfrutar de los mismos derechos que la C. reconoce, esto es; por una parte, los adultos y los menores —y entre los primeros, los capaces de culpabilidad y los incapaces de ella por trastorno mental permanente—; por la otra, los ciudadanos y ciertos funcionarios en algunos ámbitos del ejercicio de su función, así como en otra más, los hombres y las mujeres —en el caso de las nuevas cláusulas legales afirmativas en ciertos aspectos del trabajo, el matrimonio, la familia, el divorcio y la profesión, así como en la política—, entonces es necesario —a través de esas cláusulas legales afirmativas— atemperar normativamente las desigualdades de hecho que se generan entre las personas en su desenvolvimiento en la sociedad. Para que en sus situaciones diferenciadas a cada cual se le dé un acceso determinado, para que goce de sus derechos en forma igual ante la ley, en la ley y por la ley. Así pues, el principio de igualdad se ve fortalecido porque dichas medidas legislativas tienen como finalidad compensar las discriminaciones o especiales situaciones que se dan en la realidad, para incorporar en forma efectiva a quienes se encuentren en la situación de desventaja o especialmente diferente. En tal virtud, del párrafo tercero del artículo 1° C. se desprende un modelo de valoración jurídica de las diferencias. Las que se basan —siguiendo a Ferrajoli— *[e]n el principio normativo de igualdad de derechos fundamentales y en un sistema de garantías que vale por su efectivo cumplimiento.*⁴¹⁰ Bajo esa premisa, como sucede en el modelo imperante en la C., no se desconocen las diferencias, sino que

⁴¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, p. 74.

éstas se reconocen y valoran. Ello tiene como consecuencia inmediata que todas las personas se encuentran por igual y en las mismas condiciones sometidas a la ley penal. Y, sin embargo, de ello también se sigue que la propia C. permite que se establezcan situaciones especiales de igualdad. Es decir, por las que ciertos grupos de personas —debido a sus condiciones o situaciones personales— reciban un tratamiento diferenciado por parte de la ley para que, debido a sus diferencias, se evite su trato desigual en normas que no atendieren esas desigualdades. Esa garantía se refuerza con relación a la niñez a través del enunciado del párrafo octavo del artículo 4° C.: (...) El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Y una evidencia concreta de ese trato especial la da, además, el artículo 61 de la C. con relación a las opiniones parlamentarias de diputados y senadores, pues aquél dispone que: (...) Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas.

De los términos del artículo 1° C. se deduce pues, la necesidad y la permisión de un trato legal diferente a los desiguales o que se encuentren en una situación especial. El que trasciende a la aplicación de ley penal. Y el que en tal materia obedece a los motivos siguientes: **1)** A la minoría edad. **2)** A los inimputables o incapaces procesalmente por enfermedad mental permanente. Y, **3)** A la función del cargo de ciertas personas. Así, esos motivos se convierten en las tres excepciones personales para la aplicación de la ley penal. Y a las cuales alude el artículo 6° del CPC, cuando refiere: (...) Las disposiciones de la ley penal se aplicarán por igual a todas las personas, con las excepciones que se establezcan. Me ocupó enseguida de ellas.

B. La minoría de edad. Los artículos 119, 120, 121 y 122 que integraban el Título Sexto —“Delincuencia de menores”— del CPF, se derogaron por los Artículos Transitorios de la vigente Ley para el Tratamiento de Menores Infractores.⁴¹¹ En virtud de ello, a los menores de dieciocho años de edad se les excluye —parcialmente— de la aplicación del CPF y el CPDF.⁴¹² Pues esos menores de edad según la referida ley no pueden cometer delitos, sino sólo “infracciones” cuyo tipo se prevea por la ley penal. Ello obedece también al acato de convenios internacionales vigentes de los que México es parte. Como lo es la Convención sobre Derechos del Niño firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.⁴¹³ El derecho que tienen los menores de dieciocho años de edad a un trato legal diferente al de los adultos con relación a la ley penal se reconoce en los artículos 1° y 37 de la citada Convención. Y ésta es aplicable en toda la república de manera preferente a cualquier ley que pudiera restringir ese derecho, habida cuenta que los tratados tienen mayor jerarquía que las leyes.⁴¹⁴ Por lo tanto, la citada Convención se debe aplicar de manera preponderante a las leyes que señalen una edad penal inferior a aquella. Es decir, respecto de las que dejen un segmento de menores de dieciocho años de edad a merced del Derecho Penal de adultos. Lo que debiera ser razón suficiente para motivar la reforma de las normas penales de los Estados que prevean menos de aquella edad para ser sujeto a la ley penal. Como sucede en Coahuila. En tanto el artículo 6° del CPC dice: “Para que alguien sea sujeto de

⁴¹¹ Dicha ley se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1991.

⁴¹² Ello se desprende de los artículos 4° y 6° de la *Ley para el tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, en tanto el CPF no señala cuál es la edad penal y ahora el artículo 12 del CPDF señala la minoría de edad hasta antes de cumplir los dieciocho años de edad.

⁴¹³ La citada Convención se ratificó por México el 21 de octubre de 1990 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

⁴¹⁴ Ver el criterio de la SCJN en el inciso 1, apartado C, número IV del CAPÍTULO QUINTO de este libro.

Derecho Penal es necesario que tenga 16 años de edad o más y, en caso de ser sordomudo de nacimiento o desde antes de cumplir tres años de edad, sepa leer y escribir.” Es claro así, que tal norma parece contrariar los artículos 1° y 37 de la referida Convención. Sin que sea válido argüir en contra que los convenios internacionales no pueden contener normas penales, ya que aquí se trata, precisamente, de lo contrario. Como también sería cuestionable sostener que la norma coahuilense queda amparada con la salvedad que hacen aquellas Convenciones, en el sentido de que la legislación nacional podrá establecer una mayoría de edad diferente, ya que en el caso que nos ocupa no se regula la mayoría de edad, sino la edad para ser sujeto del Derecho Penal, lo cual es distinto.

Con independencia de lo anterior, la ley penal reconoce la diferencia entre las personas debido a su minoría de edad. Y en Coahuila, además, a los sordo-mudos de nacimiento o desde los tres años de edad que no sepan leer ni escribir. Lo cual da lugar a que a estas personas menores de edad y de capacidades diferentes, se les apliquen normas distintas a las penales si es que incurren en conductas que la misma ley penal tipifica penalmente. Tales motivos se pueden justificar por la necesidad que hay de proteger a esos individuos con un trato legal diferente. Pero sólo en cuanto a que sus diferencias con los adultos —por la edad—; o en virtud, además, de aquella afección congénita o adquirida a muy temprana edad y con carencia cultural en Coahuila, se traduzcan en medidas que tiendan a transformar esa diferencia de hecho en una igualdad de derechos. De esta forma, la igualdad en derechos significa el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad. En ese contexto hay que alejar la idea de que la razón del trato diferente a los menores de dieciocho años de edad radica en su insuficiente desarrollo psíquico y social. El cual —según esto— les impide comprender la ilicitud de su conducta y motiva que sean inimputables. Lo que se traduciría en que los menores no pueden ser culpables de sus conductas —pues sin imputabilidad no puede haber culpabilidad—. Y, por ende, que no se les puedan aplicar penas sino tan sólo medidas de seguridad. En realidad un razonamiento así carece de sustento. Ya que la capacidad de comprender la ilicitud penal de lo que se hace y de motivarse de acuerdo con esa comprensión no es una cualidad que se pueda decidir por el mero dato de la edad de una persona. Sino que aquella capacidad se resuelve siempre en el caso individual y, además, con relación al momento en el que se comete el hecho según las condiciones mentales concretas de la persona. Y menos se podría sostener que aquella capacidad se adquiriese de la noche a la mañana. Esto es, por el sólo hecho de que un joven amanezca ya con dieciocho años de edad cumplidos. Como tampoco es forzoso que el joven carezca de esa capacidad porque aún no cumple esa edad —aunque le falte más de un día o de una hora para cumplirla—. Bien señala Barreda Solórzano, insigne defensor de los derechos humanos: (...) En el Distrito Federal se es menor hasta antes de los 18 años, pero en varios estados de la República se deja de ser menor a edad más temprana. El joven de 17 años de uno de esos estados, al viajar al Distrito Federal ¿se haría inimputable, es decir, el viaje le haría perder su capacidad psíquica de delito? Y al regresar, ¿otra vez sería imputable, esto es, recuperaría, por obra y gracia de su regreso, esa capacidad?⁴¹⁶ De ahí que la medida cronológica es inidónea para decidir la inimputabilidad o la imputabilidad de una persona. Y en igual medida no es apta para derivar la inculpabilidad o la culpabilidad de los menores. Mas aún, cuando la razón de su

⁴¹⁶ Luis De La Barreda Solórzano, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., 1998, p. 49.

especial protección legal no radica en la incapacidad que tendrían de ser culpables; sino en el mero hecho de su edad. El que —como referencia objetiva— marca el punto hasta el cual los menores han de recibir un trato diferente para garantizarles su derecho a la igualdad y a la integración social. Lo que si se puede conceder es que hasta cierta edad sea obvio que un menor aún no tenga la suficiente maduración psíquica y social para determinarse libremente en función de su comprensión de la ilicitud penal de la conducta que realice. Eso es cierto de ordinario en los menores de once años de edad. De aquí que devenga razonable que a ellos se les excluya de la citada Ley de Menores Infractores. (Artículos 4° y 6°.) Pero en tal supuesto se trata de la exención de los menores de once años de edad de la aplicación de la referida ley de menores infractores y de la ley penal. Es decir, antes de los once años de edad los menores no pueden siquiera ser considerados como "infractores", menos aún como delincuentes.

Con base en los argumentos anteriores también se ha planteado que debe cambiar la regla actual de eximir de la ley penal a los mayores de once años de edad pero menores de dieciocho. Para instituir en su lugar un régimen de salvedad relativa. Éste se sustentaría en la capacidad concreta de imputabilidad. Por lo que —según ésta propuesta— la sujeción a la ley penal de esos menores⁴¹⁶ dependería de que en el caso concreto tuviesen capacidad de entender la ilicitud penal de su conducta y de decidirse según esa comprensión. Lo que se zanjaría pericialmente en cada evento. Sin embargo, tal argumento vuelve a perder el enfoque por dos razones que se desdoblán en tres motivos igualmente importantes: Primero. Los tratados internacionales vigentes en México contraindican la aplicación del Derecho Penal de adultos a los menores de dieciocho años de edad. Segundo. La razón de la exclusión no estriba en que los menores de esa edad no puedan ser imputables; sino en la necesidad de un trato jurídico diferente más benigno hasta esa edad que se funda en dos garantías: La garantía de igualdad —artículo 1° C. — y la garantía de readaptación social —artículo 18 C. —. 1) Ello es así debido a que aquella condición amerita medidas preventivas especiales en lugares distintos a los adultos. Esas medidas en espacios diferentes de los adultos procesados o sentenciados tienden a dar la oportunidad a que la persona menor de edad se incorpore con más facilidad a la sociedad. Lo cual todavía es más razonable que suceda —presumiblemente— cuando la condición de la edad favorece ese fin. Lo que a la vez se corresponde con el fin del "sistema penal" en un amplio sentido. Y que prevé el artículo 18 C. 2) En efecto, el "sistema penal" referido en el artículo 18 C. se le puede entender como el conjunto de medidas de control social que implementa el Estado a través de penas o medidas equivalentes a ellas o que las sustituyan con el fin de promover la vida libre y responsable en sociedad. Y eso es precisamente lo que sucede con el subsistema de menores infractores. ¿Qué necesidad social razonable justificaría entonces que se les juntara con los adultos? Ninguna. Antes bien, se malograría el espíritu de los artículos 1° y 18 C. 3) Por último, dar a los menores de dieciocho años de edad un trato igual que los adultos, significa internar a aquellos junto a éstos. Tan en prisión preventiva, como cuando cumplan una pena de prisión. Es obvia la acentuación de la contaminación criminógena que eso significaría para el menor perjudicando el sano desarrollo de su incipiente personalidad. Una medida así, lejos de facilitar su adaptación social la haría más difícil, sin descontar la extraordinaria desventaja que significaría su edad en el mundo de los presos mayores.

⁴¹⁶ En esa propuesta también se plantea cambiar los extremos de las edades: En vez de diez años que sean doce. Y, quizá con menos frecuencia, que en lugar de dieciocho años que sean dieciséis.

Ahora bien, ese trato distinto —aunque más benigno en apariencia— es análogo si no igual en muchos casos a las medidas que el sistema penal implementa para los mayores de dieciocho años de edad. Así, el artículo 37 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal faculta al Consejo para que ordene que el menor permanezca a su disposición en los centros de diagnóstico mientras dura el procedimiento. Y sin duda que esa es una medida que en sus consecuencias de privación de la libertad es equivalente a la prisión preventiva. Como ese artículo también faculta al Consejo para que una vez que dicte resolución definitiva en la que se acredite la infracción: *“el menor pase a los centros de tratamiento interno”*. En tanto los artículos 112 y 115 prevén, precisamente: *“que se pueda aplicar al menor la medida de tratamiento interno en esos centros”*. Al igual que el artículo 118 prevé: *los “establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo (sic)” y prolongado respecto de los menores que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo”*⁴¹⁷. Medidas que, ciertamente, equivalen en sus consecuencias a la privación de la libertad que se impone a los adultos mediante la pena de prisión. De aquí que —en realidad— muchas de las medidas aplicables a los menores infractores puedan ser —y sean— sustancialmente iguales a las que prevé la ley penal. A tal grado que bien se podría hablar de un Derecho Penal de Adultos y otro de Menores. Lo cual —por cierto— reduce los márgenes del sistema vicarial, que separa las vías jurídicas por las cuales transcurren las penas y las medidas de seguridad. Más precisamente todo ello es lo que también apuntala la idea de que el Derecho de Menores Infractores deba cercarse con los mismos límites —sustanciales y formales— que circundan al Derecho Penal, al Procesal Penal y al Ejecutivo Penal. Porque una cosa es rodear al Derecho de Menores Infractores con los lindes que se imponen al Derecho Penal en amplio sentido. Y otra muy distinta la es, que a los menores se les debiera juntar con los adultos debido a que hayan sido culpables al realizar su conducta típica y antijurídica. Así, las mismas medidas de “tratamiento interno” que se aplican a los menores ya implican de por sí un límite nuevo al poder punitivo del Estado. En cuanto separan al menor en lugares totalmente distintos a los de reclusión de los adultos. Además de que —en muchos aspectos— sujetan a los menores a un trato que es diferente y más benigno del que se dispensa a los adultos. A la vez que fungen como vehículos mediante los que se promueve la incorporación social del menor. Mas en éste último aspecto, aunque el trato difiera en virtud de la edad, el fin de las medidas para los menores infractores es el mismo que el fin de la pena: La reincorporación social. Si a ese fin se le llama “adaptación” o “readaptación” social, tal cambio de nombres en nada quita la esencia de aquél: El que se favorezca la integración digna y responsable de la persona a la sociedad. Coincidiendo así con el fin del sistema penal que se desprende del artículo 18 C.

Todo lo anterior implica entonces que la aplicación de las medidas a los menores infractores al igual que su ejecución, no pueden ser ajenas al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 C. Y con mayor razón, que sería atentatorio de garantías que al procedimiento para llegar a esas medidas se le sustrajese de esas garantías.

⁴¹⁷ El (sic) naturalmente es mío.

⁴¹⁸ ¿Cuáles serían los criterios para decidir que hay “alta” inadaptación, es decir, que no sea “baja” o “media”? Y ¿cuáles son las bases para decidir un pronóstico “negativo”, aparte de la “alta” inadaptación?

Ello es así porque el procedimiento de menores infractores y las medidas que de él se derivan para ellos aparejan la restricción o incluso la privación de su libertad y de otros derechos personales y de familia. Y aunque la fungibilidad de esas medidas y sus límites temporales puedan marcar otras diferencias con el Derecho Penal de los adultos, el sustrato material de muchas de ellas es igual al de las penas y sus substitutivos penales que se imponen a los últimos. El nombre y los adjetivos que se les dé a las medidas de prevención especial para los menores —sea cual sea ese adjetivo, “tutelar”, de “protección”, etc. — en nada cambia su naturaleza penal cuando ellas se traducen en afectaciones a la libertad del menor. Lo mismo que las medidas cautelares durante el procedimiento que tengan la misma calidad sustancial que las penales, seguirán conservando intacto tal atributo aunque se les llame de manera distinta. Y la necesidad del trato diferente a los menores no debe aparejar la bizarría de trastocarlo contra sus garantías; en vez de que, respetándolas, se le brinde especial apoyo. Y eso sólo es plausible si es que se prueba su infracción —prevista en un tipo penal— en un procedimiento en el que se cumplan las formalidades esenciales de audiencia, de defensa y de prueba; y de que, además, se ejerzan a su favor en un sistema que separe en órganos independientes entre sí —y equilibre a la vez— las funciones de quienes les incumba imputarle la infracción y juzgarla.

Por las mismas razones, esas medidas sólo pueden legitimarse si obedecen a que el menor realizó una conducta que la ley tipifique como delito, la que se deberá probar en el debido proceso legal.

Con base en lo dicho, respecto al ámbito sustantivo del Derecho de Menores Infractores es conveniente precisar dos puntos:

Primero. La valoración de las llamadas “infracciones” de los menores es —o debe ser— idéntica a la valoración de la conducta típica de los adultos. Tal garantía de seguridad jurídica se deduce tan del artículo 14 C., como de los mismos preceptos de la ley de menores infractores; al igual que de los motivos y las razones por lo que se niega la aserción de que los menores de dieciocho años de edad y mayores de once sean inimputables por ese sólo motivo. Ello trae como consecuencia que para que sea “infracción” la conducta de un menor, es preciso que ella se ajuste a la del tipo penal de un delito. Y, por ende, que el ajuste de aquella conducta comprenda tan el aforo objetivo-valorativo del tipo, como su carácter subjetivo. De la que se pueda afirmar que el menor realizó una conducta con conocimiento de voluntad de realizarla en las condiciones que describa el supuesto legal de hecho del tipo penal delictivo. De ello se sigue que la conducta del menor que se considere como “infracción”, en el caso concreto debe ajustarse a todos los elementos del tipo penal. Porque si falta alguno de ellos la conducta del menor no podrá estimarse como típica y, por ende, se le debe excluir de cualquier medida de seguridad. Será pues insuficiente analizar nada más la adecuación material-causal. Porque un proceder así apareja desnaturalizar el examen de la conducta que se estime como “infracción”. De aquí que sea preciso, además, que se vea la valoración de la conducta del menor como una conducta objetivamente prohibida y típicamente relevante, así como su adecuación subjetiva al tipo penal.⁴¹⁹

Segundo. Las causas de justificación, las de inculpabilidad y aún las de no-responsabilidad se deben tomar en cuenta a favor del menor aunque en un primer estrato su conducta se valore como “infracción”. En efecto, el

⁴¹⁹ Ver al respecto los CAPÍTULOS DÉCIMO Y DÉCIMO PRIMERO.

que se diga que los menores no pueden cometer delitos, sino "infracciones", no legitima que se dejen de lado las causas que impidan la antijuridicidad de la conducta de un menor o que le tomen inculpable o no responsable en un caso concreto. Y ello es así, porque sería un contrasentido que se sostuviera que en tales eventos el menor requiere de medidas de prevención especial, si, precisamente, se condujo conforme a Derecho o de manera inculpable o cuando por las circunstancias de realización del hecho falta la necesidad de la medida preventiva. Por ejemplo: si se acredita que el menor actuó en legítima defensa o por temor fundado de un mal grave cierto o que razonablemente se prevea como cierto, o bien cuando la culpabilidad sea marginal debido a circunstancias extraordinarias que evidencien que cualquier medida preventiva trasgrediría el principio de proporcionalidad. Finalmente, al menor sólo se le debe imputar la infracción si es que se justifica su actitud contraria a la ley penal cuando cometió el hecho y, además, la medida de seguridad —al menos la que sea de carácter sustancialmente penal— en el caso concreto se represente como racionalmente indispensable para facilitar, precisamente, una adaptación social digna.

C. Los inimputables en virtud de atraso o trastorno mental permanente y los que tienen incapacidad procesal por igual motivo. En México por regla general todas las personas a partir de los dieciocho años de edad cumplidos son iguales ante la ley penal. Sin embargo, de la propia ley se derivan excepciones, pues con independencia de la edad están las medidas de seguridad a los inimputables por virtud de atraso o trastorno mental permanente que incurran en un hecho antijurídico tipificado en la ley penal. Y, asimismo, para aquellos que sin estar en aquél supuesto, caigan en un trastorno mental permanente después del delito cuya comisión se les imputa, que les impida comprender la naturaleza del enjuiciamiento, bien sea que el trastorno se dé antes del proceso o durante el mismo y antes de la sentencia. Todo ello puede dar lugar a que en vez de un proceso penal normal y de las medidas precautorias de índole personal que se aplican dentro del mismo proceso penal y en su caso, de la pena de prisión, se siga un procedimiento especial y en su oportunidad, de acreditarse el hecho se apliquen las medidas de seguridad que sean necesarias al inimputable o incapaz procesalmente con atraso o trastorno mental permanente.⁴²⁰ Dentro de esas medidas de seguridad, entre otras limitaciones a la libertad, están el internamiento en pabellón o en institución psiquiátrica. (Artículos 67 a 69-Bis del CPF y 495 y 496 del CFPP, 5, 33, 62 a 66 del CPDF, 10, 147 a 150 del CPC y 672 a 678 del CPPC.) Consecuencia aquella —el internamiento— que en nada se diferencia a la prisión preventiva ni a la pena de prisión. Sin embargo, además de que quien sufre el atraso o trastorno permanente, al momento de la conducta era incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de decidirse de acuerdo con esa comprensión —lo cual le volvía inculpable— y de que el incapaz procesalmente esté imposibilitado de comprender la naturaleza del enjuiciamiento en virtud del trastorno mental que le sobreviene después de su conducta presumiblemente delictuosa —bien sea antes o durante el proceso—, la otra razón de un trato diferente a los inimputables o incapaces procesalmente por atraso o trastorno mental permanente es la misma que para el Derecho de Menores Infractores: ella estriba en la garantía de igualdad según se ha explicado en los dos apartados

⁴²⁰ Habrá que distinguir aquí a quienes sufre un trastorno mental permanente de quienes lo padezcan transitoriamente, incapacitándolos en ambos casos para comprender la naturaleza penal de su conducta o para decidirse según esa comprensión: A los primeros se les aplican medidas de seguridad —siempre y cuando se satisfagan ciertas condiciones que ameriten la aplicación de esas medidas—, mientras que a los segundos se les absuelve.

precedentes, ya que se trasgrediría a esa indemnidad si de entrada se tratara igual a los evidentemente desiguales.

Así pues, la circunstancia de que quién cometió el hecho padezca de un atraso o trastorno mental permanente que le impidió entender la ilicitud del hecho o de decidirse de acuerdo con esa comprensión o bien que tal perturbación le imposibilite comprender sus derechos o las consecuencias del proceso penal (todo lo cual implica los peritajes necesarios que así lo prueben), no excluye en lo absoluto la exigencia de que se pruebe que aquél realizó una conducta antijurídica que la ley tipifique como delito. Por ello, se le debe excluir de cualquier medida asegurativa de haber concurrido alguna causa de justificación al realizar la conducta típica. Y lo mismo se debe decir cuando falten las condiciones para estimar que hubo conducta objetivamente típica e incluso si acaso al realizarla concurrieron algunos motivos que de haber estado la persona libre del trastorno se hubiere declarado la falta del tipo subjetivo o la inculpabilidad. Esto sólo lo reconoce expresamente el último párrafo del artículo 10 del CPC, pues aunque la persona hubiese actuado inimputablemente le favorecerá cualquier causa que: *“de haber actuado sin el trastorno, excluya el carácter típico, antijurídico o culpable de la conducta”*. Ante lo cual cabría preguntarse: ¿Cómo es posible que aún siendo inimputable quien sufría de trastorno mental permanente al realizar la conducta, él hubiese actuado al amparo de alguna excluyente distinta a la misma inimputabilidad? El temor fundado por ejemplo, es decir, cuando el inimputable se hubiere allanado a ejecutar una conducta objetivamente típica bajo el influjo de aprensión que se fundó en un mal real y grave que era actual o inminente, o de realización razonablemente cierta y en virtud del cual lesionó un bien de menor o igual valía del cuya afectación quiso evitar con su sometimiento. O incluso cuando sabiendo lo que hacía —aunque sin poder comprender su alcance ilícito o de decidirse de acuerdo con esa comprensión— hubiere actuado bajo un error de tipo, o cuando se dio en su contra una agresión real o las circunstancias (fácticas) hubiesen representado —ex-ante— una agresión, la que realmente era inexistente y que le motivó a actuar en defensa de sí mismo o de otros dentro de los límites objetivamente racionales, o cuando aquél se excedió en una defensa con base justificante, pero que sea disculpable por haber sido mínimo el exceso y dadas las circunstancias difícilmente se le podría haber exigido otro comportamiento de haber sido imputable.

Por lo demás, las garantías procesales penales también deben operar para los inimputables con atraso o trastorno mental permanente al igual que a favor de aquellos con incapacidad procesal por aquél motivo, aunque con ciertas modulaciones. En efecto, todo ello conlleva a una regla general en el ámbito procedimental del CFPP y el CPPC con relación a aquellas personas: El procedimiento que de manera escueta regulan el CFPP (artículos 495 a 502) y el CPPC (artículos 672 a 678), se debe ajustar por los jueces a las garantías esenciales de que disfruta todo inculpado imputable antes y durante un proceso penal pero con ciertas peculiaridades, principalmente con relación a las medidas de internación provisionales y definitivas, las que no pueden —o no deberían— seguir el mismo patrón que las reglas para la detención, la prisión preventiva y la pena de prisión para los imputables o capaces procesalmente. El CFPP y el CPPC no señalan en qué debe consistir el “motivo fundado” para el “internamiento provisional” a que se refieren los citados códigos procedimentales para aquél efecto. Sin embargo, además de la prueba de que el incapaz realizó el hecho antijurídico que objetivamente prevea un tipo penal, debe acreditarse al menos presuntamente que el trastorno

mental que padece el enfermo lo incline al uso de la violencia extrema contra sí o contra otros según dictámenes psiquiátricos que aconsejen su internamiento durante el procedimiento para su inmediata atención y a la vez, proteger a otras personas de las tendencias de violencia de quien padece el trastorno, lo cual se debe decidir con independencia de que el hecho —de haber sido delito— se califique por la ley como grave o no grave, ya que la prueba del hecho antijurídico y la peligrosidad grave derivada del padecimiento es lo que ameritaría desde luego la provisional internación terapéutica durante el procedimiento; y en su oportunidad, de continuar en la misma situación al concluir el mismo —y sólo si se acreditó el hecho— el internamiento “definitivo” como medida de seguridad curativa si acaso la situación de peligrosidad todavía se justifica. Frente a la postura laxa del CFPP y el CPPC —de no hacer referencia expresa a las garantías del procedimiento— parecieren colocarse en el otro extremo los artículos 5 y 62 del CPDF, el último artículo citado señala sin más que: *“...el juzgador dispondrá de la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo”*. ¿Significa esto que —al menos al inimputable por atraso o trastorno mental permanente— se le debe seguir el mismo procedimiento penal que se regula para quienes no padezcan dicho trastorno? Pareciere ser que sí. Pero aquí cabría preguntar: ¿Realmente ese procedimiento penal podría ser exactamente igual al de una persona inculpada sin trastorno mental? ¿Acaso aquella persona estaría en condiciones de defenderse por sí misma? ¿Y acaso, por ejemplo, sería correcto hacer depender el internamiento provisional en la clasificación del hecho como si hubiese —o no hubiese— sido delito grave y ello con independencia de la opinión pericial que aconseje o desaconseje dicho internamiento con base en consideraciones de la peligrosidad del sujeto que se sustente en la propensión de actos de violencia en contra de sí mismo o con relación a otros o la falta de dicha propensión? La duda se despeja en parte con lo que prevé el artículo 5-párrafo-segundo del nuevo CPDF que dispone: *“...que la necesidad [de aplicación de las medidas obedezca]... a los fines de prevención del delito que con ellas pudieran alcanzarse”*. Pero aún así y con independencia de que aquella previsión se refiere a las medidas que se impongan previo el procedimiento respectivo y no durante el mismo; para los inimputables por atraso o trastorno mental permanente —o por éste último motivo con incapacidad procesal— vale por igual y en cualquier caso lo antes dicho para los menores infractores, en cuanto que la necesidad del trato diferente de acuerdo con sus condiciones personales de desventaja no debe aparejar la incongruencia de trastocarlo contra las formalidades esenciales del procedimiento. Y eso sólo es plausible si es que se prueba su conducta antijurídica prevista en un tipo penal en un procedimiento en el que se cumplan en favor del inimputable o incapaz las garantías de audiencia, de defensa y de prueba —a través del mismo defensor— y las que se ejerzan en un sistema que separe en órganos independientes entre sí —y equilibre a la vez— las funciones de quienes les incumba imputarle la conducta típica y declararla, además de la prueba no sólo del hecho objetivamente típico y antijurídico y del atraso o trastorno mental permanente que volvió a la persona inimputable y/o incapaz procesalmente, sino de la peligrosidad que el padecimiento implique para el incapaz o para los bienes jurídicos de otros que amerite la medida de seguridad curativa correspondiente. De esta manera cabe reflexionar lo mismo que se hizo respecto al CFPP y el CPPC, no debieren aplicarse los criterios legales para la prisión preventiva aunque se pruebe que la ley clasifica como “grave” el hecho que la ley tipifica como delito, porque con independencia de ello, lo esencial tan para el internamiento “provisional” y en su caso para la aplicación de una medida de seguridad de

igual índole, es que —además de la prueba del hecho objetivamente típico y antijurídico— se acredite pericialmente que el trastorno mental que padece el inimputable lo orille al uso de la violencia extrema contra sí o contra otros.

Finalmente, por lo que concierne a la duración de las medidas de seguridad curativas aplicables, estas no deben exceder con aquél carácter —y en función del hecho cometido— del máximo que correspondería a la pena privativa de libertad respecto de ese hecho de haber sido delito, tal como lo señalan los artículos 69 del CPF, 66 del CPDF y 150 del CPC. Pero sin que ello tampoco apareje que si el enfermo aún continúa en esa condición cuando concluya el tiempo máximo, el Estado deba abstraerse de su deber de asistencia en correspondencia al derecho a la salud del enfermo que se consagra en su beneficio como garantía individual en el artículo 4° de la C.; por lo que en estos casos sólo quedaría a discusión si la curación debiese seguir intentándose con internamiento en pabellón o institución psiquiátrica. Esa posibilidad está implícita en la previsión de los artículos antes señalados, de que una vez que se cumpla el límite de duración de la medida de seguridad, si fuere necesario continuará el tratamiento a cargo de las autoridades de salud, con la salvedad de que —críticamente— el CPDF sólo admite tal posibilidad cuando el enfermo no tuviere familiares. De cualquier manera, en el supuesto de la prolongación de un internamiento curativo en aquél contexto, éste deberá sustentarse siempre en previa decisión judicial que se base en los peritajes conducentes que no dejen duda de su necesidad para la curación o asistencia del enfermo y en la revisión periódica del estado clínico del mismo según los baremos ya dichos.

D. La inviolabilidad parlamentaria. La misma Constitución establece situaciones especiales en las que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal, mismo que se da en función del cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las “inviolabilidades”. Y sólo en cierta medida con las discutibles “inmunidades”. La inviolabilidad equivale a la *ausencia de responsabilidad penal*. Las personas que gozan de inviolabilidad en función de su cargo, no responden penalmente de ciertos actos en el ejercicio de esa función, pese a que puedan ser constitutivos de delito. El artículo 61 C. establece que: *“Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el desempeño de sus cargos y jamás podrán ser reconvenidos por ellas”*. Esa prohibición se prevé también en el artículo 11. 2 de la Ley Orgánica del Congreso de la Unión.

Lo primero que conviene notar es que la inviolabilidad de los diputados y senadores sólo se extiende a determinadas actuaciones. Esto es, a las opiniones que ellos manifiestan *en el desempeño de sus cargos*. Y respecto de las cuales se excluye la responsabilidad penal en caso de que esas opiniones constituyeren un delito. No se trata pues de que no puede ser punible cualquier acto que realicen los diputados o senadores en el ejercicio de su función. Ni tampoco se trata de los actos en sí nada más. Sino sólo de ciertos actos que se realizan en el desempeño del cargo. Pues la inviolabilidad sólo cubre a las opiniones que aquellos manifiesten en el ejercicio de sus cargos. El acto protegido con su inviolabilidad ha de ser, pues, una opinión y la opinión han de darse en el ejercicio del cargo. En tal sentido la inviolabilidad parlamentaria se orienta a la protección de la función legislativa. Y la pretensión es que los parlamentarios puedan manifestarse con absoluta libertad

en el ejercicio de su cargo y sin temor a verse sometidos a un proceso penal, incluso si el contenido de la opinión fuera susceptible de calificarse como delito de injurias, amenazas, difamación o calumnias, etc. El origen histórico de esta institución se sitúa en la necesidad de proteger a los primeros Parlamentos frente a las intromisiones de los otros poderes. Así, tal protección aparece desde el *Bill of Rights inglés* cuya declaración IX establece que: "las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento".

La cuestión es importante, pues aun cuando se ha dicho que hoy ya no cabe esperar intromisiones por parte del Ejecutivo; la verdad es que tan el Poder Ejecutivo —por medio de la Procuraduría General de la República o de las equivalentes del Distrito Federal o de las entidades federativas—, como el mismo Poder Judicial, podrían condicionar el libre ejercicio de la función legislativa si acaso la inviolabilidad de los parlamentarios por sus opiniones no se mantuviese o se concibiese de manera limitada. De todo ello se sigue que la inviolabilidad parlamentaria no tiene más límites que los que se derivan de la misma C. Y de acuerdo con ella, la ausencia de responsabilidad penal alcanza a todas las opiniones de los diputados y senadores en el ejercicio del cargo. Ahora bien, la voz "opiniones" parecería referirse a las expresiones sobre hechos cuestionables. Pero según ese entendimiento los adjetivos con los que se califique a un hecho no serían punibles, pero sí lo sería la falsedad del hecho mismo que se impute a otro, como sería la imputación falsa como delito de un hecho que no lo es. Sin embargo, esa interpretación de la expresión "opinión" pasa por alto la razón de la protección y el contexto en el que se da. Además, deja sin contornos precisos a la inviolabilidad, pues la hace depender del empleo de adjetivos, cuando en verdad una "opinión" puede incluir a los hechos y a las calificaciones acerca de esos hechos. Donde sí no cabe la inviolabilidad es cuando la "opinión" se da fuera del ejercicio de la función parlamentaria. En este sentido la función parlamentaria de los diputados y senadores es la que la C. le otorga al Congreso de la Unión en su artículo 75, el cual se relaciona con los artículos 63 a 71 de la C. que regulan el "funcionamiento" del Congreso en las Cámaras, en Pleno y por Comisiones. Por lo tanto, aunque cabe hablar de otras atribuciones que pueden tener los diputados y senadores, sólo quedan en el ámbito de la inviolabilidad las opiniones que los parlamentarios expresen en el ejercicio del cargo, es decir, las emitidas con motivo de su actuar dentro del funcionamiento del Congreso en las Cámaras, bien sea en el Pleno o en las Comisiones, según se regulé aquél en las leyes correspondientes. La SCJN expresó su criterio en tal sentido en la tesis siguiente:

INMUNIDAD LEGISLATIVA. OBJETO Y ALCANCES DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Según se desprende de la interpretación del artículo 61 constitucional, que dispone que: "Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, y jamás podrán ser reconvenidos por ellas. El presidente de cada Cámara velará por el respeto al fuero constitucional de los miembros de la misma y por la inviolabilidad del recinto donde se reúnan a sesionar"; el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad o inmunidad legislativa es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias, decayendo tal protección cuando los actos -las manifestaciones- hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano, fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como legislador, por lo que puede afirmarse que el ámbito de esta protección se delimita por la suma de tres condiciones: a) sólo opera a favor de diputados y senadores; b) por las opiniones; y, c) que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Así, la inviolabilidad dispensa al legislador una protección de fondo, absoluta, llevada al grado de irresponsabilidad, perpetua por cuanto que sus beneficios no están sujetos a período alguno; de tal suerte que prácticamente lo sitúa en una posición de excepción, en todas aquellas circunstancias en que éste ejercite su función de representante público, pues automáticamente opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder a sus propios actos y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga al gobierno y a los particulares a soportar las manifestaciones que viertan en su contra los legisladores, aun cuando subjetivamente puedan considerarse difamatorias. En consecuencia, la protección a los legisladores

sólo por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos refrenda el objetivo de la mencionada garantía, o sea, resguardar al ejercicio del Poder Legislativo, pues aquellos lo realizan y hacen de la palabra -del discurso- el instrumento motriz y la forma privilegiada para ejercer su función pública.⁴²¹

Todo ello conduce a acotar temporal y espacialmente el ejercicio de la función parlamentaria dentro del cual la opinión del parlamentario es inviolable. Es claro que la inviolabilidad se da cuando y mientras las Cámaras se reúnen válidamente en Pleno o en Comisiones y el diputado o el senador intervengan en ellas. ¿Mas será ese el único ámbito en el que, con arreglo a la Constitución, opera la inviolabilidad? Creo que sí, salvo aquellos actos exteriores de las cámaras que con base en la ley reproduzcan un acto parlamentario. Ésta salvedad se desprende del criterio de la SCJN que se transcribió. Y ella es coherente con el fundamento de la inviolabilidad, que es el de que se proteja la institución y las funciones de quien se desempeña como parte de tal; sin que pueda extenderse a las actuaciones de los parlamentarios fuera de dicho ámbito, como con frecuencia se cree de manera errónea.

Ahora bien, resta determinar si: ¿es causa personal de exclusión de la pena la inviolabilidad parlamentaria aunque con base en la protección de la función? ¿O si bien si ella es causa de justificación? La primera postura significa que si la opinión en la Cámara de un diputado o senador es contraria a Derecho —por ejemplo, injurias al Presidente de la República— tal carácter se mantiene aunque el hecho no amerite pena. Y, asimismo, que a una idéntica manifestación verbal se le perseguiría penalmente —por mantener su carácter ilícito y punible— si se le pronunciase fuera de la Cámara. Por su lado, la segunda postura parte de una concepción distinta: El “ejercicio de la función” se circunscribe al ámbito temporal o espacial de la misma, y se limita a los actos adecuados y necesarios para el desempeño de la labor del parlamentario. Si dentro de esos ámbitos se expresa una opinión lesiva a otro, se actuará con causa justificada. Las criticables consecuencias de una postura así las resumen Francisco Muñoz Conde y Mercedes García del modo siguiente: “...a) todo aquello que suponga exceso en el repetido ejercicio de la función, no puede verse amparado por la inviolabilidad; b) si lo amparado por la inviolabilidad es sólo lo “adecuado y necesario”, coincide con los supuestos en que, de todas formas, resultaría preponderante la libertad de expresión y, por tanto, la conducta estaría en todo caso justificada; y c) si lo amparado por la inviolabilidad son sólo actos ya justificados por el ordenamiento, nos encontramos ante una institución superflua e innecesaria”.⁴²² Y los autores ibéricos —refiriéndose a España— agregan: (...) En la tercera conclusión del planteamiento recogido se contiene el argumento que impide suscribirlo: la institución constitucional de la inviolabilidad está prevista para algo y ese algo no es otra cosa que proteger absolutamente el funcionamiento de las Cámaras y permitir que, en sus reuniones, los parlamentarios se expresen con absoluta libertad e incluso se excedan, sin temor a que sus manifestaciones se vean sometidas a un juicio de ponderación o de la adecuación que por *definición* se mueve en terrenos resbaladizos y manipulables. Piénsese en lo que supondría para la actuación parlamentaria que todas las manifestaciones verbales de Diputados y Senadores se encontraran sometidas, por ejemplo, al complicadísimo y discutido conflicto entre el honor y la libertad de expresión. (...) En todo caso, los posibles excesos verbales de los parlamentarios se encuentran limitados por el deber de cortesía parlamentaria y

⁴²¹ Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: S. J. F. y su Gaceta. Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXX/2000. Página: 245. Materia: Constitucional. Tesis aislada. Amparo en revisión 2214/98. Ramón Sosamontes Herreramor y otro, 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

⁴²² Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p 197.

pueden ser objeto de la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la *llamada al orden*, la cual es pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución (Art. 103 del Reglamento del Congreso y Art. 101 del Reglamento del Senado.) (...) Dicha potestad disciplinaria interna complementa la renuncia del Derecho penal a intervenir en dicho ámbito.⁴²³

En suma, la C. no establece límites al contenido de las expresiones de los parlamentarios que realicen durante el ejercicio del cargo. Pero ella sí enmarca la prerrogativa al ámbito temporal y espacial del funcionamiento de las Cámaras actuando en Pleno o en Comisiones o en actos que formalmente reproduzcan el funcionamiento de esos órganos fuera de los recintos parlamentarios. Las opiniones de los parlamentarios que se den en ese contexto son el objeto de esa especial protección. De ello se sigue, además, de que debido a que no opera como causa de justificación la circunstancia de que un diputado o senador injurie o calumnie en ejercicio de sus atribuciones, sí quepa —al menos en teoría aunque difícilmente concretable— la defensa legítima en contra de esa injuria o calumnia. Más aún cuando ante ellas está la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la llamada al orden, la cual es pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución. (Más si aún así, si el senador o diputado persistiesen en su conducta ofensiva, difamatoria o calumniosa, nada empecería para que, por ejemplo, en legítima defensa se pudiese desconectarles el micrófono.) Así mismo, cabe la punibilidad del inductor y del partícipe. (Artículos 13-V-VI del CPF, 22-IV-V del CPDF y 20-III-IV del CPC.) Y, en su caso, la excusa por compensación de injurias provocadas. (Que refiere el artículo 401 del CPC.) Tales actos pues, les falta el atributo de la punibilidad, pero tampoco serían ilícitos; sino, por el contrario, típicos, antijurídicos y culpables con todas las consecuencias legales meta-penales que se pueden atribuir al autor.

E. La inmunidad parlamentaria. Ahora es preciso distinguir con claridad lo que significa una inviolabilidad (irresponsabilidad o impunidad) y a la cual se le conoce también como «fuero constitucional» de lo que implica una "inmunidad" y a la cual igual se le confunde con tal «fuero constitucional». La primera (inviolabilidad, irresponsabilidad o impunidad) es una institución penal que —como afirma Sergio García Ramírez—: *"entraña una sustracción de la conducta (toda o parte de ella) del inviolable a la ley penal misma"*. Y él agrega: (...) Por su lado, la inmunidad es cuestión eminentemente procesal, en cuanto no se exime a alguien de la ley penal, que aquí conserva toda su fuerza, sino simplemente se erige un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción".⁴²⁴ Así pues, la inmunidad es meramente un obstáculo procesal por el que se establecen determinadas condiciones extraordinarias para procesar penalmente a una persona mientras se encuentre investida de cierto cargo. El cumplimiento de esas condiciones —como lo apunta Soler—: implica "un antejuicio".⁴²⁵ Por ende, la inmunidad es sólo un impedimento temporal para que se ejerza la jurisdicción respecto de ciertos servidores públicos mientras no se den ciertos actos no jurisdiccionales, como su destitución o el desafuero mediante juicio político, o la separación de encargo a través del procedimiento de declaración de procedencia en materia penal. O bien hasta en tanto se concluya el encargo. Por lo general, la inmunidad se otorga por la C. a ciertos

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ Sergio García Ramírez, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1977, p. 91.

⁴²⁵ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*,... op. cit., T. I, p. 191.

servidores públicos de alta jerarquía. Ellos pueden cometer delitos y ser penalmente responsables. Y en tal sentido la inmunidad —como privilegio procesal— no importa una limitación al imperio de la norma penal misma con relación a esas personas. Correspondiendo su análisis más al Derecho Constitucional y Procesal que al Penal. A los efectos expuestos, es ilustrativo el siguiente criterio de la SCJN:

INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y FUERO CONSTITUCIONAL. SU APLICACIÓN CUANDO SE TRATA DE RESPONSABILIDAD PENAL Y DE RECLAMACIONES CIVILES QUE SE IMPUTAN A UN DIPUTADO FEDERAL. El artículo 61 de la Constitución Federal consagra la figura de la "inmunidad parlamentaria" como una garantía otorgada a los diputados federales y senadores, sólo por lo que hace a las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, a grado tal que nunca podrán ser reconvenidos por ellas; mientras que el diverso artículo 111 de la propia Carta Magna, contempla la institución del "fuero constitucional", bajo la denominación actual de declaración de procedencia, como una garantía de carácter procesal, otorgada a diversos funcionarios públicos expresamente enunciados, entre ellos, los diputados y senadores. De ahí que, aunque son conceptos distintos, existe la posibilidad de que en materia penal se presente la conjugación de ambas figuras, precisamente en el caso de que un diputado federal atribuyera a una persona un hecho que puede ser constitutivo de delito, supuesto en el cual para proceder contra aquél, primeramente habría necesidad de hacer la declaración de procedencia prevista en el artículo 111 constitucional y después determinar si se está o no en el caso de la inmunidad a que se refiere el artículo 61 en cita. En cambio, si la imputación de ese hecho sólo puede generar afectación en derechos de orden civil del congresista, únicamente debe atenderse a la figura de la inmunidad sustantiva y, por ende, el fuero constitucional es totalmente ajeno; conclusión que se refuerza con el contenido del octavo párrafo del mencionado artículo 111, introducido mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, sin mayor virtud que la de refrendar con ánimo clarificador lo ya dicho en el primer párrafo de ese numeral a propósito de la necesidad de declaración de procedencia en materia penal. Esto es si en el primer párrafo se estableció desde el origen de la actual Ley Fundamental, que ese requisito era necesario en materia penal, obligado era deducir que no abarcaba a la materia civil; pero conforme al octavo párrafo, del artículo 111 referido, desecha cualquier resquicio de que también rige para la materia civil, pues categóricamente y sin ambages así lo declara. En consecuencia, si la reclamación jurisdiccional que se endereza contra un diputado federal es de índole civil, exclusivamente debe ponderarse el fuero-inmunidad a que se refiere el artículo 61 constitucional, sin tomar en consideración el fuero de procedibilidad consagrado en el artículo 111 constitucional; lo que no implica que exista impedimento para demandarlo en la vía civil por actos que realice como particular, ajenos a su encargo o al quehacer parlamentario.⁴²⁶

El Título Cuarto de la C., denominado: "De las responsabilidades de los servidores públicos", es el que regula las inmunidades, al señalar quiénes están protegidos de la perseguibilidad por sus conductas probablemente delictuosas, mientras no se les separe o suspenda en el encargo. O mejor dicho, respecto de quienes previamente se debe seguir por el Congreso la destitución por juicio político o un procedimiento de declaración de procedencia en materia penal. Y sin los cuales, mientras duren en sus cargos están amparados respecto al ejercicio normal de la jurisdicción penal. Empero, la inmunidad no impide la integración de la averiguación y ni siquiera —en estricto rigor técnico— el ejercicio de la acción penal, sino que la inmunidad sólo limita el ejercicio de la jurisdicción a los efectos del proceso.

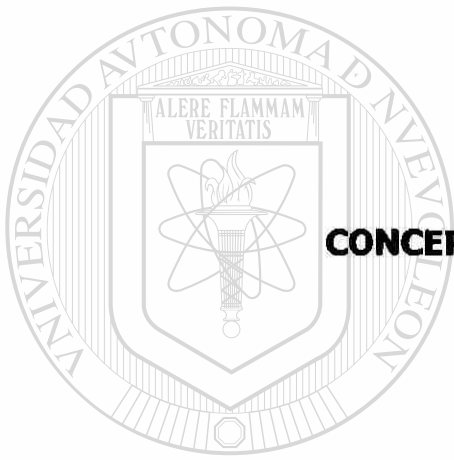
Por último, no es ocioso agregar que en México apenas se inicia la tendencia de suprimir a la inmunidad de nuestro sistema constitucional.⁴²⁷ No obstante, la supresión sin más de la inmunidad es desaconsejable en un país en transición y sin larga experiencia democrática donde todavía existe el peligro que la persecución penal se motive por fines políticos. Lo que parece deseable es un camino intermedio, es decir, que se pudiera acotar la inmunidad; el problema son los criterios que habrían de tomarse en cuenta para esa limitación. En primer lugar, en función de realmente preservar el correcto ejercicio del servicio público, ya sea del órgano colegiado o unipersonal de los tres poderes y de los organismos constitucionales autónomos, cuando se advierta que el trasfondo de la acusación es para alterar el equilibrio político en el funcionamiento de la institución. En segundo lugar, por los mismos motivos evitar que las acusaciones tengan más la intención de desprestigiar

⁴²⁶ Novena Época Instancia: Primera Sala. Fuente: S. J. F. y su Gaceta; Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: 1a. XXVII/2000. Página: 248. Materia: Constitucional, Tesis aislada. Amparo en revisión 2214/98. Ramón Sosamontes Herraramoro y otro. 24 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

⁴²⁷ En el Estado de Chiapas en el año de 2001 se reformó la C. local en ese sentido.

políticamente al partido al cual pertenece el servidor público, que el que naturalmente se da en función de la acusación penal de que es objeto la persona. A esos criterios parecería que debieran atender en un primer momento las normas que se creasen para decidir la declaratoria de procedencia penal y no emitirse sólo con relación a la suficiencia de los méritos jurídicos de la acusación en caso de dejarse al servidor público en manos de la jurisdicción. Así, el fin de la inmunidad parlamentaria no sería tan sólo la protección de los diputados o senadores y demás altos funcionarios frente a la eventual insuficiencia de una causa para ejercitar la acción penal, sino que habría de concebirse como una protección para el funcionamiento adecuado de las instituciones frente a la presunta instrumentalización política hostil de la vía penal en su contra. Los datos objetivos para decidir lo anterior pueden ser fáciles en muy pocos casos y muy difíciles en muchos otros. Un indicador objetivo sencillamente determinable sería cuando, de prosperar la declaratoria de procedencia en materia penal, la suspensión o separación del encargo del servidor implicaría la pérdida de la mayoría o un cambio sustancial en la composición política de las cámaras, tratándose del poder legislativo. Pero en los demás casos —y más aún tratándose de órgano unipersonal o de órgano autónomo—, es difícil imaginar cuáles serían los criterios objetivables lo suficientemente plausibles, para decidir la presunción de que en la acusación subyace una intención hostil de desprestigio o desequilibrio político, sino fuere con el sustento de una mera presunción indirecta de acuerdo con el análisis que concluya en la insuficiencia de méritos jurídicos de la causa con la cual se pretenda ejercitar la acción penal ante los tribunales. Quizá para esto último y para garantizar la imparcialidad jurídica y el apego a Derecho de la decisión de la Cámara de Diputados —o al menos restarle su naturaleza eminentemente política y más aún cuando su decisión es y sería inatacable—, la solución fuese que antes del voto de ella y en vez de los dictámenes de la comisión instructora, se condicione la emisión previa de dictámenes de paneles de tres o cinco miembros cuyos integrantes se insaculasen dentro de una lista de académicos y juristas distinguidos que periódicamente integrase la Suprema Corte de Justicia de la Nación con base en las propuestas de las principales escuelas de Derecho del país. Ciertamente el o los insaculados quedarían impedidos y debería hacerse nueva insaculación para suplirlos, respecto a aquellos que resultaren con ciertos obstáculos que previere la ley; y, además, tendrían el deber de excusarse de concurrir en ellos alguna causa que afectara su imparcialidad en la emisión del dictamen. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



TERCERA PARTE

**LOS LÍMITES A LA
CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO PENAL, DOGMÁTICA Y SISTEMÁTICA PENALES

— I —

El Derecho Penal y la dogmática penal

La dogmática penal se emplea para conocer de forma metódica las normas positivas penales. El objeto de la dogmática penal son las normas penales ya dadas en la ley vigente. Por esa razón ellas se consideran ya como un «dogma», es decir, como una declaración de la voluntad legal. Y, por lo tanto, con pretensión de validez general. Pero si la dogmática jurídico-penal quiere seguir una ruta democrática, tratará de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias y conocer qué es lo que la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo ajustando el entendimiento de la norma a los límites que se deriven de la C. Es decir, acotando el entendimiento de esas normas con los derechos personales, las garantías individuales y los principios que manan de la misma C. De aquí que a la dogmática jurídico-penal se le debiere conceptuar como la disciplina que interpreta, sistematiza y desarrolla las normas penales y las opiniones de la doctrina en ese campo a la luz de los mandamientos constitucionales y los límites de un estado de derecho que se deriven de aquellos.

Para ello la dogmática parte de lo que las normas tratan de solucionar y a la vez acepta el arreglo que ellas dan. Pero los remedios que brindan las normas penales pueden ser —y de hecho son— discutibles. Así el CP nos puede decir que sólo son punibles como tentativa los actos de ejecución cuyo fin sea la consumación. Pero esta solución legal es incompleta, simplemente porque no nos aclara cuáles son los actos de ejecución. Y la verdad es que los códigos penales ofrecen muy pocos datos para la solución de muchos otros problemas como aquél. La misión de la dogmática consiste aquí, como con cualquier otro problema legal, en formular teorías partiendo de las soluciones legales. Todas ellas se distinguen por su mayor o menor fuerza de convicción y por su verificabilidad; es decir, por su capacidad para comprobarse en la práctica y por la racionalidad de sus argumentos. Cierto es que esas teorías pueden sean inapropiadas para resolver el problema. Pero en cualquier caso su formulación abre ya una puerta para remediarlo; solución que tal vez podrá ser falsa, pero que, por lo menos, ya se conoce y se puede discutir científicamente. De tal suerte que si no convence por la consideración dialéctica del saber, puede ser superada o sustituida por otra.

La dogmática de la Parte general no obedece a los mismos principios que a los de la Parte especial. La Parte Especial sirve a la protección contra lesiones de ciertos bienes jurídicos y contiene normas de conducta específicas de delitos en particular que los lesionan; mientras que la Parte General se compone principalmente de reglas de validez y de imputación del delito; las que, como tales, son aplicables a todas las normas de la Parte Especial y, por supuesto, a los delitos que ella contiene y a los que se contengan en otras leyes en la medida que estas no prevean normas de aquél tipo. De aquí que con una y otra se conforman las teorías de la ley penal, del delito y de la pena. Aunque para ello juega un papel fundamental la Parte General, pues para que se pueda estimar realmente delito cualquier conducta punible de las previstas en la Parte Especial de los códigos o en otras leyes, es preciso que aquella se ajuste a las condiciones, categorías o elementos que para

tal efecto de deducen de dicha Parte General. De la teoría de la ley penal ya me ocupé en la Segunda Parte de este trabajo. Corresponde en esta Tercera Parte ver la teoría del delito. Y uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría del delito es la evolución cada vez más fina de un "sistema" del Derecho penal. Un "sistema" es —por decirlo con las conocidas formulaciones de Kant—: (...) La unidad de los diversos conocimientos bajo una idea —o un todo del conocimiento ordenado según principios—.⁴²⁸ Por lo tanto, la dogmática jurídico-penal como sistema no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales que deriva de las normas penales dadas; sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un "todo ordenado". A ello se le conoce como "sistema de la dogmática penal". De tal modo que ese "sistema" —ese todo ordenado— haga visible a la vez la interconexión de los dogmas concretos que se deriven del orden jurídico vigente que ordena. De la manera anterior se perfila la metodología tradicional de la dogmática penal en amplio sentido, cual es el ordenar los dogmas penales a partir de las normas dadas. Formular teorías con base en los dogmas. Organizar los dogmas y las teorías en un todo sistemático teórico, cuyo principal objeto de conocimiento son las parcelas del Derecho Penal. Y de donde surgen la teoría de la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena. Su fin es el de resolver los problemas prácticos que suscita el Derecho Penal con base en los dogmas ordenados según el sistema que se acoja.

Por lo pronto, cabe hacer un esbozo sobre la estructura básica de las normas penales; así como de las categorías elementales en las que actualmente se asientan los sistemas sobre la teoría del delito. A partir de ellas trazaré luego las líneas del sistema que adopto, para después desarrollar en detalle la teoría del hecho punible o teoría del delito. A tal efecto, considero pertinente delinear primero la estructura de la norma jurídico-penal. La cual ya de por sí es una tarea dogmática.

— II —

Estructura e implicaciones de la norma penal

Muchas de las pautas de la ley penal equivalen a "reglas de conducta cuya infracción amerita una pena" y la cual normalmente consiste en la privación o la afectación de la libertad de las personas. De aquí que importe elucidar la estructura y el contenido material de esas normas penales que en su conjunto son el punto de referencia del Derecho Penal para la concepción jurídica de lo que es delito. Del cual la doctrina es más o menos uniforme que es una conducta típica, antijurídica y culpable. La primera afirmación a tal efecto ha de ser que: El conjunto de normas previas de conducta en relación con la convivencia en sociedad y las consecuencias jurídicas que por su infracción se imponen con el nombre de pena o su equivalente sustancial viene a constituir lo que se conoce como **Derecho Penal Objetivo**.⁴²⁹

⁴²⁸ Cit por Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, p. 193.

⁴²⁹ Quizá en ciertas legislaciones no se reconoce de manera expresa a esas "normas jurídico-penales" aunque su existencia se deduce mediante una construcción jurídica deductiva de la Parte General de los códigos penales, principalmente de las causas que excluyen el delito. Caso en el cual no se encuentra exactamente la legislación penal mexicana, pues la fracción V de los aedos artículos 52 Del CPF y el CPDF sí alude a esas "normas" de manera expresa al ocuparse de la individualización de sanciones y disponer que el juez atenderá, entre otras circunstancias a: "las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma".

Su misión en amplio sentido es asegurar las condiciones mínimas de convivencia de las personas en sociedad para posibilitar el desarrollo de las mismas. Y su carácter más peculiar es quizá su naturaleza *contra-fáctica*. En tanto la vigencia de las normas no se altera en nada porque se cumplan los supuestos de hecho que les dan origen. Al contrario, la pena por ese cumplimiento confirma la vigencia de las normas penales. Y se dice que ello es así porque las normas penales se derivan de un sistema de *expectativas sociales*. Se espera que no se realicen las conductas que prohíben las normas penales. Y se espera igualmente que si se realiza la conducta prohibida, se reaccione con la pena que la norma prevé. Cuando la norma se infringe se origina una *frustración social* que se compensa con la satisfacción de la *expectativa*, que es el merecimiento de la pena. Así, la validez de la norma penal queda incólume.

De lo anterior se obtiene: **1)** Que la norma penal es un precepto jurídico que prohíbe ciertas conductas cuya realización conmina con penas. Y, **2)** Que la norma penal consta entonces de «un supuesto de hecho» y de «una consecuencia jurídica» como toda norma jurídica.

Mas aunque en un primer enfoque, el contenido de la norma penal no podría diferenciarse realmente en nada del resto de las normas jurídicas, pues al igual que estas, la llamada norma primaria (que se dirige a las personas)⁴³⁰ contiene por un lado el «supuesto legal del hecho» o «presupuesto» y, por el otro, la «consecuencia jurídica» que se prevé para el hipotético caso de que dicho «supuesto legal del hecho» acaezca, lo cual se le puede representar con la conocida fórmula: "Si es A, debe ser B", donde la norma no expresa un «ser» sino un «deber ser». En tanto el dador de la norma no dice: Así es de hecho. Sino que dice: Así debe ser por Derecho. Lo que en realidad distingue a la norma penal primaria son sus componentes —de carácter ontológico-valorativo y nomológico⁴³¹— por los que se vendrá a afirmar que el supuesto legal del hecho ("A") es un delito en un caso concreto que amerita como consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad ("B"). Ahora bien, para que las normas penales primarias —como reglas de conducta que se han de observar por las personas para preservar el orden externo en sociedad según valores— se puedan realmente estimar como medio de control social donde las personas son sus destinatarias, es preciso distinguir entre tales normas penales primarias y las secundarias. La norma penal secundaria se dirige al juez competente, a efecto de que previo el debido proceso penal aplique las consecuencias jurídicas que se derivan para una persona por su quebrantamiento de la norma primaria: Si es A entonces debe ser B. Mas la norma penal primaria parte del supuesto legal del hecho ("A") y se dirige a cualesquiera persona, prohibiéndole realizar ciertas conductas lesivas de bienes jurídicos bajo la conminación de punirlas si acaso las lleva a cabo. Esto se puede explicar de esa manera porque de la pena que el legislador dispone que se imponga en caso de darse el supuesto legal del hecho punible, se puede inferir que él mismo prohíbe las conductas que realicen aquel supuesto de hecho. La prohibición de las conductas descritas como delitos en la ley penal se deduce así de la conexión entre el supuesto de hecho ("A") y la consecuencia jurídica de la norma secundaria ("B"). Lo cual

⁴³⁰ Respecto de cada figura típica-penal de un delito se suele distinguir entre norma penal "secundaria" y "primaria". La norma penal "secundaria" es expresa y se dirige a los jueces: Si es A (supuesto legal de hecho) debes imponer B (la sanción que se menciona en esa figura típica.) Por su parte, la norma penal "primaria" está implícita en aquella norma secundaria y se dirige a los ciudadanos: Se te prohíben las acciones u omisiones que realices en cierto marco de prohibición, con la amenaza de sancionarte con tal o cual pena si infringes la prohibición.

⁴³¹ Empleo la expresión "nomológico" como derivación equivalente a "lo que se conoce" y no como derivación del "nominalismo" (tendencia a negar la existencia objetiva de los universales, considerándolos como meras convenciones o nombres, en oposición a realismo y a idealismo.) Sin desconocer que muchas creencias de ciertas realidades "científicas" a la postre pueden resultar falsas.

supone —dice García Rivas—: (...) una intervención reguladora del comportamiento humano que no es posterior a la realización del hecho, sino anterior, esto es, preventiva.⁴³²

Sin embargo, el escalón sistemático donde se ha de valorar la infracción de las normas penales primarias es discutido y discutible. En efecto, así como es evidente que tras el supuesto del hecho punible que la ley prevé como delito se esconde una norma que prohíbe —con la amenaza de pena— comportarse de acuerdo con el supuesto legal del hecho. Lo cual apareja que la norma penal primaria de carácter penal siempre supone una prohibición de conductas. Y lo cual apareja igualmente deducir que dicha prohibición penal de conductas encierra a su vez un juicio previo del legislador. Juicio que se emite acerca del carácter socialmente desvalioso de la conducta que realiza el hecho descrito en el supuesto legal lesionando bienes jurídicos sin causa que lo justifique. También se ha deducido que dichas normas prohibitivas se desdoblan en dos clases: Las normas de valoración o de determinación⁴³³ y las normas de motivación. Las normas de valoración de conductas valen para todos, Y disponen que todo comportamiento deba ajustarse a Derecho. Las destinatarias de la normas de determinación-valoración son todas las personas por igual. Menores o mayores de edad penal, imputables o inimputables. Mientras que las destinatarias de las normas de motivación sólo son las personas que al realizar su conducta se encuentren en un contexto de comunicación con la norma prohibitiva que se proyecta en el tipo, pues sólo así les sería posible ajustarse a ellas.

Con base en ello se sostiene que la contrariedad de la conducta con la primera clase de normas (de "determinación-valoración") correspondería examinarla en el nivel de la antijuridicidad. Mientras que la infracción de la segunda clase (de "motivación") se examina en el de la culpabilidad. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Se puede realmente hablar de que se "infringe" una norma (en este caso de determinación-valoración) porque se da una acción socialmente desvaliosa —y sin causa que la justifique— que lesiona o coloca en peligro de lesionar bienes jurídicos, sin atender a las circunstancias de comunicación de esa norma con su destinatario, esto es, con quien realizó la acción desvaliosa? Lo dudo mucho. Porque al menos desde la perspectiva de comunicación de las normas motivadoras de conducta —cuyas destinatarias son las personas que las han de observar— no se puede sostener que el sujeto las "infrinja" por el solo hecho de que con su conducta se ajuste sin causa justificada al supuesto de hecho que motiva una pena; porque ello sólo puede responderse afirmativamente si hubo un contexto de comunicación de la norma con su destinatario. Esto es, sólo cuando la persona —que en el caso concreto realizó el supuesto legal de hecho— podía motivarse de acuerdo con la norma porque conocía la prohibición o estuvo razonablemente en posibilidad de conocerla y de observarla. Pero en tal evento, de lo que en realidad se está hablando es de una "infracción" a la norma de "motivación" y no de que el sujeto que actúa en tal contexto "infrinja" la norma de "determinación-valoración". La cual en realidad —y más propiamente— viene a referirse a un imperativo legal de valoración objetiva de la acción que ha determinarse conforme a la norma. De tal guisa que se afirma que hay contradicción de la conducta con la norma de determinación-valoración cuando se da la desvaloración del hecho porque

⁴³² Nicolás García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996, p. 19.

⁴³³ Las normas de valoración y de determinación —como figuras jurídico-ideales— que subyacen en las normas prohibitivas de los tipos penales, se emplean en la doctrina como pautas para decidir la contrariedad de la conducta con el Derecho. Es decir, para decidir la antijuridicidad de la misma. Sin embargo, aunque las normas de "valoración" se utilizan con relación a los tipos penales de simple conducta y las de "determinación" respecto a los tipos penales de resultado, en realidad una y otra tienen la misma función antedicha: auxiliar a decidir el carácter antijurídico de la conducta. Su esencia es pues la misma en tal sentido. Por lo que en adelante me referiré simplemente a normas de "valoración" de manera indistinta para aludir a las dos clases de normas.

objetivamente se actúa contra Derecho en el caso concreto lesionando bienes jurídicos. Y cuya ponderación jurídica vale para todos —y con independencia del contexto de comunicación de la norma motivadora con algún destinatario concreto—. La norma de determinación-valoración es pues en realidad un conjunto de principios jurídicos que permiten la evaluación objetiva de una conducta como contraria a Derecho. Y los que a la vez se deciden de esa manera —en materia penal— cuando una persona se ajusta al supuesto de hecho punible lesionando bienes jurídicos sin causa que la justifique. De aquí que en realidad se pueda sostener que la conducta es antijurídica cuando haya disonancia entre ella y la norma de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva del tipo, pero sin que necesariamente aquella haya infringido —al menos subjetivamente— la norma de motivación de la misma norma prohibitiva.

El carácter imperativo de las normas penales —como reglas de conductas dirigidas a los ciudadanos—: conlleva pues un destinatario capaz de cumplir el mandato ínsito en la norma prohibitiva que aquél conoce o está razonablemente en condiciones de conocer (valoración subjetiva de la norma de motivación.) De tal suerte que sólo si en el caso concreto se da un contexto de comunicación entre aquél y la norma penal prohibitiva, se puede hablar de que aquél la pueda realmente “infringir”.

Lo cual no se puede afirmar en muchos casos en los que ya hay un “injusto” (*desvalor social de una conducta concreta que se ajusta al supuesto legal del hecho sin causa que la justifique.*) (Y por el cual a veces se estima que hay “infracción” (sic) a la norma de determinación-valoración), cuando a lo más se puede hablar de que hay una “contrariedad” de la conducta con dicha norma.

Tan es verdad lo anterior, que se dice sin tapujo que una conducta puede ser antijurídica sin ser culpable. Así, se sostiene que actúa antijurídicamente el inimputable que mata a otro sin causa de justificación. Lo cual es correcto. Pero no lo es, que por ello ya se pueda afirmar que la persona “infringió” la norma de determinación-valoración insita en la norma de prohibición. ¿Pues cómo podría el inimputable —como destinatario de la norma— infringir la norma prohibitiva al realizar el acto en la condición de incapacidad de comprender la misma norma o de decidirse de acuerdo con esa comprensión, en tanto la infracción de esta clase de normas sólo tiene sentido en un contexto de comunicación con los destinatarios de las mismas? La conducta antijurídica no es pues necesariamente una conducta subjetivamente antinormativa en aquel sentido. Por lo tanto:

Desde la perspectiva de la infracción al carácter prohibitivo de las normas penales —lo cual apareja necesariamente un contexto de comunicación de aquellas con su destinatario— carece de sentido decir que la conducta antijurídica encierra en su realización una “infracción” normativa. Y en tal aspecto es difícil aceptar que el ciudadano “infrinja” la norma de “determinación-valoración” sólo porque realiza la conducta desvaliosa que capta el supuesto legal del hecho, lesionando el bien jurídico que el tipo penal implica. Lo que la persona hace en esos casos es realizar una conducta que se valora como contraria a Derecho por oponerse a la norma de valoración-determinación, mas sin que todavía se puede afirmar que con ella se infringe la norma de motivación que encierra la norma prohibitiva penal.

Más por otra parte, si en un contexto de comunicación con la norma no se debe hablar en sentido estricto de una “infracción” a la norma de valoración o determinación sino solo de “infracción” a la *norma de motivación* — y cuyo desacato toca examinar en la culpabilidad del autor—. Tampoco se puede negar que en todos los supuestos legales de hechos punibles sí se hallan ínsitas otras condiciones para que pueda hablarse de que se realizó un injusto que como tal contradice la norma de determinación insita en la norma prohibitiva. Esas condiciones son dos: **La primera:** El conocimiento y la voluntad —del destinatario de la norma— de realizar la conducta que describe el supuesto de hecho con inclusión de las circunstancias lesivas de bienes jurídicos por las que se indica la existencia del injusto. Si ello no fuere así, esto es, si en el caso concreto la persona al

actuar careciere de la voluntad de realizar el hecho o desconociere las circunstancias en las que lo realiza, aquella de antemano no podría ya estar en un contexto de comunicación con la norma de motivación: para que así pudiera infringirla al realizar la conducta prohibida. **La segunda:** Que el supuesto legal del hecho por el cual se prohíbe la conducta siempre supone un juicio del desvalor social de la misma. El cual no se agota sólo porque la persona realice el supuesto legal que describe el hecho punible y que involucra la lesión a uno o más bienes jurídicos; sino cuando, además, en el caso concreto no concorra causa legal que justifique la conducta lesiva. A lo cual se le llama "injusto" por la doctrina. Mas si esto es así, entonces por "supuesto legal del hecho" se está entendiendo el «ámbito total de prohibición» delimitado por el legislador. Lo cual permite hablar de un "tipo global". Y el que se integra con dos componentes: **1)** Con la conducta que realiza el tipo penal (supuesto legal del hecho en sentido estricto.) Y, además: **2)** Con la ausencia de las causas de justificación. Y, ciertamente, carece por igual de sentido afirmar que la prohibición legal de matar a otro alcanza a todos los casos en que alguien prive de la vida a otra persona. Porque esa afirmación contrastaría con los eventos en los que la misma ley permite la acción de matar. En legítima defensa por ejemplo. De aquí que también de ello se derive —como ya se dijo— que el tipo penal global no se agota con el mero supuesto legal del hecho punible donde se prevé la acción que ataca uno o más bienes jurídicos, sino que él comprende, además, la no-concurrencia de las causas de justificación. Punto que sirve de apoyo a la teoría de los elementos negativos del tipo, los que se basarían, precisamente, en la no-concurrencia de causas de justificación. Así, los elementos que constituyan el supuesto legal del hecho serían los elementos de índole positiva del tipo penal. Mientras que los de carácter negativo del mismo se integrarían por las exigencias de la no-concurrencia de causas de justificación. Las consecuencias metodológicas de tal postura son importantes, porque para ella, por ejemplo, los errores de prohibición serían errores de tipo y, por lo tanto, aquellos merecerían el mismo tratamiento que a estos se les da. Sin embargo, también por razones metodológicas, además de otras consecuencias indeseables, no parece ser que la teoría de los elementos negativos del injusto sea el mejor camino para examinar la existencia del delito. Como se verá luego en los capítulos subsecuentes.⁴³⁴ Por lo pronto, de todo lo dicho cabe destacar lo siguiente:

Primero. Que al supuesto legal del hecho punible se le podría reconocer de inmediato en ciertos preceptos de las Partes Especiales de los códigos penales. Estas Partes Especiales (ubicadas en el Libro Segundo de esos códigos) enuncian a los "delitos" en particular. Y a esos supuestos de hecho se les puede llamar «figuras típicas». ⁴³⁵ Por ejemplo: El homicidio (doloso o intencional simple) se describe como "privar de la vida a otro" en los artículos 302 del CPF y 123 del CPDF, o como "matar a otro" en el artículo 329 del CPC. Y a él se le adscribe en esos códigos cierta punibilidad de prisión: De doce a veinticuatro años en el artículo 307 del CPF, de ocho a veinte años en el artículo 123 del CPDF y de siete a dieciséis años en el artículo 334 del CPC. El presupuesto de hecho de las normas penales citadas —privar de la vida a otro o matar a otro— aparecería ya entonces como completo. Tan el de la norma primaria, por el supuesto de hecho "matar a otro" que se conmina

⁴³⁴ Ver CAPÍTULOS OCTAVO número III y CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO, número VII, apartado F-7.

⁴³⁵ El nombre de "figuras típicas" lo adopta expresamente el artículo 19 del CPC, que dice: "Es figura típica, el supuesto legal en el que se contempla la conducta punible del o los autores materiales de un delito en particular, consumado o en grado de tentativa; aunada a los elementos materiales o descriptivos y, en su caso; subjetivos específicos y/o normativos que se describan o impliquen en aquélla".

con pena; como el de la norma secundaria, por la consecuencia jurídica de cierta punibilidad que el juez debe imponer si constata que en el mundo de relación se dio aquél supuesto de hecho.

Segundo. Sin embargo, el presupuesto de hecho de la norma penal primaria está aún trunco en realidad. Y ello obedece a dos razones. Primera: Porque el presupuesto de hecho de la norma penal también apareja que la persona tenga la voluntad de realizar el hecho que conoce. De otra manera carecería de sentido el carácter preceptivo y motivador de las normas prohibitivas, en cuanto a la posibilidad de que la persona esté en un contexto de comunicación con la norma prohibitiva que debe acatar, lo cual, sin embargo, es parte del sustento para afirmar la culpabilidad del autor. Esto es, del juicio de reproche que se le hace por "infringir" la norma de motivación. La segunda: Porque, además de lo anterior, el legislador «completa» a las *figuras típicas* con otras disposiciones de la Parte General de aquellos códigos penales. (Libro Primero.) De ordinario, la unión de cada figura típica con las disposiciones conducentes de la Parte General integra lo que la doctrina conoce como "*tipo penal sistemático*". Y el cual se emplea como un esquema ideal en el plano dogmático. Mismo que entra en función con relación a los supuestos de hecho que se contienen en las figuras típicas de los delitos en particular para así darles su verdadero aforo material.

Tercero. De esa manera, para formar "*sistemáticamente*" el esquema ideal del "*tipo penal*" o el llamado "*tipo penal sistemático*" se observa lo siguiente: **1)** Que los supuestos legales de hecho de la Parte Especial —*figuras típicas*— implican la lesión de ciertos bienes jurídicos, en tanto aquellos se diseñan para prevenir su lesión. Lo cual se manifiesta en la ordenación legal de las figuras típicas en la misma Parte Especial. Y lo cual ahora se declara de manera expresa en los artículos 4 del CPDF y 41 del CPC. **2)** Que a la vez, aquellas figuras típicas se enlazan con los propios supuestos legales del carácter doloso o culposo de la conducta prohibida penalmente. Mismos caracteres del dolo o de la culpa que prevé la Parte General de los códigos penales. (Artículos 8°, 9° y 60 del CPF, 18 y 76 a 77 del CPDF y 16 a 18 y 24 a 27 del CPC.) De tal manera que la conducta que realiza el supuesto legal de hecho solo puede estimarse punible si aquella es dolosa. O bien es culposa —y sólo si acaso la ley admite la forma culposa para aquél supuesto de hecho—. **3)** De igual modo, que a aquellos supuestos legales de hecho —*figuras típicas*— de la Parte Especial se les vincula con los preceptos que amplían las formas en que se interviene en el supuesto del hecho delictivo. Y cuyos supuestos de hecho son distintos a la conducta del autor que se describe o implica en el mismo supuesto legal de hecho del "delito" en particular. La razón es captar conductas diferentes a la del autor material —de ordinario implícito en la figura típica— y que han de ser punibles en virtud de cierto aporte que dan para la realización de la misma figura típica. (Artículos 13 del CPF, 22 del CPDF y 20 a 23 del CPC.) **4)** Asimismo, que a esas figuras típicas se les enlaza con otras normas de la Parte General para configurar un "delito" diferente, como ocurre con la norma de la tentativa. (Artículos 12 y 63 del CPF, 20, 21 y 78 del CPDF y 38 a 40 del CPC.) **5)** Todo ello sin contar, además, con los supuestos legales que agravan o atenúan penalmente al que contiene la figura típica de ciertos delitos o la convierten en un tipo autónomo bien sea complementado —agravado— o bien sea privilegiado —atenuado—.

Todos estos supuestos vienen a conformar al presupuesto de hecho de la norma primaria y al cual se le denomina *tipo penal sistemático*. A efecto de que éste sirva de coto y a la vez de guía para saber cuáles son los elementos típicos de cada delito; es decir, cuál es su *tipo penal*.⁴³⁶

Cuarto. Mas aún así, para que en realidad puedan ser punibles aquellas conductas descritas en la Parte Especial —y ya completadas con las previsiones de la Parte General y, en su caso, de la misma Parte Especial—, el legislador les señala otras condiciones adicionales en la misma Parte General de los códigos penales. (Libro Primero.). Las cuales confirman por un lado la existencia de un juicio legal del desvalor social objetivo del hecho y, por el otro, la infracción de una norma de *motivación*. Si faltan esas condiciones adicionales la conducta no será punible y, por ende, faltará el delito. En efecto, esas condiciones adicionales de punibilidad, que se contienen en la Parte General, se expresan de ordinario de manera negativa por el legislador; esto es, el legislador renuncia a prever sus requisitos positivos y en vez de ellos enuncia las circunstancias que impiden su configuración, a través de consignar las causas de justificación e inculpabilidad que excluyen el delito —fracciones III a X del artículo 15 del CPF, III a IX del artículo 29 del CPDF y artículos 10, 14, 42, 44 y 51 del CPC—.⁴³⁷

Quinto. Que de la interpretación en sentido contrario de esas causas excluyentes de delito se deducen las condiciones positivas de punibilidad y las cuales también formulan expresamente los CPDF y el CPC en menor o mayor medida y de las cuales se obtiene el aforo regulativo de esas condiciones de punibilidad de la conducta típica penal, como son la necesaria *antijuridicidad* del hecho y la *culpabilidad* del sujeto. Ratificándose así, por una parte, la existencia del "injusto" —que apareja un *juicio de desvalor acerca de la conducta típica en sentido estricto que contraría al Derecho*— y por la otra, de la "culpabilidad" —en virtud de la *infracción de aquellas conductas a la norma de motivación que implica la norma penal prohibitiva*. Y mejor aún, obteniéndose el posible sustrato material de las mismas.

Sexto. En efecto, el presupuesto legal de hecho de la norma primaria penal encierra, además, un juicio "provisional" de desvalor acerca de la conducta descrita en el supuesto legal del hecho punible —tipo penal (en sentido estricto)— dado que aquella lesiona o pone en peligro de lesión al bien jurídico que la figura típica protege. Juicio que se afirma definitivamente si acaso no concurre causa legal que la justifique —tipo global—. Del cual se deriva el concepto de "injusto". Y el cual apareja un *juicio del desvalor social de la conducta penalmente prohibida en el supuesto legal del hecho que realiza una persona contra Derecho por falta de causa que justifique aquella conducta (antijuridicidad)*.

⁴³⁶ Los elementos del tipo penal "sistemático" se mencionan en el artículo 16 del CPC de la manera siguiente: "El tipo penal de un delito se actualiza cuando se reúnen los elementos siguientes: A. ELEMENTOS PERMANENTES: I. FORMA DE CONDUCTA. La acción u omisión que se describe o implique en la figura típica; ya sea que el delito se consuma o, si la figura típica lo admite, quede en grado de tentativa. II. FORMA(S) DE INTERVENCIÓN. La o las formas de intervención del sujeto según el artículo 20. III. DOLO O CULPA. El dolo o culpa según corresponda. IV. OBJETO MATERIAL. El sujeto o cosa sobre los que recae la conducta; o hacia los que ésta se dirige. V. DAÑO O PELIGRO. El daño o, en su caso, el peligro a que se expone a un bien jurídico, atribuibles a la acción u omisión. B. ELEMENTOS CONTINGENTES: I. ELEMENTOS DE LA FIGURA TÍPICA. Además, según lo contemple la figura típica en particular, existan: 1) Las calidades del sujeto activo y/o del pasivo. 2) El resultado material y su nexo causal; y, en su caso, su imputación objetiva a la acción u omisión. 3) Los medios utilizados. 4) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. 5) Los elementos normativos. 6) Los elementos subjetivos específicos. 7) Las circunstancias que complementen o privilegien a la figura típica básica de un delito con relación a su penalidad; y, II. MODALIDADES A LA FIGURA TÍPICA PENAL. En su caso, las demás modalidades que al conectarse a la figura típica, aumenten o disminuyan la penalidad. En esencia, a esos mismos elementos aludió el artículo 168 del CFP hasta antes de su reforma en 1999. Por otra parte, la denominación "tipo penal sistemático" también se usa por la doctrina para encerrar en él al tipo penal de un delito y a su carácter antijurídico, identificándolo así con la expresión "injusto". Ver al respecto a Claus Roxin *Derecho Penal, Parte General...* op cit., pp. 193 y ss.

⁴³⁷ En el CPC se siguió un método distinto. Porque el CPC da los conceptos de las condiciones de punibilidad —y a las cuales también se les conoce como "elementos" del delito—. Y aseguida de cada condición o elemento —conceptuado legalmente de manera positiva—, el CPC enuncia las causas que excluyen a ese elemento y, por tanto, que excluyen el delito.

Séptimo. Que de dicha norma de prohibición asimismo se deduce la multicitada *norma de "motivación"*, cuyo fin es, precisamente, «motivar» a las personas a conducirse de acuerdo con la norma. Y la cual sólo adquiere sentido en un contexto de comunicación con el destinatario de la norma motivadora. De tal guisa que su infracción en tal contexto comunicativo sienta una de las bases de la culpabilidad. Dicho de otro modo, con el supuesto del hecho prohibido al que se le asigna pena se intenta motivar al sujeto a un comportamiento ajustado a la norma; es decir, para que la persona se abstenga de realizar el supuesto legal de hecho, respete el bien jurídico que en ella se protege y se conduzca conforme a Derecho en lo racionalmente posible. De tal guisa que si dado el contexto de comunicación entre la norma y el sujeto, éste incumple con ese *precepto de "motivación"*, optando por el comportamiento prohibido en aquél, no obstante que podía actuar de otro modo, se genera un *juicio de desaprobación —reproche— que se hace al autor de ese hecho (culpabilidad).*

Octavo. Que mientras que «al juicio de desvalor sobre el hecho concreto» se le llama "injusto"; al «juicio de desaprobación o reproche a la conducta del sujeto que infringe la norma prohibitiva» se le llama "culpabilidad". Esas distinciones tienen a su vez valor sistemático y práctico importante. Sistemáticamente indican otras condiciones adicionales para la punibilidad del hecho cuyo supuesto se contiene en la ley como delitos en particular de la Parte Especial o en otras leyes. Este supuesto legal de hecho es el criterio rector del tipo penal en sentido estricto. Las condiciones adicionales son el injusto y la culpabilidad. En el supuesto legal del hecho punible, se comprende así el estudio sistemático de: La acción u omisión junto con el conocimiento y la voluntad del hecho o el descuido en su realización, la lesión o puesta en peligro al bien o bienes jurídicos protegidos, en su caso —según lo exija el supuesto legal de hecho de la figura típica— el resultado y su relación causal con la conducta que sea penalmente imputable en el ámbito objetivo, los medios, los modos y las circunstancias en que se realiza la conducta y de aquellos que eventualmente agravan o atenúan la punibilidad. En suma, todo lo que permita valorar al supuesto legal de hecho que da pie al tipo penal en sentido estricto. Como a su vez, en el injusto se estudia, además de la realización del tipo, la ausencia de causas legales que justifiquen la conducta. O expresado en un sentido positivo y más amplio, en la antijuridicidad se analiza por un lado la lesión jurídica y, por el otro la ofensa al Derecho como un todo, por parte de la conducta típico-penal. En la «culpabilidad» o en la desaprobación a la conducta del autor por su infracción a la norma penal prohibitiva —motivadora— se incluye a las facultades psíquicas de ese autor, el contexto que tuvo para conocer la ilicitud penal del hecho y sus motivaciones, así como todos los demás datos que permitan hacerle responsable del hecho delictivo y, por tanto, merecedor de pena. La distinción entre injusto y culpabilidad también permite atribuir medidas de seguridad a quienes realicen un injusto penal sin culpabilidad, si es que, además, se reúnen otras condiciones, tales como la necesidad de la medida porque el sujeto padezca enfermedad mental permanente que —aunque lo hizo incapaz de culpabilidad— sí influyó para la realización del injusto y los cuales, asimismo, indiquen la razonable probabilidad de que el sujeto realice otro injusto —peligrosidad— lo cual amerita alguna medida curativa. Y con lo que también se afirma la existencia de un sistema de Derecho Penal "vicarial". Esto es, de penas y de medidas de seguridad. De todo ello se colige entonces, que los supuestos de hecho que se hallan en las normas penales de los llamados "delitos" en particular —figuras típicas— son insuficientes en realidad para explicar el concepto jurídico de lo que es delito.

En tanto aquellos supuestos se completan necesariamente con los supuestos de la Parte General. Igualmente, que sólo podrá ser delito la conducta que reúna las condiciones siguientes: **1)** Que la persona se ajuste con conocimiento y voluntad al supuesto del hecho punible que el legislador prevé o realice la acción descuidada concretando el mismo: Lo que se conoce como adecuación típica (en sentido estricto.) Además: **2)** Que esa adecuación suponga un injusto —al devenir jurídica y socialmente desvaliosa la conducta que actualizó el supuesto legal del hecho sin concurrir causa que la justifique—. Y, asimismo: **3)** Que tal conducta infrinja la norma prohibitiva —de motivación—, no obstante que el sujeto podía actuar conforme a Derecho, fijándose así la primera pauta para la culpabilidad. Esto es, para afirmar que hay delito habrá que examinar si dado el supuesto legal del hecho prohibido con conocimiento y voluntad o bien con culpa en los delitos que permita la ley, realmente la conducta fue desvaliosa por afectar bienes jurídicos sin causa que la justificase y, además, que con ella la persona quebrantó imputablemente la norma de motivación sin mediar causa de inexigibilidad.

En suma: El legislador especifica los supuestos punibles de ciertos hechos prohibidos que atacan determinados bienes jurídicos a través de acuñarlos previamente en la ley penal. Los que la doctrina llama tipos penales. Pero aunque los tipos penales representan un papel fundamental —no sólo para la estructura dogmática del delito mismo, sino, además, para el respeto al principio de legalidad—, ellos no agotan la concepción jurídica del delito. Pues hay otras condiciones normativas del hecho punible —*injusto y culpabilidad*— que el legislador inserta de ordinario de una manera negativa: En tanto él señala los supuestos que excluyen el delito por falta de esas restantes condiciones o elementos del delito. Por lo que de esas excluyentes de delito se deducen en sentido contrario las demás condiciones de punibilidad de los hechos que el legislador plasma como delitos. La conducta, pues, además de ser típica, ha de ser antijurídica y culpable.

No es ocioso señalar que es cierto que en esas causas excluyentes de delito la ley penal no hace referencia a los tipos penales de los delitos en particular, sino que los supuestos que contienen aquellas causas excluyentes solo prevén ciertas condiciones por las que el delito se excluye. Pero también es verdad, que esas causas excluyentes de delito sólo tienen sentido si se les relaciona con los supuestos de hecho que se contienen en los tipos penales de los delitos en particular. De tal suerte que aquellas causas complementan a esos supuestos de tal modo que vienen a integrar lo que es un delito en particular. Por ejemplo: el supuesto de hecho de la norma penal del homicidio, relacionado con el supuesto de la legítima defensa y las demás causas que justifican la conducta o la tornan inculpaible, no consiste nada más en que comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro. Sino sólo y nada más cometerá tal delito, quien con conocimiento y voluntad mata a otro sin obrar en defensa legítima, ni le ampare otra causa de justificación, actuando en un contexto de comunicación con la norma penal prohibitiva y sin que haya circunstancias que hagan racionalmente inexigible que se conduzca conforme a Derecho ni le excluyan de responsabilidad. En tal virtud, si bien es cierto que esas causas que excluyen el delito no son “normas penales” en el sentido antes dicho; también es verdad que ellas completan al supuesto del hecho punible. Y lo llenan de tal forma que la contrariedad o la infracción a la norma penal no se actualizan cuando concurren esas causas excluyentes de delito. Y ello es así, simplemente porque aquellas causas excluyentes impiden la consecuencia jurídica del mismo, cual es la pena. Además, la función de esas causas de exclusión del delito es la de servir de hilo conductor para deducir el aforo material regulativo que ha de tener el juicio de desvalor de la conducta y la norma de “motivación” que se derivan de las leyes penales. Esto es, las condiciones para que exista la antijuridicidad de la conducta que la ley sanciona con pena, así como la culpabilidad del sujeto por su conducta en ese hecho.

Categorías básicas de la dogmática penal en cuanto a la teoría del delito

En la moderna dogmática del Derecho penal existe el acuerdo de que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica y culpable. Estos presupuestos de punibilidad ya se perfilaron de por sí en el somero y apretado análisis dogmático de la estructura de las normas penales que se hizo en el párrafo anterior. Esto es, de la visión de las normas penales como normas prohibitivas de conducta cuya contrariedad e infracción se conmina penalmente en la ley, así como de su conformación en los CP, se puede deducir que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, toda conducta punible al menos presenta los siguientes elementos: ser típica, antijurídica y culpable. Aunque a ellos se les puede añadir —sólo en ciertos y reducidos casos— otros presupuestos de punibilidad. Las citadas categorías básicas—acción típica, antijurídica y culpable— le dan ya a la dogmática penal cierto grado de orden y de principios comunes. Más lo que en realidad se discute es el contenido conceptual de ellas y la interrelación entre esas categorías. Y es que, según los distintos puntos de vista de los que se parta, cada una de esas categorías se presenta con un aspecto diferente. Por lo pronto explico la idea básica de estos conceptos:

1. Acción. En primer lugar ha de concurrir una "acción". Conforme a la opinión más extendida, la acción es un comportamiento humano —significativo en el mundo exterior—. A lo que habrá de agregar que aquel sea al menos dominable por la voluntad. Por tanto, son ajenos al sentido jurídico de acción los efectos que se den por fuerzas naturales o por animales, como también lo son los actos de las personas morales. Tampoco son acciones los meros pensamientos y actitudes internas; ni los sucesos del mundo exterior no dominables por la voluntad de las personas de las que aparentemente surgen o fungen como causa. Por ejemplo: los movimientos reflejos o los ataques convulsivos.

2. Tipicidad. La acción ha de ser típica. Esto es, aquella ha de coincidir con el supuesto legal de hecho de un delito. De los que las más importantes están en la Parte Especial de los CP —figuras típicas—. Por ejemplo: si alguien se "apodera de una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela sin derecho, realiza el tipo de robo. La estricta vinculación de la conducta al tipo penal es una consecuencia de la garantía de legalidad. Por ende, no es posible derivar acciones punibles sin un tipo legal que previamente contemple la conducta y la pena, contra lo que sí se permite para algunas consecuencias jurídicas civiles.

3. Antijuridicidad. La acción típica ha de ser antijurídica. Toda vez que aquella se desvalora como contraria a Derecho. Por regla general la conducta será antijurídica cuando ella sea típica. Pues el legislador sólo incorpora una acción a un tipo cuando a la misma usualmente se le deba prohibir porque motive la lesión de un bien jurídico. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no será antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Con inclusión del propio CP. Así pues, aunque toda causa de justificación halla su fuente en la ley penal, ésta permite reenviar algunas justificantes a otras materias del Derecho que les sirven de complemento material. Por ejemplo: si un actuario en cumplimiento de una orden judicial entra con el auxilio

de la fuerza en la casa del deudor se actualizará la figura típica de allanamiento de morada. Mas la conducta no será antijurídica ni se dará el injusto, si el allanamiento se justifica por las facultades del deber de ejecución, mismas que no se deciden por la ley penal, sino por las leyes que regulan esas facultades de ejecución. Pero así como el aforo regulativo de la causa de justificación puede en realidad provenir del resto del ordenamiento jurídico, aquella también puede ser oriunda del mismo CP. Así sucede con el derecho a la legítima defensa al igual que con el estado de necesidad justificante. Ante una acción típica y antijurídica se habla de "injusto" penal, que comprende las tres primeras categorías. El "injusto" penal supone, pues, la realización de una concreta conducta penalmente prohibida que es contra Derecho; es decir: una conducta que es penalmente típica y antijurídica.

4. Culpabilidad. Por último, la acción típica y antijurídica —el injusto—: ha de ser culpable. Es decir, se ha de poder hacer responsable al autor del injusto. O a aquél se le ha de poder "reprochar" la conducta por la que realizó el injusto —como se dice usualmente—. Por ello, la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, al igual que la ausencia de causas de exculpación —como las que suponen el error de prohibición invencible o el estado de necesidad disculpante— son presupuestos de la culpabilidad. La diferencia principal entre la falta de antijuridicidad y la falta de culpabilidad consiste en que la conducta justificada se reconoce dentro del Derecho por el legislador; por ende, ella está permitida y se le debe soportar por todos. Mientras que una conducta que se exculpa no se le aprueba y sigue estando prohibida, sino únicamente no se le castiga; mas por regla general no tiene porque tolerarla quien sea víctima de la conducta antijurídica.

Cierto sector de la doctrina también habla de otros presupuestos de punibilidad. Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible, pero en algunos casos concretos se han de añadir otros presupuestos para que la conducta sea punible. Se trata de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Por ejemplo: La garantía de inviolabilidad en caso de injurias parlamentarias. Pues la indemnidad parlamentaria no modifica en nada el hecho de que las injurias sean típicas, antijurídicas y culpables. Aunque a ellas no se les puede punir. Como asimismo entran aquellas otras causas que operan como excusas absolutorias, donde aún cuando la conducta que realiza el injusto es culpable, falta la necesidad social de la pena por estimarse irracional su imposición en el caso concreto.

—IV—

Un esbozo de las modernas teorías del delito

A las categorías básicas de la estructura del delito —acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— también se les llama "elementos", "categorías", "peldaños", "escalones" o "niveles" del delito. En México se les conoce más como "elementos" del delito. Esas categorías se desarrollaron poco a poco por la ciencia penal en un proceso de discusión de décadas en cuanto atañe a la moderna teoría del delito. Los logros principales y los que dominan actualmente la discusión se dieron principalmente en Alemania durante el siglo XX. Pero hay que ser conscientes de que los proyectos de sistematización pueden ser muy diversos, aunque hay cinco visiones sistemáticas de la teoría del delito especialmente importantes. Mismas que ha influido, actúan y pueden terciar en el entendimiento del delito en el Derecho Penal Mexicano. Esos proyectos sistemáticos son: A. El sistema

causal-psicologista (sistema clásico.) B. El sistema causal-normativista (sistema neo-clásico.) C. El sistema finalista. D. El sistema funcionalista. Y, E. El sistema reductor orientado a un estado de derecho.

A. El sistema causal-psicológico de Liszt y Beling (sistema clásico.) Él se convirtió en dominante en Europa a principios de siglo XX y todavía es influyente en muchos aspectos. Especialmente en México, cuyas categorías básicas siguen teniendo vigencia en la interpretación de algunos códigos estatales. El sistema causal-psicologista se basó en que injusto y culpabilidad son, respectivamente, la parte externa y la interna del delito. En consecuencia, todos los requisitos objetivos —materiales y normativos— del hecho punible pertenecían, respectivamente, al tipo y a la antijuridicidad; mientras que la culpabilidad se concebía como compendio de todos los elementos subjetivos del delito (el denominado concepto psicológico de culpabilidad.) Por consiguiente, desde la perspectiva de esa teoría sistemática, el dolo y la culpa se estimaban como formas psicológicas de la culpabilidad —con los cuales se agotaba la misma culpabilidad—. En estas últimas líneas de pensamiento —y de acuerdo con las normas penales vigentes en su época— se inscribieron en su tiempo ilustres penalistas mexicanos respecto al CPF, como Raúl F. Cárdenas.⁴³⁸

B. El sistema causal-normativo de Mezger (sistema neo-clásico.) La decadencia de la teoría causal-psicológica del delito, especialmente clara y sencilla, se inició por el desarrollo del sistema causal-normativo. El motivo de la reestructuración del concepto de delito radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente materiales y normativos y que, a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Así, por ejemplo, el tipo del robo requiere algo más que el apoderamiento —material— de una cosa mueble ajena. Ya que el apoderamiento de la cosa es por regla general irrelevante sin el elemento interno del ánimo de apropiación. Y sin éste ánimo no se puede abarcar adecuadamente el modelo típico del hecho del robo y el injusto del mismo. Lo mismo sucede con las injurias y con ciertos tipos penales de atentados al pudor, entre otros. Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Mas por otra parte, también se puede afirmar que la culpabilidad no tiene solo elementos subjetivos, sino, además, normativos. Como sucede con el estado de necesidad disculpante del actual CPC. Ya que en él difícilmente se encuentra sólo el elemento volitivo. Al igual que con la inexigibilidad de otra conducta cuya valoración es eminentemente normativa.

De ese modo, el concepto de delito denominado "causal-normativo" en México —que en el viejo continente dominó hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el Manual de Mezger—: pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva por una parte; y, por la otra, afirmar el dolo como forma de culpabilidad; pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y por ello buscar otra explicación para diferenciar el injusto y la culpabilidad. Dicha diferencia se halló en la distinta forma de valoración: Al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su dañosidad social. Y al constatar la culpabilidad se le valora desde el punto de vista de la reprochabilidad de la conducta del autor o del autor mismo. El entendimiento de la culpabilidad como "reprochabilidad" es lo que caracteriza al

⁴³⁸ Raúl F. Cárdenas, *Derecho Penal Mexicano (parte especial, delitos contra la vida y la integridad corporal)*, T I, Ed. Jus, México, DF., 1962, en especial pp. 29 a 46.

denominado concepto normativo de culpabilidad. Éste se impuso de manera extensa, y solo en los últimos tiempos está siendo sometido en Europa a modificación y ulterior desarrollo. En México, Vela Treviño fue expositor de esa postura sistemática, especialmente con su monografía *Culpabilidad e Inculpabilidad* que publicó en 1987.⁴³⁹ Aunque también otros penalistas destacados se adhirieron a ella, como sucede luego con el docto penalista Francisco Pavón Vasconcelos en las últimas ediciones de su *Derecho Penal Mexicano*.⁴⁴⁰ Y actualmente el distinguido jurista Marco Antonio Díaz de León,⁴⁴¹ aunque desde antes, hay rasgos destacados de esa tesis en Fernando Castellanos Tena, Raúl Carrancá y Trujillo (siguiéndolo después en tal aspecto el mismo Raúl Carrancá y Rivas), Ignacio Villalobos, Celestino Porte Petit, el mismo Francisco Pavón Vasconcelos y Sergio García Ramírez.⁴⁴² En suma, para el sistema neo-clásico, la culpabilidad viene a ser una conducta dolosa o culposa reprochable.

C. El sistema finalista de Welzel (sistema finalista.) La teoría final de la acción lleva a un modelo nuevamente distinto del sistema de la teoría del delito. La denominada teoría final de la acción marcó la discusión de la dogmática penal en Europa durante las dos primeras décadas después de la segunda posguerra mundial del siglo pasado —de 1950 hasta 1970—. Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la "esencia" de la acción —que determina toda la estructura sistemática de la teoría del delito— estriba en que mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de medios la persona "supradetermina de modo final" al hecho. En consecuencia, sólo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea, si mata dolosamente. De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema causal-psicologista y en el causal-normativista se había entendido como forma de culpabilidad, ahora aparece unido a la dirección causal y se considera ya un componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivización del injusto, y en cambio, para la culpabilidad una creciente desubjetivización y normativización, por lo que en esa medida el sistema finalista está diametralmente contrapuesto al causalismo.

Roxin apunta que: (...) a la doctrina finalista —que en parte se preparó e influyó por v. Weber y Graf su Dohna— se le fundó en lo esencial por Welzel. Pero también se basan en ella (con diversas variaciones) el gran Manual de Maurach, la exposición de Stratenwerth, así como numerosos escritos específicos tanto de la doctrina alemana como en la extranjera.⁴⁴³ Y el autor citado agrega: (...) La teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito. Y construir un sistema a partir de la constitución ontológica de la acción, que le viene previamente dado al legislador por las estructuras (denominadas por Welzel) lógico-reales (o lógico-objetivas); sistema que en opinión de sus defensores también debe proporcionar a la dogmática jurídicopenal perspectivas permanentes e incommovibles.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Sergio Vela Treviño, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, primera edición, Editorial Trillas, México, 1987.

⁴⁴⁰ Cifra, op. cit. *Manual...*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

⁴⁴¹ Marco Antonio Díaz De León, *Código Penal Federal (comentado)*, tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, pp. 155 a 160.

⁴⁴² Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 233 y ss. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, pp. 425 y ss. Así como del mismo autor y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, 16ª edición, Editorial Porrúa, México DF., 1991, pp. 34 a 56; Ignacio Villalobos, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 292 y ss. Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 431 y ss. Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, pp. 375 y ss. Sergio García Ramírez, *Derecho Penal*, UNAM, México, 1990, pp. 65 y ss.

⁴⁴³ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos, pp. 199 a 200.

⁴⁴⁴ Claus Roxin, op. cit., p. 201.

En México, Mariano Jiménez Huerta perfiló su postura con una visión similar a la finalista desde 1972,⁴⁴⁶ aunque él no lo señaló así específicamente. Mas primordialmente, desde la última década del siglo XX, destacan Olga Islas, Elpidio Ramírez, Rafael Márquez Piñeiro, Gustavo Malo Camacho, Arturo Villarreal Palos, Octavio Alberto Orrellana Wiarco⁴⁴⁷, Moisés Moreno Hernández y Enrique Díaz Aranda,⁴⁴⁷ quienes orientan su estudio del Derecho Penal Mexicano por senderos de orientación finalista y algunos como Díaz Aranda —en cierto sentido— también funcionalista.⁴⁴⁸ Las reformas que se hicieron al CPF desde los años 90 del siglo pasado permiten también una visión e interpretación finalista del delito. Como ahora también la admiten los nuevos CPDF y CPC, aunque, asimismo, todos aceptan ciertos enfoques funcionalistas. Mas aún así, la opinión todavía predominante en la dogmática mexicana reciente se mueve con proyectos del sistema causal-normativista —y a veces hasta psicologista— aunque empieza a cobrar fuerza relevante y casi de dominio, el punto de vista de la teoría finalista. Mientras la visión funcionalista recién arranca.

D. Los sistemas funcionales de Roxin y Jakobs (sistemas funcionalistas de prevención positiva.)

Sin embargo, aproximadamente desde 1970 se efectuaron en Alemania intentos muy discutidos de desarrollar un sistema "funcional" del Derecho penal. Los defensores de esta orientación parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no se puede vincular a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.); sino que debe guiarse por los fines del Derecho penal. Sobre esa base, se proponen diversos criterios de sistematización. De entre ellos destacan dos propuestas.

Es una la de Claus Roxin. Respecto de la cual en México parece enfocarse ahora la visión de Enrique Díaz Aranda respecto al análisis dogmático-metodológico del delito, en especial del tipo con relación a la imputación objetiva y al dolo en el mismo tipo penal.⁴⁴⁹ Aquella tesis plantea un sustento bipolar político-criminal de la teoría del delito: por una parte están las tensiones que provocan los afanes preventivos de las conminaciones penales y de la misma teoría de la pena y por el otro, se hallan los límites que se derivan de un estado de derecho, mismos que se resuelven en un proceso dialéctico. En cuanto que al sistema de la teoría del delito se le debe estructurar conforme a las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena, aunque con fuerte vinculación a ciertos principios del finalismo, en tanto unos y otros se conciben como fines del estado de derecho y sujetos a los límites que aquel impone. Es otra la de Günter Jakobs.⁴⁵⁰ Él basa la misión del sistema en hacer prevalecer la vigencia de la norma y define la idoneidad del mismo en atención a su función social intra-sistémica como derivación de los sistemas de control social. Su base, por lo tanto, es sociológica y como tal se independiza de los sistemas jurídicos concretos. En tal sentido la tesis de Jakobs se

⁴⁴⁶ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972.T. I, toda la obra.

⁴⁴⁷ Octavio Alberto Orrellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas Causafista y Finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.

⁴⁴⁸ Olga Islas González de Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández, *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pp. 65 y ss. Aunque cabe señalar que Olga Islas González de Mariscal concibió su propio modelo lógico-matemático del delito construido junto con Ramírez Hernández, dentro del cual deduce que el dolo está insito en la conducta típica. Así, ver "El dolo en el Derecho Penal" en *Jus Semper* (revista del Tribunal de Justicia del Estado) Oaxaca, México, Editado por Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, 1990, pp. 44 y ss.; Rafael Márquez Piñeiro, "La estética de la teoría finalista de la acción penal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXII, N° 183-184, mayo-agosto, México, DF., Universidad Nacional Autónoma de México, 1992 y en "La reforma del artículo noveno del Código Penal del Distrito Federal", *Ars Iuris*, N° 1, México, DF., *Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana*, 1988; Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1997, pp. 354 y ss. Arturo Villarreal Palos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994, pp. 116 y ss. Moisés Moreno Hernández, op. cit., pp. 218 y ss. Enrique Díaz Aranda, *Cuerpo del delito: Causalismo y finalismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

⁴⁴⁹ Un ejemplo claro es Enrique Díaz Aranda, *Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

⁴⁵⁰ Enrique Díaz Aranda en "Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México", Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

⁴⁵¹ Günter Jakobs, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, pp. 156 y ss.

emparenta con el carácter "neutral" que se atribuye a la Dogmática en sí. En tanto que ésta debería concretarse a examinar las normas legales vinculadas tan solo a su función en el sistema social en el que las mismas se den. El rendimiento del modelo de Jakobs se acomoda de esa manera tan a un régimen autoritario como al de un estado de derecho.

Como ya apunté, el sistema funcional que nació con Roxin propone la tesis de un moderno sistema del Derecho Penal que se estructure "teleológicamente"; es decir, atendiendo a fines valorativos del Derecho Penal que se enlacen a un estado de derecho. Así, Roxin —quien es su precursor y más preclaro exponente— dice:

(...) si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre la consecuencia (congruencia) sistemática y la construcción material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades". Y añade: (...) cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en cada caso concreto (en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley.) Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas que sean incompatibles con sus fines. Y también se excluye la posibilidad de que las soluciones se produzcan como conclusiones de necesidades sistemáticas axiológicamente ciegas; puesto que en tal caso ya no estarían cubiertas por el punto de partida sistemático. Es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en ciertos casos; pero se pueden eliminar mediante correcciones del sistema —y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo—. Como cuando se deba a disposiciones legales vinculantes: ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales. Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal solo pueden ser de tipo político-criminal: ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde ese punto de vista, las categorías básicas se presentan como instrumentos de valoración político-criminal. Por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico.⁴⁵¹

Lo que verdaderamente interesa, pues, es el ajuste de las categorías conceptuales del delito a las bases, los límites y los fines de un estado de derecho en tensión constante con las pretensiones preventivas del mismo sistema penal. En ese contexto —y por la importancia que se le dará en este trabajo— cabe ampliar la concepción funcionalista de Roxin de las categorías del delito o presupuestos de la punibilidad. La cual consiste en la siguiente que tomo y sintetizo del mismo Roxin⁴⁵²: **1) La acción.** La unidad de la acción no se define por un algo preexistente, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo: Un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como "centro espiritual de acción". Y es que —según Roxin— con independencia de la apariencia externa y de las consecuencias de la conducta humana, lo que verdaderamente importaría sería la valoración de esa conducta en el nivel de la tipicidad. Ya que antes, al valorar algo como no-acción, queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido. **2) El tipo.** El fin político-criminal de dicha conminación penal abstracta es que tiende a motivar a la persona para que omita la actuación descrita en la misma (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada.) Y de entrada en el tipo se da una doble vía en la interpretación. La primera: Todo tipo se debe interpretar según el fin preventivo de la ley (teleológicamente); es decir, de tal manera que se abarquen completamente las conductas que aquél desapruueba y, por tanto, que en ese sentido carezca de laguna el efecto motivador preventivo-general. La segunda: Una prevención general eficaz también presupone una precisión de la ley o bien, una interpretación lo más exacta y fiel a su tenor literal que sea razonable y lo permitan los límites constitucionales. Tal y como lo exige el principio *nullum crimen sine lege*. De ese modo el tipo se encuentra en tensión entre el fin de la ley y el de precisión de la ley; es decir, entre el fin de prevención del tipo y la garantía

⁴⁵¹ Claus Roxin, op. cit., pp. 217 y 218.

⁴⁵² Claus Roxin, op. cit., pp. 218 a 223.

de una ley penal "escrita" y "cierta". El ¿cómo se debe resolver el conflicto entre ambas finalidades? Es algo que ya se expuso: Los fines preventivos no pueden exceder el tenor literal que no sea absurdo. —A lo cual añadido por mi parte— ni tampoco esos fines preventivos pueden rebasar la interpretación contextual con sentido democrático de la norma típico-penal. En tanto el tenor literal y el sistema contextual democrático —en cuyos parámetros prime la C. — son límites objetivos al poder punitivo estatal que se derivan de la garantía de legalidad en su manifestación de previa ley penal "escrita" y "cierta". Aunque por otra parte, Roxin apunta que también el principio de culpabilidad ya imprime su carácter al tipo. Una función esencial de la teoría de la imputación objetiva que desarrolla el funcionalismo consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como mera consecuencia (de la que se derive un *versare in re illicita*); porque un entendimiento así infringe el principio de culpabilidad, limitándose también por esta vía el poder punitivo del estado. (Aunque también se debe reconocer que a esa conclusión también se puede llegar en gran medida por vía de la teoría del dominio de la acción que postuló el finalismo y a través de otras concepciones de un Derecho Penal reductor o democrático.)

Así pues, los criterios político-criminales rectores del tipo son los siguientes: Por una parte, la necesidad abstracta de pena en el aspecto de la prevención general —ajustada al tenor literal y —añado por mi parte— a la interpretación contextual-democrática del tipo penal. Y por la otra, los límites derivables del principio de culpabilidad. Sólo la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que hasta aquí no desempeña ningún papel. Respecto a las categorías restantes: **3) El injusto.** En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo a los criterios de permisión o prohibición. Más en este tercer "escalón del delito" se debe hablar de "injusto" y no de "antijuridicidad". Para ello se explica que así como el tipo acoge dentro de sí la acción (sólo las acciones pueden ser típicas.) A su vez, el injusto presupone acción y tipo. Sólo la acción que sea típica puede ser injusto penal. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, aunque sí lo sea de todo el ordenamiento jurídico. Pues hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales. **4) La responsabilidad.** En la categoría delictiva de la "responsabilidad" se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que realizó. El presupuesto más importante de la responsabilidad es la culpabilidad del sujeto. Pero esta no es el único presupuesto, sino que, además, debe añadirse la necesidad preventiva de punición. Por ejemplo: En el estado de necesidad disculpante el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que también puede actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente. Pero la impunidad del comportamiento en el seno de tal estado de necesidad no se fundamenta en la falta de culpabilidad; sino porque en tales situaciones extremas la pena se debe rechazar en virtud de que falta su necesidad social. Con lo que por esa razón queda excluida la responsabilidad penal. Lo mismo sucede en ciertos casos de exceso no significativo en la legítima defensa y en otros eventos marginales entre la conciencia de ilicitud y el error de prohibición. De ese modo la responsabilidad se presenta en el campo de la determinación de la punibilidad, como la realización dogmática de la teoría político criminal de los fines de la pena. Y, por regla general, como una prescripción que se dirige al juez para que imponga una sanción sólo si en el caso concreto hay una necesidad racional y preventiva de la

pena. Dentro de esta categoría la concepción básica político-criminal no se aplica al hecho (en sentido de su necesidad abstracta de pena o de su prohibición concreta), sino al delincuente, en cuanto se pregunta por la necesidad individual de la pena.

E. El sistema funcional reductor de Zaffaroni (tesis del Derecho Penal reductor.) Zaffaroni apunta que "...cualquier sistemática conceptual del delito requiere satisfacer tres condiciones: a) debe servir para su función inmediata o práctica, que es la de facilitar la decisión de las agencias jurídicas; b) debe ser valorativa, en el sentido de que los caracteres deben surgir de la determinación de los criterios para descartar los impulsos punitivos intolerables conforme a pautas claras y dadas en cierto orden de prelación, y; c) debe construirse teleológicamente, orientada a la función contenedora del poder punitivo".⁴⁸³ En la tarea sistemática valorativa Zaffaroni se orienta —en sentido análogo en el que lo hace Roxin— hacia una filtración plural de las categorías del delito. Pero a diferencia de Roxin quien se "salta" la conducta por estimarla una categoría cuyas consecuencias jurídico-penales sólo cabría aprovecharlas desde la tipicidad, Zaffaroni parte de la acción humana que por sus características y la concepción jurídica del concepto ya implique una selección donde quedan también atrás otras acciones que no hayan superado el filtro de la noción jurídica de aquella, para continuar así con las demás categorías tradicionales en las que se analiza el delito y donde en cada una se realiza una selección valorativa que no puede reiterar valoraciones ni objetos ya valorados en la perspectiva de la categoría anterior. Zaffaroni observa que este orden valorativo se impone como consecuencia de un sistema racional que facilita tanto su función inmediata o práctica como su función contenedora del poder punitivo. Y el ilustre penalista argentino enfila su sistema penal teleológico hacia el reforzamiento del estado constitucional de derecho, sin dejar de lado los efectos reales, es decir —señala el autor argentino—: "...no puede contentarse con un mero análisis deductivo sino que debe tender todos los puentes posibles a la realidad que permitan apreciar los efectos de un hipotético ejercicio de poder punitivo conforme a las particularidades del caso".⁴⁸⁴ El desafío se presenta en evitar fijar límites con base en supuestos objetivos políticos criminales sin que estos a su vez se limiten con los cercos que impone un estado de derecho y porque incluso dentro de ello es posible incurrir en excesos. Empero, este inconveniente se halla notoriamente neutralizado en la construcción de Zaffaroni, quien postula "...una apertura a la realidad, a condición de que su funcionalidad solo pueda ser reductora, en razón precisamente de la función política del derecho penal" concebido como reductor del poder punitivo.⁴⁸⁵

A diferencia de Roxin que acaba su sistema entre una armonía entre derecho penal y política criminal, conforme a la cual no habría contradicción entre ambos, contra lo que en su tiempo sostuvo Liszt, que los concebía enfrentados, Zaffaroni señala que la concepción sistémica —y no conflictivista de la sociedad— es ya un apartamiento de la realidad misma y de su valoración consecuente, porque la realidad muestra que el poder punitivo nunca tiende a autolimitarse sino a expandirse y que todo límite al poder en manos del propio limitado tiende a desaparecer. Para prevenir esto Zaffaroni lo hace de dos maneras: a) Regresa al marco de una teoría

⁴⁸³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal*,... op. cit., pp. 372 y ss.

⁴⁸⁴ *Idem.*, op. cit. p. 372.

⁴⁸⁵ *Ibidem.*, op. cit., pp. 372 y 373.

negativa de la pena para desde allí propugnar que cualquier concepto de la teoría del delito funcional debe ser necesariamente reductor de la posibilidad de ejercicio del poder punitivo, pues de lo contrario sería disfuncional y por ende estaría mal elaborado. b) Sostiene así que debe distinguirse nítidamente la teoría del delito como presupuesto que sólo habilita la responsabilidad penal o punitiva de las agencias judiciales de la pregunta acerca de la asunción de esta responsabilidad por parte de las mismas. Lo que en concepto de Zaffaroni permite sistematizar mejor los problemas y evitar que la funcionalidad constructiva de la teoría del delito termine configurando una confusión conceptual. Como en su opinión sucede con la sistemática que formula Roxin. En suma, Zaffaroni rechaza la concepción roxiniana de la imputación objetiva en el plano del tipo objetivo porque —en su opinión— su excesivo normativismo tiende a ampliar el poder punitivo, así como también objeta la última categoría del delito culpabilidad-responsabilidad, como visión conjunta por los motivos ya apuntados, para dejar a la culpabilidad en su sentido subjetivo-normativo y después ocuparse ya no de una supuesta responsabilidad del sujeto en esa categoría, sino de la responsabilidad de las agencias del estado de habilitar el ejercicio del poder punitivo de tal manera que tome en cuenta el estado y la situación de vulnerabilidad en que se haya encontrado el autor del delito al cometerlo; de tal modo que a mayor vulnerabilidad menor poder punitivo dispondrá la agencia, misma que en tal sentido será responsable para reducir la cuantía del poder punitivo que emerge del indicador de la culpabilidad de acto. De esta manera, según Zaffaroni: "La agencia es responsable por el agotamiento de este espacio de su poder que es un poder jurídico reductor del poder punitivo en virtud de la culpabilidad por vulnerabilidad. Este concepto de culpabilidad presenta varias ventajas: a) Modifica la indicación por la pura culpabilidad de acto, pero no perturba el concepto de ésta en cuanto a la función reductora que debe cumplir en la teoría del delito. b) Es inoficioso preguntarse si es culpabilidad de acto o de autor, por que sólo puede tener un efecto reductor. c) No legitima ni relegitima el ejercicio de poder punitivo, sino que, al implicar el agotamiento del espacio de poder decisorio de la agencia, legitima solo su decisión".⁴⁶⁶

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

— V —

La propuesta de un sistema dogmático de Derecho Penal democrático en México

®

El sistema causalista en sus dos versiones —psicologista (clásico) y normativista (neo-clásico) — tuvo un dominio casi absoluto en México durante gran parte del siglo XX. Aunque cabe señalar que al mismo se le deformó legislativamente desde 1931 con la presunción legal del dolo y con la fundamentación legal de la pena en la peligrosidad personal. Hasta que en tal sentido se reformó el CPF en 1984. Es con base en esas reformas principalmente y las que le siguieron hasta 1993, que la confrontación en México en la actualidad respecto al sistema dogmático del delito parece darse entre un causalismo normativista (sistema neo-clásico) y el finalismo. Mientras que en Europa los desafíos se dan entre variaciones del sistema finalista y del funcionalista; dejando atrás al causalismo en sus dos vertientes sistemáticas —a las que muchos estiman teorías ya superadas—; y de las cuales, sin embargo, se conservan premisas que hasta ahora siguen siendo válidas y las que ya se empiezan a reelaborar y resistematizar. Como lo son, por ejemplo: la propuesta de un

⁴⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal*,... op. cit., pp. 374 y ss.

sistema analítico del delito ordenado según las pautas legales y conforme a ello examinar las categorías básicas de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos del delito. Y el reconocer que en el tipo penal existen ciertos elementos subjetivos específicos. Aunque no se debe pasar por alto, que con el contenido actual de los CPF, CPDF y CPC, también es perfectamente válido y posible el planteamiento de una visión que sin desatender los logros de las anteriores posturas sistemáticas, recoja los aportes del funcionalismo moderado y de un Derecho Penal reductor para conformar un sistema dogmático del Derecho Penal mexicano orientado a los ideales de un estado de derecho que acoge nuestra C. Ahora bien, me ocuparé con más detalle de los aspectos particulares de cada sistema y su forma de conjuntarlos en lo posible con relación al Derecho Penal Mexicano al examinar cada una de esas categorías o elementos del delito en los capítulos siguientes de esta tercera parte.

Por lo pronto cabe destacar que en México no son infrecuentes diversos argumentos que se enderezan contra un sistema dogmático penal. Por una parte, existe la opinión —incluso en algunas escuelas de Derecho— de que los problemas que plantean los diversos sistemas dogmáticos del Derecho Penal son de mero carácter académico, mismos que el penalista práctico puede tranquilamente dejar de lado. Se aduce así que aquellos sistemas son simples teorías que muy poco o nada tienen que ver con la realidad, donde las cosas se resuelven de manera muy diferente. Frente a ello cabe reflexionar que si acaso así sucede realmente es porque con aquella actitud se desaprovechan las ventajas de un pensamiento dogmático-sistemático y ante la ausencia del mismo se facilitan amplios márgenes de discrecionalidad que a su vez favorecen soluciones autoritarias. Fenómeno que el maestro español Gimbernat Ordeig describe así: (...) La dogmática jurídicopenal, al señalar límites y definir conceptos, hace posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustrae de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de una dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de desarrollo de una dogmática hasta convertirse en una cuestión de lotería". [Y] cuanto menor sea el desarrollo dogmático, tanto más crece esa lotería, hasta llegar a una situación de aplicación caótica y sin rumbo de un Derecho penal autoritario...⁴⁶⁷

Por otro lado, en México se ha dado el argumento ciego y emocional de que no hay porque acudir a teorías "extranjeras", ajenas a nuestro "ser nacional", cuando podemos diseñar un sistema teórico del delito propiamente mexicano. Asimismo —se aduce— tampoco habría que introducir reformas legislativas aunque sean benéficas —si ese fuere el caso— que en otros países tomaron muchos años en depurarse y mejorarse; sino que —se sugeriría— también en ello habría que esperar a pasar los mismos trances. Sin embargo, por decir lo menos, las ponderaciones anteriores son retórica barata pero no son argumentos. Parecen obedecer más a la ignorancia y la resistencia a un cambio benéfico, que al sano espíritu de una deliberación racional para mejorar. Para empezar: ¿Cuántos sistemas teóricos del delito ha habido y hay "puramente" mexicanos? Ninguno —salvo quizá el de la teoría lógico-matemática de Olga Islas y Elpidio Ramírez— y tampoco tendría porque haberlos, dado que la racionalidad y la búsqueda de la justicia pertenecen al ser humano y ellas no son ni podrían ser patrimonio de una nación ni de un grupo de mexicanos. Por lo demás, si en otros países tardó muchos años en depurarse otro modo pero mejor de resolver los problemas, y, en muchos casos, el conseguir

⁴⁶⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Madrid, España, 1989, pp.129 y ss.

plasmarlo en la ley; sin que ese modo distinto y mejor apareje costos económicos imposibles: ¿porqué habría que esperar el mismo tiempo en México, si aquel modo diferente prueba su eficacia y es adaptable al Derecho mexicano en el marco de los ideales y los valores de un estado de derecho que acoge la C. mexicana? El no hacerlo no es más ni menos que necia obcecación, si acaso no lo fuesen la ignorancia y un inconfesable deseo autoritario o de medro de un sistema así. De ello se sigue que no solo se pueda sino que se deba abogar con énfasis en el desarrollo de una dogmática penal mexicana que aproveche los avances de la ciencia del Derecho Penal. La cual es patrimonio universal al provenir de la razón y la búsqueda de un sistema penal justo; y, sobre todo, cuando esa dogmática sea oriunda de sistemas jurídicos análogos al mexicano y que, además, se fundan en los principios de un estado de derecho. Mismos que se favorecen por la C. mexicana. Más aún, cuando la criminalidad es un problema de todas las sociedades y ello ya explica de por sí la internacionalización de la ciencia penal. Los únicos límites son, pues, los de las normas de la ley positiva y los cercos democráticos. Esto es, por un lado la referencia de la dogmática a la ley dada. Y por el otro, su acato a los derechos humanos, a la racionalidad y en general y en todo lo posible su sujeción a los ideales de un estado de derecho ínsitos en la C.

En efecto, hay que tener presente que la dogmática penal se ocupa de interpretar las normas legales vigentes. Por lo tanto, la dogmática parte de las normas dadas y en tal sentido se ha dicho que es una ciencia "neutra". Y, ciertamente, nadie que se precie de hacer dogmática con seriedad la intentará crear fuera de los cauces de la ley dada. A menos que se cuide de precisar que esa ley se aparta de lo que para él sería la ley deseada. Pero ello solo corrobora en realidad que es válido lo que se pontifica dentro de la ley. Pero no necesariamente acredita que el hacerlo en contra de una opinión dominante... sea apostasía. Ni siquiera cuando aquella opinión tuviese sólida ancla en la misma ley. Porque a final de cuentas el contenido de un sistema de Derecho Penal se puede —y se debe— interpretar y preconizar también a la luz de una más alta regulación, la Constitución. La formulación de un sistema dogmático de Derecho Penal parte, pues, de las normas penales dadas. Pero ellas en nada impiden y la razón sí exige que al uno y a las otras se les deba configurar y entender en lo posible de una manera acorde con los derechos y valores fundamentales que consagra la C. Y si acaso el tenor mismo de la ley no permitiese una interpretación así, al menos aquél enfoque democrático sí permitirá la crítica prepositiva, denunciando la aporía entre la ley dada y la deseada a la luz de la propia C. Por lo tanto, eso de dogma y herejía es relativo. Pues lo que parece credo bajo el prisma de la ley, se puede convertir en abjuración cuando se le contrasta con la carta fundamental y con el espíritu de un estado de derecho. Porque así como es verdad que la racionalidad y la verificabilidad de una teoría dogmática ya permite alcanzar un mínimo indispensable para la seguridad jurídica —en cuanto se puede saber con cierta confianza cuál es el contenido de las normas jurídicas vigentes según la teoría adoptada—, es igualmente cierto que las mismas normas o su entendimiento pueden ser contrarios al espíritu del estado de derecho o a los derechos mismos que manan de la C. La denuncia de ese tipo de normas o de tal entendimiento de ellas sí es parte de la misión de la dogmática. Porque cabría pensar que la dogmática jurídico-penal —como dice Gimbernat Ordeig—: (...) lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda convertirse en algo sumamente

peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen.⁴⁵⁸ Pero éste peligro también puede ser aminorado si —como aducen Muñoz Conde y García Arán—: [s]e mantiene siempre una actitud crítica frente a las normas penales, y se considera el saber dogmático como un «saber parcial» que tiene que ser confrontado con otros saberes; y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo. Sólo así puede cumplir la dogmática jurídico-penal también una función de control del poder punitivo estatal, evitando ser una mera servidora, cuando no cómplice, del mismo.⁴⁵⁹ Muñoz Conde y García Arán añaden: (...) La dogmática jurídico-penal es también producto de una tradición cultural vinculada al Estado de Derecho y, por tanto, sus construcciones teóricas deben servir también para evitar los excesos del poder punitivo y fundamentar decisiones legislativas y judiciales conforme a los principios y derechos fundamentales que caracterizan al Estado de Derecho.⁴⁶⁰

No creo que el defecto de la doctrina penal mexicana predominante durante gran parte del siglo XX consistiera en adoptar el causalismo como sistema dogmático penal explicativo de la teoría del delito. Aquel surgió en Alemania a principios de esa centuria con Liszt y Beling. Y en aquella época ese sistema era el que presentaba los mayores avances en la Ciencia del Derecho Penal. Mismo que fue aplicable en gran medida al Derecho Penal mexicano de la mayor parte del siglo XX. Sin embargo, pienso que la falla importante de la doctrina penal mexicana fue hacer una dogmática penal formal y acrítica del sistema de la teoría del delito y sin vincular muchas de las teorías y posturas dogmáticas a los valores y principios que se deben adoptar conforme a los ideales de un estado de derecho y según las pautas mismas de la C. Denunciando así todas aquellas manifestaciones legales y jurisprudenciales opuestas a esas pautas y proponiendo nuevas fórmulas o interpretaciones acordes con aquellas. Lo que apenas se empezó a lograr a partir de 1984 en el ámbito legal —y todavía no lo suficiente en el jurisprudencial y casi nada en el práctico—. Se ha sostenido —y estimo que con razón— que la misión más importante que le incumbe al penalista de hoy, es la integración de un sistema de Derecho Penal racional que vincule la teoría del delito y de la pena con los fines de un Derecho Penal ajustado a un estado de derecho. Porque pareciera ser —y de hecho así ha sido su estudio durante muchos años en la gran mayoría de las escuelas de Derecho— que al Derecho Penal se le concibe sólo a través de teorías circunspectas a la ley penal y acrílicas de la misma —dogmática “neutra”— o bien se reduce aquél a la exposición sucinta de corrientes penales sistemáticas, pero sin un verdadero estudio de ellas y de las normas legales vigentes a la luz de una tesis sistemática definida o al menos crítica y prepositiva acorde con el estado de derecho al que aspira la C.; así como también se ha visto al delito y a la pena como temas separados entre sí. El conocer al delito como conjunto de fórmulas estilizadas más o menos con la luz pura de teorías lógico-formales es quizá algo imprescindible pero del todo incompleto. Como por igual es incorrecto separar las razones de punir de la forma de cómo se entiende y estructura al delito. Sin atender al influjo de ese cómo sobre aquellas. Y, asimismo, porque unas y otro adquieren sentido en muchos casos sólo si se les relaciona con los límites de un sistema dogmático penal que se ajuste a los ideales de un estado de derecho. Pues sin esa visión no se alcanzan a comprender cabalmente los fundamentos, la estructura y los fines del Derecho

⁴⁵⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Madrid, España, 1999, p.129 y ss.

⁴⁵⁹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, op. cit., *Derecho Penal...*, p. 210.

⁴⁶⁰ Idem., p. 211.

Penal como un todo dentro de un estado de derecho que tiende tan a controlar y reducir los afanes irracionales del poder punitivo, así como a humanizar y dignificar las soluciones que dé el Derecho Penal. Esto es, se pasan por alto los cimientos de aquél y las razones que le dan sentido en su dimensión integral y ubicada en un contexto más amplio, el de un sistema de Derecho Penal acorde con un estado democrático que limite las manifestaciones más irracionales del poder punitivo. Por ello:

El estudio de la razón de la pena y de la estructura legal del delito no se debe aislar del que se plantea para fundar el sistema del Derecho Penal como un todo en el contexto de un estado de derecho. La concepción del delito se debe imbuir de la razón de sus penas, pero asentados el uno y las otras por la comprensión y análisis de sus límites formales y sustanciales que se derivan de la C. Esto es, los fundamentos y fines del sistema dogmático-penal han de concebir un Derecho Penal ajustado a los ideales de un estado democrático que a su vez limiten al poder punitivo. *No se trata pues nada más de legalidad, sino de legalidad y legitimidad de las normas sujetas a análisis y sistematización con una orientación democrática.* Ése paradigma es válido. Pues retomando las ideas que vertí en la Introducción y en los tres primeros capítulos de este trabajo, cabe advertir que la legitimidad de un sistema dogmático de la teoría del delito depende de la comprensión —y denuncia en su caso— de las normas penales según los postulados de un estado de derecho y, por lo tanto, de acuerdo con los derechos fundamentales del ser humano que ese estado reconoce, vinculándolos con una visión que sea benéfica para la comunidad. El Derecho positivo se puede ajustar en su producción a las fuentes formales democráticas para su expedición y ser un Derecho formalmente válido. Y, sin embargo, ese mismo Derecho positivo o su interpretación pueden ser contrarios a los derechos y garantías personales o sociales y a los valores —explícitos o implícitos— que un estado democrático consagre en su Constitución y ser, por lo tanto, un Derecho o una interpretación sustancialmente arbitrarios.

De todo ello se pueden ya esbozar ciertas posturas acerca del entendimiento jurídico del delito que se irán fundamentando a lo largo de este trabajo: El Derecho Penal y la teoría del delito como subsistema de aquél deben concebirse en lo posible de manera acorde al estado de derecho o democrático que se deriva de nuestra misma Constitución. A su vez, frente a un sistema penal en el que sus instituciones funcionen realmente con respeto a los derechos fundamentales de las personas y en beneficio de la sociedad. El Derecho Penal, en suma, debe concebirse como limitador legítimo del sistema penal al ajustarlo a los lindes y el espíritu de un estado de derecho.

En tal contexto hay que enfocar el carácter antropocéntrico que debe regir la valoración del sistema dogmático penal de la teoría del delito. Mismo que se apoya en la misma protección constitucional de los derechos y garantías individuales y colectivas del ser humano en los que se enmarca el poder punitivo. Porque por un lado, de ahí se debe sostener la idea de fundamentar en la misma C. la protección de los bienes jurídicos. Pues aun cuando los bienes jurídicos en sí mismos no son los derechos personales y sociales que garantiza la C., sí son las situaciones y condiciones socialmente valiosas —según un esquema constitucional— mediante las cuales se hace posible el ejercicio o disponibilidad significativa de aquellos derechos para el pleno desarrollo personal en el ámbito social. Y porque, por el otro —y por más que el Derecho Penal tienda a proteger bienes jurídicos para la convivencia pacífica en la comunidad— esa función sólo podrá aceptarse en la medida que al concretarse el tipo penal se lesione a esos bienes jurídicos de manera significativa y sólo en cuanto tal función favorezca una convivencia en la que cualquier persona—y, por tanto, todas las personas— puedan auto realizarse y desarrollarse y dentro de la cual se respete su dignidad y los ideales de justicia, proporcionalidad, igualdad y exigibilidad con los que se debe acotar al principio de culpabilidad y los cuales se pueden proyectar, además, a las restantes categorías del delito en la medida que halla motivo para ello: dado

que si el sistema se concibe orientado a fines, nada empuja para que esos fines retroactúen en las categorías que se han de orientar a los mismos.

Es entonces intolerable un Derecho Penal que en sus fines y el entendimiento de sus normas desconozca el principio de lesión significativa a los bienes jurídicos. O que entienda a éstos como mero fruto de los intereses de la «sociedad» o del «Estado» y no de las condiciones que requiere toda persona para su autorrealización y desarrollo en la vida social. Y que olvide que aquél sólo puede considerarse en serio si se da la grave lesividad de esos bienes jurídicos. O igual todavía es inadmisibles un Derecho Penal que suprima o sustituya aquellos conceptos en aras de la mera «funcionalidad» del sistema social» o el del simple «restablecimiento de la vigencia de la norma». Porque con esas concepciones el Derecho Penal no sólo se desentiende de los límites del estado de derecho en los que se enmarca la Constitución —como son los derechos humanos y las condiciones que hacen posible su realización—, sino que los expone a que se les cancele por concepciones autoritarias.

Pero, además, un sistema dogmático de la teoría del delito en el que otro de sus límites sea la esencia misma del ser humano como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. Y en el cual los datos ónticos de la conducta, valorativamente considerada, al igual que la culpabilidad y responsabilidad individuales, lo mismo que la responsabilidad del mismo Estado a través de las agencias que ejercen el poder de punir, sean límites a la potestad de punir y no sólo los detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier clase e intensidad. De aquí pues que la concreción de la amenaza penal que representan los tipos penales sólo se justifica como delito, cuando se den conductas específicas realizadas con voluntad y conocimiento o conocibilidad de un determinado ámbito objetivo de prohibición legal que el Derecho Penal delimite. Y que con esa concreción (tipicidad penal) se lesione a los bienes jurídicos que tutele la norma y, además, se ofenda al Derecho como un todo —injusto (antijuridicidad) —, Y sólo y cuando, asimismo, haya culpabilidad-responsabilidad de la persona en la realización de esa conducta.

Por ser personas —como sujetos y no como objetos del Derecho Penal— a las que se dirigen directamente las normas penales que pretenden motivar sus conductas conminándolas con pena en caso de incurrir en las conductas prohibidas por aquellas normas. Por lo mismo, el sistema dogmático penal debe partir de lo que la conducta es realmente, sin desnaturalizarla con artificios lógicos y meramente formales. Esto es, siempre que la estructura del tipo penal lo permita —como sucede con el tipo penal doloso— atender al contenido final de las mismas que supone su realización con conocimiento y voluntad. Y que a mor de proceder con justicia y en el mismo plano de los principios de legalidad y de lesión de bienes jurídicos, también sea necesario que —en el escalón de la tipicidad—: Por un lado a estas también se les decante con la aprehensión por el sujeto del sentido de la dañosidad social de su conducta que todo injusto típico implica. Y por el otro, se excluyan como materia de la imputación típico-penal aquellas otras conductas que en vez de estar prohibidas estén permitidas; al igual que por el simple acato al paradigma de justicia que apareja la culpabilidad, dejar fuera de tal imputación típico-penal aquellos hechos donde el resultado o la lesión jurídica devengan de la conducta de otros o del azar, en vez que del dominio o la dominabilidad —evitabilidad— del hecho por la conducta prohibida sometida al juicio objetivo de imputación típico-penal.

La tensión entre las diversas funciones de la pena no puede armonizarse sino limitarse por los fines constitucionales que se le asignan a aquella en cada etapa del Derecho Penal en su más amplio sentido. Construyendo un sistema dogmático de Derecho Penal coherente con un Derecho democrático reductor del poder punitivo en sus manifestaciones más irracionales. Por lo tanto, sólo es admisible un Derecho Penal que ajuste el entendimiento de las normas vigentes a los límites y fines jurídicos, filosóficos y racionales que se derivan de un estado de derecho.

Para de ahí sostener que el poder de punir se concede por el pueblo al Estado para que lo ejerza con respeto de las personas y en beneficio de su desarrollo en la sociedad de la cual aquellas forman parte. Un poder en el que la expresión sustantiva penal trace sus límites en la esencia misma del ser humano, como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal —como bien lo afirma Moisés Moreno—. ⁴⁶¹ En el cual el concepto de «culpabilidad» tome en cuenta los principios que miran a la dignidad del ser humano como persona y a los derechos que le son inherentes. Y en el cual la «responsabilidad» individual se sustente, además, en la estricta necesidad de la pena en el caso concreto y en su función de una socialización digna y responsable de la cual el mismo Estado es responsable en promover. Así una y otra pueden funcionar como lindes hermenéuticos y fines constitucionales dentro del sistema dogmático de la teoría del delito.

Un sistema de Derecho Penal en la teoría del delito que interprete la ley penal de manera acorde con la Constitución. Y que se aplique con criterios garantistas, de seguridad jurídica; y que sólo se base en conductas humanas prohibidas y delimitadas previamente por la ley penal y en hechos verificables que lesionen de manera significativa los bienes jurídicos que tutele la norma. Un sistema de Derecho Penal que en la teoría del delito permita o promueva que se delimite claramente los ámbitos de prohibición en los que se realicen las conductas que los constituyan y que tome en cuenta la posibilidad de valorar esa prohibición por quienes llevan al cabo aquellas conductas. Un sistema dogmático penal de la teoría del delito que frente al fin de promover la confianza en el Derecho y la estabilidad social que correspondería al poder punitivo, a su vez limite a éste por los diversos principios que normen el entendimiento de los elementos del delito: ahí y cada vez respecto de los mismos se deba acudir a aquellos principios en la medida en que sus implicaciones sean aplicables para reducir las manifestaciones irracionales más intolerables del mismo poder punitivo. Así, un sistema de Derecho Penal como reductor racional de las irracionalidades más intolerables en las que se manifieste el poder punitivo, y que, por lo tanto, en el ámbito de la teoría del delito se circunscriba por tipos penales que impliquen la lesión significativa de bienes jurídicos y a través de la demarcación cerrada del ámbito de prohibición; al igual que por la culpabilidad del autor y la medida de esa culpabilidad; e incluso se le subordine a la racionalidad y estricta necesidad social de la pena en el caso concreto y a la garantía de readaptación social; y, por tanto, de socialización digna y responsable.

De acuerdo con todo lo dicho, sí es pues concebible que los fines de prevención asignados al poder punitivo se limiten por un Derecho Penal reductor que imponga cotos racionales a esos afanes preventivos penales y que los ajuste a los fines constitucionales orientados a un estado de derecho. Mismos que a la vez de fungir como límites de aquellos fines preventivos, sirvan de criterios reductores al sistema dogmático del delito. El fin punitivo de prevención general, en cuanto a las conminaciones penales, sujetos aquél y estas al cerco del tenor literal y al entendimiento contextual democrático de los tipos penales; así como a los principios ordenadores que manan del Derecho como un todo para decidir la existencia o ausencia del injusto en caso de colisión de intereses; al igual que los de culpabilidad y de responsabilidad según el ámbito en el que se manifestó la conducta que sea jurídicamente desaprobada y cuyo resultado sea atribuible a esa conducta prohibida como obra de la persona dominable por ella y no por el mero curso físico causal que pueda estar sujeto al azar o escapar a la dominabilidad del autor. Y en la cual la culpabilidad apareje una desatención reprochable de la norma penalmente prohibida, cuando racionalmente el autor pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y actuar de otro modo en el caso concreto y, además, su conducta concreta evidencie la necesidad social de la pena y de la cual sea responsabilidad del Estado el limitarla según la vulnerabilidad del autor y procurar su reintegración social.

Principios que actúan como criterios limitadores y, por tanto, sin dejar a la prevención general a merced de los puros afanes de evitar delitos o de lograr sin más restablecer la confianza en el Derecho y la fidelidad al mismo. Ni tampoco se deje a la culpabilidad y la responsabilidad como meras sustentadoras —y no acotadoras— de la pena. Porque las derivaciones de los principios de culpabilidad y de responsabilidad operan a la inversa, limitando, disminuyendo, modificando o excluyendo la pena. La pena no se podrá imponer cuando el resultado o la lesión jurídica sean producto de la mera causalidad física si es que acaso faltan motivos bastantes para atribuir el resultado al autor como obra de él y como consecuencia de su actuar prohibido; como tampoco cuando la misma culpabilidad en sí sea insostenible en el caso concreto porque en las circunstancias concretas racionalmente la persona no pudo actuar de otro modo. Pero lo mismo cuando por la ínfima significación del injusto o de la responsabilidad en el caso concreto, aquél pierda relevancia penal o la pena devenga irracional. Esto es, cuando la pena misma —en su naturaleza o extensión— produzca efectos sociales racionalmente intolerables en el marco jurídico-constitucional de la readaptación social. ⁴⁶²

Porque iría contra la razón de ser del principio democrático en el Derecho, si es que a éste en el ámbito penal se le entiende como un medio cuyo fin fuese responder de manera enérgica —afectación de la libertad personal— a situaciones que ameriten esa forma de reacción para proteger los bienes jurídicos; ya que esa manera de pensar

⁴⁶¹ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, op. cit., p. 78.

⁴⁶² Véase el núm. IV de este CAPÍTULO y el CAPÍTULO CUARTO.

confunde al Derecho Penal con el poder punitivo, cuando precisamente la misión del Derecho Penal es contener al poder punitivo en sus manifestaciones irracionales más intolerables. Porque aquél entendimiento del Derecho Penal asimismo desatiende su objeto de regulación y a sus reales fines inmediatos, mediatos y últimos. Ese objeto son las conductas del ser humano en sociedad y esos fines que deben fundarse e interrelacionarse entre sí, son: a) Que se diseñe una estructura legal del delito acorde con los principios de lo que es una conducta humana —porque la conducta humana con voluntad, conocimiento y contenido de valoración es a la vez el objeto que regula y valora el *Derecho Penal a través de los tipos penales*—. Y la que se debe apreciar en su auténtica significación como proveniente del ser humano, como ser capaz de configurar el mundo exterior de tal modo que el hecho que típicamente se le impute haya sido dominado por él o susceptible de ser dominado por él mismo y sin que al entendimiento de aquella conducta se le cercene artificialmente. La cual se dé en un contexto fáctico socialmente relevante de lesión o claro peligro a bienes jurídicos, con criterios que permitan su objetivación, determinación y verificación como conducta prohibida a la cual se le pueda objetivamente imputar el resultado como consecuencia de su violación a la prohibición. b) Que tan las figuras típicas, como el injusto en sí, al igual que las penas o medidas de seguridad se sujeten al imperio de la legalidad; y que tiendan a promover la socialización responsable. Pero, además, que sean dignas para el ser humano, sólo hasta la medida de su culpabilidad y de responsabilidad personal y social en la realización de la conducta y el hecho concretos, procurando siempre la oportuna y más pronta posible reintegración social de la persona de manera responsable.

De esta manera se enlazan los fines de la política criminal con los del Derecho Penal —con inclusión de los que deban soportar al sistema dogmático de la teoría del delito—. Y no debería ser de otro modo. Aun cuando con ello signifique contradecir el categórico aforismo de Liszt: *"El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la política criminal"*.⁴⁶³ Porque es verdad que esa máxima sigue influyendo hasta hoy. Y también es cierto que el objeto de la dogmática jurídico-penal son las normas vigentes; es decir, las normas tal como son. Como igual es correcto que el objeto de la política criminal es la configuración deseable del Derecho. Esto es, el Derecho como debería ser. De ello se sigue que la dogmática y el pensamiento sistemático son entonces formas de interpretar un texto legal. Mientras que la política criminal se preocupa de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicos penales. Pero, asimismo, es incuestionable que al ceñir a la política criminal sólo y nada más a aquél fin, a ella se le cercena otro cometido fundamental y concomitante: El que la Política Criminal ha de servir a los fines del Derecho Penal dentro del marco orientador de la C. precisamente para encauzar una sana aplicación de la ley penal ajustada a la C., o en última instancia, para la crítica prepositiva de una ley deseada, pero sin desconocer los imperativos de la ley dada.

Es pues incorrecta la tesis que afirma que es inconciliable la vinculación entre la política criminal (sujeta a un estado de derecho) y la dogmática penal. Con ella se pasan por alto tres cosas. 1) Que si una política criminal ha de orientar las concepciones de los fines jurídico-penales ajustados a los ideales de un estado de derecho: carecería de sentido no tomar en cuenta esas concepciones y esos fines al interpretar las normas penales. 2) Que con el desarrollo y la sistematización de las finalidades legislativas orientadas de aquella manera se hace política criminal que se reviste del manto de la dogmática. Y la más importante: 3) Que la misión interpretativa de la dogmática requiere ya una sistematización de los aspectos teleológico-político-criminales que han de regir al sistema; los que sólo se pueden legitimar si se les enmarca en los fines del estado de derecho que se desprenden de la C.

En consecuencia, con aquél sentido el Derecho como es y el Derecho como debería ser no son aspectos contrapuestos. Porque en el sistema a elaborar interpretativamente como Derecho vigente se han de tomar en cuenta las concepciones y finalidades del legislador dentro de un marco de regulación más amplio y superior: La Constitución. El rendimiento de esta concepción ya se puso de hecho de manifiesto en el cómo el principio de intervención mínima —y por tanto con teleología reductora del poder punitivo tradicional— puede funcionar apoyando la concepción de un Derecho Penal Alternativo que contemple instituciones nuevas que eviten o

⁴⁶³ Cit. por Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos..., p. 223.

atemperen la criminalización de las agencias secundarias a través de los procesos penales y procuren a la vez la incorporación social responsable del inculpaado evitando su desocialización. Sin embargo, y volviendo a la sistemática de la teoría del delito, sí debe quedar claro que la política criminal y la sistematización de las normas penales ya dadas no tienen las mismas competencias; porque lo inverso significaría equiparar la función del juez a la del legislador con infracción del principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, dice Roxin: (...) la dogmática (incluyendo la sistemática de la teoría general del delito) tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir, dentro de los límites de la interpretación. Por ello en la interpretación del Derecho vigente la misma choca con las dos barreras que ya se conocen: El intérprete no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas. Y tampoco puede imponer el fin deseable de la ley en contra de un tenor literal que se oponga a ello a menos que —añado por mi parte— aquel tenor sea absurdo y se le pueda salvar con una interpretación contextual democrática.⁴⁶⁴ De esta manera, de la vinculación de la dogmática a las finalidades político criminales del legislador ajustadas a los fines mismos de un C. democrática como la mexicana, se deriva por ejemplo que los principios ordenadores que deciden sobre la utilidad o nocividad social en las colisiones de intereses y con ello sobre la antijuridicidad de una conducta, son los principios deducibles del ordenamiento jurídico con inclusión de la C., y no las concepciones valorativas personales del intérprete. E igualmente sucede con la categoría de la responsabilidad, si se la interpreta y sistematiza según los puntos de vista político-criminales de los fines del sistema penal según la C. Los que no dependen de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de a pena, sino de los fines que a ella le asigna la C. y de los ideales valorativos de un estado de derecho.

Los fines constitucionales de la pena y los ideales valorativos de un estado de derecho plasmados en la misma C. son los que hay que tomar como base y lindes para definir los criterios rectores de la tipicidad, la culpabilidad y la responsabilidad penales y, por ende, a los que atañen a las causas de atipicidad y exculpación expresamente descritas en la ley. Asimismo, en la Parte General de los códigos penales el legislador regula muchos puntos sólo con rasgos vagos, por lo que aquí los principios que rigen al Derecho Penal aplicable se dejan casi por completo en manos de la dogmática. Y en tal virtud la dogmática ha de jugar un papel en el que intente entender esas normas con base en la C., para así reducir las aporías entre el aparente ser normativo y el deber ser constitucional orientado hacia y por los principios de un estado de derecho. Además, sucede con mucha frecuencia que los principios que rigen sólo pueden obtenerse de la interpretación de múltiples preceptos concretos y que se han de exponer a la luz de los principios e ideales valorativos del estado de derecho que plasme la C. o se deduzcan de ella. Por ello, siempre que lo permita el tenor literal de los tipos penales y de los demás preceptos penales, ellos deben matizarse siempre con una interpretación contextual orientada por los límites y fines del estado de derecho. Pues por más que una interpretación de los tipos desde el punto de vista preventivo deba hacerse según el mayor ámbito de aplicación posible que tutele a los bienes jurídicos que protege el tipo, el espacio aplicativo de las normas penales en ellos contenidas ha de hallar su cerco y sustancia legítima en los principios de la C.

⁴⁶⁴ Claus Roxin, op. cit., p. 225.

La tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguardia de la libertad constituye un problema que actualmente se discute. Pero la que ya se superó es la hipótesis de que en esa tensión se expresa una contraposición entre política criminal y Derecho Penal. En pocas palabras, porque el Derecho Penal limita al poder punitivo y para ello aquél debe sustentarse, precisamente, en postulados político-criminales orientados a un estado de derecho. No se trata, pues, de cualquier política criminal ni de la política criminal que se nos antoje, sino de aquella que se concibe dentro de los límites e ideales del estado de derecho que se sustente en la C. y que se orienta a la reducción racional del poder punitivo que se expresa en la ley. Por tanto, de la elaboración sistemática de exigencias del estado de derecho no se puede obtener ningún argumento a favor de la contraposición entre el Derecho Penal y la política criminal; o contra la sistematización dogmática de la teoría del delito conforme a los criterios rectores de una política criminal que parta del sustento de los ideales de un estado de derecho para limitar los afanes más irracionales del poder punitivo o de las interpretaciones que se hagan del mismo con tal tesitura.

Las bases de ese sistema según los fines del Derecho Penal se hallan pues en una carta fundamental de corte democrático como lo es la mexicana. Porque si la Constitución Política de un Estado constituye el principal indicador de la política social que debe existir en ese Estado; el parámetro de validez del sistema dogmático del delito que aquél implemente se ha de sustentar en las normas constitucionales que apunten al ideal del estado de derecho. Desde este punto de vista, con relación al estado democrático o de derecho, ya cité a Moisés Moreno, quien bien apunta que: (...) Si los criterios generales que informan al modelo del estado democrático o de derecho deben impactar a todo su orden jurídico. Por lo tanto, también deben trascender a su sistema penal. Pues las «medidas de control social de carácter penal» son un sector de todas las medidas estatales que se adoptan para el logro de los objetivos que se encomiendan al Estado.⁴⁶⁵ Ya antes enfatice esas razones de Moreno, las que son de validez indudable. Porque si los textos de nuestra carta fundamental son elocuentes de lo que significa la democracia sustancial para la C. mexicana como ejercicio del poder: ¿Qué acaso existe alguna razón para que no sea así en todos los ámbitos del Derecho respecto a las leyes que dé el Estado? Al contrario, hay razones de sobra para que así se conciba el sistema dogmático de la teoría del delito. Nuestra carta fundamental es de corte democrático y por lo tanto, el sistema dogmático de la teoría del delito debe intentar en lo posible ser coherente con aquella. Como dice Moreno: Debe buscar que se garantice el respeto a los derechos humanos en los diferentes niveles de intervención del Derecho Penal frente a las personas. Y es que las categorías del delito como aspectos de enjuiciamiento y sistematización en la teoría del delito del modo que se expuso no significan una renuncia a las categorías delictivas tradicionales. Sino sólo aparejan una estructuración distinta de las mismas. Por eso es en principio certera la afirmación de Welzel: (...) En la división del delito (los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad) es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones".⁴⁶⁶ El sistema teleológico-político criminal que propugna Roxin para el desarrollo sistemático de la teoría del delito tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis causal-finalista. Por lo tanto, no se desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática. Aquél es el que por mi parte seguiré en tal desarrollo, aunque con ciertas y

⁴⁶⁵ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, op. cit., p. 76 y ss.

⁴⁶⁶ Cit. por Claus Roxin en op. cit., *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Fundamentos..., p. 227.

fundamentales acotaciones que ya he hecho en cuanto que son inconciliables en un mismo Derecho Penal los afanes preventivos y los cercos que a éstos le opone tal Derecho; porque más bien frente a esos afanes preventivos es como se concibe al Derecho Penal, esto es, como limitador y reductor racional de los mismos o al menos de sus manifestaciones más irracionales. En su oportunidad pondré de manifiesto aspectos particulares de esta postura en el desarrollo de un sistema dogmático de un Derecho Penal mexicano orientado a los ideales de un estado de derecho según los postulados constitucionales. Ahora bien, el mismo Roxin destaca que una diferencia metodológica esencial frente a otros proyectos (en los que por regla general eso queda como mínimo poco claro), consiste en que:

(...) un sistema político-criminal no conduce a una "división" de la conducta delictiva en una multitud de "elementos" que se han de "ubicar" en algún 'escalón' de la estructura del delito. Por el contrario, desde el punto de vista que aquí se mantiene: la acción delictiva es siempre una unidad inseparable, y el significado de las categorías del delito no consiste en descomponer y desgarrar todo con sentido psico-físico-social, que sólo posteriormente tendría que reagruparse como "edificio del delito" a partir de sus componentes parciales. Mediante las categorías delictivas lo que se expresa es únicamente que en cada piso y bajo diversos aspectos valorativos hay diversos "momentos" del suceso que resultan significativos jurídico-penalmente. Asimismo, el punto de partida teleológico-político-criminal impide que de la adscripción de elementos "materiales" concretos a determinadas categorías delictivas se deduzcan conclusiones que estén en contradicción con los principios rectores político criminales decisivos. Así, p. ej. : Desde la perspectiva de dicha concepción es inadmisibles desarrollar la delimitación entre autoría y participación a partir de la división material entre componentes objetivos y subjetivos en un delito o fundamentar la solución de los problemas de error con la posición sistemática del dolo en la culpabilidad. Por el contrario, de antemano sólo es posible solucionar tales problemas acudiendo a las valoraciones rectoras político criminales que penetran en las categorías del delito. En cambio, es perfectamente admisible derivar de aquellos principios valorativos, en los que se puede demostrar que se basan las concretas reglas legales, nuevas soluciones que prosigan el perfeccionamiento dogmático del Derecho Penal.⁴⁸⁷

Todo ello es perfectamente válido y aplicable en la elaboración de un sistema dogmático de la teoría del delito en el Derecho Penal mexicano con una orientación democrática y, por ende, limitadora o reductora racional del poder punitivo.

— VI —

Fortalezas y debilidades de un sistema dogmático del delito

Es preferible adoptar una postura que en cada momento valorativo de los elementos del delito busque su legitimación en los fines de una visión del Derecho Penal ajustado a los de un estado de derecho, y por ende en un Derecho Penal limitador y racionalmente reductor del poder punitivo estatal, que aceptará sin cuestionamiento —como ocurre frecuentemente— los dogmas y el sistema de un Derecho Penal —precisamente en su forma de manifestación histórica dominante pero con un enfoque acrílico y neutro—. La crítica a las posturas acrílicas apenas empieza a tomar cuerpo en México a través de la confrontación de la tradicional visión causalista y la visión finalista del delito; aun cuando en el resto del mundo con un régimen jurídico y un sistema penal similar, el estado de los problemas ya se centra en posturas nuevas que van desde un finalismo evolucionado a diversas concepciones de las nuevas corrientes del funcionalismo.

Pero por otra parte, la interpretación del Derecho en el marco de un sistema que abarque toda la materia jurídica a esquematizar no es un procedimiento necesariamente satisfactorio en todos los casos. Constantemente vuelve a surgir la idea de que el método de decisión más adecuado para la ciencia del Derecho es la discusión de problemas referida a casos concretos. Por eso es necesario tener claras las

⁴⁸⁷ Claus Roxin, *ídem.*, p. 228.

dificultades a que también puede dar lugar, pese a todo, el pensamiento dogmático y el sistemático. Así en primer lugar, por el hecho de obtener la solución de problemas jurídicos de deducciones del mero texto de los dogmas vigentes puede suceder que padezca la justicia en el caso particular. Tomemos el ejemplo del *versare in re illicita*, es decir el de castigar solo por el resultado. Pues en México esa solución se deducía como congruente con un sistema dogmático en el que regía la presunción del dolo —conforme al CPF hasta 1984—. Sin embargo, dicha presunción —en especial en su última versión de que (sin más acotaciones) el dolo se presumía— de ordinario se interpretó en desacuerdo con un sano sentido de justicia, no obstante que habría sido posible ajustarla a patrones propios del estado de derecho. En efecto, aún con la regla legal de la presunción del dolo, en virtud de que ella partía de la realización de la conducta, era viable entonces entenderla como regla especial de prueba, la que sujetaba al juez a los principios de la sana crítica acerca de la dinámica de la acción. En el sentido que sólo cupiese entender que había dolo, cuando según la forma y dinámica probadas de la acción, se evidenciaba que la persona había decidido o aceptado el evento o la producción del resultado típicos. De todo ello se sigue que era y es aún admisible inferir que son dolosos tan la conducta y, en su caso, la causación del resultado, cuando otro entendimiento diverso al dolo —del conocimiento y del fin de la persona al realizar la conducta— sea violatorio de la sana crítica según el contexto y dinámica de la acción acreditada. Pero lo inaceptable —y aún lo sigue siendo— era llevar la inferencia del dolo a cualquier caso de prueba de la exteriorización material de la conducta o del puro curso físico-causal de la misma. Aun cuando según su contexto, o su dinámica o circunstancias del caso impidan inferir sin forzamiento la existencia del dolo. Pretender una sentencia de condena por delito doloso en esos casos implicaba —y aún aparece— un aberrante entendimiento al que se opone el principio de la sana crítica —vigente en el Derecho federal y el coahuilense como sistema de valoración de las pruebas—.⁴⁰⁸ Además, aquella presunción del dolo sin el correctivo hermenéutico apuntado conllevaba a una solución que vulneraba la garantía de presunción de inocencia, pues sólo se debe condenar e imponer penas si durante el debido proceso penal se comprueba el delito que cometió la persona. Sin pasar por alto que aquella posición también era incongruente con las derivaciones del principio de culpabilidad, en virtud de las cuales a la persona solo se le debe responsabilizar de sus actos y de los resultados que sean atribuibles a ella como obra suya y no como fruto de la mera casualidad.

Una debilidad ulterior de la dogmática —ya vinculada a un «sistema» dogmático— consiste en que el punto de partida sistemático ciertamente simplifica y facilita la aplicación del Derecho, pero al mismo tiempo reduce las posibilidades de resolver problemas particulares. Y de ese modo puede impedir la visión de concepciones mejores. Ello se puede ilustrar muy bien con el ejemplo de la delimitación entre autoría y participación. El cual Roxin expone de la manera siguiente (con consideraciones que por cierto también son válidas para el Derecho Penal Mexicano):

⁴⁰⁸ A diferencia del CFPF que implícitamente admite el sistema de sana crítica en la valoración de las pruebas y del CPPC que expresamente lo adopta en sus artículos 435-línea IV y 446, el artículo 261 del CFFPJF acoge el sistema de valorar las pruebas "en conciencia", mismo que —al menos teóricamente— se opone al de "sana crítica". Sin embargo, el mismo artículo 261 del CFFPJF señala que al valorar las pruebas, el juzgador atenderá "...a la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca...", condiciones que ciertamente se concilian más con el sistema de sana crítica que con el sistema de conciencia. Por lo demás, el imperativo del artículo 16 C obliga al juez a motivar y fundar su resolución, lo cual también orienta a la valoración de la prueba más al sistema de sana crítica que al de conciencia.

(...) el sistema causalista parte de la base de que todas las circunstancias objetivas pertenecen al injusto y son reconducibles al principio de la modificación causal del mundo externo. Y en tal caso no se puede señalar ninguna diferencia objetiva entre autoría, inducción y complicidad. Las tres formas de intervención son igualmente causales respecto del resultado. Y entonces se está forzosamente obligado a buscar la delimitación en la parte subjetiva de ésta. Así, con independencia del peso objetivo de la aportación del hecho se consideraba caracterizada la autoría por la "voluntad de autor", y la participación por la "voluntad de partícipe" del interviniente. Esta teoría, denominada teoría subjetiva de la participación, que es dominante en la jurisprudencia (aunque con atenuaciones sustanciales) hasta hoy, está, por tanto, situada absolutamente dentro de la lógica del punto de partida sistemático expuesto. En cambio, la posibilidad de delimitar autoría y participación por el peso objetivo de las aportaciones al hecho y enlazar p. ej. La "dominación" del curso del acontecimiento en criterio de distinción entre autoría y participación, como actualmente hace la teoría absolutamente preponderante en la doctrina científica, es algo que está vedado de antemano desde el punto de partida conceptual de dicha concepción sistemática.

Otra flaqueza del pensamiento sistemático consiste en que al intentar ordenar todos los fenómenos de la vida bajo unos pocos puntos de vista rectores, se elijan conceptos demasiado abstractos pasando por alto las estructuras de la categoría jurídica a esquematizar. Así por ejemplo: A la sistemática finalista se le reprochó la búsqueda de un concepto unitario de acción, que se acomodara por igual a todas las formas de manifestación del delito. Porque ella podía ya dar lugar a que la dogmática desatendiera las fundamentales diferencias materiales entre actuación dolosa, actuación imprudente y mera omisión. Bien dice Roxin que (...) *ello era comenzar demasiado alto en la elección de los conceptos preconfigurantes del sistema.*⁴⁶⁶ Aunque igual crítica se le puede hacer al pensamiento de Roxin que concibe a la conducta como "centro espiritual de acción",⁴⁷⁰ noción que evita un compromiso dogmático, pero que al empezar demasiado abajo deja a la conducta sin su contenido básico, para que sin desnaturalizarla pueda ser —aunque no necesariamente sea— penalmente relevante. A veces, la clave estriba en el enfoque, sin que por ello se demerite la validez de tener en cuenta siempre los riesgos de un pensamiento sistemático a mor de ser estrictamente congruente, pero que se incurra en la desatención de la ley dada o lo que es peor, en una interpretación ayuna de los ideales y valores que se derivan de un estado de derecho. Igualmente y como ya se apuntó, durante mucho tiempo han primado teorías según las cuales, la delimitación entre autoría y participación tenía que efectuarse siguiendo exactamente los mismos criterios. Y aún hoy la ley difícilmente permite recoger criterios de diferenciación (artículo 13 del CPF en especial.) Y como se verá en su oportunidad, la jurisprudencia está aún en los comienzos del desarrollo de soluciones modificativas adecuadas. Las que en muchos casos no parece que sea así, como también luego se verá.⁴⁷¹ Pero si se pasan por alto las diferencias existentes, como también apunta Roxin:

(...) habrá que elegir conceptos que se mantienen en un nivel tan general que ya casi no tienen capacidad expresiva y por ello dan lugar a una considerable inseguridad jurídica. El olvido de todas las diversidades de la materia jurídica permite la aplicación de un criterio aparentemente igual, pero realmente carente de contenido. La utilización de un criterio unitario de delimitación desatiende divergencias esenciales en la estructura de los tipos. Pues sólo una parte de éstos describen acciones prohibidas, como lesiones, dar muerte, etc., mientras que otros, como la gestión desleal o la revelación de secretos privados, castigan la infracción de determinados deberes extrapenales. De la diferente configuración de los delitos de acción y los de infracción del deber derivan diferencias significativas para la delimitación entre autoría y participación; pues sólo allí donde la acción constituye el tipo puede ser su dominación (el llamado dominio del hecho) lo característico de la autoría, mientras que en los delitos de infracción del deber la autoría no se fundamenta por ningún dominio externo, sino por la vulneración del deber, y si ésta falta, aunque haya dominio del curso del hecho, ello sólo puede dar lugar a participación. Este ejemplo remite a un problema fundamental de las ciencias del espíritu. Bolnow ha señalado que el peligro de todas las construcciones sistemáticas es "edificar a la ligera en el vacío de un espacio carente de realidad", indicando que hay que estar "en guardia" siempre que "el punto de partida encontrado sin un ejemplo se puede trasladar sin más al otro". Según él, donde falte la "resistencia de la cosa", el sistema habrá perdido a menudo "el contacto con la realidad". Así queda caracterizado un peligro de todas las construcciones de las ciencias del espíritu, al que también sucumben con demasiada frecuencia los esfuerzos sistemáticos en el campo jurídico. Pensamiento problemático en vista de las erróneas evoluciones que según lo expuesto puede traer consigo igualmente el pensamiento sistemático, cabría pensar en buscar

⁴⁶⁶ Ibidem.

⁴⁷⁰ Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, pp. 257 y ss.

⁴⁷¹ Ver CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO.

un método científico que parta más del problema concreto y que ofrezca posibilidades de resolverlo justa y adecuadamente partiendo del mismo.

En el último contexto está la tónica como una técnica de solucionar los problemas jurídico-penales. Ella consiste en plantear los "pro" y "contra" de un punto concreto a través de variaciones de un caso a efecto de decidirse por el número mayor o el de más convicción. O dicho de otro modo, los "puntos de vista" se reúnen en "catálogos", que son diferenciaciones que convierten a un caso base en muchos para verificar el rendimiento de una teoría concreta dentro del sistema y hacer las correcciones según proceda o incluso descartando la tesis hipotética con la cual se intentó solucionar los problemas. Ciertamente, tal método también tiene su función en Derecho Penal. Es útil para la "primera toma de contacto" con los campos del Derecho Penal que el legislador ha dejado abiertos; así como para el trabajo previo a la sistematización o bien para confirmarla. Pero la tónica por sí no puede sustituir al pensamiento sistemático. Porque según su punto apoyo se opone a la uniformidad de la decisión judicial que se basa en la ley. Y la cual —en aras de la seguridad jurídica— el Derecho Penal depende aún más que otras materias. En última instancia, es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tónico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho. Así pues, el sistema dogmático cuyo primer punto de referencia sea la ley —en este caso respecto a la teoría del delito— es un elemento irrenunciable de un Derecho Penal propio del Estado de Derecho.

No se puede negar que en todos los sistemas ya examinados en este apartado hay elementos válidos. Todos son aprovechables. Pero dado que, como hemos visto, los distintos puntos de partida sistemáticos influyen considerablemente en la solución de problemas dogmáticos y, además, que las ventajas y peligros del pensamiento sistemático se manifiestan respectivamente como características de determinadas concepciones:

La cuestión de cuál es el sistema correcto no es sino trabajar en el Derecho correcto. Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema del Derecho Penal se ha de estructurar teleológicamente, según los fines de un Derecho Penal acordes con los de un estado de derecho. Esto es, con base en sus fines valorativos que se ajusten al espíritu de un estado democrático reflejados en las garantías de la C. y el apotegma de que el pueblo debe ser el beneficiario del Derecho Penal. Cuando los fines rectores de un estado de derecho integrado al Derecho Penal se convierten directamente en configuradores del sistema se asegura mejor la justicia en cada caso concreto. Y en la medida en que ello es posible en un Derecho vinculado a la C. Por la misma razón, las categorías básicas del sistema tradicional —conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— se presentan como instrumentos de esa clase de valoración político-criminal, esto es, en el contexto de un estado de derecho, por lo que como tales también son irrenunciables para un sistema teleológico.

Al Derecho Penal le interesan los factores jurídicos de imputación a un individuo a efecto de hacerlo responsable conforme a un esquema o estructura cuyos presupuestos establece la ley penal positiva pero los que han de interpretarse contextualmente y en concordancia con los límites que se derivan de la C. y con base en ella, en los ideales a los que aspira el modelo del estado de derecho. Todo ello hace que al Derecho Penal le corresponda fundamentalmente una función sistemática y ordenadora de los presupuestos de la pena que a la vez se convierte en limitante de un poder punitivo desmedrado y exacerbado; así como tal función también la puede y debe cumplir en la determinación de la pena misma o de otras consecuencias jurídicas del delito. La actividad intelectual que se ocupa de todo esto es la Dogmática jurídico-penal entendida en un amplio sentido, es decir, decidir como labor sistemática los contenidos de cada elemento del delito y sus interrelaciones a efecto de resolver los casos concretos que trata de normar la ley.

CAPÍTULO SÉPTIMO
LA CONDUCTA COMO LÍMITE
A LA CONCEPCIÓN LEGAL DEL DELITO

— I —

No hay delito sin conducta

El principio de *legalidad* —*no hay delito ni pena sin ley del artículo 14 C.*— con relación a la creación legal de delitos, también sirve para derivar el principio de *no hay delito sin conducta*. Y no podría ser de otro modo, pues de todas las materias del Derecho, la que de manera más directa se ocupa de regular y sancionar de la forma más enérgica la «conducta» de las personas es el Derecho Penal. Por lo tanto, en un estado de derecho respetuoso del ser humano, el Derecho Penal se debe destacar por la consideración que muestre a la esencia de las personas al regular y punir sus «conductas» y derivar de ellas las consecuencias de la pena. Las que miren a aquellas y a los datos de la realidad en los que se da su conducta que tengan sentido para el Derecho Penal.

De ello se obtiene, en un primer aspecto, que el legislador debe eludir en los códigos penales los conceptos artificiales de la conducta punible. Por el otro, que el legislador debe señalar la conducta específica que constituya cada hecho que la ley prevea como delito, en virtud de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C. Exigencia que, por cierto, en muchos casos se incumple o se acata deficientemente.

Más también de aquello se sigue que el legislador y, en su caso, el juzgador, deben rechazar los criterios penológicos que desconozcan los datos ónticos que se toman de la realidad para conformar la conducta humana que punan al atender a la específica conducta que señale el tipo, aunque ella tenga que modularse, sin desnaturalizarla, con las exigencias normativas del mismo tipo penal y, en su caso, con relación a los demás elementos del delito.

Las nociones artificiales de la conducta y que de ese modo pretenden abarcar genéricamente a cualquier caso de ella dentro del Derecho Penal —además de ser estériles para las soluciones prácticas— motivan remedios deformes; ajenos a la realidad de la conducta humana, y, por tanto, injustas y arbitrarias. En suma, derivan en concepciones del delito que son ajenas a la aspiración de un estado de derecho que respete la esencia del ser humano y a las manifestaciones concretas de su comportamiento que hay que atender como objeto de regulación penal.

¿En qué medida la legislación penal mexicana ha reconocido el principio de estricta conducta cuyo contenido esté orientado a una concepción del delito acorde con los ideales de un estado de derecho?

Es lo que en parte se verá a continuación.

— II —

Consideraciones generales y terminología

Los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF no dan una noción del “acto u omisión”. Pero con esas expresiones esos códigos inician la concepción legal del delito. Así, por un lado, los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF corroboran el principio de estricta conducta en todo hecho que se prevea como delito y por el otro, dejan a la dogmática la tarea de buscar el «contenido» del “acto” u “omisión”. Un primer paso para lograrlo sería a partir

de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF. Mismos que señalan que el delito se excluye cuando: *"El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente"*. Antes no era así, ya que el artículo 15 del anterior CPF omitía aludir a la falta de "voluntad" como excluyente de delito. Aunque ese artículo sí se refería a algunos casos en los que falta esa "voluntad" como excluyente de "responsabilidad". Pero como más adelante se verá, a partir del artículo 7° del CPF —antes y después de la reforma en 1994 al artículo 15-I del mismo código— se da un entendimiento deformado de la conducta en cuanto a su contenido y a la trascendencia que éste tiene en los demás «elementos» del delito.

Por su parte, la conducta es el primer elemento del concepto legal del delito que enuncia el artículo 12 del CPC. Y a su vez, el artículo 13 del CPC revela un carácter básico de ese primer elemento en su aspecto positivo, al decir que (...) la *conducta* «podrá» tener relevancia penal si «se manifiesta a través de una acción u omisión en las que medie voluntad». Nótese así que tampoco tal artículo da un concepto de lo que es conducta. Y sin embargo, algunos causalistas pretenden encontrar la esencia dogmática penal del concepto de conducta en la mera interpretación en sentido contrario de la primera excluyente de delito que se prevé en el artículo 15-I del CPF con relación al artículo 7° de ese código —y ahora sería también en el artículo 29-I del CPDF con relación al artículo 15 de ese código—. Cuando en realidad, tan del artículo 13 del CPC, al igual que de la reconstrucción que se hace de los artículos 7° del CPF y 15 del CPDF con relación a las fracciones I de los respectivos artículos 15 y 29 de los mismos códigos, solo se obtiene una condición esencial que todo comportamiento humano externo debe poseer para «poder» ser penalmente relevante: que en él medie «voluntad». Y resulta que el concepto de la voluntad que da el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es el de: "...la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa".⁴⁷² Lo cual de entrada contradice la pretensión causalista de que la voluntad sólo debería entenderse como la determinación al movimiento o inervación corporal. Por otra parte, a diferencia del CPF y el nuevo CPDF —que utilizan las palabras "acto" u "omisión" para designar al primer elemento del delito—, el nuevo CPC emplea la expresión genérica de "conducta". Ésta indica a un comportamiento humano y en su contenido conceptual recoge tanto a la "acción" como a la "omisión"; tal como se ve en el propio artículo 13 del CPC, que consigna a la "acción" u "omisión" como las formas comisivas básicas de la "conducta". No obstante lo anterior, el empleo del término "conducta" —como base sobre la cual se erigen los restantes elementos del delito— es objeto de crítica por algunos estudiosos de la materia. Entre ellos se inscribió Sebastián Soler, quien por temor al abuso político que se pueda hacer de esa expresión reiteró que: "La palabra conducta, en cuanto expresa el fluir indiferenciado y permanente de la acción humana sobre el mundo, es un concepto peligroso porque nosotros construimos nuestras figuras no sobre la base de conductas, sino sobre la base de acciones definidas con verbos diferentes en cada caso. El delito es acción humana, no es el comportamiento fluyente temporal no cortado". Y más adelante puntualiza: "Es verdad que el vocablo 'acción' exige, a veces, ciertas aclaraciones con respecto a la omisión; pero la palabra 'conducta' crea peligros y oscuridades de naturaleza política que a mí me parece preferible evitar".⁴⁷³

⁴⁷² Ver op. cit., Real Academia Española, Tomos I y II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.

⁴⁷³ Sebastián Soler, *Delincuencia Penal Argentina*, T. I, 8° Reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 244 y 245. Además, en *Reseña del Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Procuraduría General de la República-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, p. 78.

Aunque válidos en principio los temores del insigne tratadista argentino, a la postre no se justifican. Pues si se tiene presente que la voz "conducta" no es un elemento aislado del delito, ya que en el Derecho Penal y para los efectos del delito, la "conducta" siempre se conecta a —y se acota por— el contenido de los demás presupuestos de la pena. Y, por tanto —en prelación lógica— por el tipo penal y la "tipicidad". O mejor dicho, por las exigencias del tipo penal. De tal suerte que en el mundo de relación sólo son «conductas penalmente relevantes» las que se circunscriben a las «específicas» conductas de cada figura típica penal que se dan con conocimiento y voluntad en un marco objetivo de prohibición; y, en su caso, dentro de los límites y los contornos de las fórmulas legales de intervención típica o de la tentativa. Viene a suceder así que esos verbos, límites y contornos circunscriben a la voz "conducta" en el ámbito jurídico-penal y le dan a la misma una connotación concreta. La cual el juez no puede rebasar sin violentar el principio universal "*nullum crimen sine lege*" del artículo 14 C. Por ende, en nada hay que temerle a esa expresión. La que, además, ya en el nivel del tipo supera a las de "acto", "acción" o "actividad". Pues en estos vocablos y antes del tipo no caben los comportamientos volitivos externos de carácter negativo, como son la inercia, inacción o inactividad que la "omisión" pareciera involucrar. Certestamente precisa Jiménez Huerta: "En la expresión conducta, entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, queda comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad. Implica, pues, un superior concepto de genérica significación; idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres".⁴⁷⁴

La voz "conducta" se aceptó también en México por Castellanos Tena,⁴⁷⁵ Pavón Vasconcelos⁴⁷⁶ y Porte Petit⁴⁷⁷. Sin olvidar que los dos últimos autores situaron al "hecho" al lado de la "conducta" como primer elemento conceptual del delito. Entendido aquél, como la conducta, el resultado y el nexa causal entre ambos extremos. Lo que en el ámbito de la «conducta típica» es, a mi entender, relativamente admisible, habida cuenta de lo que disponen los artículos 7º-párrafos-segundo-tercero del CPF, 16 del CPDF y 32 a 35 del CPC. Pero sin dejar de observar que la "conducta" específica que describa la figura típica, es un elemento permanente y aparte del "resultado". Pues éste, a su vez, es un elemento contingente si es que se considera que sólo es necesario que se dé su aspecto material o externo cuando esté descrito en el tipo o se implique necesariamente por él. O bien, si a la voz "resultado" se le identifica con el peligro o el daño lesivos al bien jurídico, entonces éste sí es un elemento permanente y esencial del tipo penal, pero aún así, al menos tratándose de la lesión al bien jurídico, la misma es siempre un elemento esencial permanente y aparte de la conducta. Como en otro capítulo se verá.⁴⁷⁸ (Artículos 15-II del CPF, 4 del CPDF y 16 del CPC.)

— III —

Los elementos de la conducta que puede ser penalmente relevante

⁴⁷⁴ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., pp. 65 y ss.

⁴⁷⁵ Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S. A., México, 1998, pp. 71 y 145.

⁴⁷⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 159.

⁴⁷⁷ Celestino Porte Petit, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 278.

⁴⁷⁸ Ver infra el Capítulo Séptimo, núms. II: Los elementos del tipo penal y III: Los elementos del tipo penal no se crean ni se reducen por decreto, mas por seguridad jurídica la ley sí debe precisar los que son.

No cualquier comportamiento en su manifestación externa puede ser penalmente relevante para los efectos penales. Pues sólo puede serlo aquél que —conforme al texto del artículo 13 del CPC y según se deduce en sentido contrario de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF— : Se "*manifieste en una acción u omisión en las que medie voluntad*".

En el contexto anterior, para que exista una conducta que «pueda» ser penalmente relevante es preciso que se dé: **1)** La manifestación externa de un comportamiento que se valore como "acción" u "omisión" (elemento objetivo); y, **2)** La "*voluntad*" en la acción u omisión (elemento subjetivo.)

Esas son pues las condiciones que la ley penal toma como imprescindibles para configurar la base de la "conducta" cuyos elementos ónticos están por verse, al igual de en qué medida los mismos tienen relevancia penal, según se sustenten en y se acoten por los demás presupuestos de la pena. Asimismo, aquellas condiciones solo señalan de manera positiva que la "conducta" —para «poder ser» penalmente relevante— debe provenir al menos de una acción u omisión voluntarias. Si falta alguno de esos extremos no es posible que haya conducta y menos aún, una conducta que pueda ser penalmente relevante. Opera así ya desde aquí y de esa manera un primer factor reductivo del ámbito posible de punición.

A. La condición objetiva: El carácter externo de la acción. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el delito siempre implica una exteriorización corpórea materialmente perceptible. No se queda en mera voluntad, intención, pensamiento, idea, deseo, imaginación o elucubración mental. "El pensamiento no delinque". Sólo podrá delinquir cuando trascienda al mundo de relación mediante comportamientos humanos tangibles o perceptibles que dejen su impronta espacial y temporal.

De aquí que la "acción", como forma externa de la conducta, equivalga a la realización espacial y temporal de un cierto comportamiento corporal de una persona. Ya sea por actividad de algunos miembros (brazos, piernas, manos, pies, etc.) Ya sea por cualquier órgano que ponga en marcha el complejo muscular del cuerpo humano que se perciba en el mundo exterior (gestos, palabras, etc.) Por su parte, se dice que la "omisión" es la inactividad física o inercia muscular con relación a una acción esperada; es la actitud pasiva o inmovilidad de aquellas partes del cuerpo cuya actuación depende de la voluntad. "Esta inacción —subraya Jiménez Huerta— entra igualmente en el concepto de conducta, porque también la inactividad es una postura, o modo de comportarse frente al mundo externo, precisamente un comportamiento meramente pasivo."⁴⁷⁹ Al igual que la «acción», la «omisión» tiene una realidad espacial y temporal, donde y cuando se encuentre en el sujeto el estado físico de inactividad o abstención, en vez de obrar o imprimir diversa dirección o impulso a su conducta según las expectativas en tal sentido.⁴⁸⁰

Sin embargo, cabe hacer notar que si la omisión solo se puede valorar con relación a una acción esperada, ello evidencia dos cosas: La primera. Que la omisión no tiene vida por sí, sino solo en función de una acción esperada. Y, la segunda. Que para decidir acerca de la omisión de la acción esperada, es preciso atender a la acción que en su lugar se realiza, en tanto que si en vez de ella nada se hace, de la nada es imposible extraer consecuencias materiales y jurídicas. Cuestión sobre la cual volveré más adelante.

⁴⁷⁹ Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 74.

⁴⁸⁰ Esta idea de «omisión» requiere de las acotaciones «normativas» de que «contraría» un «deber jurídico de actuar»; tan para que se pueda apreciar como tal, como para que se estime «típica». Lo que se aclara en el tema del tipo penal objetivo en el CAPÍTULO SÉPTIMO.

B. La condición subjetiva: La voluntad. Con todo, de ningún modo es suficiente que se constate la exteriorización física de lo que aparece como un comportamiento para afirmar que existe una "conducta" que «pueda» ser penalmente relevante. Sino que es necesario verificar —de acuerdo con el artículo 13 del CPC y según se infiere en sentido contrario de las fracciones I de los artículos 15 del CPF y 29 del CPDF— que ese comportamiento obedeció a la "voluntad" de quien lo realizó. La "voluntad" como "intención, ánimo o resolución de hacer una cosa" —según se le conceptúa por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— es pues un factor subjetivo de la «conducta», que opera como común denominador de todas las formas en que se manifiestan la "acción" u "omisión" y sin el cual no se puede afirmar su existencia.

Ahora bien, el contenido y la función de la "voluntad", así como sus alcances —como factor esencial de la acción u omisión que «pueden» ser penalmente relevantes— deben ser objeto de precisión y análisis.

— IV —

La conducta ciega

El concepto de "conducta" que la doctrina penal mexicana adoptó con relación al CPF de 1931, así como el que abrigaron los interpretes de los CPC de 1941 y de 1983 —éste último a través de la expresión "volición" con la que se describió al elemento subjetivo de la conducta en ese código estadual de 1983—, facilitó originalmente una afiliación clara al "causalismo" en su corriente psicologista.⁴⁸¹ La conducta no sería más que un comportamiento —en forma de acción u omisión— determinado —causado— por la voluntad. Teoría ésta que, con sus variantes, prevaleció en México de manera casi absoluta durante los primeros ochenta años del siglo XX. Empero, cabe decir que tan el CPF de 1931 y los códigos penales que le siguieron, en realidad asumieron una postura «eclectica» con relación a la concepción del delito. La cual osciló entre aquella corriente psicologista y la positivista. Ésta, en vez de dar preferencia al concepto de «conducta», la daba al de «autor», fundando la pena en la «peligrosidad» del delincuente.⁴⁸² El delito no era más que signo de la peligrosidad social de una persona. Tesis que a la postre sirvió para pervertir aún más no solo la noción de lo que es «conducta» —dejándola hueca y en un plano secundario—, sino del mismo concepto jurídico de delito. Dichas concepciones así trastocadas —y aunque no se haya querido así— en su conjunto contribuyeron a llevar al Derecho Penal Mexicano a posturas autoritarias que partían de una concepción distinta de lo que en realidad es la conducta humana penalmente relevante y de la intervención del Estado frente a aquella, posibilitando un ejercicio extralimitado de la potestad punitiva.

Como corriente doctrinal de dominio casi absoluto en México en esa época, el causalismo redujo a la voluntad como elemento de la conducta, sólo a la facultad psíquica que tiene una persona para determinar su comportamiento corporal, de forma activa o pasiva. En tal sentido, se entendió que las formas de acción o de omisión eran manifestaciones objetivas de la voluntad. Es decir, sólo interesaba la voluntad objetivada en esas formas externas.

⁴⁸¹ Con relación a estas corrientes ver a Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11ª reimpresión, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1976, pp. 61 y ss.; Richard Busch, *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1992; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas causalista y finalista*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994; Juan Fernández C., *Derecho penal fundamental*, Tomo I, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989, en especial pp. 205 a 357. Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 160 a 168, y Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, T. I, Fundamentos...* op. cit. pp. 237 a 274.

⁴⁸² Ver Nota anterior y el CAPÍTULO SEGUNDO, núm. III, inciso C: La Prevención especial.

Pero sin importar para ello el contenido de «fin» que encierra la voluntad, ni el del «conocimiento» de lo que se hace o deja de hacer que la misma conducta implica. Ese «fin» y ese «conocimiento» podrían pertenecer al dolo o a la culpa como formas de la culpabilidad. Pero nada de ellos se podía considerar para decidir acerca de la existencia de la conducta. La voluntad, pues, era una voluntad ciega y casi-vacia.

En esa línea de pensamiento, «conducirse» significaba comportarse corporalmente —en forma activa o pasiva—, en virtud de un «impulso psíquico» determinado en aquel sentido. O dicho en otras palabras, para que existiera manifestación “volitiva” propia de la conducta, era suficiente con que el sujeto determinara su comportamiento corporal en un hacer o en un no hacer muscular; pero con independencia de la orientación de la voluntad; o de que se quisiera o no se quisiera el resultado; o éste le fuere o no le fuere conocible o previsible a la persona. La acción en este primer estrato de análisis del delito, dice Víctor Obando: (...) era una manifestación de voluntad, concebida esta última sólo en su función causal, esto es, tomando en cuenta, no lo que el sujeto quiere, sino la circunstancia de haber querido algo. Tampoco afectan al contenido de la voluntad del sujeto las características de tipicidad y antijudicialidad, que se refieren, de modo exclusivo, al aspecto externo objetivo de la acción, incluyendo sólo la descripción y valoración del acto como “mutación del mundo exterior”. Exclusivamente para la culpabilidad adquirirá significación el objeto del querer del sujeto.⁴⁶³

De esa manera, el causalismo partió de la idea original de dividir al delito en lo objetivo y en lo subjetivo. A la acción, la tipicidad y la antijudicialidad las identificó como elementos objetivos. De aquí que a la acción la entendiera como voluntad objetivada que trasciende al exterior —a través del movimiento o la falta de él— y que necesariamente produce en aquél algún resultado. La voluntad que se adscribe a la conducta es así una “voluntad sin contenido final”. Y sin que tampoco importe que tal conducta apareje el conocimiento de lo que se hace. Porque es suficiente que la pura forma física que asume la conducta con el movimiento o con la inercia del cuerpo se determinen por un impulso de voluntad. Así a la voluntad se le constriñe a un mero factor causal del acto u omisión. Mas del contenido de fin de esa voluntad nada había que examinar en el análisis de la conducta como primer elemento del delito. Como tampoco y menos aún había que atender al «conocimiento» de lo que se hacía o se dejaba de hacer, ni a las implicaciones del mismo o de su ausencia.

Cuando la forma de conducta en su aspecto externo se identifica con la descripción legal de un delito ajustándose a su ámbito de prohibición, nace la tipicidad. En tanto que con ello objetivamente se puede afirmar que hay un evento típico. En otras palabras, la tipicidad penal en su concepción “causalista” presupone que hubo una modificación del mundo exterior que se produce por el comportamiento humano como «causa»; pero de la «voluntad» de ese actuar sólo importa examinarla en cuanto impulsó o no impulsó a la actividad o determinó o no determinó la omisión que de manera objetiva produjo el cambio en el mundo exterior y se adecuó a la descripción legal de un delito. Ello era trasunto —ni más ni menos— de la concepción causalista del delito.

El causalismo permitió la concepción de la conducta como manifestación de una voluntad ciega. Limitada a determinar las formas externas del acto u omisión, sin que importara el contenido de fin de la voluntad y el

⁴⁶³ Víctor Obando M. L., “Apuntes sobre la culpabilidad con intención e la reforma”, en *Criminalia*, año XLVII, N° 1-6, Academia Mexicana de Ciencias Penales - Editorial Porrúa, S.A., México, enero-junio 1981, p. 116.

grado de conocimiento del hecho. De los que el código penal federal de 1931 —y los códigos locales que le siguieron— frustraron su análisis en la “culpabilidad”, en virtud de la presunción legal de intencionalidad. Ésta subsistía aunque se probara que el sujeto no quiso el hecho que produjo, o que desconocía la ley, ni cuando creía que su conducta había sido lícita.

En suma, el causalismo concibe a la conducta como la manifestación de un comportamiento a través de una acción u omisión voluntarias «sin contenido de fin, dirección y conocimiento» y que «causan» un cambio en el mundo externo.

Si se considera lo anterior y se le agrega que esa postura facilitaba el “*versare in re illicita*” —con lo cual se tiende a castigar por el resultado —en vez de tener en cuenta preferentemente los datos reales de la conducta humana como objeto de regulación e imputación de las normas penales—, se le añade, además, la «presunción legal del dolo» que abolió el examen de la “intencionalidad” como forma de la “culpabilidad” —sin que ni a ésta ni a la otra se les conceptuara en la ley— y se remata con que la pena se fundamentaba en la «peligrosidad» del delincuente, muy bien nos podemos dar cuenta o al menos imaginarnos los extremos autoritarios que facilitó esa postura dogmática. Y los cuales se irán observando a lo largo de este trabajo.

— V —

La conducta *vidente*

Ahora bien, es verdad que la construcción causalista de la conducta y del delito mismo no deja de ser una concepción lógica. Pero también lo es, que el concepto causalista de la conducta es por completo artificial de su naturaleza. Desconoce los datos de su realidad ontológica que tienen sentido dentro del objeto y los fines del Derecho Penal. Y, además, el que dentro del Derecho Penal, aquella realidad ontológica de una acción con sentido es la que el legislador toma —o debe tomar— como base para atender a las conductas que han de ser punibles. Cuando el legislador dice que comete homicidio el que mata a otro, implica a la acción de matar a otra persona en su sentido natural y social. En cuanto que el sujeto actúa con el conocimiento y el fin de matar a otro individuo. Cuando el legislador describe al robo, supone al menos que la conducta que realiza el robo conlleva el conocimiento y el fin de apropiación fáctica de la cosa de otro.

El concepto causalista de una conducta objetiva carente de conocimiento y de fin, por ser artificial y bajo esa premisa pretender abarcar genéricamente a cualquier caso de conducta dentro del Derecho Penal —con el cual se le dio a la conducta una supradeterminación artificial objetiva aplicable a todos los delitos— además de devenir en esterilidad práctica, motivó soluciones deformes en el ámbito del tipo penal y de la antijuridicidad; ajenas a la realidad de la conducta humana y, por tanto, injustas y arbitrarias. Así, era censurable que el CPC sustituyera a la “*voluntad*” con la “*volición*” al conceptuar a la conducta. Pues mientras la “*volición*” se refiere más al impulso psíquico que motiva al movimiento o a la inacción; en su turno, la “*voluntad*” implica orientar el comportamiento corporal hacia cierto fin, cuyas consecuencias son, pues, queridas, aceptadas o previsibles.

Lo que se corresponde con la concepción "finalista" de la conducta.⁴⁸⁴ La cual es distinta a la concepción causalista que todavía tiene aceptación importante en México. Para la tesis causalista la voluntad es "ciega". Y para la finalista la voluntad es "vidente".

El finalismo surge así de la crítica al causalismo. Aquél entiende a la voluntad —que nutre a la conducta que puede ser penalmente relevante— como aquella que se contiene en la acción u omisión y que obedece a la facultad que tiene una persona para "orientar" su comportamiento "con un sentido de fin".

Es decir, el contenido de voluntad de la conducta, encierra a la vez una dirección consciente de la acción u omisión hacia un objetivo propuesto. Escogiendo aquellos medios, su modo de emplearlos y la oportunidad para aplicarlos, a efecto de cumplir el fin que previamente se anticipó o se aceptó. Y también encierra a la previsión, según la experiencia y el conocimiento del sujeto, de efectos concomitantes o consecuencias ulteriores o accesorias distintas del fin y que están ligadas a la acción por el medio u oportunidad en que se realiza. Bien de manera necesaria o bien como posible. Así, se pasa de una voluntad sin contenido de orientación y fin, a una voluntad con dirección y meta. Pues esto último es lo que sucede en toda conducta humana si se le considera ontológicamente y en consideración al Derecho Penal en el que aquella se inscribe.

Ahora bien —como ya se dijo— de la reconstrucción dogmática de los artículos 7° y 15-I, del CPF, a partir de 1993-94 resulta claro que la "voluntad" debe presidir a la acción u omisión delictiva. En su turno, al conceptuar a la conducta, el artículo 13 del nuevo CPC sustituyó la expresión "volición" por la de "voluntad". Pues para que aquella pueda existir se debe "manifestar en una acción u omisión en las que medie voluntad". Y, finalmente, también de la interpretación contextual de los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF, por igual se deduce que la voluntad debe presidir a la acción. Mas estos cambios y antes de ellos el mismo significado con sentido penal de la expresión "acción voluntaria", en el enfoque de la teoría finalista van mucho más allá de simples aspectos terminológicos o de clarificación de técnica legislativa del ámbito de la excluyente de delito por falta de voluntad, en especial, cuando a tales innovaciones se les enlaza con las que se dieron en relación a los demás elementos del delito. Porque ellas aparejan cuestiones de profundas implicaciones filosóficas y jurídico-penales respecto al concepto de lo que es conducta y su impronta en los demás elementos del delito. Y como ya se pudo apreciar, antes no era así. En realidad durante decenios dentro y fuera de México, la dogmática del Derecho Penal sólo se ocupó en escasa medida del concepto de acción. Dice Roxin que desde la monografía de Radbruch⁴⁸⁵ que apareció en 1903, la acción debía reunir las mismas características válidas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva. Y al respecto apunta: (...) Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina a la acción como «movimiento corporal voluntario»; ya se la defina como «causación de modificaciones en el mundo exterior»; como «comportamiento socialmente relevante»; o de cualquier otra manera. Si se pregunta: ¿qué aportan en la práctica esos conceptos al Derecho Penal? La respuesta ha de ser siempre la misma: Nada. De ellos no se puede deducir nada que no se supiera ya anteriormente. Y no podía ser de otro modo, porque el producto de un proceso de abstracción nunca puede

⁴⁸⁴ Con relación a esta corriente ver Richard Busch, *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito*, op. cit. pp. 63 y ss; Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del Delito, Sistemas causalista y finalista*, op. cit., pp. 81 a 126; Juan Fernández C., *Derecho penal fundamental*, pp. 205 a 357; Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, op. cit., pp. 84 y ss.

⁴⁸⁵ Citada por Claus Roxin en *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 84.

contener más que su sustrato.⁴⁸⁶ Así pues, abunda Roxin: (...) el concepto superior buscado a efectos sistemáticos, en el fondo sólo tiene valor estético-arquitectónico. Aunque se le suprima sin más de la teoría del delito —como lo hizo Radbruch en sus trabajos posteriores— ello no tiene influencia de ningún tipo en la solución de los problemas materiales del Derecho Penal. Teniendo en cuenta esta esterilidad práctica, se explica que durante mucho tiempo el concepto de acción tampoco constituyera un problema central en el Derecho Penal. Y esa valoración era absolutamente correcta, pues lo que carece de importancia práctica tampoco debería ser una cuestión decisiva para la ciencia.⁴⁸⁷

Por ello es importante comprender la nueva teoría que surgió hace ya más de cuarenta años. La llamada teoría final. Ella supone un punto de partida radicalmente diferente. En tanto que el concepto «final» de acción como «ejercicio de la actividad final» y como una «supradeterminación de los cursos causales que se dirige a una meta», no es una abstracción de los tipos penales que se regulan legalmente. El concepto no se vincula a la ley positiva. Sino que se presenta con la pretensión de abarcar la «esencia de las estructuras lógicas del ser» que posee la acción. Oigamos a Welzel, creador de la teoría, en dos pasajes que reflejan la esencia de su pensamiento:

(...) el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física; sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógico-reales en el objeto de su regulación; pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación. El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre, ni la función del dolo en ella; sino que, si las quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación.⁴⁸⁸ Para más adelante añadir: (...) la estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo puede prohibir o mandar una conducta final.⁴⁸⁹

El concepto de acción final no habría alcanzado su actual importancia si su pretendida validez general prejuzgada fuera sólo materia de conocimiento teórico sin tener consecuencias prácticas. Lo que no sucede con el concepto causalista de la acción que visualiza a la "conducta" como una determinación psíquica corporal sin contenido de fin. Pues mientras que de una noción así de la conducta —salvo quizá para los casos de ausencia de ella por falta de voluntad, — [ya que] alguna importancia ha de tener la pobre"⁴⁹⁰— no se puede obtener nada para la praxis, en cambio, de la finalidad preexistente de la acción (teoría finalista) se concibe una noción «lógica-natural supradeterminada a la ley». Y de ella se deduce un sistema dogmático del delito casi completo con numerosas soluciones a problemas. Por ejemplo: la teoría de la culpabilidad,⁴⁹¹ según la cual la falta de conciencia de la antijuridicidad deja intacto al dolo. La teoría de la culpabilidad tiene su fundamento en el concepto ontológico de acción. La acción consiste en la previsión del curso causal hacia el resultado anticipado o anhelado por la voluntad. Y es en esa dirección en la que también radica la esencia del dolo, que es, por ende, idéntico a la finalidad. La antijuridicidad se refiere sólo a la cuestión de cómo valora el legislador la acción dolosa. Éste la podrá aprobar o desaprobado. Pero no puede cambiar el hecho de su dolosidad. Ello

⁴⁸⁶ Idem, p. 86.

⁴⁸⁷ Ibidem, pp. 86 y ss.

⁴⁸⁸ Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán Parte General*, 11ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978, p. 49.

⁴⁸⁹ Idem., p. 59.

⁴⁹⁰ E. Gimbenant Ordeig, cit. por Santiago Mir Puig, *El Derecho penal y el Estado social y democrático y de derecho*, Editorial Ariel, S. A., 1994, pp. 189 y ss.

⁴⁹¹ Las denominaciones de teorías de la culpabilidad y teorías del dolo, que atañen respectivamente a las posturas finalista y causalista-normativista, se difunden en virtud del trabajo de Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción Dr. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, pp. 3 a 24 y en especial, pp. 178 a 192.

apareja, además, involucrar al dolo en el tipo penal con un contenido nuevo y quitarlo de la misma culpabilidad. Sin embargo, es natural de acuerdo con el finalismo que las ideas del sujeto sobre la valoración jurídica de sus acciones —aun cuando éstas características se mencionen en la figura típica— carezcan de influencia sobre el dolo. A lo sumo podrán disminuir o excluir la culpabilidad del sujeto. O sea, la reprochabilidad del hecho doloso. Pero el concepto finalista de acción implica también a la llamada teoría estricta de la culpabilidad,⁴⁹² según la cual no excluye al dolo la suposición cierta o errónea de circunstancias justificativas. Por ejemplo: la legítima defensa real o putativa. Así, cuando se plantea la existencia de legítima defensa o incluso de una defensa putativa al inferir lesiones o privar de la vida a otro, es porque una persona actuó típicamente. Y para esto es necesario que haya actuado con dolo. Es decir, con la voluntad de matar o de lesionar. La existencia del dolo en un homicidio es pues compatible con la legítima defensa y con la defensa putativa. Pues estos supuestos, por su propia naturaleza, al referirse al acto de repeler o rechazar una agresión, implican en aquellos ejemplos la posibilidad de que la acción de repulsa conlleve la decisión de lesionar al injusto agresor o de privarlo de la vida. Pero igualmente, si se sigue esta teoría en toda su extensión, según Roxin queda excluida la participación en un hecho principal no doloso. ¿Por qué? Por lo siguiente, dice Roxin: “La participación presupone un hecho en el que participar. Ahora bien, si al ejecutor directo le falta el dolo, en sentido jurídico ni siquiera ha actuado con relevancia penal; y si no existe ninguna acción típica en la que se pudiera participar, ha de excluirse toda participación”.⁴⁹³ De aquí entonces, entre otras razones, que se considere a la figura del autor mediato para evitar su impunidad. De ese modo todavía cabe deducir otras muchas consecuencias. Pero con lo que se expuso basta, para quedar suficientemente claro que son considerables los efectos jurídico-prácticos del concepto final de acción. Pues de entrada: El concepto «final» de acción traslada al dolo de la culpabilidad al tipo penal; dejando a la misma culpabilidad con un contenido diferente.

Sin embargo —Roxin se pregunta—: ¿realmente tiene el concepto de acción la importancia que le conceden los finalistas? Roxin apunta que las objeciones que se han alegado contra la concepción finalista se pueden orientar en dos sentidos: 1º. Contra la idoneidad del concepto de acción como elemento sistemático básico. Pero también: 2º. Contra su validez «general» de base ontológica y contra las soluciones a problemas que de ahí se derivan.⁴⁹⁴ En el primer aspecto, puede pensarse que el concepto final de acción no puede abarcar a los delitos culposos, a los delitos por olvido, a los hechos dominados por emociones o incluso al dolo eventual. Y ello es correcto, aunque sólo en parte como luego se verá. Sin embargo —como puntualiza bien Roxin— (...) de ello sólo se sigue que esas manifestaciones no se pueden concebir como «acciones» en el sentido que se expuso de ese concepto. Mas esas objeciones dejan intactas en todo caso las consecuencias de la teoría de la acción, siempre que exista una conducta final en el sentido de esa teoría. Como ocurre la mayoría de las veces en el Derecho Penal.⁴⁹⁵ Y lo cual se manifiesta sin objeción alguna en todos los tipos penales de acción dolosa. En el segundo aspecto, a la afirmación de una lógica real preexistente, en cuya esfera, como opina Welzel:

⁴⁹² Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Tipos abiertos y...*, op. cit., pp. 180 a 200.

⁴⁹³ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 89.

⁴⁹⁴ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 91.

⁴⁹⁵ Idem. p. 90.

“han de encontrarse los resultados permanentes del derecho natural”,⁴⁹⁶ se le contesta con la antítesis de que el legislador es completamente libre en sus conceptos y regulaciones. En este sentido se manifiesta Larenz por ejemplo. Él acepta que el concepto final de acción es correcto ontológica o filosóficamente. Pero aduce que el concepto “jurídico” de acción es distinto. Porque éste deja a un lado la cuestión de la esencia prejurídica del dolo ya que nada impide al legislador entender al dolo en sentido “jurídico” sólo como *dolus malus genérico*. O que el legislador admita la participación en un hecho principal no doloso.⁴⁹⁷

Pero con independencia de que es negativa la respuesta a la pregunta de: ¿qué acaso el legislador penal — por lo menos ahora en México— regula a la conducta de manera artificial y al modo del causalismo? Ya que en la actualidad en los ordenes federal, Distrital y de Coahuila no parece existir regulación legal expresa en ese sentido. Por el contrario, la actual legislación penal federal, la distrital y la coahuilense sugieren positivamente una orientación «finalista» o al menos que parten de esa base, como luego se confirmará. Lo que ahora importa destacar es que con frecuencia se olvida que el punto de vista que sostiene que el legislador es libre de dar conceptos artificiales de la conducta, no supone más que una tesis sin fundamentación. Y lo que es aún más objetable, es una tesis ajena a los límites de un estado de derecho. En efecto, si la acción humana tiene una esencia previa al orden jurídico. Será entonces muy difícil rechazar la conclusión de que si el legislador no se atiene a la misma, entonces estará tratando cosas distintas de las que cree regular. Al respecto es ilustrativo el ejemplo de Roxin: Si un arquitecto no tiene en cuenta las leyes de la estática la casa se vendrá abajo. ¿Porqué, pues, no habría de ser falsa una regulación jurídica de la conducta humana que desprecie las leyes reales o naturales preexistentes que la rigen?

Además, cabe reflexionar que la capacidad del hombre de configurar el mundo exterior como obra suya y de realizar los fines concebidos previamente al aprovechar o dominar el curso material de los sucesos en función de un fin, es una categoría antropológica y humanista fundamental en un estado de derecho. Pues sin esa facultad de transformar finalmente el medio ambiente no se podría seguir hablando de conducta humana. Y el Derecho Penal regula conductas humanas y no ficciones de esas conductas. O al menos no debiera hacerlo por sistema, si es que se quiere concebir un Derecho Penal que cumpla con la aspiración de un estado de derecho, en el que jurídicamente se genere un sistema de vínculos que se imponen a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la responsabilidad que todos tenemos de asumir las consecuencias que sean imputables a nuestras conductas en virtud del dominio y la conocibilidad que tuvimos de aquellas. Vínculos por los que en la ley penal o en su interpretación se respete la esencia de las conductas que aquella regula con pena. Porque la teoría finalista coloca al hombre que actúa de ese modo en el centro de la teoría del tipo penal y del injusto. Con ello se acomoda a las realidades jurídico-penales. Dado que, en efecto, los meros procesos causales ciegos en los que se hace abstracción de la persona y de su específico modo de conducta en su sentido ontológico, resultan ser productos analíticos artificiales. Que no se dan en la vida como acontecimientos configurados o dominables por la persona y que, por ello, sólo poseen un valor cognoscitivo muy limitado para la imputación jurídico-penal. Los cuales arrojan por necesidad resultados

⁴⁹⁶ Citado por Claus Roxin en *Problemas Básicos*, op. cit. p. 93.

⁴⁹⁷ Larenz, cit. por Claus Roxin, op. cit., p. 91.

deformes y soluciones injustas que amplían desmesuradamente el poder punitivo estatal. Pues conllevan a que cualquier resultado y cualquier curso causal que obedezcan a cualquier movimiento que se determinó por la voluntad, han de serle imputados penalmente a la persona que realizó el movimiento con tal clase artificial de voluntad. Y un punto que es fundamental para corregir esa distorsión es el dolo, en tanto que el dolo desempeña el papel de limitar la irracionalidad del poder punitivo en un Derecho Penal que se conciba como reductor de las manifestaciones irracionales del poder punitivo, ajustando la valoración de la conducta típica a su realidad dentro del supuesto legal del hecho. Por último, ciertas partes de la teoría del delito —como la problemática de la tentativa o la delimitación de la autoría y la participación— no se pueden comprender de manera correcta si sólo se parte del plano causal-objetivo. En todo ello consisten los méritos esenciales del finalismo. De esta manera:

El finalismo concibe a la conducta como la manifestación de un comportamiento a través de una acción voluntaria con contenido de dirección y de fin. Pero a la que considera sólo en su aspecto óntico; es decir, ajena a cualquier reflexión de valoración.

— VI —

La conducta con comprensión de su significado social

Así como el finalismo surge de la crítica al causalismo; el funcionalismo nace de la evaluación al finalismo. Roxin es uno de sus principales expositores —aunque en un sentido moderado, esto es, orientado al de un estado de derecho—. Con relación al concepto de «conducta» aquél puntualiza que en materia penal se trata de la concepción del injusto y no sólo de un concepto óntico de acción anterior a los tipos penales. Es decir, es algo muy distinto deducir de un concepto prejurídico de acción soluciones muy concretas, a los problemas que se plantean en los fenómenos jurídicos penales. Ya que en estos fenómenos hay «contenidos de significación social» que no se pueden entender como simple control final de factores causales. Piénsese en este sencillo ejemplo que se toma de Roxin: una persona se apodera de una cosa que cree que es suya debido a consideraciones jurídicas erróneas. En este caso, el curso causal está totalmente controlado: el autor, seguro de su meta, toma la cosa que quería tener y el proceso externo coincide hasta en los más mínimos detalles con su planeamiento. Pues bien: ¿obra finalmente esa persona? Se podría entender así ese concepto y entonces su estructura sería ónticamente preexistente. Pero en tal caso ya no se podría hablar de identidad con el dolo y tampoco se podría deducir nada de él.

De aquí que el concepto de "conducta" se forme de manera distinta cuando se le vincula con el "tipo penal". O al menos si es que se quiere también incluir en la «conducta típica» la dimensión de su «sentido social» y la comprensión del mismo en cuanto a los elementos «normativos» de valor y desvalor que la informen. Es decir, según el contenido de los tipos penales y según el sentido típico penal que la conducta ha de tener en el delito en particular de que se trate. ¿Cómo? Pues, precisamente, según la redacción del tipo penal y conforme a las regulaciones que establezca el legislador o se deduzcan de la misma ley penal con relación a los elementos del tipo penal. Lo que sí compete al legislador. De no ser así, el sujeto que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajeneidad de la cosa o la deshonestidad de su conducta, no sólo no actúa dolosa ni finalmente —ni en sentido jurídico-penal—, simplemente ya no actúa en absoluto en el sentido de injuriar, robar o abusar de la confianza. La consideración, pues, de un dolo «neutro», esto es, que se refiere sólo al hecho ónticamente estimado que se describa en el tipo penal y ajeno a cualquier apreciación de valor que aquel involucre, requiere entonces de

un replanteamiento. Porque el dolo así considerado⁴⁰⁶ lleva, entre otras, a dos conclusiones contradictorias entre sí. Y ninguna de ellas es satisfactoria para la seguridad jurídica. En efecto: Si se admite el dolo «neutro», entonces el dolo abarcaría sólo a una parte del tipo penal. Es decir, en tanto que el tipo penal tiene elementos normativos éstos no se comprenderían por el dolo. Por lo tanto, tendríamos un dolo que no es igual al tipo penal. Así mismo: Si se quiere razonar que en realidad los elementos normativos no forman parte del tipo penal. O que este carece de elementos normativos. Entonces se tendría que alterar el contenido del tipo objetivo y del tipo penal mismo (el que incluye tan a los elementos materiales como a los normativos.) Lo que nos llevaría a un tipo penal abierto y siempre neutro o avalorado.

Y ciertamente que el legislador no se concreta a describir en el tipo penal simples sucesos ónticos y sin contenidos de valor. Por el contrario, cada tipo penal conlleva la previa valoración legislativa de la dañosidad social del hecho que contiene. La conocida expresión —de Welzel y de Roxin— es reveladora: Matar a otra persona no tiene la misma significación que matar un mosquito. De aquí que en el ámbito del tipo penal al que la conducta se conecta, si se desea saber si alguien actuó finalmente, no sólo se necesita preguntar: ¿si aquél controló «finalmente» los factores causales del hecho sólo en su aspecto fáctico y captó las circunstancias fácticas del mismo? Lo que se podría constatar prejudicialmente. Sino que, además y conforme a la descripción y regulación legal del tipo penal, se tiene que cuestionar si la persona captó el «sentido social» de las circunstancias del hecho según los elementos normativos que informen al tipo. Y en este aspecto es nadie más que el legislador quien selecciona en el tipo penal los elementos de significado jurídicamente relevantes.

Por ende, para que alguien actúe típicamente, además de que determine finalmente el acontecimiento externo en toda su extensión según lo capte el tipo, debe tener claro las «circunstancias de sentido social» que el legislador implique en el mismo tipo penal y en las regulaciones de esa clase que se hagan en la propia ley. Desde esta perspectiva y en un plano típico, el dolo —como contenido final de la voluntad— no se limita a la voluntad del hecho. Sino que, además, comprende el conocimiento de las circunstancias fácticas de significación social y la comprensión de las mismas en ese sentido, según los elementos normativos que se contemplan en el tipo penal o se desprendan de su regulación legal. Así Roxin toma un ejemplo que utilizó el mismo Welzel: (...) si alguien atraviesa un camino sin haber visto el cartel de «prohibido el paso». ¿Por qué ha de ser una verdad eterna, que ningún legislador del mundo puede cambiar, que esa persona ha realizado dolosamente el tipo de falta que pudiera existir? Ciertamente que ese hombre puede haber controlado cada uno de sus pasos. Pero eso también lo hace cualesquier otro paseante. Lo único que le presta su significación jurídica a esa conducta es la prohibición legal. ¿Qué impide entonces que en este caso sólo llamáramos final a la actuación con conocimiento de las circunstancias que generan la prohibición, dado que el sentido de la

⁴⁰⁶La tesis finalista, a diferencia de la causalista, fue complementada por Welzel a través del significado ético-social que involucran los tipos penales, quien consideró que las circunstancias fácticas que involucran los elementos normativos y el tipo mismo, impactaba al dolo, de tal suerte que el autor debería captar el significado ético-social de su conducta objetivamente típica como parte del mismo dolo. Ver al respecto a Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, op. cit.: en especial pp. 110 a 114. Así, Welzel afirma: (...) lo que es "ajeno", "falso", "documentado", "inactivo", sólo parcialmente puede percibirse por los sentidos, en su mayor parte únicamente puede captarse en forma intelectual (las llamadas circunstancias normativas del hecho.) Así, en un "documento" sólo el papel y la escritura son sensorialmente perceptibles. En cambio, su carácter de documento, esto es, el significado probatorio de su contenido declaratorio, sólo se comprende intelectualmente. (Op. cit., pp. 110 y 111.) Aún así y aunque enseguida Welzel reconoce que el autor habrá de (...) tener conocimiento de la especial significación y función que tienen en la vida social los hechos designados con tales conceptos; no parece darle la misma significación a la comprensión del carácter específico de muchos de esos elementos y menos aun al daño o peligro indebido en el que se coloca al bien jurídico, como elemento del tipo penal, del cual sólo interesa para los efectos de valorar la antijuridicidad del hecho y, en su caso, la culpabilidad del autor, como se evidencia del pasaje siguiente: (...) La legítima defensa no anula la materia de la prohibición, sino sólo la antijuridicidad de la realización de ella." (Idem, p. 117.) Esto es importante, porque Welzel no acudió a un concepto de dolo que sólo se identifique con los elementos materiales o descriptivos del tipo penal, sino que —sostuvo— que aquellas circunstancias del tipo que aparecen la comprensión espiritual son tan reales como las sensorialmente perceptibles. Sin embargo, en la llamada teoría de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico, Welzel sostuvo —según Roxin— [que no eran circunstancias del hecho descrito en el tipo las alusiones en el mismo tipo penal a la "competencia", la "legitimidad en el ejercicio del cargo" o la "reprobabilidad". (Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 96.)

conducta sólo queda constituido con la prohibición que el tipo penal describe y que la finalidad no se limita al control final del curso externo, sino que incluye la dimensión de su sentido prohibido?⁴⁹⁹

De todo ello se desprende que cuando el legislador pune una conducta puede requerir un mayor o menor conocimiento del sentido social de la acción por parte de la persona para que ésta merezca la pena. Es decir, el legislador es libre de determinar en el tipo penal qué dosis del sentido valorativo del suceso tiene que haber llegado a la conciencia del autor. Además, porque la existencia misma de los tipos penales evidencia una valoración del legislador, que en esencia se puede expresar en el sentido de que si él sanciona con pena las conductas que prohíbe es porque ellas se dan en cierto marco que se puede estimar desaprobado en un estado de derecho. El «límite» del legislador es que no reduzca la conducta a un fenómeno diferente de lo que ella es realmente. Pero si el legislador respeta ese «límite» al describir la conducta punible (tipo penal), aquél sí podrá estimar en el tipo circunstancias normativas, que acoten típicamente a la conducta sin desnaturalizarla ni volverla artificial y que deban ser captadas por el dolo. Por lo tanto, no se trata de cualesquier conducta la que le interesa al legislador para los efectos penales, sino sólo aquéllas que se deban sancionar penalmente por reunir las características que aquél acuña en el tipo penal o se deduzcan de su propia naturaleza.

Si esto es así, entonces no es posible formar un concepto ontológico del dolo que sea independiente de la voluntad del legislador. El dolo, pues, sí se basa o sí se debe asentar en una acción con voluntad «final», al menos si se quiere respetar la esencia ontológica de la acción como límite que se deriva de un estado de derecho. Pero el dolo nunca es incoloro normativamente, ni se le identifica nada más con cierto contenido óntico de la acción en su sustrato material-subjetivo. Sino que el «dolo» debe abarcar la voluntad y el conocimiento del hecho tal como lo describa el tipo penal y, por lo tanto, también implica al menos el conocimiento de las circunstancias fácticas que fundamenten a sus elementos normativos y que la persona capte el sentido de éstos elementos normativos. De aquí que en el ámbito del tipo penal, lo único que tiene sentido denominar «dolo» es el grado de conocimiento y decisión del sujeto según la significación que el legislador presuponga como mínimo para incurrir en pena, de acuerdo con la redacción de cada tipo penal y las regulaciones que el legislador haga de aquél. Por ello, dice Roxin: (...) Es erróneo creer que el dolo se tiene que determinar según el mismo esquema en todos los tipos y en todos los campos del Derecho. Antes bien, es muy posible —y ello no se opone en absoluto a la «esencia» del dolo o de la «acción»— que, por ejemplo, en la esfera del Derecho Penal sólo se considere dolosa la actuación voluntaria y con conocimiento de ciertas circunstancias del tipo que implican valoración.⁵⁰⁰

Es pues válida la afirmación que dolo es "la voluntad y el conocimiento de contenido típico". Y no sólo la mera voluntad y el conocimiento de una acción en su aspecto «material» típico y, en su caso, subjetivo específico, pero "siempre «neutra". Porque si a la conducta la atrapa el tipo penal y si el tipo penal contiene elementos de valoración (normativos), por ende, las circunstancias de éstos y de las que depende su existencia, sí se han de abarcar por el dolo. Con base en esto, es tan inaceptable que se excluya del dolo a los elementos normativos específicos que contengan los tipos penales; como también son inadmisibles los tipos «neutros» —como lo sería el homicidio—. En tanto que todos los tipos encierran al menos el aspecto material antijurídico de la conducta, esto es, el daño o peligro (lesivos) al bien jurídico tutelado. Lo cual al menos en su envoltura fáctica debe captarse por el dolo.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, pp. 86 y ss.

⁵⁰⁰ *Idem*, pp. 93 y ss.

⁵⁰¹ *Idem*, pp. 178 a 213.

**Mi opinión sobre la «conducta» penalmente relevante
conforme al Derecho Penal Mexicano y los límites de un estado de derecho**

A. Las premisas ónticas del finalismo acerca de la conducta y su adecuación a un concepto jurídico de la misma en un Derecho Penal democrático. Si se considera a la «conducta» en sí, es indudable la aportación del finalismo para acercar la concepción de la conducta en el Derecho Penal a la del estado de derecho, en cuanto a la noción básica de acción que postula el finalismo.⁵⁰² La que tradicionalmente se ha considerado de carácter “pre-jurídico” y con la cual se debe contrastar la conducta a examinar para que pueda ser penalmente relevante. Ello es así, porque la tesis final de la acción rescató para el Derecho Penal sus premisas ontológicas y, además, corrigió la deformación causalista de la conducta, para pensarla con su auténtica carga de voluntad. Pues no se puede desconocer que la conducta, si se le supone ontológicamente dentro del ámbito penal, además de implicar la exteriorización de un comportamiento voluntario, también se orienta a un fin e involucra el conocimiento de lo que se hace. De tal suerte que —como lo señaló Jiménez Huerta—: “El elemento finalístico o teleológico de la conducta es precisamente lo que se enseñorea del comportamiento y matiza al mismo de significación penalística”;⁵⁰³ como lo es el ánimo de apropiación en el apoderamiento, sin el cual no hay delito de robo; o incluso —nos dice el indicado tratadista—: (...) las simples finalidades sociales de la vida cotidiana que presiden algunas conductas —pasear o viajar en automóvil (aunque a velocidad excesiva); encender un cigarro (aunque en lugar donde hubiere materias inflamables) —; cuando producen un resultado típico tienen trascendencia en algunos delitos para configurar sus contornos y perfiles culposos.⁵⁰⁴ Y todo ello es correcto. Pero es correcto sólo si, además, a la conducta se le matiza y examina —sin desnaturalizar sus condiciones básicas ontológicas— en función de los diversos elementos que la caracterizan como delito y en los que el legislador la toma en cuenta para ese efecto. Pues a la conducta penalmente relevante no se le puede definir a priori y fuera de su sentido en el Derecho Penal en el que se enmarca. Para así pretenderse que de aquel modo ella rija sin cambio para cualquier parcela de la teoría del delito.

No obstante todo lo anterior, es aún pertinente discutir si en Derecho Penal es o no es válido partir de un concepto óntico-nomológico de conducta (concepto pre-jurídico), así como en qué sentido tendría validez esa noción y cuál sería su función. Con un enfoque de carácter finalista, la “conducta” —como base en la cual se asientan los demás presupuestos de la punibilidad o elementos del delito— siempre implica una acción voluntaria con contenido de orientación y fin y sin que sea necesario que ella contenga la «valoración» del hecho mismo que prevé el tipo. Esto es, la conducta de la que habría que partir, sería una conducta

⁵⁰²A la cual solo habría que precisar que a los datos ónticos se les tiene que estimar en su aspecto *nomológico* (según lo que se sabe acerca de su realidad en términos comunes, conforme a las bases de la experiencia y el estado actual de la ciencia, dado que dicha realidad siempre está sujeta a la corrección que pueda surgir de comprobaciones científicas ulteriores.) La postura nomológica de reconocer que los datos que se estiman como “reales” según lo que de ellos se conoce en la actualidad y pueden ser erróneos, como lo demuestra un sinnúmero de creencias cuya falsedad se ha demostrado a través del tiempo y según los avances científicos, no debe llevar al extremo de un subjetivismo extremo de sancionar por las acciones que cada quien creyese que serían delito, como parecería orientarse la posición de Fernando Molina Fernández en su excelente obra *Antijurisdicción penal y sistema del delito* (J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2007), la cual por la excelencia de su investigación de cualquier modo merece ser leída y reflexionada.

⁵⁰³Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 76

⁵⁰⁴Ídem.

«ónticamente» considerada. Por lo tanto, no existiría conducta tan cuando “*el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente*”, como cuando al comportamiento le falte en absoluto algún fin —como contenido de la voluntad—. Al proceder de esa manera, en realidad lo que destaca es lo incorrecto de construir un concepto de acción inventando lo que no existe en el mundo. Cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana parte de la abstracción de los datos que le proporciona la realidad, de tal suerte que en ese sentido no hay un concepto de acción real, sino una realidad de la conducta humana, de la que cada rama del saber le abstrae los datos que entiende útiles para su concepto de acción. Ya Marinnuci⁵⁰⁶ y Zaffaroni⁵⁰⁷ subrayan que así como el concepto de acción difiere para la reflexiología o el conductismo, para el psicoanálisis y para la sociología, etc. —aún cuando todas ellas toman datos de la realidad en las que se expresa la conducta, pero que tienen sentido para el objeto de su ciencia—. Pues bien, de igual forma el Derecho Penal debe construir su propio concepto de acción pero adaptándolo al objeto de su estudio. Y es indiscutible que el Derecho Penal tiene por objeto el análisis de conductas humanas que pretende regular la ley penal. Ya que sus normas prohíben con penas ciertas conductas de las personas y a través de proscipciones de esa naturaleza tiende a motivarlas a comportarse de acuerdo con la norma. Por lo tanto, en un Derecho Penal respetuoso de los derechos de las personas al analizar la regulación de las conductas que la ley les prohíbe con pena, tiene que considerarlas como provenientes de esas personas, partiendo de cómo aquellas se manifiestan en la realidad, para de ahí tomar los datos de esa realidad que tengan sentido para el Derecho Penal. Así pues, lo primero que cabe hacer, mediante un proceso de abstracción, es seleccionar los requisitos mínimos con los que se conforma en la realidad la conducta humana para que tenga sentido en el ámbito del Derecho Penal en el que aquella se enmarca. Tomando en cuenta de que es a las conductas y no a un remedo de ellas a las que se hará la imputación penal en caso de que se ajusten a las que prevén los tipos penales.

En tal línea de pensamiento, es ya inevitable que un concepto pre-jurídico de la acción para el Derecho Penal sea a la vez un concepto jurídico y no un mero dato de la realidad. Bien apunta Zaffaroni: (...) No se trata de una decisión del penalista sino de una condición que no puede eludir.⁵⁰⁷ En ese contexto, es quizá una exageración y asimismo constituye un imposible pretender abarcar el ser total de la acción en un concepto prejurídico de ella. El ser de la acción tal como ella se manifiesta en la realidad es inabarcable debido a su misma amplitud fenoménica en la realidad. Como igual lo sería pretenderlo como concepto jurídico pero a la vez inmutable y universalmente válido, más aún porque no todas las realidades del ser de la acción, no todas las manifestaciones de la conducta interesan al Derecho Penal. Y esto era ya evidente desde el concepto de acción de Welzel, como “la unidad real de sentido dominada por la voluntad que establece el fin”,⁵⁰⁸ quien en tal sentido seleccionó de la realidad aquellos datos de la acción trascendentes para el Derecho Penal, como lo muestra, por ejemplo, que aun cuando también las motivaciones forman parte del ser de la acción, sin embargo Welzel las abstrae de ella —y lo siguen haciendo los funcionalistas— para sólo colocar en otro plano las motivaciones concientes y que importan para la culpabilidad. Y ello se debe, ni más ni menos, a que Welzel

⁵⁰⁶ Giorgio Mamucci, *El delito como 'acción'*, Prólogo del Prof. Dr. Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., traducción de José Eduardo Sáinz-Cantero Caparrós, Madrid-Barcelona, España, 1998, pp. 30 y 31.

⁵⁰⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 395 y ss.

⁵⁰⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, ..., op. cit., p. 395

⁵⁰⁸ Citado por Enrique Díaz Aranda en “Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, p. 65.

seleccionó de la realidad de la acción humana, por un lado los datos que importan para la tipicidad según las constantes de los tipos penales: acción con voluntad final. Y por el otro, a aquellos otros —los motivos— que interesan para la reprochabilidad de la conducta, esto es, para la culpabilidad. De todo ello se siguen varias consecuencias:

1) *Que —en tanto el Derecho Penal se ocupa de prohibir y sancionar acciones humanas— el concepto de acción que debe manejar el Derecho Penal para los efectos del delito, ha de vincularse a los datos de la realidad que informen a la acción en la medida que ella tenga sentido en un Derecho Penal vinculado con los ideales de un estado de derecho. Ello significa que el concepto de acción que haya de tomar en cuenta el Derecho Penal no debe ser un concepto artificial y ajeno a las realidades de la vida en las que se expresa la conducta humana, sino congruente con esas realidades que la ley penal misma pretende regular, dentro de las cuales están las que informan a la acción como un concepto toral que le dan sentido dentro del Derecho Penal.*

2) *Lo anterior apareja, por un lado y en virtud del mismo proceso de abstracción, tomar el mínimo de datos de la realidad que sean suficientes para que tenga sentido hablar de un comportamiento humano —como objeto de regulación del Derecho Penal—, correspondiéndose así tal búsqueda con el respeto al ser humano —que es el único capaz de realizar acciones— dentro del marco de un estado de derecho. Y esos datos mínimos consisten en la exteriorización de una voluntad final con conocimiento de lo que se hace; en virtud de lo cual la persona puede dominar ciertos hechos o serle dominables según la experiencia y lo que se conoce.*

3) *Más por el otro lado, también significa seleccionar sólo aquellos datos de la realidad que —sin desnaturalizar los datos mínimos básicos de la conducta humana— tengan interés para el Derecho Penal dentro de los mismos límites que le impone el estado de derecho. Por lo que el concepto prejurídico de acción es válido en la medida que seleccione aquellos datos de la realidad de la conducta humana que sean constantes para que —dentro de un Derecho Penal respetuoso de un estado de derecho— luego se pueda seguir hablando de conducta humana en aquellas categorías en las que aquella es tomada en cuenta por el Derecho Penal para definir al delito.*

4) *Que en el sentido anterior, aunque al concepto prejurídico de acción se le vuelve jurídico desde que se le vincula a los límites que le impone un estado de derecho, ello en nada obsta para que tal concepto jurídico de acción se deba luego moldear —sin desnaturalizarlo— según los contenidos de los tipos penales. Si se procede de esa manera se mantiene la vinculación del concepto al marco de un estado de derecho y el cual es de superior interés valorativo. Lo cual impide que por la vía de los tipos penales se pueda arribar a nociones desconfiguradas de la acción que no solo se aparten de la concepción óptica de la acción, sino que abran la posibilidad de que casi cualquier cosa pueda ser estimada como conducta dentro del tipo penal; transgrediéndose así los límites que para el poder punitivo se derivan del mismo tipo penal y que siempre presupone un hecho dominable por una acción. Es decir, en el mundo de relación los tipos penales solo pueden adquirir vida a través de conductas concretas y reales que los llenen.*

5) Por último, que el concepto jurídico-penal de acción vinculado a los valores y derechos fundamentales del ser humano y a los marcos depuradores de las categorías del delito dentro del mismo estado de derecho, principalmente a la tipicidad de la conducta, tiene una legítima función reductora del poder punitivo del Estado. Porque no solo impide que se pueda estimar como conducta todo hecho que no sea expresión final de la voluntad de una persona realizada con conocimiento, sino que, además, restringe sólo a aquellas expresiones de la acción que sean captables por los tipos penales.

B. La función legítima del concepto final-valorativo de acción como reductor del poder punitivo del Estado. Así, en un enfoque multidimensional, aunque la falta de voluntad se regula como excluyente de delito en los artículos 15-I del CPF, 29-I del CPDF y 14 del CPC.: la falta de fin y/o conocimiento como contenido de esa voluntad apareja otras consecuencias en el ámbito penal.

Porque de entrada, el fin y el conocimiento de la conducta que importan para el Derecho Penal son el específico fin y conocimiento necesarios para que sea típica la conducta que se ajusta al tipo penal de un delito.⁵⁰⁹

Por ello, no se debe olvidar la íntima relación que hay entre los elementos del delito. Y por ende, la interconexión de la conducta con los demás presupuestos de la punibilidad. En tal tesitura, la conducta, en sus aspectos objetivos —materiales-normativos— y subjetivos, en el ámbito penal se decide y acota por el tipo penal y la culpabilidad y hasta con la antijuridicidad como los propios finalistas así lo señalan. Pues lo que al Derecho Penal le importa es una conducta que sea típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, aunque no toda conducta conlleve su tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, es claro que estas categorías sí involucran a la conducta con una carga onto-nomológica —con la cual tenga sentido seguir hablando de conducta—, como igual debiere serlo, que, además, aquellas categorías la depuran de todas aquellas otras conductas que carezcan de relevancia penal, a la vez que la tifen y llenan con ciertos contenidos de fin y de especial valoración normativa —colándola aún más de ese modo—. Si se hiciera abstracción del contenido subjetivo de la conducta en el tipo penal —al igual que en la antijuridicidad y en la culpabilidad— se volvería a caer en la deformación causalista del concepto de delito y de las soluciones jurídicas a sus casos prácticos. Todo ello en demérito de la garantía de legalidad con relación a la interpretación de cuándo la conducta es típica, cuándo es antijurídica y cuándo es culpable. Además, con infracción de los principios de libertad y de dignidad humana que nuestra C. postula como límites a todo acto del Estado que afecte a las personas. Mas el riesgo de caer en tal deformación es lo que también lleva a demarcar la noción finalista de la conducta. Para evitar que esta pase a ser un factor predeterminante del tipo, en el sentido de que para decidir la tipicidad de la conducta sólo importe estimar que el fin de ella nada más capte el sustrato fáctico del tipo sin ninguna consideración a sus elementos normativos. Porque los supuestos de hecho que contiene el tipo penal no son sucesos humanos avalorados, sino precisamente lo contrario. Son acontecimientos imputables a una conducta humana desaprobada que el legislador prohíbe debido a su dañosidad social cuya primera manifestación es el peligro o el daño que motiva la conducta. Son pues sucesos humanos siempre desvalorados por el legislador, en virtud de que la

⁵⁰⁹ De aquí que sea natural que se estime como conducta dolosa cuando el fin y el conocimiento de la misma coincidan con los elementos del tipo penal de un delito en particular.

conducta que él prohíbe pone en peligro o daña (lesivamente) y de manera desaprobada un bien jurídico. Y por lo cual, también el aspecto subjetivo de la conducta tiene relevancia en el injusto y la culpabilidad.

De aquí entonces que, aun cuando dentro de las demás categorías del delito se deba tener presente siempre la base ontológica mínima de la conducta, la razón sí exige que se le acote —sin deformarla— con las exigencias de los tipos penales y las de los demás presupuestos de la punibilidad. Y para que en ese sentido se le dimensione con ciertos contenidos de fin por una parte, y por la otra con límites normativos, según ellos se contengan en los demás elementos del delito que se infieren de la ley penal. Por todo ello es preciso el examen de la conducta dentro de las restantes categorías —presupuestos o elementos— del delito. Pero también por todo ello no es plausible que antes de aquellas categorías a ella se le considere tan solo como “manifestación de la personalidad” y según la cual (...) es acción todo lo que se puede atribuir al ser humano como centro anímico-espiritual; de la cual su contenido solo puede estimarse dentro de los demás elementos del delito pero no previamente a ellos, como lo estima Roxin.⁵¹⁰ Porque las concepciones de aquella naturaleza (“manifestación de la personalidad” y “centro anímico espiritual”) —aunque sean amplias y comprensivas— **1)** serán siempre vagas e imprecisas de lo que es acción y con las cuales se corre el riesgo de que se les aleje del significado real de sentido de la conducta en Derecho Penal y que es valladar contra la intromisión del Estado en la esfera de los derechos de las personas, sustituyendo tal significado con nociones artificiales —aunque fuesen normativas— de lo que es la acción sin serlo. Y porque asimismo **2)** esa noción da luego pie al reproche por la personalidad del autor y no por lo que él hizo, es decir, por lo que la persona hizo de su vida y no por la acción que ella realizó. Asimismo, **3)** porque en ella está un sustrato indispensable sin el cual ya es imposible sostener que hay conducta: La voluntad con sentido de fin.

Pero como ya se dijo, no por ello es admisible adoptar una noción pre-jurídica de conducta con la pretensión de que rija como concepto ontológico supra-ordenado, esto es, que disponga del mismo modo y sin cambio a los demás elementos del delito. Lo necesario, pues, es que al menos se parta de lo que es la conducta realmente, para de ahí seleccionar aquellos que, además de su manifestación externa, le puedan dar sentido dentro del Derecho Penal, cuales son el conocimiento y la voluntad final. Y aunque también deba aceptarse que ella o su función tengan que acotarse y modularse —sin desnaturalizarla— de acuerdo con las exigencias de los diversos elementos del delito que descansan sobre la misma y a los cuales también informa. De esa manera, **1)** no cambia nada al concepto de la conducta el que la función misma del contenido final de acción deba de redimensionarse en los delitos culposos —con inclusión de los delitos de olvido—. Pues por más que en ellos lo decisivo sea la valoración objetiva de la infracción de un deber de cuidado. De todas suertes el contenido de fin de la conducta en el delito culposo aún juega un papel primordial, el de excluir al delito doloso; precisamente, porque el fin de la conducta del sujeto —objetivamente desaprobada— discrepa con el resultado que acaece con motivo de la infracción. **2)** Lo mismo puede decirse de los delitos de simple omisión dolosa, en tanto que en ellos el sujeto también ha de conocer las circunstancias que describe el tipo y voluntariamente realizar una acción distinta a la que manda el tipo, la cual, por ello, se le puede objetivamente

⁵¹⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, pp. 252 y ss.

estimar como contraria a la debida que omitió. 3) Sin que estas consideraciones varíen en los delitos de comisión por omisión, en cuanto que el sujeto ha de conocer las circunstancias que dan motivo a que realice la acción que evitaría el resultado cuando él a su vez realiza una acción distinta a la debida que deja de hacer. 4) Y también la conducta —con todos sus ingredientes de voluntad y fin— opera en los delitos que se cometen por emoción violenta o por arrebató interno. 5) Como igual sucede en ciertos delitos que se cometen en estado de inimputabilidad del sujeto, dolosa o culposamente procurada, donde la imputación penal se retrotrae —por disposición de la ley— a una conducta anterior del mismo sujeto, bien sea dolosa o culposa (conductas libres en su causa). Según se verá más adelante.

Asimismo, la tipicidad de una acción no puede comprenderse sin atender al sentido de la misma acción. Y ello vale en cualesquier el tipo penal, sea doloso o culposo, de acción o de omisión, de resultado o de simple conducta. Porque las conductas que prevén los tipos penales solo tienen sentido en cuanto sean conductas prohibidas en el sentido que importa para el mismo tipo penal de que se trate. Y ello conlleva ciertos esquemas tanto objetivos como subjetivos. Y en cualquier caso, dichas pautas solo serán plausibles si antes se sabe cuál es el sentido y fin de la acción. Esto es, de qué clase de acción se trata. Así, respecto al deber de cuidado como elemento normativo en los tipos penales culposos, bien dice Zaffaroni: (...) Nadie puede individualizar de qué clase de cuidado se trata, si ignora de qué actividad se trata... [y aún] (...) aceptando que el cuidado debido puede convertirse directamente en una abstención (no conducir por quien no sabe hacerlo, no aplicar inyecciones por parte de quien no está entrenado, etc.).⁵¹¹ Dicho de otro modo, la evitabilidad de una acción que representa un peligro lesivo para el bien jurídico, solo se puede decidir con relación a actividades concretas según su sentido; sentido que sólo se puede determinar si se sabe cuál fue el fin de su autor. Y es que el deber de cuidado al igual que su infracción solo puede referirse a actividades determinadas. Nadie puede determinar que en el caso concreto existe un deber de cuidado y que tal deber se infringe, sin saber de qué comportamiento se trata. Todo ello lleva a las siguientes premisas:

Bien se puede sostener que 1) las normas legales que establezcan —o de las que se deduzca— que en toda acción u omisión debe existir voluntad, este último dato impide que a la conducta se le configure solo por los coeficientes de la exteriorización de un comportamiento determinado por la voluntad, pero abstraída ésta de su contenido de fin. Y asimismo 2) que esas normas tienen una función sistemática mucho más modesta aunque fundamental: el señalar las condiciones básicas que debe reunir la conducta para que «pueda ser» —y no necesariamente sea— penalmente relevante. Operando así como un primer filtro: excluir como conducta toda manifestación de un comportamiento —aparente— si acaso le falta la voluntad. *Con ello ya se da de por sí una primera función reductora del concepto de conducta al poder punitivo del Estado. Éste no puede estimar como objeto de pena los aparentes comportamientos cuando sean ajenos a la voluntad.* 3) Mas la conducta que puede tener sentido para el Derecho Penal no puede ser precisamente un mero movimiento o inervación corporal voluntarios sin sentido. Y para que lo tenga es preciso abstraer de la realidad otros datos con los que ya se pueda hablar en todos los casos, que con los datos de esa realidad óptica de la conducta, ya es sensato

⁵¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Stokar, *Derecho Penal...* op. cit., p. 400

que la misma pueda ser captada por un tipo penal. El dato adicional es el contenido de fin que tiene la voluntad. 4) No es pues paradójico que este proceso de abstracción sea a la vez uno de selección que depura del Derecho penal todo comportamiento que carezca del requisito adicional para que la conducta pueda tener sentido dentro del propio Derecho Penal.

5) Asimismo, tan es un error estimar que la función selectiva y reductora de la acción en el Derecho Penal se agota con su concepto jurídico pre-típico, como es inconveniente considerar que dado que la acción adquiere su configuración plena de sentido dentro del tipo, solo cabe conceptuarla antes como mera referencia de centro espiritual anímico para la imputación penal. Lo primero, porque la función depuradora de lo que es conducta penalmente relevante solo se puede empezar a agotar —y no siempre del todo— con el sentido que se da a la misma en los tipos penales, con lo cual el concepto jurídico de conducta también cumple otra función reductora del poder punitivo estatal. Y lo segundo, porque la llamada noción pre-jurídica de acción tiene su fundamento jurídico en el respeto al ser humano en un estado de derecho, al atender a los datos de la realidad en los que tiene sentido la acción humana que puede ser relevante para la ley penal. Ella es, precisamente, el objeto de regulación del Derecho Penal. Y porque el conceptuar de manera demasiado amplia y vaga a la acción, además de que se pierde la función selectiva del concepto pre-jurídico de acción —que por aquellos motivos ya se vuelve jurídico—, se corre el riesgo de que también en el nivel del tipo se amplíe en forma desmesurada el poder punitivo estatal al desatenderse en el mismo lo que es realmente la conducta como objeto de regulación del Derecho Penal.

6) Por último, el establecer los datos con los que una conducta «puede» ser penalmente relevante no significa predeterminar o sujetar su concepción a un comportamiento en el que no importará la comprensión por el sujeto del sentido de desvalor social de la misma a los efectos del tipo penal y del injusto, ni tampoco aparece excluir de ella otros factores subjetivos que puedan tener relieve para la culpabilidad; sino que significa tan solo fijar las condiciones mínimas que aquella debe tener, precisamente para que luego ella pueda tener sentido en el análisis de los restantes elementos, estratos o categorías del delito; es decir, para que aquella a su vez se le amolde, sin desnaturalizarla, a las exigencias del tipo no sólo en cuanto al conocimiento y fin de los elementos materiales típicos, sino, además, a la captación de los elementos normativos del tipo y del injusto, como en su caso, respecto a las consecuencias jurídicas que tiene saber o no saber la ilicitud penal de lo que se hace a efectos de la culpabilidad.

C. Conclusiones acerca de la «conducta» que puede ser penalmente relevante. Con base en todo lo visto se desprenden ya las consideraciones siguientes que en su mayoría habrán de ser objeto de verificación dogmática en este trabajo: 1) Si se quiere ser congruente con el respeto al ser humano en un estado de derecho, el análisis del delito debe tener presente siempre la base óptica de la conducta. 2) De los datos de la realidad que conforman a la conducta humana, se deben seleccionar aquellos que permitan una noción de conducta que pueda ser relevante para el Derecho Penal y así, entenderla con su auténtica carga de conocimiento y voluntad final. 3) Sin perjuicio de que a ella se le acote y redimensione —sin desnaturalizarla— según las exigencias de los demás elementos del delito en lo que ella se proyecte.

Lo anterior apareja que la relevancia penal de la acción dependerá en gran medida de su adecuación concreta —objetiva y subjetiva— con la conducta que exija la figura típica del delito en particular que aparezca se cometió, junto con la forma típica de intervención de que se trate.

En el contexto anterior, cabe señalar que la conducta no es un elemento aislado del delito, sino que es la base del mismo delito, la cual se le ha de redimensionar en función de los demás elementos del delito. La conducta, pues, es el «*asiento*» que se proyecta a los demás presupuestos de la punibilidad y los cuales, a su vez, se proyectan sobre ella y la moldean cada uno en sus respectivas categorías. Como señala Víctor M. L. Obando: (...) El concepto clásico del delito se compone de la acción como concepto genérico, y de los atributos de la misma, típica, antijurídica y culpable, como caracteres específicos.⁵¹² La explicación gráfica que da Cousiño Mac Iver de su concepto del delito es más ilustrativa.⁵¹³ Mac Iver lo representa tridimensionalmente: como una pirámide con una corona. La base de la pirámide es la "conducta". Uno de sus lados representa el carácter «típico» de la conducta, otro su carácter «antijurídico» y el último costado su aspecto «culpable»; los que juntos con aquella forman el poliedro. La corona es la "punibilidad". Los flancos del trípode se basan en la "conducta" y al interior se interconectan entre sí. Pero todos ellos descansan en aquélla. Aunque la misma adquiere perfiles y relieves propios en cada uno de ellos.

De aquí que —dado que la omisión sólo puede ser penalmente relevante si se infringe un deber de actuar— quizá no quepa hablar de "omisión" en un nivel pre-típico, ni siquiera si a ella se le abstraiera de la frustración de las expectativas sociales y de la violación de deberes sociales de acción que involucra la realización de un tipo que la admita o la requiera. Porque ónticamente la omisión significarla no hacer nada y de la nada ninguna consecuencia se puede derivar. Ello apareja que el concepto de conducta en un nivel pre-típico solo puede construirse sobre acciones y, además, que sólo sabiendo de qué clase de acción se trata en un caso particular, se puede saber si en ese caso se omitió realizar la acción debida. En tal sentido, todos los tipos de simple omisión o que admitan a la omisión presuponen necesariamente una acción. Como lo señaló Fernando Gómez Mont al comentar las reformas de 1993 a la C. y al CPF—: (...) para poder referirnos a la omisión tenemos que acudir a un concepto normativo, entonces ya no estamos hablando sólo de conducta humana, tenemos que referirnos a un aspecto normativo. Entonces ésta tiene que ser tratada en un elemento posterior de la conducta humana, pero no en la base de la pirámide que es la actividad humana... Para poder hablar de omisión no podemos hacerlo en la primera fase, tenemos que irnos a la segunda, el deber de hacer algo, al nivel de tipicidad, donde venga el mandato de portarse de determinada manera, así que a los que sostenemos esta teoría, la omisión no puede tener un tratamiento pre-típico, podemos hablar de conducta sin tener que hablar de tipo pero no podemos hablar de omisión sin poder hablar de conducta penal, de ahí que se quitara esta diferencia entre actividad e inactividad.⁵¹⁴

⁵¹² Víctor M. L. Obando, *Apuntes sobre la culpabilidad con intención a la reforma*, op. cit., p. 114.

⁵¹³ Luis Cousiño Mac Iver, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975, p. 267.

⁵¹⁴ Fernando Gómez Mont, *Causas de exclusión del delito, Coloquio "Reformas a la Constitución y diversos ordenamientos legales en materia penal"*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, mayo de 1994, p. 79. Pero por mi parte cabría preguntar: ¿cómo habría entonces de plantearse la aparente inactividad en los casos de fuerza irresistible que impide la acción, si ni siquiera hay aparente expresión de una actividad? Quizá como eso. Como la falta de actividad. Al menos en éste primer nivel, que cambia cuando se le valora en la tipicidad, aunque se conserven las bases ontológicas en respeto a un estado de derecho. Pues en el tipo ya no sólo se trata de la conducta ónticamente considerada, sino de la conducta que el legislador valora en ciertas circunstancias para tipificarla penalmente. Valoración que al menos en la esfera del profano debe captar el sujeto al que se dirige el tipo.

Pero precisamente por ello, cuando se estudie a la «conducta» en el ámbito de la tipicidad, el conocimiento, la dirección y el fin de la voluntad se deben acotar por el contenido del tipo penal de cada delito. En el delito doloso, a efecto de verificar si la conducta —con su contenido de fin— se adecuó o no se adecuó al tipo, mas no sólo en su aspecto fáctico; sino, además, si el sujeto se ajustó con su conducta a las condiciones objetivas por las que típica y objetivamente deba estimarse jurídicamente desaprobada y si subjetivamente —amén de que aquél captó las descripciones del tipo de mera referencia material— el sujeto tuvo o no tuvo claros los factores de sentido social o jurídico en la esfera paralela del profano que se contengan en el mismo tipo penal.

Desde esta perspectiva, el dolo como «contenido final de la voluntad», no se limita a la voluntad de un hecho típico avalorado. Además, comprende el conocimiento de aquél y el de sus circunstancias de significación jurídico y social —en la esfera del profano— según se contemplen en el tipo penal. Lo que también tiene trascendencia en cuanto a las formas con las que se “interviene” típicamente en el delito.

Ello es más claro aún en los tipos penales dolosos que contengan elementos “normativos específicos”. Pues éstos teñirán al dolo a tal grado, que en caso de que se yerre sobre las circunstancias que les dan origen —contrariamente a lo que considera cierta corriente del finalismo— faltará tal dolo y el error será de tipo y no un error de prohibición.

Así pues, reitero, al Derecho Penal no le interesa cualquier conducta. Sino sólo aquellas que sin que se les abstraiga su contenido final, se ajusten objetiva y subjetivamente a los marcos de los tipos penales realizando el injusto y haya en ellas culpabilidad. Y ello significa de entrada lo siguiente:

1) En el ámbito de los delitos dolosos: Importan sólo las que se realicen con conocimiento y voluntad con contenido de fin que abarque los demás elementos el tipo penal. Y si el tipo penal doloso contiene elementos normativos —daño o peligro al bien jurídico y elementos normativos específicos—, las circunstancias que estos impliquen se deberán comprender por el dolo y, además, en cuanto a la voluntad y conocimiento de actuar u omitir en el sentido de las circunstancias de significación normativa de esos elementos —en la esfera paralela del profano—.

2) En lo que respecta a los tipos penales culposos: El fin y la dirección de la acción tienen como primera función el descartar al dolo y —contra lo que se estima por lo general— también son útiles para decidir sobre la existencia de la culpa en sí, en tanto que para saber qué deber de cuidado se violó, es preciso que se sepa cuál es la actividad que se realizó y el sentido de la misma con el cual aquél deber contrasta. Así pues, si bien es verdad que no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida por sí sobre el carácter «culposos» de la acción. También lo es, que la discrepancia entre el fin de la acción y el resultado interesará para excluir al dolo. Y si bien es cierto que la realización de la culpa y del mismo tipo penal culposos no depende sólo de la finalidad, ni sólo del resultado, sino, además y en esencia, de la trasgresión de deberes jurídicos de cuidado. Es igualmente verdad que para saber de qué clase de cuidado se trata, es menester saber de qué clase de acción se trata. Por lo tanto, aunque la culpa es un elemento del tipo penal culposos íntegramente normativo que se valora objetivamente. En los delitos culposos no es indiferente a tal efecto la finalidad y la clase de actividad de que se desarrolle en el caso concreto. Y aunque ésta y aquella pueden faltar en el momento y el

lugar en los que se actualice el deber de obrar —delitos de olvido—, tales casos encuentran su asiento bien en la misma actividad que facilitó el olvido o bien en la normación penal de las conductas libres en su causa, mismas en las que se halla la base de la conducta que se imputa.

3) Finalmente: Cuando la ley penal dispone —o de la misma se deduce— que para que la conducta pueda ser penalmente relevante es necesario que se dé un comportamiento voluntario, ello no autoriza a sostener que, para los efectos penales y como primer elemento del delito, la conducta sea nada más que tal acción determinada por la voluntad, pero sin contenido de fin y sin conocimiento de lo que se hace, lo cual se aparta de por sí del significado literal de lo que es la voluntad como “intención, ánimo o resolución de hacer una cosa”. Cuando en realidad aquellas formulas legales solo destacan las dos primeras condiciones para que haya conducta que pueda ser penalmente relevante —y no que por dichas condiciones queda ya configurada de por sí la conducta penalmente relevante—. En ese orden de ideas, en realidad esas formulas cumplen tan solo una función primaria de selección que limitan el poder punitivo estatal, el excluir de antemano como conducta que puede ser penalmente relevante, cualquier manifestación corporal del ser humano en la que falte su voluntad. Para que la conducta pueda ser penalmente relevante es preciso que se manifieste en una acción voluntaria con contenido de fin y aún así, dado este segundo filtro a nivel pre-típico, para que aquella sea penalmente relevante es preciso que al menos la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a las exigencias del tipo penal.

Cierto que todas estas afirmaciones aún requieren debida fundamentación y una más amplia explicación, la cual corresponde darla en los restantes elementos del hecho punible. Más aún, porque en realidad sólo se han perfilado algunas implicaciones para la conducta principalmente a los efectos del tipo. Pero antes que eso, es preciso pasar a ciertos casos marginales donde es discutible la existencia de conducta.

VIII

Los delitos de olvido, otros casos marginales y las conductas libres en su causa

Establecido y delimitado el contenido de la “voluntad” —como coeficiente subjetivo de la conducta penalmente relevante—, corresponde determinar ahora como funciona la voluntad en orden al comportamiento activo y pasivo en ciertos casos marginales. En otras palabras: ¿De qué manera el comportamiento corporal del agente se le puede atribuir a su voluntad, en los casos en que su actuar no se encuentre en íntima conexión con su querer consciente? Es decir, ¿deberá existir la voluntad al momento en que la persona realiza su movimiento corporal o cuando su actividad se vuelve penalmente relevante por infringir un deber jurídico de actuar en cierto sentido? ¿Qué sucede cuando el comportamiento corporal es ajeno a una específica representación-fin? Nos referimos, por una parte, a ciertos actos instintivos superiores, como lo son los actos habituales y automáticos. Por la otra, a los casos que la doctrina conoce como delitos de olvido.

Ahora bien, en los delitos de olvido se dice que la voluntad final en el comportamiento se encuentra en la conducta antecedente que determinó la omisión. Diáfanas son al respecto las palabras de Jiménez Huerta,

quien manifestó: (...) Aunque en algunos casos la inactividad corpórea no es querida pues falta en el instante dado la voluntad; voluntaria es la conducta antecedente que ocasiona el estado de inactividad. Así, en el caso del guardavía que, a causa de su cansancio, se durmió en el momento en que debía hacer las señales, voluntaria fue la actividad que le produjo el cansancio y voluntario fue el haberse sentado y adoptado la postura en la que el sueño podía dominarlo.⁵¹⁵ Lo mismo se puede decir de aquellos otros casos en que la persona quiere hacer el acto debido, pero no le es posible a causa de su precedente actividad voluntaria. Ejemplo: el guardavía que se ausenta del paso a nivel, porque antes se fue a la ciudad y por un cálculo descuidado no puede llegar a tiempo a la hora del paso del tren. Mas por otra parte, en los llamados delitos de simple olvido sólo es concebible la culpa en los que a través de una acción penalmente relevante se transgrede "el deber jurídico de actuar" a cargo del agente en el caso concreto, bien sea que surja de la propia ley; de resolución obligatoria (en Coahuila); de contrato; del actuar precedente que determinó el riesgo o de la misma «previsibilidad» del resultado como fuente última de tal deber. Sin que quepan aquí los principios de convivencia social como fundatorios del deber jurídico de obrar que se incumpliría a través del olvido, lo cual es válido tan para el CPF y el CPDF como para Coahuila. Ya que el CPF y el CPDF no contienen tal fuente del deber. Y, por lo que respecta al CPC, aunque sí señala esa fuente, el párrafo tercero de su artículo 38 la restringe a que el agente «advierta como seguro» el resultado y pudiendo evitarlo no lo hace; lo cual implica entonces sólo a la forma «dolosa» de realización, que es inadmisibles en el «olvido» delictuoso. Sin que la solución cambie en el CPDF, pues aunque es verdad que su artículo 16-III-b) alude a los supuestos en que el sujeto voluntariamente forma parte de una comunidad que afronte peligros de la naturaleza, condición que no excluye la posibilidad del actuar culposo por omisión de los deberes de cuidado que se den en virtud de esa comunidad, también lo es que los principios de comunidad de vida y peligro voluntariamente aceptados son diferentes a aquellos deberes que se podrían originar por el simple hecho de la convivencia social, mismos que el CPDF no regula como fuente general de un deber cuya trasgresión pueda ser penalmente relevante. Salvo claro está, de los delitos dolosos de omisión simple de no ayudar —en lo posible— a una persona presa de un peligro personal a su salud o su vida (artículo 157 del CPDF), pero en tal supuesto ya se está ante un delito doloso. Amén de lo anterior —y por las mismas razones— el delito de olvido sólo es posible en los delitos de resultado y no en los de mera conducta. Pues si bien es cierto que existen delitos de mera conducta omisiva, también lo es, que dada su naturaleza típica solo es concebible la forma dolosa de comisión, pero no la culposa. Y ésta es la única forma posible de cometer un delito de olvido.

Como excepción a esto, se alega que en Coahuila sí cabría el olvido punible en el caso del disparo culposo de arma de fuego, si es que la culpa consistió en olvidar ponerle seguro al arma antes de accionarla, aun cuando ese delito es de simple conducta. Quizá puede admitirse la excepción en el sentido que en ese tipo penal falta un resultado material, pero en el evento que se cuestiona la culpa se sustenta en la acción de manejar con descuido el arma. Ello demuestra, además, lo que en su oportunidad se verá mejor: en los delitos culposos y en muchas ocasiones en los mismos delitos dolosos, es difícil trazar en la realidad una línea divisoria tajante entre acción y omisión penalmente relevantes, misma que de por sí ya no puede provenir de una noción

⁵¹⁵ Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 122.

estrictamente naturalística de la conducta. Ya no sólo porque ónticamente la omisión significaría no hacer nada y de la nada ninguna consecuencia se puede derivar; sino porque si el concepto de conducta en un nivel pre-típico se construye sobre acciones, sólo sabiendo de qué clase de acción se trata en un caso particular que se le contraste con el supuesto típico, es que se puede saber si en ese caso se omitió realizar la acción debida, en tanto que solo se omite lo que social o jurídicamente se está obligado a hacer. En tal sentido, todos los tipos de simple omisión o que admitan a la omisión presuponen necesariamente una acción. De ahí —entre otras razones— la importancia de la valoración jurídica de la conducta dentro de la estructura del tipo penal y de la misma figura típica. Alguien puede omitir saludar a propósito a un conocido en una reunión social y es sólo la expectativa social —de lo que socialmente se espera en esos casos del omitente—, lo que le da relevancia a dicha falta de saludo. El que esa omisión pueda valorarse como injuria es algo que ya tiene implicación jurídica, especialmente penal en el enfoque del tipo, lo que se decide según el fin de la conducta y la normación de los deberes de actuar que implique el mismo tipo penal.

En suma —y regresando a los delitos de olvido—: *En los delitos de olvido existe la omisión de una acción de diligencia concreta y jurídicamente exigida, a través de una acción desaprobada —jurídicamente descuidada— en los que sólo es posible que se configure una conducta culposa. Aún así, cabe preguntar: ¿qué acaso en los delitos de olvido no hay voluntad? Porque hay ocasiones en que esa voluntad no existe al momento en que se actualiza el deber de actuar en el sentido del mismo. Como sucede cuando el guardavía duerme al momento en el que él debe hacer el cambio de rieles. Empero, a ello cabe responder que, aparte de que el sujeto inconsciente —o desmayado— tan no puede “actuar” nada, como tampoco no puede omitir nada. En los delitos de olvido, que siempre son culposos, la voluntad existe en las acciones anteriores plenamente conscientes del sujeto en las que existió descuido. Las que se ligan con el estado pasivo de la persona al momento en que se actualiza a su cargo el deber de actuar en cierto sentido. Además, si la última fuente del deber de obrar reside en la previsibilidad del resultado, por lo tanto, es esa previsibilidad la que funda a la culpa que genera el actuar del sujeto por el cual no podrá después estar en condiciones de expresar su voluntad. (artículos 7°-párrafos-primerosegundo, 8°, 9° y 15-I-VII [interpretado en sentido contrario] del CPF, 15, 16, 18 y 29-I-VII [interpretado en sentido contrario] del CPDF y 11, 13, 25, 26, 34 y 36 del CPC.)* ®

Con ello entramos a los casos de la perturbación o torpeza —que no plena anulación— de la conciencia que se ocasiona por la ingestión de alcohol, estupefacientes o sustancias de efectos análogos. Por ejemplo, el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad o por la ingestión de sustancias equivalentes, de algunos códigos penales. Mas de ahí cabe señalar que en esos eventos sí hay conducta, y lo que se podría cuestionar es que en esos casos la perturbación —o el “trastorno mental transitorio”, en las palabras de la ley— puede ser de tal grado que incapacite al sujeto comprender la ilicitud de lo que hace o para decidirse de acuerdo con tal comprensión. Cuestión que atañe ya a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. Mas tan en el caso de falta de conducta por estado de inconciencia —el conductor que al manejar en estado de ebriedad entra en la fase letárgica en la cual arrolla a un transeúnte—, como en el de trastorno de la misma que origine inimputabilidad —embriaguez en alto grado—, es preciso que la inconciencia o trastorno de la conciencia no se derive de un anterior comportamiento doloso o culposo del propio agente. Pues es claro que si el sujeto activo

se procuró la alteración a través de alguno de esos modos, se le puede imputar aquella conducta. Así se deriva de la interpretación en sentido contrario de los artículos 15-VII del CPF y 29-VII del CPDF, pues en lo conducente señalan que no hay causa de exclusión del delito cuando: (...) *el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible*. Lo mismo que del artículo 11 del CPC que al respecto prevé que: (...) *se considera penalmente imputable a quien comete el hecho en estado de inconsciencia o trastorno mental que él se provoque para aquello; así como a quien se coloque culposamente en alguno de tales estados, en cuyo caso responderá por el hecho si lo previó o le fuere previsible*. De ello cabe pues concluir que en esos casos la inconsciencia o perturbación de la conciencia es consecuencia de un anterior comportamiento plenamente consciente de las perspectivas de la conducta futura que se acepta como tal (dolo), o del que es previsible aquella y el resultado no aceptado (culpa). Así, el juicio se retrotrae a cuando el sujeto decidió libremente con su acción procurarse la alteración, bajo la cual posteriormente se da el delito. Dicho de otro modo, las prohibiciones y mandatos de las normas penales —y por tanto, las normas de valoración o determinación y las de motivación— se refieren también a aquellas formas de comportamiento a través de las cuales el sujeto elimina la posibilidad de ser interpelado por la norma, ya que, de lo contrario, se daría carta blanca al fraude de ley y cualquiera podría sustraerse mediante tal manera de proceder al carácter motivador de las normas penales. Cuestiones todas estas que conciernen a la imputabilidad y culpabilidad de la conducta más que a la conducta misma.

Pasemos ahora a los actos instintivos superiores, como lo son los actos habituales y automáticos —y en los que también sólo cabe el actuar culposo—. En esos eventos la acción o la omisión es “no consciente” —en el sentido que exista alguna representación motivo determinada que impulse en tal sentido el movimiento o la inercia corporal—. Sin embargo —siguiendo a Maggiore— se debe destacar que la moderna fisiología demuestra que dichos actos habituales o automáticos son “gobernables” por la voluntad, cuando por la “atención” se les somete al “control del querer consciente”. Atención que puede orientar la actividad o inactividad —instintiva superior, habitual o automática—, por un sendero diverso de aquél por el cual discurre. O como lo expresa el mismo Maggiore, los actos habituales, automáticos o instintivos superiores “pueden ser gobernados por esa forma de voluntad negativa que algunos psicólogos llaman «noluntad», para indicar el funcionamiento de la voluntad como una fuerza de resistencia, como un freno y que tienen función positiva”.⁵¹⁶ De ésta manera, cuando nuestra acción se pueda modificar mediante el control consciente de nuestra voluntad, los actos u omisiones aparentemente no conscientes tienen su origen en la conciencia misma y pueden ser modulados por la voluntad. Supóngase al trabajador de una fábrica que por años acciona una cuchilla en un mismo sentido y que por la constante repetición de sus labores, realiza sus movimientos de manera automática; de tal suerte que —absorto en sus pensamientos— efectúa esos actos en un momento diverso del que debe y lesiona a otro. Aquí es claro que en las maniobras del trabajador no existe un verdadero “querer” consciente —las realiza de manera automática—. Sin embargo, esos “actos” cuya voluntad esta determinada por el mismo sujeto son a su vez gobernables por la voluntad para inhibir su actividad corporal en

⁵¹⁶ Cit. por Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 1975, p. 116. Nota. Los corchetes y los dos puntos son míos.

el momento indicado. Y en cuanto al conocimiento «actual», los artículos 9° del CPF, 18 del CPDF y 26 del CPC no lo exigen como relevante para configurar el tipo penal culposo. De aquí pues que Francisco Pavón Vasconcelos destaque que: (...) si bien es cierto que el acto automático en un momento dado puede estimarse como independiente de la voluntad, se encuentra por lo menos ligado a ésta por cuanto el actuar inicial es voluntario. Esta conexión, notoriamente, es tomada en cuenta por el Derecho para apreciar como conducta, en algunos casos, el actuar automático.⁵¹⁷ Por otra parte, existen un sinnúmero de acciones automáticas, como la conducción de un vehículo, en los que se aplican frenos, cambios y pedales y se dirige el volante, sin que tales movimientos sin reflexión impidan considerar a tal comportamiento como una acción final, ya que entre los mismos hay en realidad una acción conforme a un sentido y un fin desde que se decide conducir. Lo mismo sucede con el accionar una cuchilla de manera “automática”.

Por ende, en rigor estricto, tan los movimientos automáticos, como los instintivos superiores y habituales, en el momento de su ejecución puede parecer que carecen de un contenido «consciente» de fin. Mas esta ausencia de relación directa o inmediata entre el “querer” y el acto u omisión automáticos, no nos permite proclamar que falta conducta por falta de la voluntad final; pues dicha relación se da desde el comportamiento inicial en el que presidió la voluntad consciente con un objetivo, precisamente con el que luego se expresa el actuar automático, instintivo superior o habitual. Asimismo, difícilmente se puede sostener que esos actos automáticos dejen de ser acciones conforme a un sentido y con un fin, en la medida que siempre hay en ellos la decisión de actuar en el sentido en el que se expresa la actividad de que se trate.

La verdad es que —como asienta Pavón Vasconcelos—: (...) la voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, con excepción de aquellas omisiones en las cuales, ni aún en forma indirecta, puede hablarse de la existencia de la voluntad.⁵¹⁸ Así pues, se puede afirmar que la voluntad final se encuentra presente no solo cuando en las acciones existe en todo momento un querer consciente; sino también, cuando el hecho está ligado a una decisión anterior plenamente voluntaria y consciente del sujeto. De lo cual se sigue que en última instancia la existencia de voluntad final también se puede afirmar en los actos automáticos o habituales del mismo modo que en los delitos de olvido. Donde sin “querer consciente” el agente omite la acción que jurídicamente se esperaba de él, produciéndose un resultado típico no como consecuencia de dicha omisión sino de la misma acción descuidada. Y al igual que en los delitos de olvido, en los actos automáticos o habituales sólo es posible hablar de conducta culposa y, por tanto, de que se infringió una regla de cuidado, como se verá en su oportunidad.

Sin que sea ocioso volver a recordar que en los tipos penales culposos no hay ninguna estructura ontológica preexistente que decida sobre el carácter «culposo» de la acción. Pero en el mismo tipo penal culposo sí es necesario que haya conducta final cuya función es la de descartar el dolo y porque según la clase de conducta final, ésta será útil para decidir sobre la existencia de la culpa en sí. Es decir, la discrepancia entre el fin y el resultado valdrá para excluir al dolo. Y aunque la culpa no dependerá de la finalidad en sí, ni del resultado, sino de la trasgresión relevante de mandatos jurídicos de cuidado, si dependerá del sentido de la conducta el que se decida qué clase de cuidado se viola.

⁵¹⁷ Francisco Pavón Vasconcelos, op. cit., p. 40.

⁵¹⁸ Ídem, p. 168.

Ausencia de conducta

Una vez fijadas las condiciones básicas con las que se puede hablar que la conducta puede ser penalmente relevante, lógico es que si falta alguna de aquellas es imposible que haya conducta. Y, por ende, no habría pie no solo para que se examine si ella es punible en el estrato del tipo, sino para que exista el delito. De aquí que el artículo 14 del CPC disponga que: *“La conducta será inexistente cuando el movimiento o inactividad corporal se determinen por fuerza física exterior que sea irresistible; hecho de la naturaleza; movimientos reflejos o cualquiera otra causa por la que falte voluntad”*. Es más, como afirma Soler: *“Cuando no hay acción, no está dada siquiera la base para una medida de seguridad”*.⁵¹⁹ El artículo 14 del CPC señala algunos supuestos en los que no habrá *“conducta”*. Mas esos casos son *enunciativos* y, de ningún modo, *limitativos*. Ello se evidencia con la expresión final del mismo artículo 14 en el sentido de que: *No habrá conducta en... “cualquier otra causa por la que falte voluntad”*. Y no podría ser de otro modo. Pues hay causas diferentes a las que menciona el artículo 14 —de *“fuerza física exterior que sea irresistible; hecho de la naturaleza y movimientos reflejos”*— en las que es posible que falte la voluntad. Tales son los casos del sonambulismo, del sueño, de los estados crepusculares en la epilepsia y de los movimientos inmediatos anteriores o posteriores al sueño profundo, de los movimientos reflejos, de ciertas situaciones de hipnosis, de narcosis, de delirio en alto grado, de ciertas condiciones de miedo gravísimo como es el pánico o pavor, de desmayos o de ataques de vómito incontinente, de embriaguez letárgica, etc.

Por otra parte, pareciera que se procedió con buena técnica al apostillarse al artículo en comento —del CPC— con la expresión *“ausencia de conducta”*. Aunque al respecto la diferencia no es fundamental en los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF que se refieren a la ausencia del delito mismo por falta de voluntad ya que esta es la condición esencial de toda acción para que pueda ser penalmente relevante. Ahora bien, cuando el CPF consignó a la fuerza irresistible como *«excluyente»* de *«responsabilidad»*, Jiménez Huerta destacó: *(...) Es inadecuado, considerar la fuerza irresistible, como una circunstancia excluyente o eximente de la responsabilidad, pues falta en el violentado la conducta que ha de servir de soporte natural a la excluyente. Si el violentado es tan sólo un mero instrumento de que se vale la persona que le fuerza, resulta incorrecto considerar que la naturaleza jurídica de la fuerza irresistible es la de una excluyente o eximente de responsabilidad; habida cuenta que a los instrumentos y objetos inanimados y, en general, a todo aquello que no puede ser sujeto de delito por no ser vinculable a un acto de voluntad, no hay porque excluirlo o eximirlo de una responsabilidad en que no puede incidir.*⁵²⁰ Empero, los argumentos del jurista ibérico dejan de tener valor desde que en tal artículo se habla ahora de excluyentes de delito en vez de responsabilidad. Y en tal sentido la actual postura del legislador federal y del Distrito Federal es impecable, sin que por ello sufra el apostillado del CPC. Por otra parte, los artículos 15-I del CPF y 29-I del CPDF consignan ahora la *«excluyente»* en forma amplia, pues dice que el delito se excluye cuando: *“El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”*. Superando la fórmula anterior que nada más se refería a algunos casos de ausencia de voluntad, pero

⁵¹⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. I, p. 253.

⁵²⁰ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p.70

al enfermo que tenía obligación de asistir. Pues en todos esos casos la fuerza exterior, si bien no impide la conciencia, si elimina cualquier posibilidad de que se manifieste físicamente la voluntad en el sentido de la norma. En todos esos supuestos es indudable que quien se ve impulsado, forzado o maniatado no se «conduce», sino que sirve como instrumento a otro, quien es el que realmente realiza la conducta. Aún así, se debe subrayar que dicha fuerza —según el CPC— debe ser “física e irresistible”. Cuando se alude que la fuerza ha de ser “física”, se quiere acusar que la energía determinante del comportamiento proviene del exterior objetivada materialmente. De esta manera la SCJN sostuvo:

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. Para la procedencia de esta eximente, se hace necesario que el sujeto que la invoca, al cometer la infracción, haya estado incapacitado para determinarse con su propia voluntad, por «una violencia material directa» ejercida sobre él, porque careciendo de tal objetividad, su invocación es inoperante.⁵²²

Expresado en sentido negativo, es necesario que el impulso no corresponda a un arrebatos “interior”; ni a la violencia “moral” que proceda de terceros. La fuerza física, además de ser externa, debe ser “irresistible”. Es decir, que sea de una energía tal, que le impida al sujeto expresar corporalmente su voluntad. Si alguien toma la mano de una persona consciente y físicamente capaz, enseguida tranquilamente le coloca una pistola en la mano y el dedo índice de ella en el gatillo del arma, y luego de igual manera le oprime el dedo engatillado, es obvio que con ello no anuló la voluntad ni la facultad motriz de quien porta el arma al momento del disparo. Al respecto la SCJN sostuvo las tesis siguientes:

LEGÍTIMA DEFENSA, AGRESIÓN Y FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE EN LA. Si de autos no aparece comprobada la existencia de la agresión que se atribuye a la víctima, carece de aplicación la excluyente de legítima defensa. Así mismo, «la fuerza irresistible a que se refiere la ley, necesariamente debe ser física y de tal modo fuerte que supere a la voluntad del sujeto al grado de producir su irresponsabilidad.»⁵²³

FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño.⁵²⁴

La energía o fuerza que determina el movimiento o inacción corporal será oriunda de un fenómeno natural o subhumano en los casos de terremoto, huracán, descarga eléctrica, animales bravíos o poderosos, etc. Así, las fuerzas naturales o los embates de un animal también pueden determinar esa ausencia de voluntad en un momento dado. Resta por último destacar que la conducta del tercero que ejerza la fuerza física e irresistible puede ser o no ser delictuosa. Pues es posible que el tercero sea inimputable, o que actúe sin dolo ni culpa o sin culpabilidad. Mas con ello también queda claro que la fuerza física exterior e irresistible es incompatible con los arrebatos internos y con la vis compulsiva en los que sí hay voluntad.

B. Los arrebatos internos no aparejan falta de voluntad final. En los “arrebatos internos” el impulso de obrar no proviene directa y materialmente de fuera. El arrebatos es reflejo de un estímulo emotivo que impulsa la voluntad para obrar en cierto sentido. La psiquiatría y la criminología son abundantes respecto a los arrebatos pasionales. En esos casos de perturbación de la conciencia por alteración afectiva, los abogados y criminalistas de la primera mitad del siglo pasado alegaron la inexistencia de conducta. Tomaron como

⁵²² Amparo 5849/55, Quejoso: Amulfo Solís López, 28 de junio de 1956, Unanimidad 5 votos, Ministro: Lic. Genaro Ruiz de Chávez, Secretario: Lic. Raúl Gutiérrez Oramas, 1ª. Sala, Informe 1956.

⁵²³ Amparo directo 171/1956, Abril 30 de 1956, Unanimidad 4 votos, 1ª. Sala, S. J. F., Quinta Época, Tomo CXXVIII.

⁵²⁴ Jurisprudencia 145, Sexta época, 1ª. Sala, Segunda Parte, Apéndice 1917-1965, Jurisprudencia 140.

fundamento que la escuela francesa empleaba la expresión "fuerza irresistible" en el sentido de violencia moral, arrebató interno o impulso pasional. Pero ahora se afirma de consuno que —aun en las formas más graves— en el arrebató pasional existe un elemento de voluntad final —aunque deformado y afectado— que influye en el comportamiento. Los arrebatos internos se diferencian de las emociones normales por el fácil desencadenamiento o viveza del acto; pero no se puede negar que hay "voluntad final" en el comportamiento y, por ende, que hay conducta. Empero, es posible en ciertos casos que el arrebató interno obedezca a una causa que determine la inimputabilidad del sujeto o le motive una imputabilidad atenuada. (Artículos 15-VII del CPF, 29-VII del CPDF y 10-IV del CPC.) Pues están todas aquellas conductas emocionales que se desarrollan en el terreno de las psicosis y que afectan esa «imputabilidad» del sujeto; el que, no obstante, se "conduce". A este apartado también pueden pertenecer ciertas conductas emocionales de los maníaco-depresivos y epilépticos, etc.

Igualmente, en el plano de la aparente normalidad psicológica de una persona encontramos también a las llamadas "reacciones primitivas". Éstas se derivan asimismo de un estado intensamente emotivo y de las que profusamente nos hablan Ernesto Seelig en su *Criminología*,⁵²⁵ Kretschmer en su *Psicología Forense*⁵²⁶ y Altavilla en su *Dinámica del Delito*.⁵²⁷ Dichos autores coinciden en que las «reacciones primitivas» se caracterizan porque surgen repentinamente; sin control de los mecanismos inhibitorios y en virtud de un mínimo estímulo externo que resulta desproporcionado a la viveza del impulso y reacción conductual. El sujeto, pocos minutos antes, no cuenta con que puede realizar una acción de ésta índole y el impulso que la precede viene determinando por intensas emociones que invaden la conciencia. De tal suerte que el estímulo emotivo no recorre íntegramente la interpolación de una total personalidad desarrollada; sino que surge de súbito a la superficie y se transforma en acciones instantáneas, explosivas o de corto circuito. (...) Se comprenden en este actuar impulsivo —nos dice Jiménez Huerta— las acciones explosivas de los irascibles e irritables, las que tienen su mecánica en el campo de la histeria, los estados de embriaguez patológicos, los estados crepusculares afectivos, la cleptomanía, etc.⁵²⁸ Mas cabe insistir que el problema de si en estos casos existe delito, se debe dilucidar en el ámbito de la imputabilidad y la culpabilidad. Pero no en el de la conducta porque el sujeto al reaccionar primitivamente actúa con conocimiento y voluntad. La SCJN sostuvo al respecto las tesis siguientes:

FUERZA FÍSICA, EXTERIOR, IRRESISTIBLE. No cabe invocar la violencia material que reduce al sujeto activo al papel de mero instrumento, cuando en realidad se trata en el caso de un delito pasional, de un acto cometido bajo un estado anímico, psicológico, motivado por los celos que, por fuerte que sea, no implica fuerza exterior física irresistible.⁵²⁹

LEGÍTIMA DEFENSA, MIEDO, TEMOR Y FUERZA FÍSICA; NO PUEDEN COEXISTIR. Desde luego que no puede coexistir defensa legítima, miedo grave, temor fundado y fuerza física exterior irresistible; ello por razones obvias, la fuerza física extraña la ausencia de comportamiento y no puede sostenerse por una parte que no hubo acción y que al mismo tiempo se actuó repeliendo una agresión, además, es absolutamente inconsistente pretender que dentro de una sola situación pueden darse los supuestos de las excluyentes a que se acaba de hacer referencia y coetáneamente existir una inimputabilidad como es el miedo grave y una inculpabilidad cual es el temor fundado.⁵³⁰

⁵²⁵ Ernesto Seelig, *Tratado de Criminología*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 164 y 165.

⁵²⁶ Cit. por Mariano Jiménez Huerta en *Derecho Penal Mexicano*, T. I, op. cit., p. 89.

⁵²⁷ Enrico Altavilla, *La Dinámica del Delito*, T. I, Editorial Temis, Bogotá, 1977, p. 152.

⁵²⁸ Mariano Jiménez Huerta, op. cit., p. 69.

⁵²⁹ S. J. F., Directo 5463/1955, José Pérez, 11 de mayo de 1957, unanimidad de 5 votos, Ponente: Mtro. Mercado Alarcón, Secretario: Lic. Raúl Cuevas, 1ª Sala, Sexta Época.

⁵³⁰ Amparo Directo 1729/1981, Olivia Bañuelos de Martínez, Julio 5 de 1981, 5 votos, 1ª Sala, Sexta Época, S. J. F., Volumen XLIV, Segunda Parte.

C. La *vis compulsiva* implica una conducta voluntaria no libre. Por otra parte, además de que el CPC requiere de una fuerza "exterior" y "no interna", también dice que la fuerza debe ser "física". Por ello, el impulso que determina el aparente actuar o la inactividad no ha de corresponder a la llamada violencia "moral" de terceros. Con relación a estos casos, la doctrina distingue a la «vis absoluta» —*fuerza física exterior irresistible*— de la «vis compulsiva» —*violencia moral*—. La violencia moral no anula la voluntad, sino sólo la constriñe (torturas, amenazas) para que el sujeto realice una acción u omisión. El moralmente coaccionado, aunque violentado, se comporta con "voluntad final y conocimiento" y, por lo tanto, se "conduce". De ahí que la conducta por *vis compulsiva* también se debe valorar a la luz de la culpabilidad —y del temor fundado como una de las excluyentes de aquélla— (artículos 15-IX del CPF, 29-IX del CPDF y 48 y 51-V del CPC.) Al respecto, la SCJN sostuvo la tesis siguiente:

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE, COMO CAUSA DE INIMPUTABILIDAD. CASO EN QUE NO EXISTE. Acreditado en el proceso penal, de acuerdo con la confesión de la imputada, que ésta, luego de dar a luz a su hijo, lo golpeó en la cara, causándole lesiones que determinaron su muerte, actuando así por el temor de que sus padres tomaran conocimiento de que su hijo era el producto de relaciones ilícitas, tal proceder es demostrativo de que la voluntad de la quejosa estuvo conscientemente dirigida a privar de la vida al recién nacido. En consecuencia, la conducta desplegada por la victimaria, no está cubierta con la causa de inimputabilidad que prevé la fracción I del artículo 17 del Código Penal del Estado de Michoacán al no concurrir sus exigencias técnicas; bien sabido es que la misma se caracteriza por aquella violencia hecha al cuerpo del sujeto activo, que da por resultado que este ejecute irremediablemente lo que no ha querido ejecutar; ya que entonces concurre lo que penalistas designan como vis absoluta.⁵³¹

D. Otras consecuencias sistemáticas de la falta de acción. La falta de acción no sólo excluye al delito, sino que trae otras posibles consecuencias sistemáticas. E aquí algunas —que se desarrollarán de modo más amplio en su lugar congruo—: **1)** Quien elimina o cancela la posibilidad de expresar la voluntad de otro para usarlo como instrumento no actúa como autor mediato, sino como autor directo, salvo que se deduzca la conclusión contraria de las previsiones de la ley. **2)** Quien carece de voluntad no puede ser considerado como autor a efectos de los tipos penales de sujeto activo múltiple, también llamados tipos plurisubjetivos o de participación necesaria, pero tampoco como autor en los tipos penales comunes. **3)** La legítima defensa es inadmisibles contra quien no realiza una conducta. **4)** En tales casos, la acción de repulsa podrá encuadrar en un estado de necesidad justificante o eventualmente en una defensa putativa la cual se traduce en un error de prohibición. **5)** Lo anterior se mantiene aún cuando otro use a la persona como instrumento, porque la defensa legítima procede contra quien agrede, pero no contra quien funge como mero objeto, lo cual no le hace perder el valor de sus bienes jurídicos. Y quien usa de ese modo a otro responderá dolosa o culposamente por las lesiones que se le causen a aquél.

⁵³¹ Directo 5224/1955, María de la Luz Carriteño, 28 de abril de 1956, unanimidad de 5 votos, Ponente: Mtro. Olea y Leyva, Secretario: Lic. Enrique Padilla C., 1ª Sala, *Boletín* 1956.

